

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO E CIÊNCIAS DO ESTADO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RAFAEL DILLY PATRUS

**A PRAÇA, O CLAUSTRO, A CORTE: A LIBERDADE DE EXPRESSÃO
JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO**

Belo Horizonte

2023

RAFAEL DILLY PATRUS

**A PRAÇA, O CLAUSTRO, A CORTE: A LIBERDADE DE EXPRESSÃO
JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito.

Linha de pesquisa: Poder, cidadania e desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes.

Belo Horizonte

2023

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço - CRB-6/3167.

P314p Patrus, Rafael Dilly

A praça, o claustro, a corte [manuscrito]: a liberdade de expressão judicial no direito brasileiro / Rafael Dilly Patrus.-- 2023.

438 f.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 333-368.

1. Direito constitucional - Teses. 2. Poder judiciário - Teses. 3. Juizes - Brasil. 4. Liberdade de expressão - Teses. 5. Separação de poderes - Brasil. 6. Poder judiciário e questões políticas - Teses. I. Fernandes, Bernardo Gonçalves. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 342.56(81)



ATA DA DEFESA DE TESE DO ALUNO

RAFAEL DILLY PATRUS

Realizou-se, no dia 04 de agosto de 2023, às 14:00 horas, Sala da Congregação da Faculdade de Direito da UFMG, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de tese, intitulada *A praça, o claustro, a corte: a liberdade de expressão judicial no direito brasileiro*, apresentada por RAFAEL DILLY PATRUS, número de registro 2019650570, graduado no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Bernardo Goncalves Alfredo Fernandes - Orientador (UFMG), Prof(a). Emilio Peluso Neder Meyer (UFMG), Prof(a). Edilson Vitorelli Diniz Lima (UFMG), Prof(a). Alexandre Freitas Câmara (FGV- RIO), Prof(a). Miguel Gualano de Godoy (UFPR).

A Comissão considerou a tese:

☒) Aprovada, tendo obtido a nota 100.

☐) Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 04 de agosto de 2023.

Prof(a). Bernardo Goncalves Alfredo Fernandes (Doutor). Nota: 100

Prof(a). Emilio Peluso Neder Meyer (Doutor). Nota: 100

Prof(a). Edilson Vitorelli Diniz Lima (Doutor). Nota: 100

Prof(a). Alexandre Freitas Câmara (Doutor). Nota: 100

Prof(a). Miguel Gualano de Godoy (Doutor). Nota: 100

À Aline, ao Miguel e à Helena pertencem este trabalho e meu coração.

AGRADECIMENTOS

Em maio de 2022, quando preparei uma primeira versão desta tese para submissão à segunda banca de qualificação, o professor Bernardo Fernandes, meu orientador de doutorado, opôs uma advertência interessante.¹ Eu esperava uma ou outra crítica de caráter formal e, especialmente, ponderações sobre o conteúdo: não se esqueça desse autor, reescreva aquele trecho à luz dessa nova ideia, repense esse ou aquele conceito. Ao invés disso, o professor Bernardo fez três ótimas sugestões de bibliografia, um breve comentário sobre a estrutura da argumentação principal – que precisava mesmo melhorar – e, por fim, uma observação tão inusitada quanto pertinente. Livre-se do medo, ele disse.

O texto consistia basicamente no capítulo inicial e tinha cerca de cem páginas. Após ouvir a ponderação do Prof. Bernardo, decidi relê-lo. Não demorei muito para encontrar o problema. Marcada de um tom leve de amarelo, escondida entre frases longas e recheadas de referências, topei com uma contundente manifestação de hesitação: “Não ousamos enfrentar o problema com a profundidade que ele decerto merece, porém defendemos que (...)”. Era uma afirmação sutil. Leve, transitória, despretensiosa. No entanto, como todo ato falho, ela revelava uma rachadura maior e mais séria. Li-a uma dezena de vezes, buscando em minha mente alguma lembrança do momento preciso em que a tinha digitado. Tive a estranha (e absurda) sensação de que outra pessoa havia escrito aquelas palavras. Eu não ousava enfrentar o problema? Como não? Qual era o sentido, então, de escrever uma tese?

O doutorado é um percurso de muitas etapas. Mas um elemento essencial em todo o processo é a disposição do estudante para inovar, pensar diferente, romper com o pensamento hegemônico. Essa atitude reclama, naturalmente, um cuidado especial. No entanto, se a pesquisa é conduzida com prudência e método, sem empáfia ou vaidade, se as leituras são levantadas, mapeadas e concluídas de maneira abrangente, com profundidade e senso crítico, se o estudo mantém desde o início um sério compromisso com a verdade e o raciocínio lógico, e a redação da tese traduz todo esse caminho, sem atalhos ou subterfúgios, então não há espaço para desculpas. É preciso, sim, ousar.

¹ Neste tópico de agradecimentos, escrevo usando a primeira pessoa do singular, pois quero deixar claro que se trata de um relato pessoal. A partir da Introdução, no intuito de assumir uma voz mais objetiva, passo a utilizar a primeira pessoa do plural. Adotei estratégia semelhante em DILLY PATRUS, Rafael. **O manto diáfano da fantasia**: o discurso moderno da legalidade e o Brasil de João Goulart (1955, 1961 e 1964). Dissertação de mestrado. Belo Horizonte: Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal de Minas Gerais, 2022 (ver explicação à p. 14, nota de rodapé nº 3). Para uma análise crítica da objetividade no discurso acadêmico, ver HYLAND, Ken. Authority and invisibility: authorial identity in academic writing. **Journal of Pragmatics**, v. 34, n. 8, 2002, pp. 1.091-1.112.

Uma coisa é a dúvida. Quando o pesquisador duvida, ele questiona, indaga, perquire, procura, desbrava. A dúvida é a inquietude que nos empurra para caminhos até então impensados. Coisa muito diferente é a hesitação. Ao hesitar, o estudioso expressa incerteza, insegurança, entorpecimento, fraqueza, imobilismo. É um sentimento ruim, porque ele implica não uma postura de humildade diante da grandeza do universo científico, mas uma incapacidade de encarar esse universo e dizer a ele: eu sei que pouco sei, porém aqui estou. A hesitação é o medo que nos paralisa frente à enormidade do saber. É o medo que, em nos paralisando, inviabiliza o próprio saber.

Livre-se do medo, disse o professor Bernardo. Em seu excelente *Como se faz uma tese*, Umberto Eco fala algo muito similar. Segundo ele, são irritantes os trabalhos em que o autor, como se pedisse desculpas ao leitor, escreve que não está à altura do assunto. “Como não está à altura?”, questiona Eco. “Dedicou-se meses, às vezes anos, ao tema escolhido, leu talvez tudo o que era preciso ler sobre ele, meditou, tomou notas, e vem agora com essa conversa de não estar à altura? Mas que diabo esteve fazendo todo esse tempo?”. Mais adiante, iluminado por um brilhantismo extraordinário, o intelectual italiano encoraja o pesquisador a exercitar o que denomina de “orgulho científico”:

Assim, uma vez expostas as opiniões alheias, uma vez expressas as dificuldades, uma vez esclarecido se sobre determinado tema são possíveis respostas alternativas, vá em frente. (...). Você tem o papel de funcionário da humanidade, falando em nome da coletividade sobre aquele assunto. Seja modesto e prudente antes de abrir a boca, mas, depois de abri-la, seja arrogante e orgulhoso.²

Se cheguei até aqui, foi porque prestei atenção ao conselho do professor Bernardo e me livre do medo. Agradeço a ele pela paciência, pelo acompanhamento descontraído, pelas intervenções diretas, cirúrgicas e construtivas e pela camaradagem – um valor que, embora nem sempre lembrado, é também acadêmico.

Da mesma forma, agradeço pelas considerações, sugestões e críticas que recebi de mestres e amigos ao longo da pesquisa – desde observações pontuais opostas em eventos e grupos de estudos, que me permitiram corrigir um ou outro rumo da investigação, até manifestações de desconforto, confidenciais em particular, que me fizeram abandonar trechos inteiros do trabalho. Agradeço sobretudo aos professores Miguel de Godoy, Emilio Meyer, Alexandre Freitas Câmara, Edilson Vitorelli, Thomas de Bustamante, Georges Abboud, Juliana Cesario, Conrado Hübner Mendes e Juliano Benvindo e aos colegas Grégore de Moura, Victor

² ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Trad. Gilson Cesar de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2019, p. 171.

Quirino e Renato Ribeiro. Em acréscimo, quero registrar um agradecimento especial a acadêmicos que participaram decisivamente de outras etapas do meu itinerário intelectual e, assim, de um jeito ou de outro, colaboraram para a construção desta tese. Destaco as professoras Heloisa Starling, Juliana Cordeiro, Misabel Derzi, Miriam Hermeto e Adriana Campos, e os professores Márcio Luís de Oliveira, Leonardo Nemer, Giordano Bruno, José Luiz Quadros, Gláucio Maciel, Léo Leoney e Marcelo Cattoni.

Apresentei versões parciais desta tese no congresso *ICON-S Conference: public law in times of change?*, na Pontifícia Universidade Católica do Chile; no *IV Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política*, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; e no *9th Yale Law School Annual Doctoral Scholarship Conference*, na Faculdade de Direito da Universidade Yale. Agradeço aos participantes dos seminários e grupos de trabalho, que me ouviram com atenção e ofereceram comentários valiosos. Lembro especialmente das contribuições de Pedro de Castro, Ramon Feldbrin, Delfina Beguerie, Max Steuer, Eugénie Mérieau, Sebastián Guidi, Rafael Bezerra Nunes e Eugenio García-Huidobro.

Agradeço, ainda, aos professores Jack Balkin, Owen Fiss, Robert Post, Bruce Ackerman e Reva Siegel, com quem tive a oportunidade de dialogar durante minha visita à Faculdade de Direito da Universidade Yale, e às professoras Sophie Turenne, da Universidade de Cambridge, e Vicki Jackson, da Faculdade de Direito da Universidade Harvard, que gentilmente responderam aos meus pedidos de contato e se disponibilizaram a examinar e criticar alguns argumentos da tese.

Mais, agradeço aos colegas da Consultoria Legislativa da Assembleia de Minas Gerais, que muito colaboraram para o amadurecimento da pesquisa. No curso do doutorado, passei a chefiar uma equipe de consultores responsável por prestar assessoramento técnico às Comissões de Constituição e Justiça e de Administração Pública; trabalhando sempre em conjunto, pudemos redimensionar nossa atuação na Comissão de Administração Pública, assumindo novas atribuições e aprimorando a gestão do conhecimento legislativo. Ademais, tivemos a rara oportunidade de traçar as diretrizes para um concurso público destinado ao recrutamento de novos consultores. Sem o apoio de algumas pessoas – com destaque para os amigos Luana Hofman, Carlos Mota, Arilma Peixoto, Marília Horta, Michelle Cassaro e Daniela Sader –, eu jamais teria conseguido realizar tudo isso e ao mesmo tempo encontrado a paz de espírito necessária para tocar a investigação e concluir a tese. Sublinho, também, o importante suporte das colegas Danielle Baracho, Mila da Costa, Mariana Navarro, Luana Afonso, Suzanne Bouchardet, Karina Mairinque, Regina Magalhães, Harmonia Nicolino,

Cristiane Marçal, Juliana Franca, Isabella Carvalho e Vanilza Xavier, e dos colegas Marcílio França, Arthur Moura, Bernardo Moreira, Sérgio Pompeu e Bruno Amorim.

Como me ensinaram meus pais, Luiz e Júnia, escrever um trabalho de doutorado só faz sentido se, com o processo, a pessoa encontra alguma felicidade. Agradeço a eles – mais uma vez – pela dedicação que sempre dispensaram à nossa família. Hoje sou um marido e um pai que, pelo menos de vez em quando, comete acertos, e isso é assim porque me espelho no exemplo deles: um exemplo de fé, compromisso, perseverança e apoio incondicional. Agradeço, também, ao meu irmão Bruno, meu primeiro e grande amigo, cuja maneira de enxergar a vida – às vezes muito similar à minha, outras vezes tão diferente – tem, desde a primeira infância, moldado (e melhorado) meu próprio entendimento do que significam a amizade, a lealdade e a inteligência; à minha avó Vanda, meu maior exemplo de amor incondicional, retidão e fé; à minha sogra Ana, pessoa cuja sabedoria infinita e cujo coração enorme nos brindam com soluções e alegrias semanais, e ao meu sogro Roosevelt, falecido em 2022, que está vivo em nossas lembranças como uma presença paterna marcante e amorosa, um alguém profundamente dedicado à vida, à família e a Deus; às minhas cunhadas Júlia, Letícia e Ana Carolina, aos meus sobrinhos Lucas, Gabriel, Pedro e Clara, aos meus concunhados Fernando e Marcos, e a todas as pessoas da nossa grande e linda família, pela assistência e pelo companheirismo que fizeram do doutorado uma jornada não apenas suportável, mas também feliz; e aos queridos André e Mariana, Raphael e Emília, Marcos, Pedro, Antonio e Denise, Lucas e Yvenize, Gênio e Júlia, Luiz e Anna, Rodrigo e Luiza, Viana e Clarice, Adriano e Raquel, João Paulo e Júlia, e Christine e Pedro, pela amizade inquebrantável de tantos anos.

Esta tese é dedicada à minha esposa Aline e aos meus filhos Miguel e Helena. No fim das contas, o estudo pertence tanto a mim quanto a eles – talvez até mais a eles, que precisaram aguentar meus momentos de insegurança e impaciência ao longo de todo o processo. A indústria cultural, a mídia e as redes sociais alimentam uma romantização do amor familiar, propalando a ideia de que se trata de um sentimento expresso em momentos de epifania e por meio de gestos ao mesmo tempo grandiosos e surpreendentes. O amor está nessas coisas também, não tenho dúvida, mas o sentimento de que me lembro quando penso na minha esposa e nos meus filhos é sobretudo um afeto trabalhado na rotina, que se manifesta em afagos breves, sorrisos furtivos, pequenas mensagens, um carinho no rosto em plena madrugada, uma piscadela trocada no corredor para os quartos, um eu te amo dito na saída para a escola. Dedicar o trabalho a eles é o mínimo que posso fazer.

Mas este estudo, em especial, quero dedicar também ao meu avô Eduardo, que faleceu em 2004. Quando eu era menino, nos anos 1990, ele às vezes me telefonava para comentar algum ocorrido, parabenizar-me por alguma ocasião (um aniversário, a conclusão de um ano letivo etc), ou simplesmente me pregar alguma peça. Tem um carro de gelo estacionado na porta da sua casa?, ele perguntava. Fascinado com a ideia mágica que a pergunta descortinava, eu largava o fone (que, naquela época, ficava ligado por um fio a um aparelho sobre a mesa da sala) e corria para olhar através da janela. Voltava dizendo que não havia carro nenhum. Ele deve ter derretido então, ele me respondia aos risos. Agora me lembro dele, com uma nitidez quase assustadora, porque, desde muito cedo, ele já prenunciava que eu cresceria e me tornaria um “doutor”. Quando terminei de escrever esta tese, tive vontade de telefonar para ele e dizer: Oi, vô, eu consegui.

Imagino que ele ficaria orgulhoso dessa minha conquista. Afinal, ele provavelmente sabia – ou pelo menos intuía – que, para concluir um doutorado, a pessoa precisa ser ousada. Existe o medo, que devemos encarar, e existe a luta, de que não podemos fugir, mas que, por outro lado, não precisamos temer. Hoje, quando repenso a minha caminhada, a primeira coisa que entrevejo é justamente a ousadia. Como fui capaz? Onde eu estava com a cabeça?

Sinceramente, não sei. Só sei que, diante de todos vocês, não tenho direito a desculpas.

“Aplausos, quando os não fundamenta o mérito, afagam certamente o espírito e dão algum verniz de celebridade; mas quem tem vontade de aprender e quer fazer alguma coisa prefere a lição que melhora ao ruído que lisonjeia.”³

³ Excerto da “Advertência da Primeira Edição” de *Ressurreição*, primeiro romance de Machado de Assis, publicado em 1872.

RESUMO

O quão livres são os juízes brasileiros para expressarem seu pensamento em público? O objetivo desta tese é responder a essa pergunta. São defendidos três argumentos principais. Primeiro, que a liberdade de expressão é um direito complexo que visa a proteger tanto o elemento individual quanto a dimensão intersubjetiva da comunicação humana – um direito cuja existência se justifica por razões múltiplas, contundentes e complementares. Segundo, que a integridade da contribuição específica que o Poder Judiciário tem a oferecer para a governança democrática é violada sempre que o juiz se pronuncia em ambiente externo ao processo deliberativo-decisório a respeito de questão sobre a qual foi, será ou poderá ser chamado a exercer jurisdição, salvo quando sua fala estiver protegida pela liberdade acadêmica, e que o comprometimento é tanto maior quanto mais elevada é a posição ocupada pelo juiz na estrutura da jurisdição. E, terceiro, que, embora a indiscrição judicial seja um problema grave, sobretudo quando o magistrado indiscreto ocupa uma posição jurisdicional superior, no caso de um juiz expressar indevidamente seu pensamento em público, deve-se, preferentemente, reconhecer sua suspeição para decidir a respeito das questões sobre as quais tenha se pronunciado; a cominação de penalidades de natureza administrativo-disciplinar é, em regra, constitucionalmente inadequada, já que qualquer resposta institucional a uma manifestação judicial exageradamente politizada resulta, pela negação do discurso político impugnado, em outro ato de politização exagerada. O segundo e o terceiro argumentos, que formam o coração da tese, estão baseados na ideia, eleita como marco teórico da pesquisa, de que a separação dos poderes impõe mais do que apenas uma divisão de núcleos estanques de poder ou de um controle recíproco baseado em freios e contrapesos sistêmicos, já que deve pressupor também, e sobretudo, a existência de uma integridade específica a ser protegida no exercício de cada instituição decisória, bem como de um valor autônomo na construção de uma governança democrática articulada entre tais instituições.

Palavras-chave: liberdade de expressão; separação dos poderes; Poder Judiciário; imparcialidade do juiz; processo jurisdicional democrático.

ABSTRACT

How free are Brazilian judges to express their thoughts and opinions in public? The purpose of this thesis is to address this question. There are three main arguments. First, freedom of expression is a complex right that aims to protect both the individual element and the intersubjective dimension of human communication – a right whose existence is justified by multiple, persuasive, and complementary reasons. Second, the integrity of the contribution the Judiciary has to offer to democratic governance is infringed whenever a judge expresses an opinion outside the deliberative-decision-making process in respect of a matter over which he was, will be or may be called upon to exercise jurisdiction, except when his speech is protected by academic freedom. The obligation is more intense the higher the position occupied by the judge in the structure of the judicial branch. And, third, although judicial indiscretion is a serious problem, particularly when the indiscreet judge occupies a superior jurisdictional position, a judge who improperly expresses his thoughts in public should preferably be disqualified from deciding on the issues about which he has spoken. The imposition of disciplinary proceedings and penalties is, as a rule, constitutionally inappropriate, since any institutional response to an exaggeratedly politicized judicial speech results, due to the denial of the impugned political discourse, in another act of exaggerated politicization. The second and third arguments, which consist in the heart of the thesis, are grounded on the idea, selected as the theoretical framework of the research, that separation of powers means more than a division of tight nuclei of power or a mechanism of mutual control based on systemic checks and balances, because it also presupposes the existence of a specific integrity to be protected in the exercise of each decision-making institution, as well as an autonomous value in the construction of an articulated democratic governance among such institutions.

Keywords: freedom of expression; separation of powers; judiciary; judicial impartiality; judicial democratic process.

RESUMEN

¿Cuán libres son los jueces brasileños para expresar su pensamiento en público? El objetivo de esta tesis es responder a esa pregunta. Son defendidos tres argumentos principales. Primero, que la libertad de expresión es un derecho complejo que pretende proteger tanto el elemento individual cuanto la dimensión intersubjetiva de la comunicación humana – un derecho cuya existencia se justifica por razones múltiples, contundentes y complementarias. Segundo, que la integridad de la contribución específica que el Poder Judicial tiene a ofrecer para la gobernanza democrática es violada siempre que el juez se pronuncia en ambiente externo al proceso deliberativo-decisorio respecto a alguna cuestión sobre la cual fue, será o podrá ser llamado a ejercer jurisdicción, salvo cuando su habla esté protegida por la libertad académica, y que el compromiso es tanto más grande cuanto más elevada es la posición ocupada por el juez en la estructura de la jurisdicción. Y, tercero, que, si bien la indiscreción judicial es un problema grave, particularmente cuando el juez indiscreto ocupa un alto cargo jurisdiccional, en el caso de que un juez exprese de forma indebida su pensamiento en público, se debe, preferentemente, reconocer su impedimento para decidir respecto de las cuestiones sobre las que se haya pronunciado; la conminación de penalidades de naturaleza administrativo-disciplinaria es, por regla general, constitucionalmente inadecuada, ya que cualquier respuesta institucional a una manifestación judicial exageradamente politizada resulta, por la negación del discurso político impugnado, en otro acto de politización exagerada. El segundo y el tercero argumentos, que conforman el corazón de la tesis, se basan en la idea, elegida como marco teórico de la investigación, de que la separación de los poderes impone más de lo que solamente una división de núcleos herméticos de poder o de un control recíproco basado en frenos y contrapesos sistémicos, ya que debe presuponer también, y sobre todo, la existencia de una integridad específica a ser protegida en el ejercicio de cada institución decisoria, y de un valor autónomo en la construcción de una gobernanza democrática articulada entre tales instituciones.

Palabras-clave: libertad de expresión; separación de los poderes; Poder Judicial; imparcialidad del juez; proceso jurisdiccional democrático.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Anamages.....	Associação Nacional dos Magistrados Estaduais
ADC.....	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI.....	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO.....	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF.....	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU.....	Advocacia-Geral da União
Ajufe.....	Associação dos Juízes Federais do Brasil
AMB.....	Associação dos Magistrados do Brasil
AP.....	Ação Penal
CADH.....	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CEDH.....	Convenção Europeia sobre Direitos Humanos
CNJ.....	Conselho Nacional de Justiça
CoE.....	Conselho da Europa
CPC.....	Código de Processo Civil
CPP.....	Código de Processo Penal
CRFB.....	Constituição da República Federativa do Brasil
CtEDH.....	Corte Europeia de Direitos Humanos
CtIDH.....	Corte Interamericana de Direitos Humanos
EC.....	Emenda Constitucional
HC.....	<i>Habeas Corpus</i>
LINDB.....	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LOMAN.....	Lei Orgânica da Magistratura Nacional
MP.....	Ministério Público
MPF.....	Ministério Público Federal
MS.....	Mandado de Segurança
OAB.....	Ordem dos Advogados do Brasil
OEA.....	Organização dos Estados Americanos
ONU.....	Organização das Nações Unidas
PGR.....	Procuradoria-Geral da República
SCOTUS.....	Suprema Corte dos Estados Unidos
STF.....	Supremo Tribunal Federal

STJ.....Superior Tribunal de Justiça
STM.....Superior Tribunal Militar
TJMG.....Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJRJ.....Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJSP.....Tribunal de Justiça de São Paulo
TRE.....Tribunal Regional Eleitoral
TRF.....Tribunal Regional Federal
TRT.....Tribunal Regional do Trabalho
TSE.....Tribunal Superior Eleitoral
TST.....Tribunal Superior do Trabalho
Unajuf.....União Nacional dos Juizes Federais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	21
Uma questão de filosofia política.....	24
Um problema de direito constitucional, um esforço de filosofia pública	28
Algumas premissas	30
Observação sobre o uso do direito constitucional comparado	34
Panorama da tese.....	37
1 O QUE É LIBERDADE DE EXPRESSÃO?	40
1.1 O que é expressão?	41
1.2 Por que a expressão deve ser protegida pelo direito?	47
<i>1.2.1 A liberdade de expressão possibilita a identificação da verdade e estimula a produção e a propagação do conhecimento</i>	<i>48</i>
<i>1.2.2 A liberdade de expressão viabiliza o autogoverno e impede a tirania.....</i>	<i>56</i>
<i>1.2.3 A liberdade de expressão viabiliza a autoafirmação da identidade e garante a preservação de uma cultura de independência.....</i>	<i>66</i>
<i>1.2.4 A liberdade de expressão assegura a legitimidade das escolhas coletivas.....</i>	<i>71</i>
<i>1.2.5 A liberdade de expressão catalisa o pluralismo social, político, artístico, cultural e étnico</i>	<i>73</i>
1.3 Qual liberdade de expressão?	78
1.3.1 O suporte fático dos direitos fundamentais	79
<i>1.3.1.1 Virgílio Afonso da Silva e o suporte fático amplo.....</i>	<i>79</i>
<i>1.3.1.2 A interpretação do direito conforme Ronald Dworkin.....</i>	<i>91</i>
1.3.2 Os dois caminhos da liberdade.....	95

2 O QUÃO LIVRES SÃO OS JUÍZES PARA EXPRESSAREM SEU PENSAMENTO EM PÚBLICO?.....	104
2.1 Os juízes têm obrigações não oponíveis aos cidadãos comuns?	107
2.1.1 Existem obrigações especiais?	107
2.1.2 A separação dos poderes segundo Jeremy Waldron	111
2.1.3 A contribuição do Poder Judiciário à governança democrática	118
2.1.3.1 O juiz deve ser independente e imparcial.....	119
2.1.3.2 O juiz deve propiciar e promover um contraditório material	127
2.1.3.3 A decisão judicial precisa ser fundamentada com base no direito	131
2.1.4 O problema específico da expressão judicial.....	133
2.1.4.1 O argumento da relevância	135
2.1.4.2 O argumento da indissociabilidade.....	138
2.1.4.3 O argumento da inversão	145
2.2 O quão livres são os juízes brasileiros para expressarem seu pensamento em público?.....	152
2.2.1 Por que estudar o caso brasileiro?.....	153
2.2.2 Diretrizes para a interpretação da liberdade de expressão judicial no direito brasileiro	159
2.2.3 Sobre que temas o juiz não pode se manifestar?	167
2.2.3.1 O juiz não pode se dedicar a atividade político-partidária, nem opinar sobre processo pendente de julgamento, nem, tampouco, emitir juízo depreciativo sobre decisão alheia.....	167
2.2.3.2 O juiz não pode se manifestar a respeito de questão sobre a qual foi, será ou poderá ser chamado a exercer jurisdição	171
2.2.3.3 Observação sobre a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos em <i>Republican Party of Minnesota v. White</i>	176

2.2.3.4 <i>Observação sobre o Provimento nº 71 da Corregedoria Nacional de Justiça e a Resolução nº 305 do Conselho Nacional de Justiça</i>	182
2.2.4 <i>Em que contexto o juiz não pode se manifestar?</i>	186
2.2.4.1 <i>O juiz não pode se manifestar fora do ambiente processual-decisório</i>	186
2.2.4.2 <i>Thomas Bustamante e o obiter dictum abusivo</i>	189
2.2.4.3 <i>O dilema da Internet</i>	197
2.2.5 <i>O quão livres são os juízes para se expressarem academicamente?</i>	198
2.2.5.1 <i>A liberdade acadêmica não é um subtipo da liberdade de expressão</i>	199
2.2.5.2 <i>Os contornos da liberdade acadêmica no Brasil</i>	208
2.2.5.3 <i>A liberdade acadêmica é uma exceção aos limites impostos à liberdade de expressão judicial</i>	211
2.2.5.4 <i>Observação sobre o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e as Resoluções nºs 34 e 170 do Conselho Nacional de Justiça</i>	218
2.2.6 <i>E quando o silêncio judicial é que é o problema?</i>	220

3 O QUÃO GRAVE É A INDISCRICÃO JUDICIAL? QUE SANÇÃO CABE APLICAR CONTRA ELA?

3.1 O quão grave é a indiscrição judicial?	232
3.1.1 <i>Ativismo judicial e judicialização da política</i>	232
3.1.2 <i>Indiscrição judicial é hipótese de ativismo?</i>	241
3.2 A posição ocupada pelo juiz na estrutura da jurisdição faz alguma diferença? ..	250
3.2.1 <i>O juiz é agente político?</i>	251
3.2.2 <i>Observação sobre o art. 927 do Código de Processo Civil</i>	258
3.2.3 <i>Observação sobre a teoria dos diálogos institucionais e a tese do constitucionalismo democrático</i>	264
3.2.4 <i>Observação sobre o acórdão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367</i>	276

3.3 Poder Judiciário e erosão constitucional.....	281
3.3.1 <i>Emilio Meyer e a erosão constitucional no Brasil</i>	282
3.3.2 <i>Poder Judiciário e mídia: uma relação tensa</i>.....	289
3.3.3 <i>O que é ministocracia?</i>.....	297
3.4 Que sanção cabe aplicar contra o juiz que expressa indevidamente seu pensamento em público?	301
3.4.1 <i>O dilema da sanção disciplinar</i>	302
3.4.2 <i>Observação sobre a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos em López Lone e outros v. Honduras</i>	304
3.4.3 <i>Observação sobre a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos em Garcetti v. Ceballos e sobre a propositura, pela Presidência da República, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 774</i>.....	309
3.4.4 <i>Da sanção disciplinar à sanção processual</i>.....	314
3.4.4.1 <i>Juiz indiscreto é juiz suspeito</i>	314
3.4.4.2 <i>Quatro objeções à suspeição do juiz indiscreto</i>	320
3.4.5 <i>O que falta para o estatuto brasileiro da liberdade de expressão judicial ser verdadeiramente cumprido?</i>.....	322
 CONCLUSÃO.....	 327
A liberdade de expressão é um direito complexo e multifacetado	327
O juiz deve ser discreto e desassombrado, nesta ordem de prioridade	329
A indiscrição judicial é um problema grave, sobretudo quando praticada por quem ocupa posição elevada na estrutura da jurisdição, e o juiz indiscreto é suspeito para decidir sobre o tema de sua indiscrição	331
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	 335
Matérias, colunas, artigos e outros aportes jornalísticos	335
Decisões judiciais e outros pronunciamentos institucionais	339

Livros, capítulos de livros, artigos em periódicos especializados e outros trabalhos acadêmicos.....	345
APÊNDICES	371
 Apêndice A – Tradução do Relatório sobre Liberdade de Expressão de Juízes, adotado pela Comissão de Veneza em 2015	372
 Apêndice B – Tradução do Relatório sobre Independência de Juízes e Advogados, estabelecido pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas em 2019.....	395
 Apêndice C – Tradução da Opinião nº 25 sobre Liberdade de Expressão de Juízes, exarada pelo Conselho Consultivo de Juízes Europeus em 2022	420

INTRODUÇÃO

Em 15 de outubro de 2018, a Sra. Kenarik Boujikian participou de debate no Auditório da Folha de S.Paulo, no centro da capital paulista. Brasileira nascida na Síria, Kenarik é cofundadora da Associação Juízes para a Democracia e, na época do evento, ocupava o cargo de desembargadora no Tribunal de Justiça de São Paulo. O seminário era sobre o Poder Judiciário nos trinta anos da Constituição de 1988. O auditório, reaberto em maio, havia sediado eventos de destaque: em 2010, por exemplo, fora realizado ali um debate com o escritor peruano Mario Vargas Llosa poucos dias após o anúncio de que ele havia ganhado o Prêmio Nobel de Literatura. O salão elegante, de ar cosmopolita, tem carpete cinza e cortinas de pano, e de suas janelas se veem os edifícios antigos e as árvores frondosas da Rua Barão de Limeira. Em outubro de 2018, a conferência contou também com a presença de Conrado Hübner Mendes e Rogério Arantes, professores da Universidade de São Paulo. Serena, de casaco vermelho e óculos de armação preta, Boujikian criticou a disfuncionalidade do Judiciário e prenunciou que a ruptura com o sistema democrático poderia estar próxima. Em referência à fala do então presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Dias Toffoli, que dera ao golpe civil-militar de 1964 o nome de “movimento”, ela asseverou: “Um ministro do STF chamar de movimento um golpe reconhecido historicamente é tripudiar sobre a história brasileira. De algum modo, é desrespeitar todas as nossas vítimas.” A manifestação foi noticiada pela Folha em matéria sobre as eleições presidenciais.⁴

⁴ Ver em BATISTA, Everton Lopes; NEIVA, Leonardo. Rompimento com a democracia pode estar próximo, dizem especialistas. **Folha de S.Paulo**. Matéria de 15 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/rompimento-com-a-democracia-pode-estar-proximo-dizem-especialistas.shtml>. Acesso em 21 de novembro de 2018.

Foi quando entrou em cena o Conselho Nacional de Justiça. Tomando conhecimento da declaração de Kenarik, o então corregedor nacional, ministro Humberto Martins, determinou, por iniciativa própria, a instauração de pedido de providências. O Regimento Interno do CNJ, em seu art. 98, concebe o pedido de providências como um procedimento para que sejam conhecidas e julgadas, pelo plenário ou pelo corregedor, a depender da competência, propostas e sugestões tendentes à melhoria da eficiência e da eficácia do Poder Judiciário, bem como todo e qualquer expediente que não tenha classificação específica nem seja acessório ou incidente. Ao abrir o pedido contra Boujikian, Martins pontuou que a fala proferida pela magistrada poderia configurar, em tese, violação às regras previstas no art. 95, parágrafo único, III, da Constituição da República, que veda aos juízes o exercício de atividade político-partidária, e no art. 36, III, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que proíbe que o magistrado manifeste opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças.⁵

Meses antes desse incidente, o Conselho havia adotado, por sugestão do corregedor anterior, ministro João Otávio de Noronha, o Provimento nº 71, com o objetivo de disciplinar o uso do *e-mail* institucional por juízes e servidores do Judiciário, assim como sua manifestação nas redes sociais. Embora partisse de um escopo aparentemente mais tímido, o ato se propunha a enfrentar o problema do agente que, grosso modo, “fala além da conta”. No preâmbulo do provimento, é explicado que a liberdade de expressão dos juízes, seja na esfera privada ou na vida pública, deve coexistir harmonicamente com os deveres e as vedações funcionais que lhes são impostas, para que seja preservado o respeito à dignidade da jurisdição, pois, como prevê o art. 15 do Código de Ética da Magistratura, “a integridade de conduta do magistrado fora do âmbito estrito da atividade jurisdicional contribui para uma fundada confiança dos cidadãos na judicatura”.

Apesar de Humberto Martins não citar diretamente o provimento em seu despacho no pedido contra Kenarik Boujikian, parece evidente que sua iniciativa compartilhava da mesma inquietude. Opiniões e posicionamentos defendidos por juízes ganham, na rede mundial de computadores em geral, e nas redes sociais on-line em especial, um palco de dimensão global. Ao manifestar publicamente uma preferência, um argumento ou um ponto de vista, o juiz revela seu pensamento, sua visão de mundo, seu modo de raciocinar e interpretar a realidade. Mas o que antes ficava muitas vezes restrito a ambientes privados é agora veiculado em um mercado amplo e aberto de ideias: a *Internet* corresponde, mesmo contra a vontade dos falantes, a um

⁵ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Decisão no Pedido de Providências nº 0009260-04.2018.2.00.0000**. Brasília, 8 de novembro de 2018.

anfiteatro de tamanho incomensurável, com uma plateia impassível de determinação tanto espacial quanto temporal, e tudo que é dito ali corre o risco de permanecer registrado para sempre. No momento em que a Folha noticiou o debate em sua página na rede, relatando o que Boujikian havia dito, o discurso de crítica ao ministro Dias Toffoli abriu-se ao mundo. Se pensarmos que o juiz deve agir de modo reservado, mantendo uma imagem pública de austeridade e despojamento, fica fácil entender por que o registro amplamente acessível e possivelmente definitivo de suas opiniões, em especial quando críticas às posições de outras pessoas, é visto como um problema. Não um problema circunstancial. Na verdade, um problema mais profundo e abrangente, porque relativo à estrutura do sistema de justiça. Um problema, veremos, de natureza *constitucional*.

O juiz não é um cidadão comum. O Provimento nº 71 reconhece isso, sinalizando que todo juiz deve não apenas possuir, mas também demonstrar independência, imparcialidade, conhecimento, cortesia, transparência, prudência, diligência, integridade profissional e pessoal, dignidade, honra e decoro. Trata-se de um regime evidentemente rigoroso, mas, a despeito do que pode parecer à primeira vista, assumi-lo não implica viver recolhido a uma espécie de claustro. Tanto é assim que, embora o *caput* do art. 2º do provimento estabeleça que a liberdade de expressão, como direito fundamental, não pode ser utilizada pela magistratura para afastar a proibição constitucional do exercício de atividade político-partidária, o § 3º esclarece que não incorre em tal vedação a crítica pública dirigida, entre outros, a ideias, ideologias, projetos legislativos, programas de governo e medidas econômicas. Isso mostra que, no entender do Conselho Nacional de Justiça, apesar da cautela com que devem levar seu dia-a-dia, os juízes não estão impedidos de expressar visões de mundo, até mesmo de caráter político.

Mas, se é assim, qual a razão de a fala de Kenarik ter despertado o alerta de Martins? Afinal, a que atividade político-partidária o corregedor nacional se referia? Sobre que processo Boujikian havia se manifestado ou emitido juízo depreciativo? E o mais importante: no debate sobre a natureza da intervenção civil-militar que resultou, em março e abril de 1964, na deposição forçada do presidente João Goulart, *dois* juízes emitiram cada um a sua “opinião”; por que motivo, então, coube à desembargadora prestar esclarecimentos, enquanto o presidente do Supremo Tribunal Federal permaneceu inatingível?

Uma questão de filosofia política

Este trabalho se ocupa de um problema central para o Brasil recente: o quão livres são os juízes para manifestarem publicamente seu pensamento?

Em um primeiro momento, soa tranquila a premissa de que um juiz, em razão da função que exerce, precisa observar um código de conduta mais rigoroso do que aquele aplicável a um cidadão comum.⁶ O juiz corporifica uma dimensão especial da soberania do Estado e, por esse motivo, desempenha uma autoridade bastante particular: ele recebe as partes de um conflito social, ouve o que cada uma tem a dizer e, em seguida, toma uma decisão buscando solucionar a divergência. Seu papel é uma chave importante na dinâmica da democracia, porque, ao mesmo tempo que ele assegura o cumprimento das expectativas de conduta que a sociedade estabelece para seu próprio funcionamento, a maneira como sua decisão é construída norteia-se pelo postulado da igualdade. O juiz, em regra, só intervém quando é acionado, e tanto a compreensão da controvérsia quanto a escolha da melhor resposta acontecem em contraditório, com a participação e a influência das partes envolvidas. Além disso, o juiz fundamenta sua decisão com base no direito e, ao dá-la à luz, sujeita suas razões à revisão, seja de instâncias recursais ou da esfera pública. Nesse quadro, é intuitivo que o juiz se sujeite a um conjunto de limitações e obrigações extraordinárias.

A independência do Poder Judiciário é um elemento basilar do constitucionalismo moderno. No Estado Democrático de Direito, a jurisdição é concebida à luz da noção de um lugar discursivo desvinculado das intermitências políticas, não submetido à responsividade eleitoral e, por essas razões, capaz de proporcionar a seus atores que se posicionem em equidistância face aos temas e interesses sob julgamento. Essa independência revela-se não apenas em garantias e prerrogativas, mas também em deveres e restrições. Isso porque, no marco de uma separação dos poderes orientada para a construção de uma governança democrática, a contribuição específica que o Judiciário tem a oferecer para a operação do Estado está em uma autoridade exercida, como dissemos, com imparcialidade, em contraditório e por meio de um vocabulário vinculado ao direito e à razão. Permitir ao juiz que viva e atue

⁶ O conceito de “cidadão comum”, ainda que equívoco e permeado de controvérsias, é utilizado neste trabalho em contraposição aos juízes. Consideramos, portanto, como cidadão comum todo e qualquer sujeito de direitos que, estando no exercício das prerrogativas e obrigações que acompanham a vida pública, não exerce função judicante nem integra a categoria profissional da magistratura. Com relação aos integrantes de outras carreiras envolvidas com a administração da justiça – a exemplo de servidores, advogados, advogados públicos, defensores públicos e membros do Ministério Público –, é importante sublinhar que, apesar de eles não se enquadrarem na categoria relativa à judicatura, não podem ser encarados como cidadãos totalmente comuns. Este trabalho, no entanto, não se ocupa de analisá-los.

como um cidadão comum importaria em desnaturar a integridade da jurisdição, esvaziando a *razão de existir* de uma instituição que, embora não sujeita à responsabilização política sazonal, ocupa um *locus próprio* – e, por isso mesmo, insubstituível – de afirmação do Estado de Direito e dos direitos fundamentais.

Essa maneira de raciocinar, considerada abstratamente, não parece despertar maiores resistências: ela é, tal qual afirmamos, intuitiva e tranquila. Decerto ninguém discorda que, como prevê o item 4.2 dos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, “sujeitando-se ao escrutínio público constante, o juiz deve aceitar, de livre e boa vontade, restrições pessoais que podem ser vistas como penosas por cidadãos comuns”, agindo “de maneira consistente com a dignidade de seu cargo”.⁷

Os problemas aparecem, na verdade, quando esse postulado genérico precisa ser traduzido para a definição de diretrizes e a resolução de conflitos. As complexidades, controvérsias e disputas estão, portanto, na densificação dos princípios que regem a atividade judicial, e não exatamente no reconhecimento de tais princípios como normas indispensáveis ao funcionamento do Poder Judiciário. Como outros já disseram antes de (e melhor do que) nós,⁸ embora a tensão entre Estado de Direito e democracia tenha sido bem equacionada pela filosofia política dos últimos cinquenta anos, ainda falta envidar certa energia à compreensão de como essas duas ideias se articulam e devem se articular na rotina das instituições. O diabo, como diz o provérbio alemão, mora é nos detalhes.

No caso da liberdade dos juízes de expressarem publicamente seu pensamento, as dúvidas são muitas. Para definir se o juiz pode ou não se manifestar livremente em determinado caso, é preciso analisar o conteúdo da manifestação? E o contexto? Há alguma distinção entre o pensamento que o juiz expressa dentro do ambiente processual-decisório e o pensamento que ele expressa fora desse ambiente? Há, ainda, alguma distinção entre o pensamento que ele expressa para resolver o conflito que lhe foi apresentado e o pensamento que, embora veiculado no interior do ambiente processual-decisório, não é estritamente necessário para construir essa solução? Como ficam os juízes que são também professores? Há casos nos quais o silêncio judicial é que é o problema? A posição ocupada pelo juiz na estrutura da jurisdição faz alguma diferença? E, por fim, quando a manifestação é indevida, que tipo de sanção cabe aplicar contra o juiz?

⁷ Tradução nossa do seguinte texto: “4.2 As a subject of constant public scrutiny, a judge must accept personal restrictions that might be viewed as burdensome by the ordinary citizen and should do so freely and willingly. In particular, a judge shall conduct himself or herself in a way that is consistent with the dignity of the judicial office.”

⁸ Ver, por exemplo, MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 5-9.

Para responder a essas perguntas, precisamos aferir quais deveres os juízes estão moralmente obrigados a cumprir. No entanto, a construção de respostas socialmente adequadas impõe ir além. Há explicações e soluções que só conseguimos encontrar quando avaliamos a medida da responsabilidade *política e jurídica* dos juízes. Assim, apesar de não dispensar o aporte da filosofia moral, o questionamento (ou o conjunto de questionamentos) que motiva este estudo é, antes de mais nada, uma *questão de filosofia política* e, por consequência, um *problema de direito constitucional*.

Por muito tempo, a filosofia política centrou-se nos princípios e ideais abstratos que devem reger as sociedades consideradas “civilizadas”: a democracia, a igualdade, a liberdade e a justiça. Gerações e mais gerações de teóricos políticos pregaram a adoção de uma gama de postulados genéricos para o alcance do que chamaram de “desenvolvimento dos povos” e “progresso civilizacional”. Para esses homens, a filosofia política seria, como disse Isaiah Berlin, “uma filosofia moral aplicada a situações sociais”, isto é, um esforço teórico “sobre os fins da vida, sobre valores, sobre os objetivos da existência social, sobre o que os homens em sociedade seguem e devem seguir, sobre o bem e o mal, o certo e o errado”.⁹

O problema dessa perspectiva é que as pessoas discordam em praticamente tudo. Discordam em assuntos de política, em questões relativas à vida prática, discordam no significado de certo e errado, bonito e feio, justo e injusto. Evocando valores gerais e abstratos como critérios de adequação política, a análise assume o risco de simplificar e desmerecer as diferenças que edificam a realidade. Quando inspirada nessa visão, a filosofia política pode fomentar generalizações abusivas, ofuscando particularidades e contingências importantes e obscurecendo individualidades que são necessariamente complexas. Supondo um modelo valorativo ideal – que usualmente corresponde ao paradigma liberal engendrado na Europa Ocidental e na América do Norte, em contraposição ao atraso das culturas “periféricas” –, é recorrente que essas generalizações impliquem uma objetificação de grupos sociais e contribuam para a perpetuação de preconceitos, invisibilidades e esquecimentos.

Uma filosofia política de cunho moralista tem como premissa um modo de enxergar as coisas que dá pouca importância às particularidades de cada grupo ou comunidade. Isso não significa que a filosofia moral não tenha nada a nos dizer. Significa, isso sim, que, ao examinarmos um problema concreto por um viés exclusivamente moral, corremos o risco de deixar escapar nuances e implicações decisivas para uma abordagem social e institucionalmente adequada. Em outras palavras, o moralismo político pode lançar sombras sobre elementos e

⁹ JAHANBEGLOO, Ramin. **Conversations with Isaiah Berlin**. Halban: London, 2010, pp. 57-58.

aspectos da realidade institucional que precisamos compreender se nosso propósito verdadeiro é, por meio da ciência, melhorar a maneira como vivemos.

Para uma tese no campo das ciências sociais aplicadas, é necessário, em primeiro lugar, que o problema seja pensado *discursivamente*.

O princípio do discurso, que estabelece como válida a norma a cujo teor qualquer sujeito anuiria a partir de um convencimento racional, aplica-se tanto à moral quanto à política e ao direito. A diferença é que, para a filosofia moral, importa indagar se a norma é moralmente justa e, em sendo justa, se é adequada a determinada situação concreta, ao passo que, para a filosofia política e, por consequência, a filosofia do direito, interessa perquirir se a norma é validamente cogente, isto é, se estão presentes as condições institucionais e argumentativas que, do ponto de vista do processo democrático, são necessárias para justificar e aplicar validamente uma dada escolha coletiva.¹⁰

Estudar os valores e princípios políticos segundo um ponto de vista moral não é desimportante. Todavia, os “objetivos da existência social” jamais serão apreendidos sem que se façam as indagações corretas – por exemplo: objetivos de *que* existência social? – e se considerem os institutos e as ferramentas que tornam possível a vida política. Pensar a institucionalidade da vivência em comunidade – os meios pelos quais as pessoas de um dado grupo, a despeito de suas diferenças, vivem umas com as outras – é imprescindível para compreender a maneira como a igualdade, a liberdade e a justiça são interpretadas e concretizadas. As instituições são cruciais, porque materializam a estrutura por meio da qual determinada sociedade processa seus desentendimentos, resolve suas disputas e planeja seu futuro. Examinar a institucionalidade é relevante não só em uma abordagem empírica, mas também para um estudo normativo da política e do direito, uma vez que a sociedade é o tempo todo chamada a fazer escolhas sobre sua organização e seus processos.¹¹

Nosso trabalho toma esse prisma como premissa. O entendimento da temática exige destrinchar postulados que são, na sua essência, morais. No entanto, embora nossa indagação seja também um questionamento de filosofia político-moral, ela é, mais do que qualquer outra coisa, uma perquirição sobre o funcionamento concreto do Estado de Direito, da separação dos poderes e da independência do Poder Judiciário. Nossa questão é de filosofia política. Não de uma filosofia política *moralista*, fixada em uma concepção abstrata de moralidade política, mas

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1992, pp. 170-172. Ver também CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2014, pp. 22-25.

¹¹ WALDRON, Jeremy. **Political political theory**: essays on institutions. Cambridge: Harvard University Press, 2016, pp. 8-12.

de uma filosofia política *politizada*, que leve em consideração as possibilidades e os limites dos instrumentos pelos quais a vida política acontece.

Um problema de direito constitucional, um esforço de filosofia pública

Além de (e em virtude de) ser uma questão pertinente a uma filosofia política que preserve, por assim dizer, “os pés no chão”, nossa pergunta-base é, em última análise, um problema de direito constitucional.

É assim, em primeiro lugar, porque, para averiguar as condições de um processo democraticamente adequado de formação da vontade coletiva, é preciso verificar a conformação da política e do direito às bases de uma *Constituição democrática*. Pensar a liberdade dos juízes para expressarem seu pensamento em público exige refletir sobre a tensão entre a coercibilidade do direito e a pretensão de que os destinatários da norma sejam também seus autores. Nesse sentido, o tema-problema interessa, do ponto de vista epistemológico, à Teoria da Constituição, compreendida como “teoria crítico-reflexiva da Constituição”, sobretudo no que se refere a uma perspectiva de resgate da normatividade constitucional para o enfrentamento e a superação dos obstáculos inerentes à integração social – ou seja, interessa a uma Teoria da Constituição que é “chave interpretativa do direito constitucional positivo”.¹²

Ademais, nossa pergunta é de direito constitucional, pois nossa intenção é produzir uma orientação que se aplique (e faça sentido) ao direito brasileiro: a pesquisa mira uma realidade institucional específica e almeja extrair dela respostas contextualmente válidas e meritórias.

Assim, o ensaio que desejamos elaborar deve, por um lado, ser mais aprofundado do que uma tese teórica que, debruçando-se sobre uma inquietude abstrata, promove, como disse Gramsci, um “breve aceno ao universo”. Por outro lado, esse ensaio deve ser também mais modesto do que uma tese panorâmica que, falando de coisas muito amplas e abrangentes, ou se torna um compilado enfadonho de informações, ou arbitra um recorte mal fundamentado e, como consequência, promove omissões imperdoáveis.¹³ O raciocínio que orienta este estudo, por conseguinte, precisa ir além (e, ao mesmo tempo, ficar aquém) de uma reflexão genérica sobre o papel do juiz na democracia e o direito fundamental à expressão livre. O que queremos

¹² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, 2014, pp. 25-30 e 46-49.

¹³ Para as distinções entre tese teórica e tese histórica e entre tese panorâmica e tese monográfica, ver ECO, Umberto. *Op. cit.*, 2019, pp. 9-16.

fazer é, a partir do enfoque crítico-reflexivo de uma *Constituição democraticamente adequada*, compreender e interpretar o regime que a Constituição brasileira de 1988 institui a respeito da liberdade de expressão judicial.

A opção pelo Brasil não é óbvia. Apesar de o assunto ser objeto de debate e tratamento por diferentes sistemas jurídicos, acreditamos, por motivos a serem oportunamente esclarecidos, que a realidade brasileira oferece um rico campo de pesquisa. Por ora, adiantamos que não existe, no direito brasileiro, um entendimento claro a respeito do estatuto da liberdade de expressão judicial. Por causa disso, nossas instituições não estão preparadas para reagir com desassombro, racionalidade e isonomia à verborragia de nossos juízes. As questões são altamente filosóficas, mas – o que é muito importante – as tonalidades da problemática para o direito constitucional brasileiro só são percebidas por meio de um exame do contexto: vemos, a partir de inúmeros casos – dentre eles o exemplo envolvendo Kenarik Boujikian –, que a questão no Brasil não se resume à indiscrição e à imprudência dos juízes, já que abarca também a seletividade dos mecanismos de controle do palavrório judicial. Como compreender efetivamente o problema sem pensá-lo a partir do “chão de fábrica” do sistema?

Em *Life's dominion*, Ronald Dworkin, detendo-se sobre as práticas do aborto e da eutanásia, propôs-se a escrever o que ele próprio denominou “um ensaio de filosofia pública”: um estudo que, embora dependa de uma análise de teorias abstratas, parte de – e segue orientado por – questões de relevância prático-política. Esse tipo de inquirição filosófica, que é concebida “de dentro para fora” e, assim, “feita para a ocasião” (ou “construída sob medida”), mostra-se capaz de produzir razões com maior aptidão para o sucesso no debate público, vez que leva em consideração as peculiaridades, vicissitudes e contradições do sistema jurídico em exame.¹⁴

Argumentos de filosofia pública não se resumem, portanto, a fundamentos de filosofia político-moral, já que são formulados para justificar e reforçar um prisma constitucional, bem como resolver um problema jurídico concreto. Mais, eles são empregados para contestar ou reafirmar as suposições e convicções políticas que compõem determinado debate público. Exatamente em virtude de serem utilizados para ingresso em uma discussão pré-existente, tais argumentos precisam pressupor as diversas perspectivas em disputa, assimilando os pontos e contrapontos sustentados pelos atores e segmentos implicados na controvérsia. Por fim – e isso é significativo –, argumentos de filosofia pública oferecem uma maneira menos violenta e

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Life's dominion**: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom. New York: Knopf, 1993, pp. 28-29. Em sua resenha de *Life's dominion*, Thomas Scanlon atribui a Dworkin o posto de “nosso principal filósofo público”. Ver em SCANLON, Thomas Michael. Partisan for life. **New York Review Books**, 45, 1993.

excludente de articular crenças e posições consolidadas, porque buscam, em sua essência, alcançar algo melhor do que “uma civilidade apática” ou “uma tolerância vazia”: eles anseiam, na verdade, por efetividade, compreensão, reconhecimento e respeito.¹⁵

Diante de um assunto como o nosso, é persistente a tentação de defender o tudo ou o nada. Amparados exclusivamente em aportes da filosofia moral, poderíamos dizer que os juízes devem se recolher a uma austeridade muda, em virtude da autoridade que desempenham; ou, quem sabe, sustentar a possibilidade de os juízes se abrirem a uma loquacidade responsável, considerando que, na democracia, quanto mais livre a circulação de ideias, melhor. Nenhuma dessas opções, entretanto, parece estar correta. O juiz não é livre para expressar seu pensamento como o cidadão comum, mas isso não significa que ele não seja livre. Entre o silêncio beneditino do claustro e o barulho carnavalesco da praça está a discrição desassombrada da corte. Compreender os contornos e as balizas da expressão judicial, harmonizar a liberdade individual de tomar parte no debate público com o funcionamento adequado do sistema de justiça, esboçar caminhos e soluções que façam sentido ao projeto de Estado Democrático de Direito no Brasil: o assunto é complexo e, como tal, não comporta respostas simples.

Algumas premissas

Esta tese nasce de uma inquietude. Uma inquietude sobre o passado e o presente. Uma inquietude sobre o futuro.

O direito provém das expectativas que a sociedade estabelece para seu próprio funcionamento. As normas jurídicas resultam de um aprendizado social, traduzindo o entendimento que as pessoas, em determinado momento de sua história, nutrem sobre como as coisas devem ser. Mas o direito é também uma construção em constante disputa, porque, no interior das comunidades políticas, existem clivagens e desacordos muito profundos. Em seu discurso “Isto é água”, David Foster Wallace narra um episódio que ilustra essa complexidade. Dois amigos, um religioso e outro ateu, discutem se Deus existe. O ateu conta que, em uma noite de nevasca, perdeu-se de seu acampamento e, sem esperança de encontrar o caminho de volta, rezou a Deus pedindo que o salvasse. Ouvindo o caso, o religioso indaga se, depois disso, o amigo passou a acreditar. “Afinal, você está aqui, vivo”, ele argumenta. Mas o ateu nega e,

¹⁵ FLEMING, James E. Taking responsibilities as well as rights seriously. **Boston University Law Review**, n. 90, 2010, pp. 853-855.

sem disfarçar sua impaciência com a crença do amigo, explica que só se safou em razão de um grupo de esquimós ter aparecido de repente e o ajudado a regressar ao acampamento.¹⁶

Ainda que todo pluralismo seja contextualmente limitado, cada homem vê a realidade de determinada maneira. Por isso, a vida pública – o lugar-momento no qual são construídas as decisões coletivas – está repleta de divergências e conflitos. Para que a sociedade sobreviva e funcione de modo adequado e justo, deve haver um procedimento deliberativo que dê conta de equacionar os desentendimentos entre as pessoas sem discriminá-las nem ferir suas liberdades.

Esse procedimento é a política democrática, um conjunto de práticas sociais e institucionais baseadas em uma concepção radical de igualdade política – a ideia de que a cada sujeito é atribuído o mesmo peso e garantida a mesma oportunidade de influir nas escolhas da coletividade.¹⁷ Para concretizar essa igualdade (de peso e de oportunidade), é necessário que os cidadãos tenham *direitos*, isto é, sejam livres para professar a crença de sua escolha, livres para trabalhar, se associar e se reunir, para manifestar em público a maneira como enxergam o mundo, que tenham acesso a saúde, educação, previdência social, moradia, alimentação, lazer e cultura e possam, se preciso, acionar um sistema de justiça independente e imparcial. Tudo isso é condição para sua participação na vida pública; afinal, quem consegue fazer sua voz ser ouvida se não é livre para ser quem é, se tem fome, está doente, não tem lugar para morar, nem tempo para se divertir? Por outro lado – e aqui mora o “dilema da democracia” –,¹⁸ os direitos dos cidadãos não são *dados prontos*: eles precisam ser densificados, especificados, traduzidos em diretrizes, acordos e programas, e para isso o único caminho é a política. Esclarecer *que* direitos os sujeitos têm – em que medida, de que maneira, até que ponto, com que limites – exige fazer escolhas. Precisamos tomar parte do processo decisório, e isso deve acontecer no hoje, *sem espera*,¹⁹ não para solucionarmos problemas abstratos e distantes, mas para resolvermos *nossas* questões, dirimir os entraves e desentendimentos que se apresentam em

¹⁶ WALLACE, David Foster. **Ficando longe do fato de já estar meio que longe de tudo**: ensaios. Trad. Daniel Galera e Daniel Pellizzari. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, pp. 264-265.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, 1992, pp. 112-120. No mesmo sentido, embora segundo tradições e referenciais distintos, ver DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011b, pp. 379-399. Sobre a possibilidade de uma reflexão que dialogue, ao mesmo tempo, com Habermas e Dworkin, especialmente com relação às temáticas da democracia e da liberdade, ver CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; REPOËS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. **Liberdades comunicativas**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020, p. 1.

¹⁸ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 50.

¹⁹ Para a tese da democracia sem espera, ver CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Tempo cairológico do Constituição e *democracia sem espera*: uma reflexão a partir da crítica aos discursos sobre a transição política, do resgate da memória do processo constituinte e da legitimidade da Constituição brasileira trinta anos depois. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). **Constitucionalismo e história do direito**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020, pp. 381-413.

nossa realidade, elucidar – a *nós* mesmos – quais são as condições necessárias para continuarmos vivendo, interagindo, atuando na esfera pública, e assim por diante.²⁰

Se esta tese parte, como dissemos, de uma inquietude, é porque ela se preocupa em “trabalhar em benefício do homem, na medida em que tem o próprio homem e seus atos como material”.²¹ Para que essa empreitada faça sentido, entretanto, é fundamental explicitar algumas premissas.²² Primeiro, o significado de qualquer expressão é construído, para além de seu autor, por meio da atividade interpretativa: interpretar uma expressão é compreendê-la e aplicá-la, e toda interpretação é histórica, uma vez que acontece “em dado momento”, à luz de determinado horizonte histórico de sentido.²³ Segundo, o direito é um conceito interpretativo: interpretar o direito não significa nem enunciar uma notícia do passado, nem, tampouco, inventar um programa para o futuro, mas ler as práticas e proposições da comunidade à sua melhor luz, situando-as discursivamente em um contexto de práticas e proposições passadas, e ao mesmo tempo ajustando-as a uma concepção coerente de justiça, justeza e devido processo.²⁴ Terceiro, defender o direito implica defender a democracia, porque, embora o direito liberal institucionalize a lógica da autovalorização do capital e, dessa maneira, chancele e perpetue uma estrutura social assentada sobre a exclusão dos segmentos desfavorecidos, esse mesmo direito oferece, paradoxalmente, as condições necessárias à transformação de tal estrutura: a emancipação da sociedade é um objetivo imanente à forma jurídica moderna, já que o Estado

²⁰ Essa premissa está arrimada não só no aporte de Jürgen Habermas, mas também – e especialmente – na teoria da democracia deliberativa de Roberto Gargarella e Carlos Santiago Nino. Ver, sobretudo, GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina**. Buenos Aires: Katz, 2014; NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, 2003. Para uma explicação da importância desses dois autores para o estudo da democracia, não só por conta de sua inserção no debate teórico-político internacional, mas particularmente em razão de seus escritos considerarem a história de lutas e opressão e os contextos de acentuada desigualdade social que constituem o constitucionalismo na América Latina, cf. GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. São Paulo: Saraiva, 2012.

²¹ BLOCH, Marc. **Apologia da história (ou o ofício de historiador)**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 45.

²² Usamos a palavra “premissas” no sentido de concepções que, tendo sido mobilizadas para a realização da pesquisa e a escrita do trabalho, são relevantes para a compreensão adequada de nossos argumentos. Embora tais premissas sejam as “lentes” através das quais o estudo e o raciocínio analítico aconteceram, elas não equivalem, exatamente, ao marco-teórico da tese, pois não consistem na “grade de leitura” que, sobreposta aos problemas de pesquisa, embasou diretamente a formulação das hipóteses. Para esse conceito de marco-teórico, ver LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. **La construction des savoirs: manuel de méthodologie en sciences humaines**. Québec: Cheneliere/McGraw-Hill, 1996, pp. 90-93.

²³ GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik**. Heidelberg: Mohr Siebeck Verlag, 2010, pp. 270, 401-408.

²⁴ DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p. 225.

de Direito é concebido para funcionar com base em normas gerais e abstratas, pautadas no princípio da igualdade.²⁵

Ademais, alguns conceitos importantes merecem esclarecimento.²⁶ Entendemos o juiz como o agente do Estado, integrante do Poder Judiciário, responsável por interpretar e aplicar o direito para, por meio de um processo, solucionar conflitos sociais; a justiça (ou a jurisdição) como a atividade estatal de julgar conflitos sociais por meio de um processo e segundo um juízo de aplicação do direito; o Poder Judiciário como a instituição estatal encarregada de administrar e desempenhar a justiça; a Constituição como o diploma normativo supralegal e rígido, oriundo do poder constituinte originário, que organiza o Estado e estabelece os direitos básicos; o constitucionalismo como a teoria normativa segundo a qual o poder do Estado deve estar limitado pelo direito, cumprindo tanto ao Estado quanto à sociedade proteger e plenipotencializar os direitos fundamentais e o devido processo constitucional; e a democracia como um conjunto de práticas sociais e institucionais voltadas à realização do governo do povo, as quais pressupõem a afirmação dos direitos fundamentais e o respeito ao devido processo constitucional.

Quanto à governança democrática, uma ideia que está subjacente a todo o trabalho, é preciso não só defini-la, mas também fazer um rápido comentário. Sabemos que, sobretudo no campo das ciências sociais aplicadas, a palavra “governança”, quando empregada à realidade do Estado, assume às vezes um viés neoliberal, de incentivo à tecnoburocracia (em detrimento da representação política) e de elogio à importação de práticas gerenciais privadas à administração da máquina pública. Pensada assim, a governança pode ficar incompatível com a democracia.²⁷ Embora essa tendência semântica esteja bastante difundida, ainda há tempo para recuperar (e, por consequência, revitalizar) o significado gramatical da palavra. Nos dicionários, governança é simplesmente descrita como o ato ou o modo de articular o governo. Com base nisso, utilizamos a expressão “governança democrática” com o sentido de *forma de governar segundo a democracia*. O conceito gramatical aparenta ser elementar. Porém, nossa opção por utilizá-lo não aspira a nenhum tipo de neutralidade, porque o que pretendemos é,

²⁵ NEUMANN, Franz. The change in the function of law in modern society. In: SCHEUERMAN, William E. (ed.). **The rule of law under siege: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer**. Berkeley: University of California, 1996, p. 139.

²⁶ Entendemos “conceitos” como elos entre a linguagem e a experiência. Os conceitos que esclarecemos são, igualmente, premissas deste trabalho. Cf. KOSELLECK, Reinhart. A response to comments on the *Geschichtliche Grundbegriffe*. In: LEHMAN, Hartmut; RICHTER, Melvin (orgs.). **The meaning of historical terms and concepts: new studies on Begriffsgeschichte**. Washington: German Historical Institute, 1996, p. 60.

²⁷ BEVIR, Mark. Governança democrática: uma genealogia. **Revista de Sociologia Política**, v. 19, n. 39, 2011, pp. 103-114.

rejeitando o ranço privatista e tecnocrata, defender um uso democraticamente adequado da unidade linguística.²⁸

Do ponto de vista metodológico, o trabalho tem um enfoque jurídico-dogmático, pois parte de um raciocínio que é preponderantemente interno ao direito. Os aportes de filosofia moral e de filosofia política objetivam esclarecer e fundamentar a categoria normativa analisada.²⁹ A investigação visa a decompor o problema da liberdade de expressão judicial em seus diversos aspectos, sendo de tipo jurídico-interpretativo.³⁰ Nesse sentido, o estudo consistiu em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sobre a temática. Foram lidos e examinados trabalhos nacionais e estrangeiros, nas línguas portuguesa, inglesa e alemã, com ênfase, no campo estrangeiro, na literatura jurídica norte-americana.

Esta é uma tese sobre o direito constitucional brasileiro. Mas é também uma tese sobre a justiça e a democracia brasileiras, sobre como elas devem ser criticadas e corrigidas. Nesse sentido, ela pretende ser uma tese não só jurídica, mas também política.³¹

Observação sobre o uso do direito constitucional comparado

Embora este trabalho busque esclarecer, justificar e sistematizar o regime da liberdade de expressão judicial no direito brasileiro, nossa argumentação alude muitas vezes à experiência constitucional de outros ordenamentos. Isso acontece, a princípio, porque as temáticas de fundo consistem em assuntos de interesse universal, assuntos a respeito dos quais praticamente todos os sistemas jurídicos do mundo têm algo a dizer – e, por conseguinte, algo a ensinar. No entanto, fazer uma *comparação* entre o direito brasileiro e a história institucional de outros ordenamentos é importante não só por conta da abrangência e da complexidade dos temas. A necessidade de traçar limites para a aparição e a manifestação públicas de juízes, tendo em vista

²⁸ Para uma análise da multiplicidade de sentidos atribuídos à palavra “governança” na gestão pública, cf. TEIXEIRA, Alex Fabiane; GOMES, Ricardo Corrêa. Governança pública: uma revisão conceitual. **Revista do Serviço Público**, v. 70, n. 4, 2019, pp. 519-550.

²⁹ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 21.

³⁰ *Ibid.*, pp. 28-29. Considerando que as reflexões sobre a temática no direito brasileiro são muito incipientes, o trabalho também assume um viés jurídico-propositivo, pois visa a propor uma sistematização e um aprimoramento dos entendimentos normativos sobre a expressão judicial. Miracy Gustin e Maria Tereza Dias, porém, não consideram o tipo jurídico-propositivo como uma categoria autônoma, já que, segundo elas, “toda e qualquer investigação deverá ter finalidade propositiva, por sua própria natureza de ciência aplicada” (p. 29).

³¹ A mesma coisa foi dita por Paul Ricoeur a respeito do livro *O juiz e a democracia*, de Antoine Garapon, no prefácio da obra. Ver em GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 13.

um ambiente social dominado pela dinâmica da comunicação on-line, é um problema que, ressaltadas as inúmeras possíveis especificidades de cada realidade institucional, um número cada vez maior de sistemas constitucionais tem sido forçado a enfrentar.

O uso do direito comparado como um recurso analítico-argumentativo cresceu muito nos últimos anos. Podemos dizer que cresceu *quantitativamente*, se pensarmos que o acesso à legislação e à jurisprudência estrangeiras é hoje muito mais fácil do que era há duas décadas.³² Mas a ferramenta cresceu também *qualitativamente*, porque aumentou o interesse de acadêmicos e tribunais pelo conhecimento de soluções experimentadas por outros sistemas contra problemas semelhantes àqueles encarados localmente. Com isso, apareceram algumas preocupações. Afinal, para que serve o direito comparado? Com que objetivos ele deve ser usado?

O intuito do direito comparado não é promover uma justaposição de normas de sistemas distintos. Na verdade, o que ele propõe é algo mais complexo e desafiador: cotejar realidades institucionais diferentes por meio de um estudo contextual do “estrangeiro”, ao invés de simplesmente opor estruturas normativas estanques e vazias de significado.³³ Ao comparar dois ou mais ordenamentos, o jurista deve abrir a interpretação do direito local a vivências distantes, não familiares, de maneira a colocar-se no lugar do “outro” e, assim, repensar sua posição no mundo e na história. Sob esse ponto de vista, todo empreendimento analítico precisa ser comparativo.³⁴

Neste trabalho, quando utilizamos o direito comparado, queremos adotar uma postura de engajamento constitucional. Isso significa que, no lugar de assumir de prontidão a utilidade de soluções testadas por sistemas estrangeiros, ou mesmo de avaliar a aplicabilidade dessas soluções à nossa realidade, o que buscamos é conhecer e compreender as dificuldades e o potencial de conjunturas alheias e, a partir disso, reler as possibilidades e limitações da normatividade local.³⁵ Fazendo desse modo, neutralizamos o risco de idealizar o direito estrangeiro.

³² HIRSCHL, Ran. **Comparative matters: the renaissance of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 1 e 22-26.

³³ LEGRAND, Pierre. Jameses at play: a tractation on the comparison of laws. **The American Journal of Comparative Law**, Oxford, v. 65, 2017, pp. 2 e 20.

³⁴ MEYER, Emilio Peluso Neder. Repensando o direito constitucional comparado no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 6, n. 2, 2019, p. 485.

³⁵ JACKSON, Vicki C. **Constitutional engagement in a transnational era**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 71. Sobre o tema, ver DILLY PATRUS, Rafael. **Articulação constitucional e justiça de transição**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016a, pp. 228-230.

Outro vício que desejamos evitar – um vício comum sobretudo entre juízes e cortes (mas não apenas) – é eleger de modo arbitrário os ordenamentos estrangeiros para comparação, sem explicar as razões para a escolha.³⁶

Assim, esclarecemos que, no que se refere ao debate sobre liberdade de expressão, nosso principal “alvo” comparativo é o direito dos Estados Unidos – caminho que não representa, por sua vez, um elogio cego à experiência constitucional norte-americana. A opção se justifica por conta da maneira como a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos e os trabalhos produzidos no ambiente acadêmico norte-americano sobre liberdade de expressão mobilizam argumentos de filosofia política, discutem a natureza da linguagem, utilizam dados empíricos e articulam testes e parâmetros na avaliação das possibilidades e dos limites de interpretação e aplicação do direito fundamental.³⁷ Considerando a forma como a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos vem sendo interpretada e aplicada a partir da segunda metade do século XX, podemos dizer que, apesar de eventuais tropeços e contradições, a vivência norte-americana no tratamento da liberdade de expressão é singular.³⁸ Para quem deseja estudar a temática, essa vivência, seja como referência ou contraexemplo, precisa ser levada em consideração. De todo modo, como ficará claro no decorrer da argumentação, o conceito de liberdade de expressão que defendemos neste trabalho é diferente, ao menos em parte, daquele que prevalece na jurisprudência e na doutrina norte-americanas.

Tão importante quanto o caso norte-americano é a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Isso é assim, porque os países que formam o sistema interamericano são os mais próximos de nós – próximos de uma perspectiva cultural, histórica, étnica, econômica e política, isto é, próximos no sentido de *similares*: são países com origens e identidades semelhantes, que enfrentam problemas muito parecidos, como a pobreza, o racismo, a instabilidade política e a desigualdade de oportunidades, e que agora experimentam a democracia após um longo e duro período de autoritarismo. As decisões da Corte compõem um retrato importante dos direitos humanos no continente – e, em certa medida, do próprio constitucionalismo, já que o direito constitucional democrático e o direito internacional dos direitos humanos são facetas da mesma moeda.³⁹ Além disso, a Corte é uma instituição que, por força do Decreto nº 678, de 1992, que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos

³⁶ MEYER, Emilio Peluso Neder. *Op. cit.*, 2019, p. 481.

³⁷ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Freedom of expression: what lessons should we learn from US experience? *Revista Direito GV*, v. 13, n. 1, 2017, pp. 274-302.

³⁸ SCHAUER, Frederick. Freedom of expression adjudication in Europe and the United States: a case study in comparative constitutional architecture. In: NOLTE, Georg (ed.). **European and US constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 51.

³⁹ DILLY PATRUS, Rafael. *Op. cit.*, 2016a, cap. 5.

Humanos, compõe a estrutura da justiça brasileira. Pensando desse jeito, olhar para a jurisprudência da Corte Interamericana é menos um afazer comparativo – embora não deixe completamente de sê-lo – e mais um exame de como pensa e atua um órgão que exerce jurisdição relativamente ao Brasil.

Panorama da tese

Este trabalho segue, tanto quanto possível, o formato de um relatório, já que almeja ser uma tese de pesquisa, e não uma tese de compilação, e está organizado em três partes.⁴⁰ Cada parte se ocupa de enfrentar uma das três seguintes perguntas: *O que é liberdade de expressão? O quão livres são os juízes para expressarem seu pensamento em público? O quão grave é a indiscrição judicial, e que sanção cabe aplicar contra ela?*

Em resposta ao primeiro questionamento, defendemos, no Capítulo 1, que *a liberdade de expressão é um direito complexo que visa a proteger tanto o elemento individual quanto a dimensão intersubjetiva da comunicação humana – um direito cuja existência se justifica por razões múltiplas, contundentes e complementares.*

Em resposta ao segundo questionamento, defendemos, no Capítulo 2, que *a integridade da contribuição específica que o Poder Judiciário tem a oferecer para a governança democrática – que é a própria razão de existir de tal Poder – é violada sempre que o juiz se pronuncia em ambiente externo ao processo deliberativo-decisório a respeito de questão sobre a qual foi, será ou poderá ser chamado a exercer jurisdição, salvo quando protegido pela liberdade acadêmica.*

Por fim, em resposta ao terceiro questionamento (o qual traduz, na verdade, duas indagações distintas, apesar de intimamente conexas), defendemos, no Capítulo 3, que *a indiscrição judicial é hipótese de ativismo e, portanto, um problema grave, que fomenta a erosão do sistema constitucional, sendo tanto pior quanto mais elevada for a posição ocupada pelo magistrado indiscreto na estrutura da jurisdição. No entanto, no caso de um juiz expressar indevidamente seu pensamento em público, deve-se, preferentemente, reconhecer sua suspeição para decidir a respeito das questões sobre as quais tenha se pronunciado. A cominação de penalidades de natureza administrativo-disciplinar é, em regra,*

⁴⁰ Sobre a diferença entre tese de pesquisa e tese de compilação, cf. ECO, Umberto. *Op. cit.*, 2019, pp. 3-4.

constitucionalmente inadequada, já que qualquer resposta punitivo-institucional a uma manifestação judicial exageradamente politizada resulta, pela negação do discurso político impugnado, em outro ato de politização exagerada.

O segundo e o terceiro argumentos, que formam o coração da tese, estão baseados na ideia – que qualificamos aqui como nosso *marco teórico* – de que a separação dos poderes, para além de uma divisão de núcleos estanques de poder e da lógica de um controle recíproco baseado em freios e contrapesos sistêmicos, precisa pressupor a existência de uma integridade específica a ser protegida no exercício de cada instituição decisória, bem como de um valor autônomo na construção de uma governança democrática articulada entre tais instituições.⁴¹

Três perguntas, três respostas, três capítulos. Embora não tenhamos ilusões a respeito da qualidade literária de nossa redação, desejamos aproximar nossa escrita acadêmica o máximo possível à literatura. A estrutura em três partes é proposital. Tal qual fizeram Gustave Flaubert em *Madame Bovary* e Roberto Bolaño em *Os Detetives Selvagens*, a narrativa segue um percurso em três tempos: o tempo inicial, em que são apresentadas as personagens, suas vontades e contradições; o tempo médio, do desenrolar do enredo, em que o conflito-chave se compõe; e o tempo final, do fechamento da história, em que o conflito-chave é resolvido. Começamos com a apresentação dos conceitos, das teorias, das questões que acenam ao caráter universal da democracia constitucional. Abordamos, em seguida, o problema brasileiro, suas peculiaridades e minudências, e iniciamos, desde logo, um esboço de solução, pois acreditamos, ecoando o alerta de Gabriel García Márquez, que, ao chegar à metade, todo bom livro deve terminar de começar e ao mesmo tempo começar a terminar.⁴² No fim, acabamos tanto o traçado do problema quanto a apresentação da solução, e a tese encontra um desfecho, mas nem o problema nem a solução terminam engaiolados. Isso acontece não porque, escondendo nosso orgulho, fingimos ser incapazes de enfrentar o tema. Acontece, na verdade, porque desejamos, *com orgulho*, que o trabalho, alcançando um arremate, possa enfim recomeçar – seja pelas revisões e críticas de seus leitores, seja fomentando novas inquietudes, novas pesquisas, novos inícios.

⁴¹ WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice. **Boston College Law Review**, Vol. 54, Issue 2, 2013, pp. 433-468; WALDRON, Jeremy. Separation of powers or division of power? **New York University Public Law and Legal Theory Working Papers**, 329, No. 12-20, 2012a, pp. 1-33; WALDRON, Jeremy. *Op. cit.*, 2016, pp. 54-89.

⁴² MÁRQUEZ, Gabriel García. **Crônicas**: obra jornalística 5 (1961-1984). Trad. Léo Schlafman. Rio de Janeiro: Record, 2006, p. 690.

Os Detetives Selvagens é um exemplo particularmente interessante.⁴³ A primeira e a terceira partes do livro são excertos do diário de Juan García Madero, um jovem estudante de Direito que, amante de poesia, é convidado a aderir ao movimento literário do realismo visceral e a fazer parte de um grupo de poetas, os chamados real-visceralistas. Com dezessete anos, García Madero escreve intensamente, conhece pessoas, perde a virgindade e, embrenhando-se por casas e bares da Cidade do México, acaba envolvido em uma busca palpitante e perigosa: Ulises Lima e Arturo Belano, dois poetas que também integram a trupe do realismo visceral, procuram por Cesárea Tinajero, uma poetisa que desapareceu em circunstâncias misteriosas. A segunda parte do livro narra essa investigação: ela traz os relatos das inúmeras pessoas com quem Lima e Belano se encontraram e conversaram, durante os vinte anos que passaram investigando o paradeiro de Tinajero, como detetives incessantes e selvagens. Na terceira parte, voltamos ao diário de García Madero, e a busca de alguma maneira se resolve, mas ao mesmo tempo não, pois é desvelado um mundo de inseguranças e incertezas – um mundo que é novo, vez que surge no fim, mas também velho, o mesmo mundo de sempre, repleto de questões que, embora até então invisíveis, existiam há muito tempo. O livro termina, literalmente, com uma janela aberta, um desenho na última página do diário.

A metáfora não poderia ser melhor. Afinal, para que serve a ciência, se não para abrir janelas?

⁴³ Cf. BOLAÑO, Roberto. **Os detetives selvagens**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

1 O QUE É LIBERDADE DE EXPRESSÃO?

Em *Free speech: ten principles for a connected world*, Timothy Garton Ash fala sobre o mundo infinito e sem amarras que é a *Internet*. Pela primeira vez na história da humanidade, é possível expressar um pensamento que será lido por milhares ou até milhões de pessoas em todo o mundo. Séculos e mais séculos de civilização, incontáveis gerações, comunidades que floresceram e caíram, e só recentemente nos tornamos capazes de, por meio de um clique, emitir discursos que alcancem um público a inúmeros quilômetros de distância, um público talvez enorme, de indivíduos cujos rostos jamais veremos e cujas vozes jamais escutaremos, mas com os quais estabelecemos uma conexão, ainda que fugidia, por meio de simples palavras. Nunca a liberdade de expressão foi tão ampla. E nunca, ao mesmo tempo, ela causou tantos problemas e provocou tantos debates.⁴⁴

Neste capítulo inicial, nosso objetivo é compreender o significado da liberdade de expressão. O itinerário supõe três passos: estabelecer um conceito de expressão; esclarecer as razões pelas quais a expressão é protegida pelo direito; e entender o sentido de expressões não livres, isto é, expressões não abarcadas pela proteção jurídica da liberdade.

⁴⁴ ASH, Timothy Garton. **Free speech**: ten principles for a connected world. New Haven: Yale University Press, 2017, p. 21.

1.1 O que é expressão?

Expressão é o produto vivo da atividade linguística. É o que Paul Ricoeur chama de *discurso*: o evento da linguagem.⁴⁵ A expressão não é uma construção abstrata, nem, tampouco, acontece no vazio. Ela é o resultado da interação humana por meio da linguagem.

Quando alguém emite um discurso, está realizando uma ação. Dizer isso pode parecer um truísmo. No entanto, um número não insignificante de mal-entendidos relativos à liberdade de expressão é evitado quando se parte da premissa de que, ao se expressar, a pessoa age no mundo, modificando a realidade ao seu redor.

Isso é assim, em primeiro lugar, porque a comunicação acontece *no* mundo. Quando uma expressão é transmitida, o mundo se transforma em um lugar diferente do que era antes. Todas as ações humanas são acontecimentos de modificação do mundo, independentemente de seu impacto. Jorge Luís Borges conta que, em viagem ao Deserto do Saara, pegou “um punhado de areia” e deixou-o “cair silenciosamente um pouco mais adiante”. “Estou modificando o Saara”, disse em voz baixa.⁴⁶ Expressar qualquer pensamento ou ideia, por mais mínimo que seja o ato, equivale a modificar um deserto.

O mais importante, todavia, é perceber que o discurso é emitido para que alguém o escute ou leia. Não existe comunicação no vácuo.

A linguagem é um empreendimento coletivo, e todo discurso se transmite por meio dela. Sabemos, com Wittgenstein, que a linguagem não se restringe ao código linguístico, ao sistema de símbolos e sinais que compreendem o vernáculo – o qual por si só já constitui um projeto coletivo de longo prazo, isto é, um produto intersubjetivamente construído. Na verdade, para a interação comunicativa acontecer, é necessário que os interlocutores silenciosamente compartilhem e subentendam uma gama de convenções.

Por exemplo, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, no caso *Texas v. Johnson*, que o ato de queimar a bandeira nacional em público, durante protestos contra o governo, constituía um discurso, uma expressão. Ainda que o réu não se houvesse utilizado de qualquer signo linguístico, sua atitude de atear fogo à bandeira resultou, segundo a Corte, na transmissão de uma mensagem. Para a maioria dos juízes, foi exatamente essa mensagem – uma crítica política à condução do país – que motivou e orientou o ato: as pessoas que assistiram à cena ou

⁴⁵ RICOEUR, Paul. **Hermeneutics and the human sciences**. Cambridge: Cambridge University Press, 1981, pp. 74-75.

⁴⁶ BORGES, Jorge Luís; KODAMA, María. **Atlas**. Trad. Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 117.

dela tomaram conhecimento entenderam o recado que a queima da bandeira quis propagar, uma vez que participavam do mesmo jogo de linguagem – jogo cujas regras, para além da palavra escrita ou falada, todas elas compartilhavam e pressupunham.⁴⁷

Podemos citar, ainda, dois casos recentes da política brasileira. Em discurso publicado em suas redes sociais, o então secretário de Cultura do governo de Jair Bolsonaro, Roberto Alvim, parafraseou trechos de pronunciamento feito, nos anos 1930, por Joseph Goebbels, ministro da propaganda na Alemanha nazista. Em cenário similar ao da manifestação de Goebbels – o ambiente simples, a Cruz de Caravaca sobre a mesa vazia, o retrato de Bolsonaro afixado na parede de fundo (na mesma posição onde estava, na fala de Goebbels, a fotografia de Hitler) –, Alvim fez um enaltecimento nacionalista à arte brasileira, utilizando-se, ao som da música de Richard Wagner, de frases idênticas ou muito semelhantes às do ministro nazista.⁴⁸ Em outro caso, o assessor internacional da Presidência da República no governo de Jair Bolsonaro, Filipe Martins, em evento no Senado Federal, foi flagrado fazendo um gesto com as mãos semelhante a um sinal tradicionalmente associado à exaltação do supremacismo branco e à perseguição contra pessoas negras. O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Martins pelo suposto cometimento do crime de racismo, mas ele foi absolvido pela justiça.⁴⁹ As duas situações mostram que, para além do significado gramatical da palavra escrita ou falada, importam na comunicação inúmeros aspectos e elementos, e que a interlocução depende sempre de as pessoas partilharem um conjunto de pressupostos e subentendidos não enunciados no ato comunicativo.

Se a linguagem é uma realidade intersubjetivamente compartilhada, o discurso é, então, uma ação que resulta em uma interação comunicativa. Falar é fazer. Todo discurso é ao mesmo tempo retórico e performativo.

Defendida no marco do chamado giro linguístico, a teoria dos atos de fala de John L. Austin propõe uma revisão do pensamento filosófico tradicional acerca da linguagem. Buscando se afirmar como um filósofo analítico, Austin rejeita tanto a ideia de que a realidade corresponde à totalidade das coisas tais quais elas são quanto a perspectiva de que o real se

⁴⁷ Cf. Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Texas v. Johnson*, 491 U. S. 397.** Washington/DC, 1989. Para a teoria dos jogos de linguagem, ver WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophische Untersuchungen.** Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2003.

⁴⁸ Ver em ALESSI, Gil. Secretário da Cultura de Bolsonaro imita fala de nazista Goebbels e é demitido. **El País.** Matéria de 17 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-01-17/secretario-da-cultura-de-bolsonaro-imita-discurso-de-nazista-goebbels-e-revolta-presidentes-da-camara-e-do-stf.html>. Acesso em 26 de abril de 2022.

⁴⁹ Ver em LUIZ, Washington. Juiz absolve assessor de Bolsonaro acusado de fazer gesto racista no Senado. **Folha de S.Paulo.** Matéria de 15 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2021/10/juiz-absolve-assessor-de-bolsonaro-acusado-de-fazer-gesto-racista-no-senado.shtml>. Acesso em 26 de abril de 2022.

resume àquilo que o sujeito-intérprete experiencia e apreende. Ou seja, para Austin, nem a separação entre sujeito e objeto faz sentido, nem a tese de que o objeto em si não existe, já que ele e o sujeito são a mesma coisa, pode ser levada a sério. O objeto não pode ser separado do sujeito, pois o objeto depende do sujeito para adquirir significado e, a partir disso, existir no mundo. No entanto, o objeto e o sujeito não são a mesma coisa; ao estabelecer o objeto, o sujeito o introduz no mundo, para que outros o assimilem e lhe atribuam significado.⁵⁰

Austin compreende a linguagem como um empreendimento intrinsecamente intersubjetivo. Para ele, não existe linguagem ideal, porque toda linguagem é ação no mundo. Sua filosofia da linguagem parte, portanto, de um novo prisma de análise da comunicação, um prisma menos centrado na procura por significado e mais voltado à identificação dos requisitos e efeitos da ação linguística. Estudar a linguagem como uma realidade abstrata, independente das circunstâncias em que a vida acontece, implica, segundo ele, negar que a própria linguagem é uma construção social, concebida historicamente para a performance humana.⁵¹ Mais do que simplesmente constatar ou descrever uma realidade, a linguagem visa à realização de uma ação. Nesse referencial de raciocínio, Austin defende examinar o como, o quando e o porquê da linguagem, não para aferir se determinada sentença linguística é verdadeira ou falsa – aferição que, de acordo com ele, só faria algum sentido se partíssemos do pressuposto de que a linguagem é meramente descritiva –, mas para avaliar se, em determinada situação social, a sentença pronunciada, oralmente ou por escrito, atingiu os objetivos traçados pelo falante.⁵²

Austin percebe, ainda, que todo enunciado linguístico é performativo, uma vez que a própria formulação de um enunciado – o ato de dizê-lo ou escrevê-lo, sem o qual o enunciado não existe – constitui uma ação no mundo, e toda ação tem contexto, condicionantes e intencionalidades.⁵³ Diante disso, Austin propõe decantar a performance linguística em três atos de fala simultâneos: o ato locucionário, o ato ilocucionário e o ato perlocucionário. Ao emitir um discurso, qualquer pessoa pratica, ao mesmo tempo, esses três atos. O ato locucionário é praticado com a transmissão do enunciado em sua caracterização fonética e em seu sentido gramatical. O ato ilocucionário é praticado com a realização da ação a que o enunciado visa: pode ser simplesmente dizer, mas também sugerir, questionar, prometer etc. Por fim, o ato perlocucionário é praticado quando a transmissão do enunciado produz efeitos no receptor,

⁵⁰ AUSTIN, John L. **How to do things with words**. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 14.

⁵¹ *Ibid.*, pp. 19-21.

⁵² *Ibid.*, pp. 17 e 35-38. Sobre o assunto, ver também CRARY, Alice. The happy truth: J. L. Austin's *How to do things with words*. **Inquiry**, n. 45, v. 1, 2002, pp. 59-80.

⁵³ AUSTIN, John L. *Op. cit.*, 2018, p. 23. No mesmo sentido, AUSTIN, John L. Performative-constative. In: CATON, Charles E. (ed.). **Philosophy and ordinary language**. Chicago: University of Illinois Press, 1963, pp. 22-23.

estando esses efeitos em conformidade ou não com os objetivos do emissor. Todo ato de fala tem algum conteúdo locucionário, alguma força ilocucionária e algum impacto perlocucionário. Ou, dizendo de outra maneira, todo discurso é dotado de uma potência comunicativa que é concomitantemente locucionária, ilocucionária e perlocucionária.⁵⁴

Essa proposta de Austin rompe tanto com a visão antiga de uma análise da linguagem como estrutura ideal – a suposição de que é possível ler um texto sem observar seu contexto – quanto com a diferenciação estanque entre descrição e performance. Na verdade, não existe linguagem sem corpo. Expressar-se significa agir, e, por isso, o discurso só existe na medida em que é proferido por seu emissor.

Igualmente importante para compreender o que é expressão é a premissa, referente menos ao falante e mais ao intérprete da fala, de que a realidade é um emaranhado de significados previamente estabelecidos. Tais significados não são imutáveis, já que estão abertos a uma reapropriação e a um redimensionamento contínuos, mas ninguém é completamente livre para atribuir às coisas o significado que bem desejar. Até porque, e isso é significativo, a linguagem não só torna a realidade inteligível, mas também a constitui. Todos nós estamos *em* linguagem e, por isso, em “débito” com o passado: a realidade chega até nós com determinada bagagem, de determinada maneira, repleta de sentidos. É exatamente esse “estar em débito” – a condição de dívida para com a historicidade de todas as coisas, inclusive a linguagem – que nos possibilita existir, pois não há ser anterior ao próprio sentido. O débito é co-originário do ser. Ou seja, todo ser é ser-aí no mundo.⁵⁵

Essa realidade existe antes de nós, e, por isso, somos herdeiros dela, mas, por outro lado, ela não existe sem nós. Todas as coisas, inclusive os discursos que as pessoas emitem e propagam, são concebidas na medida em que são interpretadas e compreendidas. Por isso, para uma definição adequada do que é expressão, entendemos necessário ter em mente, ainda, que a interpretação constitui a realidade. O significado de qualquer ato de fala é construído, para além do falante, por meio da atividade interpretativa: interpretar um discurso é ao mesmo tempo compreendê-lo e aplicá-lo, e toda interpretação é historicamente situada, pois ocorre “em dado momento”, balizada por um horizonte histórico de sentido.⁵⁶

Na filosofia da linguagem, há um interessante debate sobre a possibilidade de o teor ilocucionário de uma expressão ser capturado na interpretação. Examinar essa discussão aqui pode parecer uma digressão inútil – ou, o que seria pior, uma demonstração orgulhosa de

⁵⁴ AUSTIN, John L. *Op. cit.*, 2018, pp. 39-40.

⁵⁵ HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit**. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 2006, pp. 42-43 e 160-166.

⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, pp. 401-408.

erudição –, mas o que pretendemos é, na verdade, assentar que interpretar a expressão alheia é sempre uma tarefa inconclusa, pois todo ato de fala possui elementos que nenhum intérprete jamais será capaz de apreender. Ao contrário do que pode parecer, essa constatação é necessária para estabelecermos que a interpretação não é um evento externo à comunicação, mas um elemento constitutivo do discurso.

Consideremos por um instante a tese hermenêutica defendida por Quentin Skinner nos anos 1970. Segundo ele, para resgatar o conteúdo comunicativo de um enunciado, o intérprete deve buscar aquilo que o autor teve (ou poderia ter tido) o intuito de comunicar.⁵⁷ A compreensão das ações linguísticas do passado – e, por consequência, do passado em si – exigiria não apenas evocar o sentido denotativo dos discursos, mas igualmente recuperar sua força ilocucionária.⁵⁸

Com inspiração em Hans-Georg Gadamer, muitos autores rejeitaram essa teoria, argumentando que, como a compreensão está sempre condicionada por determinado horizonte histórico de sentido, nenhum intérprete do presente jamais será capaz de apreender o teor ilocucionário de um enunciado linguístico do passado.⁵⁹ O problema dessa crítica é que a hermenêutica gadameriana e a metodologia histórica de Skinner partem de tradições filosóficas muito distintas. Não à toa, quem traça um posicionamento convincente é justamente Ricoeur. Embora com inspiração em Gadamer, Ricoeur se baseia, tal como Skinner, na categorização dos atos de fala de John Austin. A diferença é que Ricoeur leva a sério a separação entre o ato de fala e seu registro – distinção que, na construção de Skinner, sequer aparece.⁶⁰

De acordo com Ricoeur, o registro do ato de fala – que pode ser um texto, uma fotografia, um desenho etc – leva à perda de elementos da comunicação. Ainda que o registro consiga manter, e mesmo assim com certos limites, a força locucionária do discurso, seu conteúdo ilocucionário se perde, em graus variados, uma vez que o registro é essencialmente desprovido de aspectos que, no ato de fala, impingem sentidos à atividade comunicativa, tais como variações, inflexões, ritmos, trejeitos e ruídos. Entretanto, como o autor do ato de fala e seu intérprete estão, geralmente, em lugares e momentos diferentes, o que resta para a interpretação é só o registro. Skinner erra em não perceber que esse registro – o único meio

⁵⁷ SKINNER, Quentin. Meaning and understanding in the History of Ideas. **History and Theory**, v. 8, n. 1, 1969, p. 49.

⁵⁸ SKINNER, Quentin. On performing and explaining linguistic actions. **Philosophical Quarterly**, v. 21, n. 82, 1971, p. 2.

⁵⁹ Ver, por exemplo, TAYLOR, Charles. Interpretation and the sciences of man. **The Review of Metaphysics**, v. 25, n. 1, 1971, pp. 3-51.

⁶⁰ FERES JÚNIOR, João. De Cambridge para o mundo, historicamente: revendo a contribuição metodológica de Quentin Skinner. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, 2005, pp. 665-666.

pelo qual o discurso se dá a conhecer – transforma o mundo do autor em um emaranhado de outros inúmeros registros.⁶¹

Para o intérprete, o contexto em que o autor se expressou é uma realidade que nunca existiu. A única possibilidade de esse contexto ser apreendido é por intermédio de registros de linguagem. A princípio, o que Skinner parece sustentar é que elementos externos ao discurso – a conjuntura histórica geral, a biografia do autor, outros discursos proferidos em contextos e épocas semelhantes – possam levar a uma compreensão linguística para além do conteúdo locucionário do discurso. Porém, o contexto é apresentado ao intérprete, do mesmo modo, por meio de registros, e esses registros são dotados das mesmas limitações do registro que está no centro da interpretação. A tentativa de Skinner de “manter a linguagem do passado imune à poluição linguística do presente” é não apenas contraditória com as próprias premissas de sua construção teórica, mas também incompatível com as bases da hermenêutica contemporânea.⁶²

Sabemos que a proposta skinneriana visa a oferecer uma ferramenta de metodologia historiográfica. Sabemos, igualmente, que, conforme o próprio Skinner alegou, sua tese se volta ao tratamento de “textos antigos”, e não à interpretação de registros que, como analisamos neste trabalho, integram o “debate político do presente”.⁶³ No entanto, a percepção dos vícios da teoria – vícios que, aliás, não desaparecem quando os registros examinados provêm do passado remoto – ajuda-nos, com Ricoeur (e com Gadamer), a compreender melhor a natureza da expressão humana.⁶⁴ A constatação inicial de que há uma face oculta em todo discurso – uma face que, por sua natureza, é impassível de captação e apreensão – pode nos levar, caso a repensemos segundo suas próprias premissas, a uma segunda conclusão: de que o discurso só existe na medida em que é interpretado. Isso é assim, porque o discurso que se dá a conhecer – e que, portanto, passa a existir no mundo – é tão somente o discurso evocado pela interpretação.

Vimos que todo discurso é ação no mundo e, como tal, insere-se em um contexto. Nenhum discurso se dá em abstrato, pois não existe comunicação que parta de um “grau zero” de compreensão da realidade. Ninguém é senhor da linguagem. Todos vivemos conforme significados previamente estabelecidos, significados esses que, embora não sejam imutáveis, não se encontram à nossa livre disposição. Somos herdeiros de um mundo que existe antes de nós, um mundo que nos é entregue “pronto”, “concluído”, ainda que em constante

⁶¹ RICOEUR, Paul. *Op. cit.*, 1981, p. 82.

⁶² FERES JÚNIOR, João. *Op. cit.*, 2005, pp. 671-674.

⁶³ SKINNER, Quentin. Conventions and the understanding of speech acts. *Philosophical Quarterly*, n. 20, v. 79, 1970, pp. 118-138.

⁶⁴ Com redação distinta e tendo objetivos também diferentes, fazemos essa mesma crítica à teoria de Quentin Skinner no Capítulo 2 de nossa dissertação de mestrado em História, em tópico intitulado “A força ilocucionária do discurso da legalidade”. Cf. em DILLY PATRUS, Rafael. *Op. cit.*, 2022, pp. 116-124.

transformação. Esse estado de “conclusão” é datado e está, por conta disso, aberto a novas construções, mas, para construir qualquer coisa, é necessário encarar o passado que constitui o presente, porque é ele que torna a realidade inteligível.

Assim, quando falamos em expressão humana, falamos em expressão compreendida, em expressão interpretada. A interpretação constitui o discurso, transformando o registro de uma expressão do passado, seja ele remoto ou próximo, em um significado que se dá a conhecer no presente. É por conta disso que a compreensão é necessariamente limitada, criativa e incompleta. Limitada, porque, como seres-aí no mundo, só atribuímos àquilo que estamos interpretando os sentidos possíveis segundo nosso próprio horizonte histórico de sentido. Criativa, também, porque compreender exige intuir, fantasiar e, de certo modo, criar. E isso porque, no fim das contas, a interpretação é incompleta: o objeto interpretado tem mais sentidos do que nossa leitura é capaz de captar e evocar.

Em resumo, a expressão é o produto vivo da atividade linguística, produto composto por um enunciado textual (o texto) e por elementos não enunciativos (o contexto), o qual se inicia com uma manifestação (de um ser-aí no mundo) e se encerra com uma interpretação (de outro ser-aí no mundo). Nesse quadro complexo, cheio de significados e vazios, a comunicação acontece.

1.2 Por que a expressão deve ser protegida pelo direito?

A expressão humana, o evento da linguagem, o produto vivo da nossa interação no mundo, por que razões isso deve ser protegido pelo direito?

A resposta parece simples. Mas não é.

Não é simples, porque, tal qual acontece com a cláusula geral da liberdade de expressão – a exemplo dos incisos IV e IX do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, que dizem ser livres a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato, e a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença –, os argumentos que sustentam essa liberdade evocam ideias tão fluidas e abstratas que, embora seu enunciado geral não desperte controvérsias, para atribuir a elas algum sentido prático é inevitável adentrar um campo de discussões e disputas políticas muito acirradas.

Apesar disso, é fundamental ter em mente as razões que o direito tem para proteger a expressão. É intuitivo assumir que a expressão seja livre, mas a liberdade só se justifica nos

casos em que os motivos para a proteção do direito são mais fortes e convincentes do que os motivos para sua limitação. Os conflitos sobre liberdade de expressão lidam sempre com um choque entre argumentações – a justificativa para garantir a preservação da expressão contra a justificativa para sua regulação. Alguns autores afirmam que a liberdade tem precedência face a outros direitos e interesses tutelados e perseguidos pelo Estado, e teorias longas e sofisticadas foram desenvolvidas a partir dessa ideia – a ideia de que ser livre é um objetivo prioritário, pois a liberdade corresponde ao estado humano mais natural –, mas, mesmo para perspectivas como essas, quando restrições à liberdade são postas em discussão, é necessário fundamentar a prioridade, explicar a primazia, expor e defender os motivos pelos quais a liberdade é mais valiosa do que sua limitação. Isso acontece, na verdade, porque, como demonstraremos adiante, nenhum direito ocupa uma posição de precedência fechada ou preferência apriorística com relação aos demais direitos e interesses. Todo direito é interpretado frente à situação concreta na qual é aplicado, e o que genuinamente importa, pelo menos para um debate honesto e aberto de ideias, é o *porquê* da liberdade – o porquê de, em alguns casos, a expressão ser livre e o porquê de, em outros casos, não ser. Direitos constitucionais complexos, dentre eles a liberdade de expressão, são na verdade direitos cuja proteção se justifica segundo razões múltiplas e sobrepostas. Estudá-las é essencial, já que é com base nelas que o intérprete define seu posicionamento em casos difíceis e controversos.⁶⁵

Embora existam muitos motivos para tutelar a expressão, cinco teorias se destacam. Vejamos quais são elas.

1.2.1 A liberdade de expressão possibilita a identificação da verdade e estimula a produção e a propagação do conhecimento

A defesa mais difundida e influente da liberdade de expressão no mundo moderno é, sem dúvida, a teoria de John Stuart Mill. O pensamento norte-americano sobre a liberdade, que afetou, de formas múltiplas, as discussões a respeito do assunto em outras partes do Ocidente, tem por base essa teoria, e faz pelo menos cem anos que a Suprema Corte dos Estados Unidos

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **Freedom's law**: the moral reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996a, p. 196.

e os acadêmicos que estudam a temática lançam mão dela em suas argumentações, seja para defender a tutela da liberdade, seja para opinar pela necessidade de restringi-la.⁶⁶

Segundo Mill, em um ambiente no qual a expressão circula livremente, os cidadãos se veem mais habilitados para identificar a verdade, rejeitar a mentira e produzir e propagar o conhecimento. A expressão deve ser livre não porque corresponde a um artefato de valor para seu autor. Na verdade, a expressão livre é um direito de toda a coletividade, as gerações atuais e futuras: a propagação de uma opinião ou de um pensamento beneficia menos seu emissor e mais seus receptores, em especial aqueles que manifestam opiniões ou pensamentos divergentes. Proteger a liberdade de expressão implica garantir que as manifestações humanas sejam não só veiculadas, mas sobretudo recebidas, assimiladas, apreendidas, acumuladas, comparadas e contrastadas, propiciando um longo e rico aprendizado. Que circule a maior variedade possível de expressões é fundamental para assegurar sejam os entendimentos e as convicções da sociedade ora revisados, ora reforçados. Tanto num quanto noutro caso, a expressão é livre não para o bem de quem fala, mas em favor de todos. Obstruir a veiculação de um pensamento viola o interesse coletivo, pois, nas palavras de Mill, “se a opinião está certa, somos privados da oportunidade de trocar o erro pela verdade; e se ela está errada, perdemos algo igualmente valioso: a chance de produzir, a partir da colisão com o erro, uma percepção mais clara e uma impressão mais viva da verdade”.⁶⁷

Esse raciocínio tem um claro viés utilitarista – ou instrumental, no termo usado por Dworkin –, já que se baseia na ideia de que a liberdade deve ser protegida na medida em que possibilita minimizar o prejuízo e maximizar o proveito do maior número possível de pessoas. Entretanto, Mill parece rejeitar uma perspectiva reduzida do utilitarismo, uma vez que enfoca, em seus escritos, a minimização de um prejuízo e a maximização de um proveito de natureza não só *coletiva*, mas sobretudo *pública*. Para ele, a liberdade de todos promove o bem de todos, e por isso não se pode permitir nem a ditadura de uma minoria, nem, tampouco, a tirania da maioria. Seu juízo, ainda que preso à perspectiva de que a aferição moral de toda ação perpassa por um cálculo de sua utilidade, busca equacionar o código binário custo/benefício – ou, para dizer com Bentham, a dicotomia entre o prazer e o sofrimento – para além de um horizonte conservador, excludente e cesarista. Essa abertura a um novo “eu social”, marcante em outros

⁶⁶ KALVEN JR., Harry. **A worthy tradition**: freedom of speech in America. New York: Harper & Row, 1988, p. 76. Ver também LEWIS, Anthony. **Make no law**: the Sullivan case and the First Amendment. New York: Vintage, 1992, p. 46.

⁶⁷ MILL, John Stuart. **On liberty**. London: Penguin Classics, 2017, p. 66, tradução nossa. No original: “If the opinion is right, they are deprived of the opportunity of exchanging error for truth; if wrong, they lose, what is almost as great a benefit, the clearer perception and livelier impression of truth, produced by its collision with error”.

autores do século XIX, é nevrálgica, porque é por meio dela que o liberalismo canônico passa a sustentar iniciativas como a abolição da escravidão negra e a emancipação da mulher.

Pregando uma liberdade arrimada na igualdade, Mill joga uma luz especial sobre a falibilidade humana. Os homens são imperfeitos. Estão sujeitos a errar, mesmo quando acreditam estar certos. As convenções e estruturas que moldam a vida em sociedade são oriundas de construções humanas e, como tais, estão escoradas em uma série de equívocos e enganos enraizados nas práticas sociais. Erramos quando nos deixamos acostumar com a estabilidade do pensamento hegemônico: segundo Mill, os homens perpetuam preconceitos, embustes e falsidades, ainda que de forma não intencional, quando cristalizam perspectivas e convicções, poupando-as da oxigenação do debate coletivo. Impedir que um determinado ponto de vista, mesmo que amplamente aceito, seja censurado, problematizado ou posto em discussão importa em fraudar o progresso intelectual da coletividade: como dissemos, as pessoas são ou furtadas da possibilidade de rever seu convencimento e enxergar a verdade, ou privadas da chance de, percebendo o acerto de seu posicionamento, reforçar e, por consequência, aprimorar suas concepções. O silêncio impõe à inteligência coletiva uma amarga estagnação.⁶⁸

É precisamente por conta de o homem ser falho que ele necessita estar aberto a um contínuo processo de revisão e aprendizado. Para Mill, apesar de a verdade absoluta não existir, é plenamente possível que a comunidade construa verdades adequadas à sua realidade. Isso só se faz possível, contudo, quando as pessoas se reconhecem mutuamente como interlocutores livres e iguais, quando o espaço no qual interagem, debatendo as melhores soluções para os problemas da coletividade, está autenticamente aberto à difusão, à propagação e à contestação de ideias e preferências.⁶⁹

Essa elaboração constitui o principal embasamento para a leitura que a Suprema Corte dos Estados Unidos, desde pelo menos o caso *Brandenburg v. Ohio*, faz do texto da Primeira Emenda à Constituição de 1787: “O Congresso não poderá produzir leis (...) cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa”. A experiência norte-americana no uso da teoria de John Stuart Mill revela uma forte preocupação com a justificação filosófica da necessidade de a expressão ser o mais livre possível. Como vimos, mesmo perante ordenamentos em que a regulação da expressão é muito mais abrangente, a exemplo dos países da América Latina, a

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 82-90.

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 125-126.

influência da jurisprudência norte-americana sobre liberdade de expressão – e, indiretamente, do pensamento de Mill – é indiscutível.⁷⁰

Mas a teoria nem sempre foi tida como razão suficiente para proteger a liberdade. Na primeira metade do século XX, o posicionamento do Judiciário dos Estados Unidos era bastante permissivo à imposição de restrições gravosas a discursos de crítica contra o governo e suas políticas, e as premissas de Mill, embora evocadas com frequência e eloquência, não eram vistas pela maioria da Suprema Corte como bastantes para uma conclusão pela preservação da liberdade.

Um dos primeiros grandes desafios à Primeira Emenda aconteceu quando uma lei aprovada pelo Congresso norte-americano em 1918 ampliou o escopo da Lei de Espionagem de 1917, estipulando como delituosa a expressão de opinião que prejudicasse a imagem do governo ou seus esforços de guerra. No caso *Abrams v. United States*, de 1919, a Suprema Corte declarou a constitucionalidade da mencionada legislação, mantendo a condenação criminal de um grupo de ativistas políticos pela produção e divulgação de folhetos censurando o envio de tropas norte-americanas à Europa e a fabricação de armamento para a ofensiva dos Estados Unidos contra a União Soviética. Para a maioria dos juízes, os folhetos representavam um “perigo claro e iminente”, tendo em vista que incitavam a deserção e propunham a interrupção da atividade industrial armamentista.⁷¹

Na ocasião, o juiz Oliver Wendell Holmes apresentou um voto dissidente. Sua posição, embora minoritária à época, colaborou para a pavimentação posterior de uma orientação de resistência à proibição de praticamente todo tipo de discurso.⁷² Segundo Holmes, a mera propagação de material impresso com críticas às políticas de produzir armas e enviar tropas à Europa para combater a Revolução Russa não implicava um “perigo claro e iminente”, pois não fora demonstrada a existência de um estímulo a atividades que pudessem efetivamente prejudicar as intenções do governo. A conduta não era, tampouco, antipatriótica. Um patriota poderia pensar, desejando apenas o bem e o progresso dos Estados Unidos, que o despacho de soldados e a fabricação de tanques, fuzis e aeronaves de guerra representavam uma perda desnecessária e nociva de vidas e recursos; a expressão desse pensamento traduziria, ao

⁷⁰ SCHAUER, Frederick. **Freedom of speech: a philosophical enquiry**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982, p. 35.

⁷¹ Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Abrams v. United States*, 250 U. S. 616**. Washington/DC, 1919, §§ 24, 26 e 44. Para o precedente que fixara o teste do “perigo claro e iminente”, ver Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Schenck v. United States*, 249 U. S. 47**. Washington/DC, 1919.

⁷² Para a discussão sobre a influência do voto dissidente de Holmes, cf. SHAPIRO, Martin. **Freedom of speech: the Supreme Court and judicial review**. New Orleans: Quid Pro Books, 2011, pp. 38-56.

contrário, um verdadeiro ato de patriotismo, mesmo em face da discordância da maioria da população norte-americana. O desacordo, aliás, é o que permite a construção da verdade, a busca incessante pela melhor solução. Conforme escreveu Holmes, a Constituição norte-americana exige que os homens acreditem, mais do que em seus próprios argumentos e convicções, “que o bem final desejado é melhor alcançado pelo livre comércio de ideias, que o maior teste da verdade é a capacidade de um pensamento de ser aceito na competição do mercado, e que a verdade é o único meio pelo qual os desejos dos cidadãos podem ser realizados com segurança”.⁷³ Embora confirmando seu posicionamento a favor da regulação da expressão (e do teste do “perigo claro e iminente”) em outros casos, Holmes avançou, em *Abrams*, a tese de que, à luz da Primeira Emenda, para que a verdade prevaleça sobre a mentira, e para que a comunidade, revendo seus entendimentos, produza e propague novos conhecimentos, contribuindo com o propósito coletivo de evolução intelectual, é essencial que discursos os mais variados possam veicular-se e mover-se livremente, vingando, a cada rodada, a concepção mais aceita no “mercado de ideias”. Essa é, com poucas variações, a formulação sedimentada na teoria de Mill.⁷⁴

A orientação plantada por Holmes fez rebentar frutos diversos.⁷⁵ Em *Whitney v. California*, a Suprema Corte, ainda presa à lógica da constitucionalidade da proibição de discursos que representassem um “perigo claro e iminente”, manteve a condenação da sufragista Charlotte Anita Whitney por sua colaboração no estabelecimento do Partido Comunista do Trabalho, uma organização enquadrada na Lei do Sindicalismo da Califórnia, de 1919, com base na acusação de que seus membros ensinavam e incentivavam formas violentas de derrubar o governo dos Estados Unidos. Sete dos nove integrantes da Corte concluíram, sem ressalvas significativas, que a participação em discursos políticos que pudessem instigar ações de violência contra a ordem jurídica e os Poderes do Estado importava em um “perigo claro e iminente”, justificando a criminalização da expressão. Os outros dois juízes, Holmes e Louis Brandeis, apresentaram um voto concorrente, escrito por Brandeis, que, a despeito de unir-se à maioria no desfecho decisório, levantou, com referência à dissidência em *Abrams*, sérios questionamentos à caracterização de um perigo como suficientemente claro e iminente para legitimar a ingerência estatal no “comércio livre de ideias”. Pedimos licença ao leitor para

⁷³ Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Abrams v. United States*, 250 U. S. 616.** Washington/DC, 1919, § 58.

⁷⁴ LEWIS, Anthony. **Freedom for the thought that we hate: a biography of the First Amendment.** New York: Basic Books, 2009, p. 48.

⁷⁵ SCANLON, Thomas Michael. A theory of freedom of expression. **Philosophy and Public Affairs**, 1(2), 1972, p. 212. Ver também POST, Robert. A progressive perspective on freedom of speech. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. **The Constitution in 2020.** Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 180.

transcrever um excerto de tal voto, elucidativo da noção de que é o potencial do debate aberto, e não a segurança do *status quo*, que define a opção plasmada na Primeira Emenda:

Aqueles que conquistaram nossa independência por meio da revolução não eram covardes. Eles não temiam a mudança política. Eles não exaltavam a ordem em detrimento da liberdade. A esses homens corajosos e autônomos, que confiavam no poder do pensamento livre e destemido e em sua aplicação aos processos do governo popular, nenhum perigo que fluísse do discurso poderia ser considerado claro e presente, a menos que a incidência do dano vislumbrado fosse de tal modo iminente que não houvesse oportunidade para uma discussão completa. Se houver tempo para expor, por meio do debate, a falsidade e as falácias, para afastar o dano mediante processos de educação, o remédio a ser aplicado é mais expressão, não um silêncio forçado.⁷⁶

Surpreendentemente, essas palavras, escritas por um juiz que, não obstante suas reservas declaradas, optou por aderir ao resultado da criminalização do discurso comunista, foram lembradas pela Corte quando, quarenta e dois anos depois, o precedente de *Whitney v. California* foi expressamente cancelado. Isso aconteceu no julgamento de *Brandenburg v. Ohio*, caso em que, desvencilhando-se da tese do “perigo claro e iminente”, os juízes estabeleceram, em decisão *per curiam*, que a expressão só pode ser regulada ou proibida quando “conduzir ou incitar ou produzir uma ação ilegal iminente”. O teste da “ação ilegal iminente” é uma virada de paradigma no raciocínio sobre a liberdade de expressão, pois, a partir de *Brandenburg*, a Corte passa a decidir que a mera defesa de uma ideologia, inclusive se baseada em violência, exclusão ou afronta contra a democracia e o Estado de Direito, constitui expressão protegida pelo direito; o discurso só deixará de ser livre se ficar demonstrada a iminência de uma ação ilegal diretamente decorrente de sua veiculação.

Clarence Brandenburg, uma liderança da Ku Klux Klan em Ohio, convidara, em 1964, um repórter a cobrir uma manifestação de supremacistas brancos. As filmagens feitas pelo jornalista mostraram Brandenburg e outros líderes do movimento explicando a necessidade de uma “vingança” contra “os povos não caucasianos” e defendendo a expulsão forçada de negros para a África e de judeus para Israel. Ademais, são proferidos discursos de crítica contra o governo, o Congresso e a Suprema Corte, instituições que, na visão dos participantes da

⁷⁶ Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Whitney v. California*, 274 U. S. 357.** Washington/DC, 1927, § 44. No original: “Those who won our independence by revolution were not cowards. They did not fear political change. They did not exalt order at the cost of liberty. To courageous, self-reliant men, with confidence in the power of free and fearless reasoning applied through the processes of popular government, no danger flowing from speech can be deemed clear and present, unless the incident of the evil apprehended is so imminent that it may befall before there is opportunity for full discussion. If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence.”

passeata, trabalhavam para “suprimir a raça caucasiana branca”. Por conta de sua participação na passeata e das opiniões que veiculou, Brandenburg foi processado e condenado pelo crime de instigação à violência.

Na decisão que reverteu o veredito e absolveu o réu, a Suprema Corte estipulou a tese de que a mera incitação a práticas criminosas não pode ser restringida, já que está protegida pela liberdade de expressão. Segundo decidiu a Corte, para que se autorize a regulação da expressão, é necessário que as palavras usadas produzam ou encorajem uma ação ilegal iminente, circunstância que, conforme entenderam os juízes, não estava presente no caso de Brandenburg. O principal argumento foi, mais uma vez, o da busca pela verdade. Propositamente, a Corte citou o voto divergente de Holmes em *Gitlow v. New York*, caso julgado em 1925. “Toda ideia é uma incitação”, dissera Holmes. “Ela se oferece à crença e, se acreditarem nela, produz ação (...). A única diferença entre a expressão de uma opinião e uma incitação em sentido estrito é o entusiasmo do falante pelo resultado. A eloquência pode atear fogo à razão”. O raciocínio em *Brandenburg v. Ohio* reproduziu a lógica de que a verdade só se revela na discussão aberta: defendendo a possibilidade de discursos tão odiosos e radicais quanto o racismo e o antissemitismo, a Suprema Corte asseverou que, se uma ideia que aparece na esfera de debate está errada, então o erro deve ser livremente avaliado pelos membros da comunidade, que não acreditarão nela, nem agirão conforme seu recado; no entanto, caso a ideia seja vista como correta e, no longo prazo, a crença que ela encoraja “venha a ser aceita pelas forças dominantes da comunidade”, será tão somente porque, na origem, foi dada a ela uma chance de circular livremente.⁷⁷

Um caso de relevância equivalente é *New York Times Co. v. Sullivan*. Em 1960, o jornal The New York Times publicou um manifesto de apoiadores de Martin Luther King Jr. criticando a polícia da cidade de Montgomery, no Alabama, em virtude da maneira violenta como seus agentes tinham tratado os participantes de um protesto pelos direitos civis. O documento continha uma série de erros e incongruências, como, por exemplo, o número de vezes que King fora preso, a canção que os ativistas haviam cantado, e o fato de estudantes terem podido participar das manifestações. Com base nisso, L. B. Sullivan, então comissário de polícia de Montgomery, ingressou em juízo contra o The New York Times, alegando que o jornal havia cometido difamação contra ele e seus colegas policiais. As instâncias inferiores deram ganho de causa a Sullivan, condenando o Times a lhe pagar uma quantia vultosa a título de indenização. A Suprema Corte, por sua vez, reverteu a condenação, asseverando, em uma

⁷⁷ Cf. Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Brandenburg v. Ohio*, 395 U. S. 444.** Washington/DC, 1969.

decisão unânime, que, quando a inverdade divulgada disser respeito a fato da vida ou da atuação de um agente público, a difamação somente estará configurada se ficar demonstrado que o falante veiculou a notícia com “malícia efetiva”, isto é, ou agiu consciente de que dizia uma mentira, ou espalhou a informação sem nenhuma consideração pela forte possibilidade de ela ser falsa.⁷⁸

Em *Make no Law*, Anthony Lewis sugere que, em seu voto no caso *Sullivan*, o juiz William Brennan não apenas redefiniu as possibilidades e os limites dos processos por calúnia e difamação, mas verdadeiramente redesenhou as premissas da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Segundo Lewis, a liberdade de expressão garantida na Primeira Emenda foi predominantemente compreendida, durante mais de um século, como uma cláusula que proibia a chamada “restrição prévia”, isto é, a censura antecedente de determinado conteúdo. Nessa linha, o autor de determinada manifestação poderia ser responsabilizado civil ou criminalmente no caso de suas palavras se revelarem falsas, perigosas ou ofensivas. Nos anos 1960 e 1970, como vimos, a Suprema Corte passou a encampar a posição antes minoritariamente defendida por Holmes e Brandeis, no sentido de proibir apenas as expressões que resultassem em um “perigo claro e iminente”, mas, pelo menos em um primeiro momento, dentre as exceções a essa regra (mencionadas pela própria Corte em julgados da mesma época), manteve-se viva a possibilidade de responsabilizar o autor de um discurso pelos crimes de calúnia ou difamação. Em *Sullivan*, a Suprema Corte promove um giro.⁷⁹ Segundo Dworkin (que se dizia um entusiasta do livro de Lewis), “o caso *Sullivan* entrou para a história não apenas porque nele foi revisto o direito constitucional sobre a calúnia e a difamação, mas também porque a linguagem e as imagens de Brennan passaram a definir todo o arquétipo do direito previsto na Primeira Emenda”.⁸⁰

Por trás da argumentação que norteia a decisão em *Sullivan*, está, novamente, a tese de John Stuart Mill. Segundo a linha de raciocínio desenvolvida pela Corte, a violação ao direito está na malícia do falante, e não na notícia inverídica em si. Ou seja, mesmo quando ficar comprovado que determinada afirmação é falsa, ainda assim ela deve poder circular no mercado aberto de ideias, porque é a própria abertura do debate público – a circunstância de a arena de discussão estar desobstruída, e de nela transitarem pensamentos, visões e pontos de vista os

⁷⁸ Cf. Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254.** Washington/DC, 1964. Posteriormente, no caso *Curtis Publishing Co. v. Butts*, a Suprema Corte estendeu a tese da “malícia efetiva” para os casos de calúnia e difamação envolvendo não apenas agentes públicos, mas quaisquer “figuras públicas”. Ver em Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U. S. 130.** Washington/DC, 1967.

⁷⁹ LEWIS, Anthony. *Op. cit.*, 1992, pp. 14 e 95.

⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1996a, p. 201.

mais variados – que possibilita às pessoas isolar a mentira e identificar a verdade. Paradoxalmente, é a exigência da busca pela verdade que assegura a divulgação e o alastramento da mentira – uma ideia que, embora extrema em sua inclinação liberal, influenciou muito o debate sobre a liberdade de expressão tanto dentro quanto fora dos Estados Unidos.

1.2.2 A liberdade de expressão viabiliza o autogoverno e impede a tirania

Um argumento igualmente importante é a defesa do autogoverno. Apesar de estar conectada com as ideias da identificação da verdade e da produção e propagação do conhecimento, a perspectiva do autogoverno parte de uma leitura menos liberal e mais republicana da liberdade. A visão liberal assume como valiosa a ausência de interferências do Estado na ação do indivíduo, ao passo que, pelo prisma republicano, importa menos que o indivíduo esteja a todo momento desimpedido e mais que ele seja livre para participar de quaisquer decisões que resultem em algum impedimento em sua ação. As perspectivas não são incompatíveis, mas seus enfoques são claramente distintos.⁸¹

No debate público norte-americano, o argumento do autogoverno remonta ao fim do século XVIII. Seu mais notável articulador foi James Madison, considerado por muitos como o “pai” da Primeira Emenda à Constituição de 1787.⁸² Madison defendia que a legitimidade de qualquer governo – e do próprio Estado, pensado como um projeto coletivo de longo prazo – estaria na produção de consensos em benefício dos governados. Para ele, o poder só seria legítimo se emanasse da soberania popular e atuasse em serviço dela, embora não lhe parecesse adequado um sistema em que as decisões fossem tomadas diretamente pelo povo. Embora Madison tenha, em um primeiro momento, criticado a ideia de fazer constar um rol de direitos fundamentais em um documento normativo escrito, ao entendimento de que listar expressamente os direitos importaria em reduzir as possibilidades de proteção e realização dos interesses dos cidadãos, assim que percebeu a inevitabilidade da reforma constitucional para inclusão da declaração de direitos, ele tomou frente nas discussões e se tornou um dos mais destacados defensores da ideia de se adotar um texto simples e fluido, que fosse aberto o suficiente para contemplar as mais variadas e impensadas situações. Essa maneira de pensar é

⁸¹ SCHAUER, Frederick. The First Amendment as ideology. **William and Mary Law Review**, 33, 1992, p. 859.

⁸² MORGAN, Robert J. **James Madison on the Constitution and the Bill of Rights**. Westport: Greenwood Press, 1988, p. 18.

claramente percebida na redação das dez primeiras emendas à Constituição norte-americana, sobretudo na Nona Emenda, que prevê que os direitos enumerados na declaração não excluem outros direitos e interesses dos cidadãos.⁸³

Aos homens do século XVIII importava sobretudo impedir a tirania. Madison incorporou essa perspectiva em sua atuação por inúmeros motivos, não só porque teve contato com a produção de pensadores franceses – a exemplo de Montesquieu, um filósofo sensivelmente preocupado com a teorização de ajustes institucionais capazes de neutralizar o despotismo do Estado –, mas sobretudo em razão de sua experiência pessoal como militar e político. Para ele, a liberdade de manifestar-se publicamente, inclusive contra as políticas do governo, era essencial para estabelecer que o poder fosse controlado pelo povo, e não o contrário. Apesar de rejeitar a democracia direta como alternativa sustentável de organização política, Madison pregava a necessidade de um arranjo estrutural que promovesse tanto a liberdade dos governados quanto a responsividade dos governantes. Nesse sentido, a liberdade de expressão consistiria em um mecanismo de garantia do governo (não direto) do povo.⁸⁴

No debate contemporâneo, a versão mais conhecida desse argumento encontra-se na obra de Alexander Meiklejohn. Segundo ele, proteger a liberdade de expressão é condição para que os cidadãos, posicionando-se autêntica e livremente no debate público, realizem o autogoverno popular em rejeição à tirania.⁸⁵ Conforme ele escreveu, “quando os homens governam a si mesmos, cabe somente a eles – e a ninguém mais – julgar a imprudência, a injustiça e o perigo. Isso significa que ideias imprudentes devem ser ouvidas tanto quanto as prudentes, as justas tanto quanto as injustas, as perigosas tanto quanto as seguras”.⁸⁶

O argumento sinaliza que, para oportunizar às pessoas que participem ativamente do debate público, contribuindo para a sociedade com suas ideias – não só ideias sobre o governo, a justiça e o bem comum, mas também opiniões sobre as noções difundidas e defendidas publicamente pelos outros –, é fundamental que a expressão seja livre. Quem dirá, afinal, que determinada posição é boa ou ruim, correta ou falsa, senão as próprias pessoas que, ouvindo-a

⁸³ *Ibid.*, pp. 29-33. Cf., ainda, AMAR, Akhil Reed. The Bill of Rights as a Constitution. **Yale Law Journal**, v. 100, 1991, pp. 1.131-1.210.

⁸⁴ Cf. MADISON, James; KETCHAM, Ralph (ed.). **Selected writings of James Madison**. London: Hackett Publishing, 2006, pp. 221-228. Para a biografia de Madison, ver, por todos, KETCHAM, Ralph. **James Madison: a biography**. Charlottesville: University of Virginia Press, 1990.

⁸⁵ MEIKLEJOHN, Alexander. **Political freedom**. New York: Galaxy Book, 1965. A sistematização dessa ideia foi feita por Meiklejohn nos anos 1960, mas a noção já se encontrava presente na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos desde pelo menos *Whitney v. California*, caso que, como vimos, foi julgado em 1927.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 27, tradução nossa. No original: “When men govern themselves, it is they – and no one else – who must pass judgement upon un wisdom and unfairness and danger. And that means that unwise ideas must have a hearing as well as wise one, unfair as well as fair, dangerous as well as safe (...).”

na deliberação social, avaliarão criticamente seu conteúdo?⁸⁷ Restringir a circulação de determinado discurso em razão de seu conteúdo é, antes de mais nada, privar a coletividade de analisar e criticar tal discurso por conta própria; é outorgar a um grupo reduzido de pessoas – que atuarão como “censores”, agentes do Estado encarregados de identificar quais expressões podem e quais não podem ser veiculadas – o poder de decidir sobre a verdade e a justiça.⁸⁸

De acordo com essa maneira de pensar, a liberdade de expressão milita contra o governo de poucos e a opressão das minorias. Manifestar-se em público, sem amarras, é um instrumento poderoso contra a tirania.⁸⁹ Segundo escreveu o juiz Brandeis em *Whitney v. California*, os homens que fundaram os Estados Unidos, acreditando no “poder da razão aplicada na discussão pública”, rejeitaram o “silêncio imposto por lei” – “o argumento da força em sua pior forma” – e, “reconhecendo as tiranias ocasionais de governos majoritários, emendaram a Constituição de maneira que as liberdades de expressão e reunião estivessem protegidas”.⁹⁰ Para a Suprema Corte norte-americana, portanto, a Primeira Emenda foi introduzida com os objetivos de assegurar a preservação de um espaço de autogoverno e neutralizar o perigo de despotismos sazonais.

Ou seja, o autogoverno é um prisma de raiz revolucionária. A revolução moderna é a luta pela liberdade contra a tirania: nela se expressam as insatisfações, indignações, revoltas e reivindicações dos oprimidos.⁹¹ Sob a ideia do autogoverno popular, a defesa da liberdade de expressão remonta à gênese do Estado moderno, Estado que nasce e se alimenta da oposição de grupos menos favorecidos contra as injustiças sociais e políticas do Antigo Regime.

Pensemos, por exemplo, na discussão sobre o conceito de Constituição na América do Norte do século XVIII.

Na Inglaterra, o prisma político do rei-no-Parlamento impedia que se concebesse uma lei inconstitucional. Se o Parlamento era o senhor da política, e se ele havia, de maneira muito bem-sucedida, encarnado (e, com isso, feito desaparecer) a noção de um poder constituinte do

⁸⁷ O questionamento consta em MEIKLEJOHN, Alexander. **Free speech and its relation to self-government**. Clark: The Lawbook Exchange, 2011, p. 49.

⁸⁸ *Ibid.*, pp. 78-82. Ver também POST, Robert. **Constitutional domains: democracy, community, management**. Cambridge: Harvard University Press, 1995, pp. 119-197 e 268-290.

⁸⁹ A ideia é igualmente desenvolvida, com referência a Madison, em LEWIS, Anthony. *Op. cit.*, 2009, p. 103.

⁹⁰ Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Whitney v. California*, 274 U. S. 357**. Washington/DC, 1927, § 42. No original: “Believing in the power of reason as applied through public discussion, they eschewed silence coerced by law – the argument of force in its worst form. Recognizing the occasional tyrannies of governing majorities, they amended the Constitution so that free speech and assembly should be guaranteed.”

⁹¹ ARENDT, Hannah. **On revolution**. New York: Penguin Classics, 2006, pp. 132-170.

povo,⁹² a Constituição inglesa – um conjunto de princípios não escritos que ditavam a organização do Estado e da sociedade na Inglaterra – tinha, na verdade, o conteúdo que o próprio Parlamento lhe atribuía. Por essa razão, uma lei inconstitucional resultava em uma contradição performativa, uma impossibilidade lógica.

Essa forma de entender o direito, tão longeva na experiência política inglesa, foi posta em revisão nas colônias da América do Norte, em especial a partir da década de 1760. No enfrentamento de discussões e conflitos pontuais com a metrópole, as colônias passaram a avaliar a necessidade de um novo conceito de Constituição, um conceito que traduzisse um conjunto de princípios limitadores da própria atividade das instituições. As consequências dessa mudança seriam imensas, a ponto de John Adams, rememorando a reunião da Assembleia de Massachusetts em que a nova ideia foi sustentada, em 1761, identificar tal momento como o do “nascimento da Independência”.⁹³

Foi James Otis, político de Massachusetts, quem pela primeira vez sustentou que a Constituição que regia o mundo inglês era uma norma jurídica hierarquicamente superior às demais, e que, por tal motivo, qualquer lei que a contrariasse era inválida. No embate entre a Constituição e a lei, deveria prevalecer sempre, e sem exceção, a Constituição. Na eventualidade de um conflito dessa natureza surgir, caberia aos juízes e tribunais tornar inaplicável a lei inconstitucional.⁹⁴ A Constituição consistia, portanto, em um panorama normativo superior às instituições do Estado, e por esse motivo a imposição de cobranças tributárias pela metrópole inglesa, sem que as colônias estivessem representadas no Parlamento britânico, consistia em um ato de tirania. Para Otis, não poderia haver tributação sem representação; compreender de modo diverso, como desejava impor a Inglaterra, representava uma violação à Constituição inglesa. Embora com um início trôpego e contraditório, esse pensamento logo se alastrou em meio aos colonos, reverberando em cartas, petições e panfletos. Como ocorreu com outras mudanças derivadas do processo revolucionário, a transformação conceitual partiu de uma realocação de ênfase e culminou em uma contribuição inédita ao vocabulário político: de uma Constituição garantidora dos direitos naturais dos cidadãos e

⁹² Ver LOUGHLIN, Martin. Constituent power subverted: from English constitutional argument to British constitutional practice. In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (ed.). **The paradox of constitutionalism: constituent power and constitutional form**. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 27-48. Cf., ainda, KANTOROWICZ, Ernst. **The king's two bodies: a study in medieval political theology**. Princeton: Princeton University Press, 2016, pp. 78-99.

⁹³ BAILYN, Bernard. **The ideological origins of the American Revolution**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2017, p. 176.

⁹⁴ OTIS, James. The rights of the British Colonies asserted and proved. In: SAMUELSON, Richard. **Collected political writings of James Otis**. Washington, D. C.: Liberty Fund Inc., 2015, pp. 196-322. Para uma análise do argumento de Otis, suas contradições e consequências políticas, cf. BAILYN, Bernard. *Op. cit.*, 2017, pp. 177-181.

*guardada pelo Parlamento para uma Constituição garantidora dos direitos naturais dos cidadãos imposta em face do Parlamento.*⁹⁵

Na visão dos ingleses, no entanto, a ideia defendida por Otis era não apenas absurda, mas criminosa. No ambiente político norte-americano, a possibilidade de defender tal ponto de vista, ainda que na contramão de hegemonias temporárias, foi um dentre muitos fatores decisivos para o sucesso da luta revolucionária contra a tirania e em prol do autogoverno.⁹⁶ Privar as pessoas de ouvir e debater a ideia teria resultado, por outro lado, em um prejuízo ao autogoverno popular e um incentivo a práticas tirânicas. Daí a defesa de Meiklejohn de que, “se pode ser dito que as instituições políticas norte-americanas são superiores às da Inglaterra, da Rússia ou da Alemanha, pode-se, com igual liberdade, dizer que as instituições inglesas, russas ou alemãs são superiores às dos Estados Unidos”. Segundo ele, “esses pontos de vista conflitantes podem e devem ser expressos, não por serem válidos, mas por serem relevantes. Ter medo de ideias, quaisquer ideias, é estar inapto para o autogoverno.”⁹⁷

O contexto das lutas entre as colônias na América do Norte e a Inglaterra ajuda a explicar não apenas o apelo de James Madison – que, como dissemos, viveu ativamente a guerra pela independência e o debate sobre a organização do Estado norte-americano –, mas muitas das opções feitas na fundação dos Estados Unidos, seja com relação à Constituição de 1787, seja no tocante à declaração de direitos incorporada em 1791, na qual se destaca a Primeira Emenda.⁹⁸ Quanto ao argumento específico do autogoverno, entretanto, a experiência mais recente dos países da América Latina é para nós igualmente importante – ou até mais importante, tendo em mente as peculiaridades do direito brasileiro –, porque muitos desses países, vivendo uma transição do autoritarismo para a democracia, precisaram equacionar um novo regime de direitos, e nessa conjuntura a liberdade de expressão emergiu como um direito especial, um direito capaz de assegurar que, como enunciou Madison, o governo pertença ao povo, e não o contrário.

Entre os anos 1960 e 1990, muitos Estados latino-americanos estiveram sob a condução de regimes ditatoriais. Estruturando-se a partir de um amálgama entre as elites empresariais, a

⁹⁵ *Ibid.*, p. 184. Para um exame detalhado desse contexto, ver DILLY PATRUS, Rafael. *Op. cit.*, 2022, pp. 63-68.

⁹⁶ O exemplo é mencionado em FISS, Owen. **Liberalism divided: freedom of speech and the many uses of State power.** New Haven: Westview Press, 1996a, p. 120.

⁹⁷ MEIKLEJOHN, Alexander. *Op. cit.*, 1965, p. 28, tradução nossa. No original: “If it may be said that American political institutions are superior to those of England or Russia or Germany, it may, with equal freedom, be said that those of England or Russia or Germany are superior to ours. These conflicting views may be expressed, must be expressed, not because they are valid, but because they are relevant. To be afraid of ideas, any idea, is to be unfit for self-government.”

⁹⁸ Ver, por todos, ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations.** Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991, pp. 3-162.

burocracia estatal e as forças militares, em graus e arranjos diversos, as ditaduras da América Latina, estimuladas e patrocinadas pelos Estados Unidos – que temiam o alastramento da mentalidade comunista e da influência soviética na região, em especial após a eclosão da revolução vitoriosa em Cuba, em 1959 –, sustentaram modelos rígidos de centralização do poder político, em muitos casos mediante o fechamento ou o agenciamento do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, o controle dos partidos políticos, a censura dos meios de comunicação e das manifestações artísticas e culturais, a perseguição contra os adversários políticos e o uso da violência no trato da divergência e da dissidência – em níveis também variados, mas perpassando frequentemente por práticas como sequestros, detenções arbitrárias e desaparecimentos forçados, conduções e julgamentos à margem do sistema de justiça, sessões de tortura e, em alguns casos, assassinatos.⁹⁹ Por razões evidentes, a liberdade de expressão foi um dos direitos mais cerceados nesse período.

Em muitos lugares, porém, o fim da ditadura e a transição para a democracia não significaram um avanço imediato na proteção da liberdade. As mudanças necessárias para a promoção de uma justiça na (ou de) transição foram implementadas lentamente, segundo um percurso não linear, por meio de lutas por reconhecimento, lutas visando a resgatar a verdade histórica, honrar a dignidade dos perseguidos e lançar, com clareza e de modo sustentável, um projeto viável de Estado de Direito. Nesse processo, diante da desconfiança e da resistência de setores da sociedade contra a democracia, resquícios do autoritarismo vencido permaneceram incrustados na realidade institucional do Estado: no Brasil, por exemplo, a permanência da anistia em favor dos agentes da ditadura – permanência chancelada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 –, a perpetuação de um modo próprio de funcionamento e atuação das Forças Armadas e das polícias militares estaduais, a continuidade na existência de instrumentos, institutos e diretrizes autoritárias nos campos da gestão pública e do direito administrativo, entre outros elementos, são sintomas de uma transição não só incompleta, mas sobretudo mal resolvida.¹⁰⁰

⁹⁹ Cf. ROLLEMBERG, Denise; QUADRAT, Samantha Viz (orgs.). **A construção social dos regimes autoritários: legitimidade, consenso e consentimento no século XX (Brasil e América Latina)**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010; SIMON, Roberto. **O Brasil contra a democracia: a ditadura, o golpe no Chile e a Guerra Fria na América do Sul**. São Paulo: Companhia das Letras, 2021; DREIFUSS, René A. **1964: a conquista do Estado**. Petrópolis: Vozes, 1981.

¹⁰⁰ GAGNEBIN, Jeanne Marie. O preço de uma reconciliação extorquida. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010, pp. 177-186. Quanto à ADPF nº 153, ver Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153**. Brasília, 29 de abril de 2010. Sobre tal julgamento, cf., por todos, MEYER, Emilio Peluso Neder. **Ditadura e responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

A dificuldade de proteger a liberdade de expressão é um dos principais entraves à consolidação da democracia. Não sem razão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem se valido especialmente do argumento do autogoverno – da ideia de que, quanto mais livres as pessoas são para expressarem sua opinião em público, menor é a chance de o autoritarismo se apropriar do Estado – para decidir sobre violações à liberdade de expressão na América Latina.

No caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile*, julgado em 2001, a Corte Interamericana entendeu que a censura imposta pelo governo chileno ao filme *A última tentação de Cristo*, do cineasta norte-americano Martin Scorsese, era incompatível com o art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que prevê que toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão – direito que compreende a liberdade de buscar, receber e difundir ideias de toda natureza e cujo exercício não pode estar sujeito a censura prévia. O filme de Scorsese narra a vida de Jesus Cristo de maneira diferente da constante na Bíblia, representando-o como um homem sujeito a falhas e sentimentos. Quando o filme foi lançado, em 1988, o Conselho de Qualificação Cinematográfica do Chile, órgão de censura proveniente da ditadura de Augusto Pinochet, proibiu sua exibição no país, ao fundamento de que a narrativa feria a honra religiosa dos cristãos. A censura foi questionada perante o Poder Judiciário chileno, mas, em decisão definitiva tomada em 1997, a Corte Suprema de Justiça do Chile confirmou a vedação à exibição do filme. Entendendo que o Estado chileno deveria responder pelas ações ou omissões de qualquer de seus poderes ou agentes, a Corte Interamericana pontuou que a liberdade de expressão é um direito de dupla dimensão, porque não apenas assegura o direito de o indivíduo falar ou escrever e difundir seu pensamento por quaisquer meios idôneos e apropriados, mas também constitui um veículo para o intercâmbio de informações, ideias e opiniões entre as pessoas. Considerada “pedra angular de uma sociedade democrática”, “condição essencial para que esta esteja suficientemente informada”, a liberdade de expressão é duplamente relevante, pois “para o cidadão comum tem tanta importância o conhecimento da opinião alheia ou da informação de que dispõem os outros como o direito a difundir a própria”, não cabendo ao governo decidir sobre o que as pessoas podem dizer e escutar.¹⁰¹

No mesmo ano, a Corte julgou o caso *Ivcher Bronstein v. Peru*, que trata de intimidações e retaliações sofridas por um peruano naturalizado em razão de críticas propagadas em seu canal de televisão contra o governo e as forças armadas do Peru. O Sr. Bronstein se havia naturalizado peruano nos anos 1980 e era sócio majoritário do famoso Canal 2. A partir de reportagens

¹⁰¹ Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença em *Olmedo Bustos e outros v. Chile* (“A última tentação de Cristo”)**. San José, 5 de fevereiro de 2001, p. 25.

veiculadas em um popular programa denominado *Contrapunto*, foram feitas denúncias contra agentes do Estado por corrupção e graves violações de direitos humanos, e em resposta a isso o Peru cancelou a naturalização do Sr. Bronstein, forçando sua saída do quadro societário e do conselho de administração do Canal. Em sua sentença, a Corte Interamericana recuperou a tese da dupla dimensão da liberdade de expressão e explicou que a liberdade de imprensa interessa à coletividade, devendo os jornalistas gozar de todos os meios necessários ao desempenho adequado de sua função investigativa e informativa, “já que são eles os que mantêm informada a sociedade, requisito indispensável para que esta goze de uma liberdade plena”, isto é, para que o povo determine o governo, e não o contrário.¹⁰² Em subsídio a esse raciocínio, a Corte fez duas citações importantes. A primeira é ao Parecer Consultivo nº 5, solicitado pelo Estado da Costa Rica em 1985, ocasião em que a Corte afirmou, pronunciando-se sobre a exigência do registro profissional de jornalistas, que, em uma sociedade democrática, devem ser garantidas “as maiores possibilidades de circulação de notícias, ideias e opiniões, assim como o mais amplo acesso à informação por parte da sociedade em seu conjunto. A liberdade de expressão se insere na ordem pública primária e radical da democracia, que não é concebível sem o debate livre e sem que a dissidência tenha pleno direito de se manifestar”.¹⁰³ A segunda citação é à decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos em *Sürek and Özdemir v. Turkey*, proferida em 1999. O caso diz respeito à violação à liberdade de expressão do proprietário e do editor-chefe de um jornal turco condenados criminalmente em virtude da publicação de uma entrevista com um comandante do Partido dos Trabalhadores do Curdistão, uma organização considerada ilegal e subversiva na Turquia. A Corte Europeia pontuou que os limites das críticas contra o Estado e seus agentes são mais amplos do que os aplicáveis às falas sobre os cidadãos privados, e que, por isso, ninguém pode ser punido simplesmente por veicular discursos contrários ao governo, às instituições estatais ou às políticas públicas: “Em um sistema democrático, as ações e omissões do governo precisam se manter sujeitas a um escrutínio rigoroso, não apenas por parte das autoridades legislativas e judiciais, mas também da opinião pública”.¹⁰⁴

No julgamento dos casos *Ríos e outros v. Venezuela* e *Perozo e outros v. Venezuela*, a Corte Interamericana decidiu que, em contextos de polarização política exacerbada,

¹⁰² Cf. Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença em Ivcher Bronstein v. Peru**. San José, 6 de fevereiro de 2001, p. 55.

¹⁰³ Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Parecer Consultivo nº 5: registro profissional obrigatório de jornalistas**. San José, 13 de novembro de 1985, p. 17.

¹⁰⁴ Conselho da Europa. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Sentença em Sürek and Özdemir v. Turkey**. Estrasburgo, 1999, p. 30, tradução nossa. No original: “In a democratic system the actions and omissions of the government must be subject to the close scrutiny not only of the legislative and judicial authorities but also of public opinion.”

intimidações, constrangimentos, perseguições e ataques físicos e verbais praticados contra trabalhadores e representantes de veículos de mídia com atuação crítica ao governo, ainda que os atos não sejam praticados oficialmente pelo Estado, implicam violação à liberdade de expressão, e que o poder público é responsável por manter a integridade, a segurança e a dignidade dos meios de comunicação. Em *Perozo*, as autoridades venezuelanas responsáveis por gerir a concessão do canal de televisão Globovision criticaram fortemente sua linha editorial, o que, conforme demonstraram as provas produzidas no processo, afetou negativamente o trabalho jornalístico dos trabalhadores do canal; a esse episódio seguiram intervenções em transmissões e outras práticas abusivas. Diante dessas circunstâncias, a Corte desenvolveu a tese de que comportamentos do poder público ou de agentes privados, quando estes ficam impunes, podem representar restrições indiretas à liberdade de expressão, minando a abertura necessária à livre circulação de ideias, opiniões e visões de mundo e, desse modo, comprometendo a responsividade do governo e das elites.¹⁰⁵

Ainda, o argumento do autogoverno, mesmo que indiretamente, serviu de fundamento para as decisões prolatadas pela Corte Interamericana nos casos *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, sobre a condenação de um jornalista por difamação em razão de ele ter reproduzido notícias de jornais europeus denunciando irregularidades cometidas por um diploma costarriquenho;¹⁰⁶ *Ricardo Canese v. Paraguai*, sobre a condenação criminal de um candidato à presidência do Paraguai por ter acusado um adversário de envolvimento em fraude na construção de uma usina;¹⁰⁷ *Palamara-Iribarne v. Chile*, sobre a retirada forçada de circulação de um livro escrito por um ex-oficial militar com críticas à Marinha chilena;¹⁰⁸ *Claude Reyes e outros v. Chile*, sobre a recusa do Estado chileno em publicizar informações a respeito de um projeto licenciado de desflorestamento;¹⁰⁹ *Kimel v. Argentina*, sobre a condenação de um jornalista por publicar um livro criticando a atuação de um juiz responsável por presidir a investigação de um massacre;¹¹⁰ *Tristán Donoso v. Panamá*, sobre a condenação de um advogado por difamação

¹⁰⁵ Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença em Ríos e outros v. Venezuela**. San José, 28 de janeiro de 2009; Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença em Perozo e outros v. Venezuela**. San José, 28 de janeiro de 2009.

¹⁰⁶ Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença em Herrera-Ulloa v. Costa Rica**. San José, 2 de julho de 2004.

¹⁰⁷ Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença em Ricardo Canese v. Paraguai**. San José, 31 de agosto de 2004.

¹⁰⁸ Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença em Palamara-Iribarne v. Chile**. San José, 22 de novembro de 2005.

¹⁰⁹ Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença em Claude Reyes e outros v. Chile**. San José, 19 de setembro de 2006.

¹¹⁰ Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença em Kimel v. Argentina**. San José, 2 de maio de 2008.

em virtude de ter acusado o procurador-geral do Panamá de ilegalmente grampear, gravar e disponibilizar suas comunicações telefônicas;¹¹¹ *López Lone e outros v. Honduras*, sobre a demissão de quatro juízes hondurenos em função de terem participado de protestos contra o golpe militar de 2009 e a deposição forçada do presidente Manuel Zelaya;¹¹² entre outros.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, merece destaque o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, em que se decidiu que a Lei nº 5.250, de 1967, a chamada Lei de Imprensa, não foi recepcionada pela Constituição de 1988. A ideia de que a liberdade de expressão e, mais especificamente, a liberdade de imprensa impedem que o Estado tolha a autonomia dos indivíduos ao proibir que determinados conteúdos sejam propagados e recebidos está presente em especial no voto do relator, ministro Ayres Britto, que leva às últimas consequências a perspectiva de que a regulação da mídia é um fator de erosão da democracia. Segundo ele, “é definitiva lição da História que, em matéria de imprensa, não há espaço para o meio-termo ou a contemporização. Ou ela é inteiramente livre, ou dela já não se pode cogitar senão como jogo de aparência jurídica.”¹¹³ Com o entendimento de que a autorregulação da imprensa constitui “um permanente ajuste de limites em sintonia com o sentir-pensar de uma sociedade civil de que ela, imprensa, é simultaneamente porta-voz e caixa de ressonância”,¹¹⁴ e que, portanto, deixar que a mídia se autorregule é a única solução adequada à gestão democrática da comunicação, Ayres Britto declara que nenhum dispositivo da Lei de Imprensa foi recepcionado pela ordem constitucional.

Esses casos mostram como a liberdade de expressão é compreendida, em democracias recém-saídas de experiências autoritárias, qual um instrumento de neutralização do perigo da tirania. O governo tirânico é aquele que, sob o pretexto de tutelar a moral religiosa, os bons costumes e a estabilidade político-social, arvora-se na autoridade de, em substituição do juízo individual, decidir o que as pessoas podem e não podem falar e ouvir.¹¹⁵ A tirania furta do sujeito a autogestão sobre sua própria vida pública; ela elimina a autonomia desse sujeito de dizer o que pensa e impede que ele, escutando as ideias e opiniões alheias, pondere suas crenças e convicções. Por outro lado, a liberdade combate a tirania ao garantir que os governados possam monitorar, fiscalizar, controlar e responsabilizar os governantes. Na segunda metade

¹¹¹ Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Sentença em Tristán Donoso v. Panamá*. San José, 27 de janeiro de 2009.

¹¹² Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Sentença em López Lone e outros v. Honduras*. San José, 5 de outubro de 2015.

¹¹³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130*. Brasília, 30 de abril de 2009, p. 32.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 35.

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1996a, p. 233.

do século XX, poucos foram os lugares onde o problema da falta de liberdade – e da consequente precariedade (ou carência) do autogoverno – se fez tão evidente e marcante quanto na América Latina.

1.2.3 A liberdade de expressão viabiliza a autoafirmação da identidade e garante a preservação de uma cultura de independência

Vimos que, na perspectiva tradicional, a liberdade de expressão é considerada uma exigência democrática na medida em que possibilita o alcance da verdade e propicia o autogoverno em oposição à tirania. Esses dois argumentos iniciais sinalizam que a expressão deve ser livre, porque, em sendo livre, ela assegura e potencializa ganhos coletivos: o esvaziamento da mentira, o avanço do conhecimento e a neutralização da corrupção e do despotismo. Ambas as razões partem de uma perspectiva instrumental, já que concebem a liberdade de expressão como um instrumento para o refinamento do ambiente da democracia e um aumento da qualidade de vida das pessoas.

Ronald Dworkin escreve que as razões para proteger a expressão agrupam-se em duas categorias: (i) as de tipo instrumental, baseadas na ideia de que a liberdade de expressão beneficia o conjunto da sociedade; e (ii) as de tipo constitutivo, baseadas na perspectiva de que o Estado precisa tratar seus cidadãos como sujeitos morais autônomos e responsáveis. Essas categorias se complementam, e a maioria dos argumentos que ocupam um lugar de destaque nas teorias e práticas contemporâneas possibilitam tanto um olhar instrumental quanto um viés constitutivo.¹¹⁶

No entanto, Dworkin critica as teorias de John Stuart Mill e de Alexander Meiklejohn em virtude de elas enfocarem, segundo ele, um viés exclusivamente (ou preponderantemente) instrumental. No entender de Dworkin, apesar de as ideias da busca pela verdade e da garantia do autogoverno serem importantes para a compreensão da liberdade de expressão, o modo como Mill e Meiklejohn desenvolvem esses argumentos está em grande medida baseado na premissa de que os indivíduos só são livres porque isso beneficia a coletividade. As teorias têm

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 200-203. No mesmo sentido, ressaltando a natureza multifacetada e complexa da liberdade de expressão e a indispensabilidade de uma explicação que seja ao mesmo tempo instrumental e constitutiva, ver SCANLON, Thomas Michael. Freedom of expression and categories of expression. **University of Pittsburgh Law Review**, v. 40, 1979, pp. 519-558. Para uma explicação sobre o significado moral da autonomia, ver DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 2011b, pp. 23-96.

uma inclinação comunitarista, por assim dizer, o que faz com que sejam, de acordo com Dworkin, insuficientes e insatisfatórias para fundamentar a liberdade. Existem diversas hipóteses de discursos cuja liberdade não pode ser justificada pela lógica do bem comum. A pornografia, por exemplo, não contribui para a identificação da verdade nem robustece a promoção do autogoverno, e, por isso, o direito de as pessoas a produzirem, veicularem e consumirem não é adequadamente explicado segundo essas razões. A mesma coisa pode ser dita, conforme explana Dworkin, com relação a inúmeras manifestações artísticas, práticas culturais ou expressões baseadas em costumes, tradições, hábitos e até preconceitos.¹¹⁷ Se esses discursos são livres, o que fundamenta essa liberdade?

Para Dworkin, uma teoria da liberdade de expressão deve pautar-se, em primeiro lugar, no reconhecimento da autonomia dos indivíduos. Significa isso que, antes de aproximar a sociedade da verdade e viabilizar que o povo fiscalize e controle o governo, a liberdade de expressão importa, pois o Estado tem a obrigação moral de considerar que seus cidadãos são pessoas suficientemente autônomas para dizerem, escreverem, escutarem e lerem o que bem entenderem. Em outras palavras, a expressão precisa ser livre, porque ela possibilita que o sujeito construa e afirme, com autonomia, sua própria identidade, e também porque, realizando isso, ela promove e preserva uma cultura de independência, uma cultura na qual é oportunizado ao cidadão viver de acordo com suas próprias crenças e convicções, segundo os princípios e as ideias em que ele acredita, e não conforme os entendimentos e as perspectivas impostas pelo Estado ou pelas elites. O que Dworkin defende, portanto, é que a liberdade de expressão se justifica como um dever moral – o dever do Estado de pressupor que as pessoas são suficientemente conscientes e capazes para agir e entender tanto a própria ação quanto as ações dos outros.¹¹⁸

Essa visão é de tipo constitutivo e tem uma dupla dimensão, pois, segundo Dworkin, agentes autônomos devem ser livres para dizer o que entendem correto e, ao mesmo tempo, livres para ouvir e ponderar qualquer discurso, por mais absurdo ou ofensivo que ele seja. Nesse sentido, a liberdade de expressão tem uma função igualitária. Ela realiza e institucionaliza a garantia de que todas as pessoas, por mais repugnantes, insultuosas ou falsas que sejam suas opiniões, tenham a oportunidade de manifestar-se em público; e, também, de que todas as pessoas, por mais desconfortáveis ou ofendidas que se sintam, tenham a oportunidade de escutar as manifestações e opiniões alheias e, a partir disso, avaliar o que é certo e o que é errado, o que é justo e o que é injusto, o que é bom e o que é ruim. A liberdade garante que todos sejam

¹¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1996a, p. 204.

¹¹⁸ *Ibid.*, pp. 208-210, 216 e 248-259.

igualmente livres, ou seja, a igualdade é um pressuposto moral da liberdade.¹¹⁹ Como diz Dworkin, a função igualitária da liberdade de expressão proíbe que se censurem discursos incômodos, odiosos, desagradáveis ou discriminatórios, não porque alguém entenda que expressões dessa natureza contribuam para o combate à corrupção ou elevem a qualidade do debate público, mas porque a igualdade impõe que todos, por mais excêntricas, inverídicas e desprezíveis que sejam suas visões e pensamentos, tenham a oportunidade de influenciar as outras pessoas nas eleições e na política em geral. Isso não significa, evidentemente, que todas as opiniões serão igualmente respeitadas ou levadas em consideração. Na verdade, o que a exigência da igualdade sinaliza é que aos discursos deve ser dada alguma oportunidade de afetar as discussões públicas, e não que esses discursos necessariamente triunfarão no conflito argumentativo.¹²⁰

Citemos, a título de exemplo, um trecho memorável do Capítulo 9 do livro *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*, em que, criticando a proibição alemã de discursos de negação do Holocausto, Dworkin reafirma as razões de sua oposição à censura de qualquer tipo de expressão:

Negar que o Holocausto aconteceu é uma ofensa aberrante à memória dos judeus e de todas as pessoas que morreram nos campos de concentração e extermínio da Alemanha Nazista. Isso é verdade: seria terrível, não apenas para os judeus, mas para a Alemanha e a humanidade como um todo, se a narrativa cínica da “mentira de Auschwitz” algum dia ganhasse credibilidade. Precisamos refutar pública e inteiramente essa mentira, com todo o desprezo que ela merece, sempre que possível. Mas a censura é diferente. Não podemos aceitar que uma opinião possa ser proibida somente porque os detentores do poder estão convictos de que ela é falsa, ou porque algum grupo será profundamente insultado caso tal opinião venha a público. Os criacionistas que impediram que a teoria darwinista fosse ensinada nas escolas públicas do Tennessee nos anos 1920 estavam tão seguros de seu entendimento da história dos seres vivos quanto nós estamos da história da Alemanha, e também eles agiram querendo proteger a dignidade de pessoas que se sentiam ofendidas pela nova e escandalosa doutrina. Os fundamentalistas muçulmanos que condenaram Salman Rushdie à morte estavam igualmente convictos de que agiam de modo correto, em prol de pessoas que haviam se sentido atacadas pelas palavras do escritor. Leis de blasfêmia, queimas de livros, caças às bruxas movida pela direita ou pela esquerda se justificam pelos mesmos motivos: para que certos valores básicos não sejam profanados. Tome

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 212. Sobre a função igualitária da liberdade, em um sentido mais amplo, cf. DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 2011b, pp. 364-368.

¹²⁰ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1996a, p. 239.

cuidado com princípios nos quais você só confia quando são aplicados por aqueles que pensam como você.¹²¹

Quem poderá moldar o ambiente coletivo e como tal ambiente será moldado são indagações fundamentais para a filosofia política.¹²² No entender de Dworkin, porém, das várias possíveis respostas a essas questões, apenas uma é compatível com a igualdade política: a afirmação de que a nenhum indivíduo seja negada a possibilidade de influenciar as decisões coletivas segundo suas próprias escolhas e de acordo com sua própria experiência de vida. O fato de essas escolhas incomodarem, scandalizarem ou ofenderem outras pessoas não constitui, para Dworkin, motivo suficiente para impedir que alguém se expresse em público. Como dissemos, a igualdade não assegura que todas as opiniões sejam igualmente influentes no debate público. O que a função igualitária da liberdade propicia, ao contrário, é que a sociedade possa selecionar, com apuro, consciência e independência, quais discursos são persuasivos e verdadeiros e quais são incoerentes e falsos; na defesa de Dworkin, essa seleção deve acontecer livremente, de acordo com o juízo, as crenças e as convicções das próprias pessoas, e não conforme um recorte prévio ou uma intervenção posterior a cargo do Estado. Ninguém tem o direito de exigir que sua visão de mundo esteja representada nas escolhas da coletividade, mas todos têm o direito de fazer uso da palavra para tentar se fazer representar. Em uma sociedade que almeja ser democrática, livre e igualitária, expressões repugnantes ou desprezíveis devem ser toleradas. Proibi-las de antemão, seja por meio do direito civil, do direito administrativo ou do direito penal, implica presumir que as pessoas não são suficientemente autônomas e independentes para ouvi-las e sopesá-las. Antes, expressões desse tipo devem poder circular livremente, para que sejam rejeitadas não porque ninguém as pôde ler ou escutar, mas porque a maioria da sociedade, ao lê-las ou escutá-las, julgou-as desprezíveis e decidiu autonomamente desacreditá-las.¹²³

Dworkin escreve que a maneira como a Suprema Corte dos Estados Unidos fundamenta suas decisões em prol da liberdade de expressão é problemática.¹²⁴ Não por conta do resultado, com o qual, em muitos casos, Dworkin parece concordar, mas em virtude de a argumentação cingir-se a um prisma instrumental. De acordo com ele, a justificação instrumental é mais frágil do que a constitutiva, porque, se a razão da liberdade de expressão fosse apenas melhorar a vida de todos – ou, mais especificamente, melhorar o funcionamento da democracia –, a proteção se

¹²¹ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1996a, p. 225, tradução nossa.

¹²² Ver, por exemplo, BERLIN, Isaiah. **Two concepts of liberty**. Oxford: Clarendon, 1958, pp. 11-12.

¹²³ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1996a, pp. 240-242.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 206.

deveria estender exclusivamente a expressões e opiniões que digam respeito à articulação do convívio social, isto é, a manifestações políticas. Até mesmo o voto do juiz da Suprema Corte William Brennan no julgamento do caso *Sullivan*, que Dworkin sustenta ser um marco na interpretação da liberdade de expressão no direito norte-americano, é considerado por ele como um pronunciamento incompleto, já que, apesar de encetar uma releitura profunda da legislação sobre difamação e injúria nos Estados Unidos, a construção de Brennan se limita a utilizar argumentos baseados na maximização do benefício coletivo – opção que, Dworkin reconhece, se fez necessária para viabilizar o consenso entre os integrantes da Corte –, silenciando por completo a respeito da razão que, na opinião de Dworkin, verdadeiramente embasa a necessidade de o autor da ação por difamação demonstrar que a inverdade foi dita ou propagada com “malícia efetiva”: a exigência moral de o Estado presumir que seus cidadãos são agentes autônomos e responsáveis. O uso de uma argumentação estritamente instrumental em *Sullivan* – ou em casos como *Smith v. Collin* (sobre a possibilidade de uma agremiação neonazista realizar uma passeata pró-supremacia branca em uma vizinhança, nos arredores de Chicago, onde viviam muitos sobreviventes do Holocausto),¹²⁵ *United States v. Stevens* (a respeito da proibição de vídeos contendo cenas de crueldade contra animais)¹²⁶ e *Citizens United v. Federal Election Commission* (em que a Corte decidiu que a lei não pode vedar nem restringir o financiamento de campanhas políticas por quaisquer corporações, incluindo empresas multinacionais, organizações sem fins lucrativos, sindicatos e outras associações)¹²⁷ – tem, ainda, o efeito prejudicial de fortalecer a ideia de que a justificativa constitutiva da liberdade de expressão é apenas marginal.¹²⁸

No mesmo sentido, a teoria de C. Edwin Baker sustenta uma leitura constitutiva da liberdade de expressão. Baker prega que a expressão consiste em parte vital da existência, já que é por meio dela que o sujeito de direitos se autoafirma. Os posicionamentos e as opiniões de uma pessoa, veiculados à sociedade por intermédio da expressão livre, são elementos que definem a identidade, permitindo que o sujeito enuncie seu verdadeiro eu, demarcando sua presença originária e tornando-se com isso parte genuína do mundo. A expressão precisa ser livre, pois consubstancia mais do que simplesmente um mecanismo de exibição solitária; ela traduz, na verdade, um dispositivo necessário de interação, indispensável à autonomia. O

¹²⁵ Cf. Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Smith v. Collin*, 439 U. S. 916.** Washington/DC, 1978.

¹²⁶ Cf. Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *United States v. Stevens*, 559 U. S. 460.** Washington/DC, 2010.

¹²⁷ Cf. Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U. S. 310.** Washington/DC, 2010.

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1996a, pp. 207-208.

indivíduo só se engaja autonomamente em relações intersubjetivas quando é verdadeiramente reconhecido como autônomo o suficiente para se autorrevelar *tal qual ele é*.¹²⁹

Se a identidade do sujeito é uma manifestação não só da sua autonomia, mas também da sua individualidade, então, como enunciou Jacques Derrida, a diferença que separa o “eu” e o “outro” é um hiato intransponível. A relação intersubjetiva comporta, assim, um vazio impreenchível, dada a impossibilidade de o “eu” colocar-se inteiramente no lugar do “outro”, de maneira a “dirigir-se ao outro na língua do outro”, sem se apropriar dessa língua.¹³⁰ Segundo Baker, a irredutibilidade da diferença entre o “eu” e o “outro” justifica a proteção da expressão, pois, de outro modo, não seria possível garantir que essa diferença e, por consequência, as identidades viessem verdadeiramente à tona. É sob a livre circulação de ideias, opiniões e pensamentos que o “eu” e o “outro” revelam suas identidades e diferenças, que a distância entre eles é assimilada e compreendida, e que alguma aproximação pode ser tentada, não como realidade acabada, mas como experiência necessária do impossível.¹³¹ Só assim, defende Dworkin, é possível manter uma cultura de independência na qual os sujeitos se autoafirmem conforme suas individualidades, na qual as pessoas tenham a oportunidade de viver segundo suas preferências genuínas, suas próprias ideias e crenças, uma cultura que, precisamente por ser de independência, promove e justifica a responsabilidade individual, e que viabiliza um ambiente de liberdade, autonomia, compromisso e consciência, de fomento ao florescimento de ideias e ao avanço do conhecimento e, ao mesmo tempo, de rejeição às ameaças de uma homogeneidade fabricada e imposta.¹³²

1.2.4 A liberdade de expressão assegura a legitimidade das escolhas coletivas

Na discussão sobre autogoverno, para além da defesa genérica de que a expressão livre viabiliza o governo de todos, sobressai o argumento de que a liberdade é requisito peremptório

¹²⁹ BAKER, C. Edwin. Autonomy and hate speech. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. **Extreme speech and democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 142-146. Ver também: BAKER, C. Edwin. **Human liberty and freedom of speech**. Oxford: Oxford University Press, 1989, pp. 38-56; BAKER, C. Edwin. Harm, liberty, and free speech. **Southern California Law Review**, N. 70, 1997, pp. 992-993.

¹³⁰ DERRIDA, Jacques. Force of law: the “mystical foundation of authority”. In: ROSENFELD, Michel; CORNELL, Drucilla; CARLSON, David Gray (eds.). **Deconstruction and the possibility of justice**. New York: Routledge, 1992, pp. 3-67.

¹³¹ Para a referência a Derrida, ver BAKER, C. Edwin. *Op. cit.*, 2011, p. 148.

¹³² Essa cultura está baseada naquilo que Dworkin denomina individualismo ético, um postulado baseado nos deveres morais de professar aquilo que se entende como verdadeiro e de negar aquilo que se entende como falso. Cf. DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1996a, pp. 244-250.

para a legitimação das escolhas coletivas. O ponto é talvez mais sensível, porque ele aumenta a gravidade das repercussões decorrentes da não liberdade: uma coisa é dizer que a expressão livre aprimora a democracia, outra muito diferente é sustentar que ela garante a legitimidade das decisões políticas.¹³³ Apesar de oriundo da razão básica de que a liberdade precisa existir para que o povo faça o governo (e não o inverso), o argumento da legitimidade, ao contrário da teoria de Meiklejohn, parte de um ponto de vista constitutivo, segundo o qual o Estado deve reconhecer seus cidadãos como sujeitos autônomos e responsáveis, porque essa é a única maneira substancial de validar as decisões coletivas. A perspectiva é igualmente defendida por Ronald Dworkin. Embora possamos inferi-la da argumentação que expusemos no tópico anterior, entendemos que o aspecto específico da legitimidade decisória merece ser destacado, haja vista seu impacto para a compreensão da relação entre direito e política.

Ancorado nas mesmas premissas com base nas quais é desenvolvida a ideia de que a liberdade viabiliza a autoafirmação da identidade e garante a preservação de uma cultura de independência, porém preocupado com as peculiaridades de um debate distinto – sobre a veiculação de discurso de ódio em processos de discussão e elaboração de leis –, Dworkin defende a expressão livre não como uma virtude em si mesma, mas como um expediente que, embora às vezes inconveniente e desagradável, mostra-se indispensável à justificação e à legitimação das escolhas coletivas. Segundo ele, a expressão ser livre é uma condição necessária à produção de legitimidade política, porque, no processo deliberativo, “uma decisão majoritária não será justa se não tiver sido garantida a todos a oportunidade de manifestar suas atitudes, opiniões, medos, gostos, pressuposições, preconceitos e ideais”.¹³⁴

Admitir que expressões as mais variadas sejam veiculadas na deliberação coletiva é o preço que se paga pelo espaço democrático de construção de decisões legítimas. Se alguém é cerceado em seu direito de vocalizar uma opinião, um posicionamento ou uma preferência, por mais falsa, chula, desrespeitosa ou ofensiva que ela seja, a decisão que resulta do debate, debate no qual não foi dada a esse alguém a oportunidade de efetivamente participar, não lhe poderá ser vinculante. Para Dworkin, “a maioria não tem o direito de impor sua vontade contra alguém que foi proibido de levantar a voz em protesto ou argumentar em objeção antes de a decisão ser

¹³³ WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012b, p. 173.

¹³⁴ DWORKIN, Ronald. Foreword. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (eds.). **Extreme speech and democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2011a, p. v. No original: “[A] majority decision is not fair unless everyone has had a fair opportunity to express his or her attitudes or opinions or fears or tastes or presuppositions or prejudices or ideals.”

tomada”.¹³⁵ O comando coletivo será legítimo, e poderá, legitimamente, obrigar a todos, somente se a todos for dada a chance de debatê-lo, tão livremente quanto possível.

A legitimidade importa, ao menos nesse sentido, por uma questão de justiça.¹³⁶ Propiciar a cada pessoa que tenha voz no processo deliberativo é atribuir a todas as pessoas o mesmo peso e o mesmo valor; isso implica reafirmar a ideia de que a liberdade de expressão tem uma função igualitária. E aqui está o cerne desse argumento – o aspecto que faz com que, no nosso sentir, seja necessário tratá-lo autonomamente –, que é o fato de ele se basear não apenas em uma perspectiva moral, ou em uma perspectiva moralista, por assim dizer, mas também em um olhar *da e para a política*.¹³⁷ Voltar-se para a política, no entanto, tem um preço, em especial quando o que se pretende é defender que as pessoas sejam livres para mentir e ofender, e isso porque um dos principais pressupostos do ambiente político democrático, lado a lado com a liberdade, é o pluralismo.

1.2.5 A liberdade de expressão catalisa o pluralismo social, político, artístico, cultural e étnico

Por fim, merece registro o argumento de que a liberdade de expressão enriquece o ambiente social, na medida em que fomenta o pluralismo.

Quando falamos em pluralismo político, a justificativa para proteger a expressão se aproxima muito dos argumentos do autogoverno e da legitimidade das escolhas coletivas. Mencionamos anteriormente que, em *Texas v. Johnson*, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que o ato de atear fogo à bandeira norte-americana, durante manifestação em oposição ao governo, está protegido pela liberdade de expressão. Segundo o juiz William Brennan, a bandeira é um símbolo que representa a liberdade e o pluralismo de ideias e visões; punir quem a profana, cerceando sua liberdade e limitando o pluralismo político, é mais desrespeitoso à sua simbologia do que o simples ato de queimar um pedaço de pano. “Não podemos imaginar resposta mais apropriada à queima de uma bandeira do que agitar a própria bandeira, nem maneira melhor de contrariar a mensagem das chamas do que saudar a bandeira que arde, nem meio mais seguro de preservar a dignidade do símbolo queimado do que enterrar

¹³⁵ *Ibid.*, p. vii. No original: “The majority has no right to impose its will on someone who is forbidden to raise a voice in protest or argument or objection before the decision is taken”.

¹³⁶ WALDRON, Jeremy. *Op. cit.*, 2012b, p. 177.

¹³⁷ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1996a, p. 183. Ver, ainda, WALDRON, *Op. cit.*, 2012b, p. 180.

respeitosamente suas cinzas.”¹³⁸ Lendo a argumentação do acórdão, percebe-se que a proteção à expressão política – à ação de queimar a bandeira em protesto – é justificada, no caso, tanto segundo as ideias de autogoverno e legitimidade quanto pela lógica do pluralismo político.

Quanto ao pluralismo social, artístico e cultural, o debate mais recente é farto de situações em que manifestações consideradas “ofensivas” foram postas em questão por grupos conservadores ou religiosos. Citemos alguns casos apreciados, nos últimos anos, pela justiça brasileira: suspensão da peça *Evangelho Segundo Jesus, Rainha do Céu*, que ocorreria em Jundiaí, no interior do Estado de São Paulo; declaração de inconstitucionalidade de lei do Estado do Rio de Janeiro que regulamentava apresentações artísticas em transportes públicos; proibição da venda, em feira de literatura realizada na cidade do Rio de Janeiro, de livros em quadrinhos contendo cena de um beijo entre dois homens; proibição de show de cantora gospel no Réveillon de Copacabana; ordem de retirada do *Especial de Natal Porta dos Fundos: a primeira tentação de Cristo* da programação da plataforma de *streaming* Netflix; suspensão das atividades do Museu da Diversidade Sexual, na cidade de São Paulo. Embora muito diferentes entre si, os contextos relatados evidenciam que a imposição de restrições à liberdade de expressão redonda frequentemente em prejuízo ao pluralismo artístico e cultural.¹³⁹

A perspectiva de que o pluralismo é um valor a ser perseguido pressupõe duas ideias, que são distintas e não necessariamente andam juntas. A primeira é que o pluralismo é em si algo positivo, pois proporciona às diferentes visões de mundo, inclusive quando divergentes, um refinamento que leva ao amadurecimento. Nesse sentido, um ambiente no qual concepções múltiplas e diversas coexistem é vantajoso a todas elas, uma vez que permite a cada concepção isoladamente considerada alcançar a melhor versão de si mesma, expondo-se à sua melhor luz. A segunda ideia é que o pluralismo é necessário, não em razão de propiciar um aprimoramento das visões coexistentes – embora tal hipótese não esteja descartada –, mas por conta da impossibilidade moral de se estabelecer uma concepção como prevalente ou prioritária em face das demais. Em não sendo moralmente possível justificar a preferência por uma visão de mundo

¹³⁸ Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Texas v. Johnson*, 491 U. S. 397**. Washington/DC, 1989, § 43, tradução nossa. No original: “We can imagine no more appropriate response to burning a flag than waving one’s own, no better way to counter a flag burner’s message than by saluting the flag that burns, no surer means of preserving the dignity even of the flag that burned than by – as one witness here did – according its remains a respectful burial.”

¹³⁹ OLIVEIRA, Bruna Silveira Martins de; CAMELO, Pedro Henrique Bicalho; ORLANDINI, Maiara Garcia. Quem pode ser Jesus?: reflexões sobre o cultural *backlash* brasileiro a partir de censuras a manifestações artísticas. **Rumores**, v. 16, n. 32, 2022, pp. 129-148.

em detrimento das outras, a única alternativa é possibilitar que as mais diversas visões convivam, o mais harmonicamente possível, em um “mercado de ideias” aberto e plurilateral.¹⁴⁰

O argumento é interessante, ainda, porque, ao mesmo tempo que serve como justificativa para a proteção jurídica da expressão, ele sinaliza a necessidade de determinadas expressões serem excluídas do campo protetivo. Isso quer dizer que, se a liberdade de expressão existe para promover o pluralismo, ela deve ser limitada nos casos em que a circulação do discurso transforma a esfera de debate público em um lugar menos plural.

Em outros trabalhos, já tivemos oportunidade de analisar a concepção de pluralismo que autores como Michel Rosenfeld utilizam para explicar a tensão entre democracia e constitucionalismo.¹⁴¹ Sabemos, ademais, que a discussão atual sobre liberdade de expressão envolve, em graus variados, exatamente o problema do pluralismo político, cultural, étnico, religioso etc. Questões tormentosas e instigantes como a regulação das notícias falsas (as chamadas *fake news*)¹⁴² ou do discurso de ódio (o chamado *hate speech*)¹⁴³ exigem dos estudiosos e operadores do direito, hoje mais do que nunca, uma atenção específica à liberdade de imprensa e ao uso da *Internet* em geral e das redes sociais em particular, além de um esforço, igualmente específico, no tratamento e na atualização de temáticas complexas como a verdade, a privacidade, a dignidade e, não à toa, o pluralismo.¹⁴⁴ O argumento é, sem dúvida, de especial importância.

De acordo com Rosenfeld, sob o constitucionalismo moderno, o direito deve abranger, proteger e plenipotencializar o maior número possível de projetos de vida, visões de mundo e concepções de bem e justiça. Todavia, ao mesmo tempo que pressupõe a abrangência da pluralidade, o pluralismo no constitucionalismo se apresenta ele próprio como uma concepção de bem e justiça. Ou seja, o pluralismo não apenas sinaliza a necessidade de coexistirem tantos projetos, visões e concepções quanto possível, mas também se firma como uma dessas

¹⁴⁰ POST, Robert. *Op. cit.*, 2009, pp. 182-183. No mesmo sentido, cf. ROSENFELD, Michel. **Law, justice, democracy, and the clash of cultures: a pluralist account**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 202-213.

¹⁴¹ Ver DILLY PATRUS, Rafael. *Op. cit.*, 2016a, pp. 169-178 e 237-245; DILLY PATRUS, Rafael. A internacionalização do direito, o Poder Legislativo e o problema democrático: soberania, constituição e pluralismo na era pós-nacional. In: MOREIRA, Bernardo Motta; BERNARDES JÚNIOR, José Alcione (orgs.). **A elaboração legislativa em perspectiva crítica**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, 2020, pp. 323-365.

¹⁴² Para o problema das *fake news*, ver, sobretudo, FARIA, José Eduardo (org.). **A liberdade de expressão e as novas mídias**. São Paulo: Perspectiva, 2020; ABBoud, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. **Fake news e regulação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021; FISH, Stanley. **The First: how to think about hate speech, campus speech, religious speech, fake news, post-truth, and Donald Trump**. New York: Atria, 2019.

¹⁴³ Para o problema do *hate speech*, ver, sobretudo, WALDRON, Jeremy. *Op. cit.*, 2012b; TRINDADE, Luiz Valério. **Discurso de ódio nas redes sociais**. São Paulo: Jandaíra, 2022.

¹⁴⁴ Para os desafios da liberdade de expressão na era digital, cf. BARROSO, Luna van Brussel. **Liberdade de expressão e democracia na era digital: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

concepções – uma concepção baseada na garantia e na plenipotencialização da pluralidade. Ao fazer isso, o pluralismo não pode ficar neutro. Ao contrário, ele surge na esfera social como uma concepção superior às demais. Muitos veem nisso um paradoxo, porque, embora o pluralismo não isole sua própria concepção como sendo a única capaz de alcançar a verdade, o bem e a justiça, permitindo (e, mais do que isso, assegurando e estimulando) que outras concepções, muitas vezes conflitantes, coexistam na arena pública, ele impõe sua própria visão como superior – visão essa que, por assumir a premissa de uma variedade autêntica de concepções, não admite a intolerância ou a exclusão. O pluralismo constitucional é *não monista e não relativista*, precisamente porque é *razoável e abrangente*.¹⁴⁵

A aparência paradoxal dessa perspectiva é superada por uma leitura dialética da concepção de justiça em que ela se baseia. “O pluralismo abrangente sustenta que o respeito é superior ao desrespeito e que nenhuma concepção de bem além do pluralismo em si é precipuamente superior a qualquer outra”;¹⁴⁶ nesse sentido, ele aspira não apenas à diversidade, mas também à tolerância, já que, “ao mesmo tempo que seriamente busca acomodar a diferença, recusa-se a tratar a singularidade irredutível como absoluta”.¹⁴⁷

Institucionalizar a ética pluralista reclama realizar duas tarefas. Inicialmente, todas as hierarquias, preconceções e preferências devem ser negativamente niveladas, de modo a situar as diversas concepções de bem e justiça como igualmente dignas de reconhecimento, consideração e proteção. Em seguida, impõe-se a providência de incluir e acomodar o maior número possível de concepções no espaço público, para que coexistam em harmonia e com sustentabilidade. Nesse segundo momento, uma concepção baseada na recusa ou na eliminação de outras concepções será inevitavelmente excluída, já que não alcança um mínimo de compatibilidade com o postulado do pluralismo. Já quanto a concepções não integralmente abertas à participação comunicativa da sociedade, mas contrárias à eliminação do “outro”, sua introjeção na arena pública dependerá de uma recolocação de seus próprios termos: preservada sua identidade, elas são admitidas, a partir da segunda tarefa, à luz das balizas constitutivas do pluralismo, de modo que suas ideias, manifestações e iniciativas fiquem

¹⁴⁵ ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject**: selfhood, citizenship, culture, and community. New York: Routledge, 2010, pp. 269-279.

¹⁴⁶ ROSENFELD, Michel. Habermas’s call for cosmopolitan constitutional patriotism in an age of global terror: a pluralist appraisal. *Constellations*, 14, n. 2, 2007, p. 175, tradução nossa. No original: “Comprehensive pluralism holds that tolerance is superior to intolerance, and that no conception of the good beyond pluralism itself is *prima facie* superior to any other”.

¹⁴⁷ ROSENFELD, Michel. Derrida’s ethical turn and America: looking back from the crossroads of global terrorism and the Enlightenment. *Cardozo Law School Review*, 27, n. 2, 2005, p. 839, tradução nossa. No original: “The advantage of a pluralist ethics is that whereas it seriously aims to accommodate difference, it refuses to treat irreducible singularity as an absolute (...)”.

restritas à esfera privada dos indivíduos que as professam, sem que tal restrição implique um esvaziamento do potencial argumentativo de tais concepções no debate social.¹⁴⁸

Em outras palavras, a institucionalização do pluralismo ocorre em dois momentos: um negativo, e outro positivo. No momento negativo, eliminam-se as barreiras, as amarras e os obstáculos à inserção das concepções de justiça no espaço público. Isso acontece, como afirmamos, porque a perspectiva pluralista prima pela abrangência do maior número possível de projetos, posições, visões, convicções, preferências, ideias, discursos etc. Tal qual dissemos, o pluralismo é um valor a ser perseguido, tanto porque se presume que a variedade proporciona um refinamento das unidades, possibilitando que elas sejam relidas à sua melhor luz, quanto em virtude da impossibilidade de se estabelecer *a priori* determinada visão ou concepção como superior às demais. A única concepção que se fixa, de antemão, como superior a todas as outras é, paradoxalmente, a que indica a impossibilidade de qualquer superioridade: a concepção pluralista.¹⁴⁹

Não basta, no entanto, que a institucionalização do pluralismo promova a incorporação nivelada de todos os discursos, pois, se todas as possíveis concepções fossem abrangidas, a própria diversidade cairia por terra. Para evitar a autodestruição, o pluralismo deve, portanto, complementar seu momento negativo com um positivo, no qual concepções baseadas em destruição ou exclusão – contrárias, assim, à edificação pluralista – são excluídas da arena pública, podendo ser readmitidas, se cumpridas determinadas condições. As concepções readmitidas, porém, não poderão ocupar a mesma posição que tinham antes de sua expulsão. Um bom exemplo é o discurso religioso: “As religiões só são readmitidas com a condição de que não representem ameaça a outras religiões ou a concepções não religiosas de justiça. Uma maneira plausível de se efetivar isso é, ao invés de admitir tais religiões no debate público, relegá-las à esfera privada.”¹⁵⁰

Segundo esclarece Rosenfeld, a lógica que informa a implantação do pluralismo abrangente como concepção superior de justiça é idêntica à dinâmica de formação da identidade do sujeito constitucional. O discurso da Constituição articula uma identidade complexa e multifacetada, que se relaciona com a tradição e com as demais identidades – nacionais, culturais, étnicas etc – a partir de um processo de assimilação contínua, às vezes baseado em

¹⁴⁸ ROSENFELD, Michel. *Op. cit.*, 2011, pp. 68-91. Cf. também DILLY PATRUS, Rafael. *Op. cit.*, 2016a, pp. 176-178.

¹⁴⁹ ROSENFELD, Michel. **Just interpretations**. Berkeley: University of California Press, 1998, p. 71.

¹⁵⁰ ROSENFELD, Michel. *Op. cit.*, 2010, pp. 47-48, tradução nossa. No original: “For example, religions are only readmitted on the condition that they pose no threat to other religions or to nonreligious conceptions of the good. And one plausible way of accomplishing this would be by relegating readmitted religions to the private sphere.”

negação, outras vezes em reconstrução. Por trás desse discurso deve haver uma narrativa que dê conta de conectar a institucionalidade constitucional aos princípios que conferem sentido às práticas sociais e políticas. O constitucionalismo depende do pluralismo e pode ser compreendido, em última instância, como o meio necessário à realização da ética pluralista.¹⁵¹

Quando usado para explicar a liberdade de expressão, o argumento do pluralismo ajuda a mostrar que a circulação desimpedida de ideias e opiniões não apenas promove a democracia, mas também a transforma. Questões como a regulação de discursos de ódio, o financiamento privado de campanhas eleitorais e o patrocínio de atividades artísticas e culturais por parte do Estado precisam ser debatidas, não no sentido de uma imposição de restrições à liberdade de expressão, mas segundo o prisma de que, para afirmar a liberdade, é preciso preservar e promover o caráter plural do debate público.¹⁵²

1.3 Qual liberdade de expressão?

A liberdade de expressão é fundamental para a edificação do projeto de Estado Democrático de Direito. Livres para expressarem seu pensamento em público, as pessoas se posicionam com autonomia e autenticidade perante o coletivo e, a partir disso, se colocam em condições reais de influenciar a deliberação pública. Isso estabelece o autogoverno, garantindo a legitimidade das escolhas coletivas. Ademais, o encontro de perspectivas e visões múltiplas e conflitantes, em um ambiente não apenas inclusivo, mas plurilateral e abrangente, favorece a identificação da verdade, incentiva a produção e a propagação do conhecimento e reduz a ameaça da tirania.

Existem razões contundentes para a proteção especial que o direito reserva à expressão humana. Mas nem toda expressão pode ser livre. Na democracia, a liberdade de expressão tem sempre uma medida. Até mesmo em sistemas nos quais a expressão goza de uma margem mais ampla de circulação, como nos Estados Unidos, existem exemplos diversos de expressões não abarcadas pela tutela da liberdade. Como vimos, expressões que incitem ou produzam “ação

¹⁵¹ *Ibid.*, pp. 47 e 288.

¹⁵² FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão**: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: FGV, 2022, pp 9-24. No prefácio à 1ª edição de sua tradução do livro de Owen Fiss, em 2005, Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto escrevem o seguinte: “(...) a maior parte dos recursos destinados ao financiamento de atividades artísticas e culturais em geral parte, direta ou indiretamente, do Estado e suas empresas. Qual o efeito dessas alocações o equilíbrio, a abertura e o pluralismo do *mercado de ideias* do país? Quais os critérios que devem presidir a concessão de subsídios pelo poder público, de forma a promover a robustez do debate público?” (p. 20).

ilegal iminente” não são livres. Apesar de esses conceitos serem fluidos, eles deixam claro que, mesmo segundo um viés liberal, muitas expressões são vedadas pelo direito.

O mais importante, na verdade, não é estabelecer que existem expressões não protegidas pela liberdade. O que importa é entender *como* e *com base em quê* determinadas expressões são excluídas do campo de proteção do direito. O “como” diz respeito à compreensão do suporte fático dos direitos fundamentais – logo, é um problema de hermenêutica constitucional. O “com base em quê”, por sua vez, tem que ver com a identificação de direitos, interesses e diretrizes que, por merecerem ser concretamente protegidos, fazem com que a liberdade de expressão não incida em determinadas situações – é um problema, portanto, de dogmática constitucional.¹⁵³

1.3.1 O suporte fático dos direitos fundamentais

1.3.1.1 Virgílio Afonso da Silva e o suporte fático amplo

Na interpretação e aplicação da norma que institui a liberdade de expressão, a exclusão de uma expressão do âmbito protetivo da liberdade representa um limite imanente ou uma restrição posterior ao direito fundamental?

No nosso entender, nem uma coisa, nem outra.

Contra a tese do suporte fático amplo dos direitos fundamentais, de Virgílio Afonso da Silva, defendemos que a liberdade de expressão é uma norma cujo conteúdo apenas se revela a partir da construção de uma decisão para um problema concreto, e que o intérprete, ao lançar seu juízo de aplicação, não pode nem excluir, de antemão, condutas do âmbito de proteção do direito, nem, tampouco, impor a tal direito restrições decorrentes de um sopesamento de princípios. Escolhemos analisar a tese de Afonso da Silva, porque entendemos ser a defesa mais

¹⁵³ Ambos os problemas são pertinentes à Teoria da Constituição, entendida como “teoria crítico-reflexiva da Constituição”. Segundo esse ponto de vista, nem a hermenêutica constitucional é de alcance universal, pois os pressupostos da interpretação dependem da maneira como o direito é compreendido e aplicado, nem a dogmática constitucional é de interesse local, porque a ideia de uma Constituição democrática é fruto de um aprendizado de longo prazo com a política e o direito que, embora densificado de maneira distinta por cada sistema jurídico, não se restringe às fronteiras de um ou outro Estado. Sobre isso, ver CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, 2014, p. 23.

completa e sofisticada da necessidade de ponderação de princípios na aplicação dos direitos fundamentais.¹⁵⁴

O suporte fático de uma norma é a ocorrência fática à qual o direito imputa determinada consequência, é o fato ou ato sobre o qual se estabelece a previsão normativa.¹⁵⁵ No que toca aos direitos fundamentais, a definição do suporte fático é tarefa de enorme importância, tanto teórica quanto prática, pois importa em estabelecer quais condutas humanas estão protegidas, ou seja, fixar “os elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental”.¹⁵⁶

Ao explicar esse conceito, Virgílio Afonso da Silva escreve, inicialmente, que o suporte fático pode ser abstrato ou concreto. Suporte abstrato é o conjunto de situações que a norma, em abstrato, contempla. Já suporte concreto é a “ocorrência concreta, no mundo da vida, dos fatos ou atos que a norma jurídica, em abstrato, juridicizou”. Para Afonso da Silva, na teoria dos direitos fundamentais, tem importância sobretudo o suporte abstrato, já que “a verificação da ocorrência do suporte fático em sentido concreto dependerá (...) da sua configuração em abstrato”.¹⁵⁷ Assim, embora mencione o suporte concreto e o reconheça como categoria analítica, Silva menospreza sua relevância e, por consequência, dedica-se quase exclusivamente ao suporte abstrato. Veremos mais adiante que é exatamente esse o principal defeito da teoria – um vício que, na sua essência, revela uma deficiência de ordem hermenêutica.

Prosseguindo, Afonso da Silva destaca a distinção que, na sua visão, é a mais central: suporte fático restrito e suporte fático amplo. O suporte fático será restrito quando um conjunto de condutas for antecipadamente excluído do âmbito de proteção da norma que garante o direito fundamental. As teorias que advogam um suporte restrito buscam atribuir um conteúdo essencial ao direito fundamental e, por consequência, rejeitam tanto a possibilidade de restrições posteriores quanto a noção de uma colisão ou de um sopesamento entre direitos fundamentais.¹⁵⁸

A ideia de sopesamento, conforme elaborada por Robert Alexy, supõe que uma colisão entre princípios seja equacionada a partir de uma relação de precedências condicionadas. Princípios seriam, para Alexy, “mandamentos de otimização, que são caracterizados por

¹⁵⁴ Para uma atualização do debate sobre ponderação de princípios na teoria dos direitos fundamentais, cf., por todos, CAMPOS, Ricardo. **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 4.

¹⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 68 e 74.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 68.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 82.

poderem ser satisfeitos em graus variados”, em oposição às regras, “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”.¹⁵⁹ Nessa linha de ideias, uma colisão entre regras é resolvida mediante o reconhecimento de qual regra é aplicável ao caso, com o afastamento da outra, mas uma colisão entre princípios permite uma dosagem normativa, de modo que, observada determinada condição, seja instituída uma regra de preferência de um princípio frente ao outro, sem que nenhum deles tenha seu conteúdo essencial comprometido. De acordo com Alexy, o sopesamento não abre espaço para o decisionismo ou o subjetivismo de juízes, desde que se adote um “modelo fundamentado”, isto é, desde que o enunciado de preferência condicionada de um princípio seja motivado racionalmente.¹⁶⁰

Silva aponta que, sobretudo na tentativa de negar o sopesamento, teorias que defendem um suporte fático restrito buscam excluir, de antemão, determinadas condutas do campo de proteção da norma que institui o direito fundamental. Isso pode ser feito de diversas maneiras: interpretando a norma que garante o direito com base em uma análise da conjuntura histórica de sua criação, de modo a sustentar que essa ou aquela situação não estão abarcadas pelo âmbito normativo; pregando a delimitação do que pertence ao âmbito normativo, por meio da exclusão de toda ação que, podendo ser substituída por outra, não seja necessária ao exercício do direito fundamental;¹⁶¹ ou definindo um número reduzido de liberdades fundamentais prioritárias, que teriam caráter absoluto face a outros direitos, e, desse modo, excluindo determinadas variáveis de seu suporte fático.^{162 163}

Pensemos no famoso exemplo utilizado por Oliver Wendell Holmes em *Schenck v. United States*. Segundo Holmes, o ato de enganosamente gritar “fogo!” em um teatro lotado constituiria uma hipótese clara de expressão não incluída no suporte fático da liberdade. O argumento foi empregado para embasar a tese do “perigo claro e iminente”, pois, na linha assumida pela Corte, “a questão em cada caso é se as palavras usadas foram usadas de tal maneira e com tal natureza a ponto de criar um perigo claro e iminente”. Apesar de a conclusão não despertar discussões – todos parecem concordar que ninguém é livre para gritar falsamente “fogo!” em um estabelecimento lotado –, o que parece estar por trás da hipótese levantada é a

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 90-91.

¹⁶⁰ *Ibid.*, pp. 164-165.

¹⁶¹ Cf. MÜLLER, Friedrich. **Die Positivität der Grundrechte**: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik. Berlin: Duncker & Humblot, 1990.

¹⁶² Cf. RAWLS, John. **Political liberalism**. New York: Columbia University Press, 2005, pp. 289-371.

¹⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, 2010, pp. 83-92.

premissa de que alguns discursos estão *a priori* excluídos do campo protetivo da liberdade de expressão.¹⁶⁴

De acordo com Afonso da Silva, o principal problema de teorias de suporte fático restrito é a facilidade com que permitem reduzir o âmbito protetivo do direito fundamental. É frequente que, procurando sustentar que determinados comportamentos não são protegidos pelo direito, sejam mencionados casos hipotéticos absurdos. Como questiona José Carlos Vieira de Andrade, “terá sentido invocar a liberdade religiosa para efetuar sacrifícios humanos (...), ou a liberdade artística para legitimar a morte de um ator no palco, para pintar no meio da rua, ou para furtar o material necessário à execução de uma obra de arte?”.¹⁶⁵ Perguntas desse tipo, esposadas na mesmíssima linha do exemplo fictício relatado por Holmes, almejam reforçar a obviedade de que nenhum direito fundamental é completamente absoluto, de que as pessoas não são livres para matar, roubar ou cometer quaisquer crimes. É inusitado, de fato, que tantos estudiosos se utilizem de indagações dessa natureza para embasar sua rejeição à ideia do sopesamento de princípios. Na verdade, hipóteses aberrantes sinalizam tão somente casos muito fáceis de fundamentação da prevalência de outro direito ou interesse sobre a liberdade. Se essa é a justificativa de que se equipam os defensores do suporte fático restrito, então Virgílio Afonso da Silva tem razão quando afirma que “um modelo que se baseia na redução *a priori* do âmbito de proteção dos direitos fundamentais (...) tende a significar também uma garantia menos eficaz desses direitos nas atividades legislativa e jurisdicional, por excluir da exigência de fundamentação uma série de atos que inegavelmente restringem direitos”.¹⁶⁶ De fato, soa estranha a suposição de que determinado ato esteja previamente excluído do âmbito de proteção de um direito fundamental – como se essa exclusão fosse autoevidente e, assim, dispensasse qualquer explicação –, quando o que se tem, a sério, é uma situação na qual a exclusão desse ato da esfera protetiva da norma é facilmente fundamentada. A possibilidade de excluir de antemão condutas do âmbito de um direito é inócua em alguns casos – nos tais casos fáceis – e perigosa em outros – em casos não fáceis nos quais, a despeito de haver algum desentendimento sobre o conteúdo da norma, a exclusão *a priori* é utilizada como manobra para escapar à necessidade de argumentar.

¹⁶⁴ Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Schenck v. United States*, 249 U. S. 47.** Washington/DC, 1919, § 5, tradução nossa. Excerto retirado do seguinte trecho no original: “The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent.”

¹⁶⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.** Coimbra: Almedina, 2019, pp. 294-295. As indagações são mencionadas também em SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, 2010, p. 81.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 125.

Ao contrário, Afonso da Silva defende que os direitos fundamentais sejam pensados com base em suportes fáticos amplos. Isso porque, segundo ele afirma, sob a lógica do suporte amplo, “ao invés de um foco no momento da definição daquilo que é protegido e daquilo que caracteriza uma intervenção estatal, há uma concentração da argumentação no *momento da fundamentação da intervenção*”. Uma mudança simples que tem, contudo, “consequências decisivas não apenas em toda a dogmática dos direitos fundamentais, mas também na atividade jurisdicional preocupada com a proteção desses direitos”.¹⁶⁷ A principal característica das teorias de suporte fático amplo é a premissa de que, em um primeiro estágio, toda ação ou situação que contenha algum elemento que, considerado de modo isolado, possibilite seja ela incluída no âmbito de determinada norma de direito fundamental deve ser considerada protegida por tal direito. A pergunta sobre se essa ou aquela conduta está verdadeiramente abarcada pelo campo protetivo do direito é respondida posteriormente, em um segundo estágio, quando o direito fundamental é relido à luz da conjuntura fática e eventualmente submetido a um sopesamento. O efeito mais importante dessa opção interpretativa é a exigência de fundamentar a exclusão de qualquer conduta do suporte fático do direito fundamental, exigência que amplia o conceito de intervenção estatal, obrigando que o intérprete explique, sempre de modo fundamentado, se a intervenção resulta em uma violação inconstitucional ou uma restrição constitucionalmente aceita. Tal método importaria em um suposto alargamento da esfera de proteção do direito.¹⁶⁸

Com relação à ampliação do conceito de intervenção, Afonso da Silva recupera, em tom crítico, a teoria de Laurence Tribe sobre os dois caminhos da liberdade de expressão. Para Tribe e, de certo modo, também para a Suprema Corte dos Estados Unidos, a liberdade de expressão é limitada de duas formas: (i) quando o Estado estabelece uma punição ou um controle sobre a expressão de ideias ou pensamentos, caso a que se dá o nome de restrição; ou (ii) quando o Estado limita o meio de circulação de ideias ou pensamentos, intervindo não em seu conteúdo, mas em “questões não comunicativas”, hipótese denominada de regulação. Quando o ato estatal proíbe a publicação de conteúdo ofensivo à dignidade das pessoas, ou impede que se veiculem críticas contra agentes públicos, estamos diante de uma restrição, situação que, na interpretação que Tribe sustenta para a Primeira Emenda à Constituição norte-americana, é sempre inconstitucional. Quando, por outro lado, o ato do Estado atinge não o teor do discurso, mas algum elemento não comunicativo, a exemplo da vedação de usar alto-falantes em locais próximos a hospitais, fala-se em regulação, intervenção cuja constitucionalidade depende,

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 94.

¹⁶⁸ *Ibid.*, pp. 109 e 111.

segundo Tribe, de um sopesamento entre a liberdade de expressão e o outro direito ou interesse envolvido (no exemplo citado, a saúde e o bem-estar dos enfermos).¹⁶⁹

Embora reconheça sua utilidade prática, Silva contesta essa separação, argumentando, primeiro, que a classificação de uma intervenção depende de interpretação e fundamentação – fato, todavia, a que Tribe não opõe discordância – e, segundo, que, em virtude do caráter interpretativo de tais categorias, o enquadramento de uma intervenção como restritiva ou regulatória nem sempre produz o resultado indicado pela teoria, já que tanto uma intervenção na maneira como a liberdade é exercida pode implicar uma grave restrição ao seu conteúdo, quanto uma intervenção em seu conteúdo, a depender do caso, pode ser constitucionalmente aceita.¹⁷⁰ Neste ponto, a tese de Afonso da Silva é, segundo nos parece, muito feliz, e não porque concordamos com a ideia de que, em sendo os direitos fundamentais restringíveis, toda regulamentação implica uma restrição. O argumento contra Laurence Tribe é bom, porque ele lança luzes sobre o fato de que o suporte fático de um direito fundamental – se dada ação é ou não protegida por ele, se dado ato estatal implica ou não violação a ele – só é realmente aferido na aplicação, ou seja, face a um caso concreto. O problema desse argumento, no entanto, é que ele também faz ruir a tese central do suporte fático amplo.

A defesa do suporte amplo, como explicamos, parte do pressuposto de que, se considerarmos que qualquer ação ou situação minimamente conectada ao âmbito de uma norma que institui um direito fundamental está, em um primeiro momento, protegida, a imposição posterior de restrições a tal direito dependerá, invariavelmente, de sopesamento e fundamentação – conjuntura que, no entender da teoria, amplia o grau de proteção do direito. Ao contrário, teorias de suporte fático restrito excluem de antemão determinadas condutas do campo protetivo do direito fundamental, sem necessariamente fundamentar tal exclusão. Para justificar que há um vício na ideia do suporte restrito, bem como sustentar a necessidade de se assumir o suporte amplo, Afonso da Silva cita exemplos de casos, muitos deles retirados da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que determinada ação foi, sem a devida fundamentação, previamente excluída do âmbito de cobertura de um direito, em prejuízo do grau de proteção da norma.

Diante disso, levantamos duas questões.

Primeiro, há um problema na concepção de que a compreensão de uma norma se dá em dois tempos. Quando Afonso da Silva divide a teoria dos direitos fundamentais em duas correntes, uma de suporte fático amplo e outra de suporte fático restrito, ele parece pressupor

¹⁶⁹ TRIBE, Laurence. **American constitutional law**. Mineola: Foundation Press, 2000, pp. 580-588.

¹⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, 2010, pp. 100-108.

que uma norma que institui um direito fundamental é sempre interpretada em dois passos temporalmente separados: um anterior à aplicação, em que o suporte fático da norma é concebido, seja por meio da inclusão (se o suporte for amplo) ou da exclusão (se o suporte for restrito) de ações e situações do campo de proteção do direito; e outro na aplicação, quando então se verifica, a partir de uma ponderação de princípios (se o suporte for amplo) ou da subsunção da norma ao caso (se o suporte for restrito), se a ação ou situação examinada está ou não inserida no âmbito protetivo. A ideia de uma interpretação cindida, entretanto, é incompatível com as bases da hermenêutica contemporânea: segundo vimos, a atividade interpretativa acontece em um só momento – ela ocorre *de uma vez* –, pois não é possível aplicar sem compreender, nem, tampouco, compreender sem ter alguma aplicação em vista.¹⁷¹

Segundo, é igualmente problemática a hipótese de que o juiz possa sopesar direitos e, a partir daí, estabelecer, ainda que mediante fundamentação racional, uma regra de precedência condicionada. A função da justiça não é fazer escolhas perante um quadro de alternativas normativas, mesmo que tais escolhas sejam motivadas; o que cumpre ao juiz na democracia é, garantindo a participação e a influência das partes na construção da norma-decisão e promovendo o aproveitamento do desempenho processual, ler o conflito concreto à sua melhor luz e encontrar a única solução correta, fundamentando-a com base no direito. A ponderação de princípios é incompatível com a jurisdição democrática, porque ela implica, com ou sem motivação racional, tanto a atribuição de pesos variados aos princípios em colisão quanto o equacionamento do conflito segundo a máxima da proporcionalidade – possibilidades que só existem em um juízo de justificação do direito, isto é, na tarefa de estabelecer, em uma colisão normativa, a validade de cada norma colidente, sem que as duas possam ser simultaneamente generalizadas.¹⁷² Ademais, a ponderação acaba por fortalecer o problema que deseja dirimir, sempre que o sopesamento dos princípios em conflito ocorre segundo uma escala de medidas não explicitada nem fundamentada por completo; é corrente, aliás, que a carga valorativa atribuída aos direitos e interesses em exame se baseie em uma série de supostos e intuições que o intérprete toma como óbvias – em especial quando a priorização de um princípio é explicada

¹⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, 2010, pp. 288 e 407. Ver também FERNANDES, Bernardo Gonçalves A. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2022, pp. 170-173.

¹⁷² Trata-se da crítica que Jürgen Habermas fez à teoria do sopesamento de Robert Alexy, crítica essa apoiada na classificação de Klaus Günther, que diferencia discursos de justificação de discursos de aplicação. Ver HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, 1992, pp. 281-289 e 332-334; GÜNTHER, Klaus. **Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1988. Para uma crítica à crítica, ver BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre a justificação e a aplicação das normas jurídicas: análise das críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy. **Revista de Informação Legislativa**, ano 43, n. 171, 2006, pp. 81-90.

de acordo com aquilo que se entende por “razoável” ou “proporcional”.¹⁷³ O raciocínio pode até ser útil para a justificação política de regras que regulamentem determinado direito fundamental, mas dificilmente passará imune de problemas no campo da aplicação do direito.

Um dos exemplos utilizados por Virgílio Afonso da Silva pode nos ajudar a compreender esses óbices. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2566, ajuizada pelo Partido Liberal em 2001, foi contestada a constitucionalidade do § 1º do art. 4º da Lei nº 9.612, de 1998, que proibia o proselitismo na programação das emissoras de radiodifusão comunitária, ao argumento de que tal proibição fere a liberdade de imprensa.¹⁷⁴ Em sua manifestação, a Advocacia-Geral da União sustentou que atos de proselitismo não equivalem à livre expressão do pensamento, porque “a atividade que se volta a converter pessoas não apenas manifesta, mas transforma, modifica, altera valores”. Segundo Afonso da Silva, a interpretação da AGU compreende a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa a partir de um suporte fático restrito, uma vez que exclui *a priori* o proselitismo da esfera de condutas protegidas por tais direitos fundamentais, e faz isso de maneira deficiente, já que não apresenta qualquer argumento que fundamente a afirmação de que tentativas de transformar ou convencer por meio da palavra não estão protegidas pelas referidas liberdades. “A suposição de que a liberdade de expressão protegida”, assevera Silva, “é apenas aquela isenta, objetiva, imparcial é, no mínimo, ingênua para servir de razão para excluir o proselitismo, em qualquer de suas manifestações, do âmbito de proteção dessa liberdade”.

Para Afonso da Silva, a interpretação do caso, no julgamento da ADI nº 2566, deveria ter acontecido da seguinte maneira: (i) considerar o proselitismo como uma ação protegida *prima facie* pelas liberdades de expressão e de imprensa; (ii) conceber a proibição de se fazer proselitismo na programação das emissoras de radiodifusão comunitária como uma intervenção, não necessariamente inconstitucional, no âmbito de proteção do direito fundamental; e (iii) analisar os princípios em colisão, para aferir se a intervenção é constitucionalmente aceitável.¹⁷⁵

Não discordamos do diagnóstico de que a AGU falhou em sua tentativa de defender a constitucionalidade do dispositivo legal objeto de controle. A deficiência argumentativa identificada na manifestação do órgão parece, de fato, existir. Todavia, não compreendemos de

¹⁷³ Para uma crítica à obscuridade da ponderação, ver ALEIKINOFF, T. Alexander. Constitutional law in the age of balancing. *Yale Law Journal*, v. 96, n. 5, 1987, pp. 943-1005.

¹⁷⁴ Em maio de 2018, o STF julgou procedente o pedido na ADI, reconhecendo a inconstitucionalidade da mencionada proibição. Cf. Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2566**. Brasília, 16 de maio de 2018.

¹⁷⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, 2010, pp. 114-116 e 118-119.

que modo, na visão de Virgílio Afonso da Silva, a observância de um passo a passo interpretativo importaria em assegurar uma argumentação mais densa. O que impediria, falando em tese, que, ao examinar o caso conforme a lógica do suporte fático amplo, a Advocacia-Geral da União concluísse, sopesando os princípios em colisão, que a proteção da laicidade do Estado e da isenção ideológica e político-partidária na programação das rádios comunitárias tem precedência frente à liberdade de expressão, porque tentar transformar ou convencer não implica transmitir qualquer mensagem nem manifestar qualquer pensamento?

O argumento apresentado pela AGU é ruim, mas não em virtude de supor um suporte fático restrito dos direitos fundamentais. O argumento é pouco convincente, na realidade, porque carece de integridade: ele não concebe adequadamente as circunstâncias da controvérsia, não se empenha em reconstruir a história institucional do direito, nem, tampouco, considera as possíveis implicações de seu uso em outros casos, passados ou futuros. Isso tudo enfraquece a leitura de que, à luz da Constituição, o proselitismo não está protegido pela liberdade de expressão. Porém, essa fraqueza argumentativa não será resolvida pela utilização de um método decisório pré-fixado; ao contrário, definir uma fórmula para a construção da norma-decisão não só não garante que as deficiências apontadas sejam resolvidas, como pode sombrear a má qualidade da fundamentação, permitindo que ela se esconda atrás do cumprimento formal de um protocolo interpretativo.

Em outras palavras, o método da ponderação de direitos não garante nem uma argumentação substancial nem um resultado seguro e hígido. Para reforçar esse ponto, lembremos um outro caso emblemático. Em setembro de 2003, o Supremo Tribunal Federal julgou o *Habeas Corpus* nº 82424, conhecido como “caso Ellwanger”, ocasião em que precisou decidir se a publicação de livros com teor antissemita equivalia à prática de racismo, crime previsto como inafiançável e imprescritível no inciso XLII do art. 5º da Constituição brasileira. Quisessem ter resolvido a controvérsia de maneira direta e objetiva, os ministros deveriam ter se limitado a analisar se expressões contra a dignidade e a honra de judeus constituem racismo – tarefa nem simples nem fácil, já que, para chegar a alguma resposta, é preciso estabilizar uma série de pressupostos e entendimentos sobre a liberdade, a igualdade, o Estado de Direito e a democracia.¹⁷⁶ Contudo, talvez pela sensibilidade das temáticas de fundo, o julgamento caminhou no sentido de um debate abstrato, mais centrado em uma delimitação genérica da liberdade de expressão face a discursos de ódio e menos preocupado em responder à pergunta a respeito da imprescritibilidade do crime – e, vejam, o que de fato importava era que, caso o

¹⁷⁶ OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 34.

Supremo considerasse que negar a ocorrência do Holocausto e incitar o ódio contra o povo judeu não é racismo, ainda que se concluísse tratar de conduta criminosa, a pretensão punitiva estaria prescrita.^{177 178}

Embora a decisão pudesse ter sido mais clara, ela foi muito importante. O STF estabeleceu que os livros que o editor gaúcho Siegfried Ellwanger havia escrito e publicado, que qualificavam o genocídio cometido pela Alemanha Nazista contra judeus nos anos 1930 e 1940 como uma mentira, tinham conteúdo racista, e que, portanto, o crime por ele cometido era inafiançável e imprescritível. Além disso, o Supremo disse, com todas as letras, que a liberdade de expressão não protege o discurso de ódio, ou seja, que, no direito brasileiro, discursos que afrontem a dignidade de um grupo de pessoas em razão da cor de sua pele ou de sua ascendência histórica, religiosa ou étnica não são livres. Essa premissa está evidente em diversas passagens do acórdão, como, por exemplo, em “um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas”,¹⁷⁹ “publicações (...) que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, (...) não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento”,¹⁸⁰ “não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, em uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana”¹⁸¹ e “a liberdade de expressão não pode amparar comportamentos delituosos que tenham, na manifestação do pensamento, um de seus meios de exteriorização”.¹⁸² Por conta dessa abrangência, o precedente é até hoje tratado pela doutrina constitucional e pelo próprio Supremo como um julgamento histórico.¹⁸³

Entretanto, além de estabelecer essa orientação abstrata sobre o significado da liberdade de expressão na Constituição de 1988, o Supremo estabilizou, ainda, o método da ponderação de princípios como o modo adequado de solucionar o chamado choque entre direitos fundamentais. Isso causou alguns problemas.

¹⁷⁷ Talvez encontremos alguma assertividade no voto do ministro Nelson Jobim, que começa sua fundamentação dizendo o seguinte: “A raiz da controvérsia está em reconhecer-se ou não a condição de imprescritibilidade para o delito de discriminação contra judeus”. Ver em Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Habeas Corpus nº 82424**. Brasília, 17 de setembro de 2003, p. 731.

¹⁷⁸ A falta de objetividade do tribunal, por outro lado, é reconhecida pelo ministro Sepúlveda Pertence, para quem muitos dos votos proferidos “são verdadeiras denegações de um *habeas corpus* que ainda não foi impetrado”. Ver em Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Habeas Corpus nº 82424**. Brasília, 17 de setembro de 2003, p. 773.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 584.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 628.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 657.

¹⁸² *Ibid.*, p. 931.

¹⁸³ OMMATI, José Emílio Medauar. *Op. cit.*, 2019, p. 22. Cf., ainda, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; STRECK, Lenio Luiz. Pode-se, em nome da democracia, propor a sua extinção? **Consultor Jurídico**, 22 de junho de 2020.

Em primeiro lugar, a naturalidade com que os ministros enxergaram a colisão de direitos como uma realidade hermenêutica na aplicação do direito acabou por fortalecer a premissa, que reputamos equivocada, de que um juiz pode interpretar um direito fundamental raciocinando com base em um suporte fático amplo. Esse pressuposto, que nenhum dos ministros problematiza, atravessa praticamente todos os votos. O ministro Maurício Corrêa, que figura como relator para o acórdão, até reconhece que “a aparente colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional”,¹⁸⁴ mas, embora vote por denegar o *habeas corpus*, segue argumentando, em partes ulteriores de seu pronunciamento, como se a colisão não apenas existisse, mas fosse algo a ser resolvido pelo Poder Judiciário. Os demais integrantes do colegiado, por sua vez, encararam o choque entre princípios constitucionais como uma categoria inquestionável. O ministro Celso de Mello afirma que “o exercício concreto da liberdade de expressão pode fazer instaurar situações de tensão dialética entre valores essenciais, igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional, dando causa ao surgimento de verdadeiro estado de colisão de direitos”, e que esse dito “confronto de liberdades revestidas de idêntica estatura jurídica” só é solucionável a partir de um cálculo que confira “primazia a uma das prerrogativas básicas, em relação de antagonismo com determinado interesse fundado em cláusula inscrita na própria Constituição.”¹⁸⁵ A seu turno, o ministro Gilmar Mendes argumenta pela necessidade de se mobilizar o princípio da proporcionalidade – técnica que, segundo ele, “alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais” –, sustentando que ele representa “um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que (...) é resolvido (...) pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos.”¹⁸⁶ O ministro Marco Aurélio reafirma a aplicabilidade dessa ideia, escrevendo que “a aplicação do princípio da proporcionalidade surge como o mecanismo eficaz a realizar a ponderação exigida no caso concreto, devido à semelhança de hierarquia dos valores em jogo: de um lado, a alegada proteção à dignidade do povo judeu; de outro, a garantia da manifestação do pensamento.”¹⁸⁷ Esse encontro de perspectivas contribuiu para o robustecimento de uma forma deficiente e defeituosa de pensar a interpretação constitucional.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Habeas Corpus nº 82424**. Brasília, 17 de setembro de 2003, p. 584.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 630.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 658.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 895.

¹⁸⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Uma crítica à ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: o HC n. 82.424-2. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de;

Em acréscimo, a utilização da ponderação como método explícito de decisão levou, em dois votos específicos, a resultados diametralmente opostos. Tanto o ministro Gilmar Mendes quanto o ministro Marco Aurélio lançaram mão da lógica do sopesamento de direitos e aplicaram o princípio da proporcionalidade para responder à pergunta – que, embora não constasse na petição de *habeas corpus*, eles insistiram em se fazer – sobre qual “valor” deveria prevalecer no caso concreto, se a liberdade de expressão, ou se a proteção da igualdade e da dignidade do povo judeu. Partindo (tacitamente) do prisma de que a liberdade de expressão constitui um direito com suporte fático amplo, ambos se utilizaram da ideia de proporcionalidade para avaliar se a dita restrição imposta pela vedação do discurso de ódio era ou não justificável. Mendes chegou à conclusão de que a criminalização do racismo é uma exceção válida à liberdade. Marco Aurélio, por outro lado, entendeu que a liberdade de expressão não pode ceder lugar à limitação do discurso de ódio contra o povo judeu. O fato de dois juízes terem, ao apreciar o mesmo conflito, alcançado decisões frontalmente adversas não é exatamente um problema. O que aberr a coerência, fazendo ruir a proposta de decidir conforme a técnica de ponderação de direitos, é que nenhum dos dois ministros, a despeito de terem apresentado longos votos recheados de referências e transcrições, ofereceu argumentos convincentes para explicar a preferência por um ou outro princípio constitucional.¹⁸⁹

Tal qual afirmamos, a análise do suporte fático de um direito fundamental é muito importante para a interpretação clara e consciente da norma que institui o direito. Entretanto, a discussão sobre suporte amplo e suporte restrito não logra, no nosso entender, iluminar caminhos para a melhora da interpretação e da aplicação dos direitos fundamentais. Na verdade, a distinção que nos parece mais relevante é aquela que Virgílio Afonso da Silva menciona, sucintamente, no princípio de sua elaboração: suporte fático abstrato e suporte fático concreto. Dizemos *relevante*, não por entendermos que a distinção é hermeneuticamente isenta de problemas, mas porque, ao contrário da divisão entre suporte amplo e suporte restrito, separar o suporte abstrato do suporte concreto possibilita, ao menos analiticamente, perceber e afirmar que (i) o suporte fático de um direito fundamental jamais será abstrato, pois não há significado antes da compreensão, e compreender o direito implica interpretá-lo e aplicá-lo; (ii) os direitos fundamentais não têm um núcleo essencial ou absoluto, já que seu conteúdo é determinado concretamente; e (iii) o juiz deve interpretar e aplicar o direito reconstruindo-o e atualizando-o

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda; MEZZARROBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso (org.). **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 268.

¹⁸⁹ *Ibid.*, pp. 268-269. No mesmo sentido, ver OMMATI, José Emilio Medauar. *Op. cit.*, 2019, pp. 202-230.

à sua melhor luz, a partir de uma leitura, igualmente à melhor luz, das circunstâncias que formam e conformam o problema concreto examinado.

1.3.1.2 A interpretação do direito conforme Ronald Dworkin

Na verdade, o raciocínio com base em um suporte fático amplo dos direitos fundamentais só tem alguma utilidade, do ponto de vista hermenêutico, para o desempenho da função legislativa. Embora Afonso da Silva escreva que suas ideias se aplicam tanto à atividade legislativa quanto à jurisdicional, sua tese não aborda as diferenças entre a interpretação feita pelo legislador, a quem cumpre estabelecer previamente diretrizes gerais e abstratas para o exercício dos direitos fundamentais, e a interpretação feita pelo juiz, que tem a tarefa de compreender e aplicar o direito para solucionar problemas concretos. Quando o legislador elabora algum raciocínio sobre determinado direito fundamental, seja para estabelecer sua previsão no texto constitucional, seja para regulamentá-lo no plano infraconstitucional, ele concebe esse direito a partir de conjecturas.¹⁹⁰ Naturalmente, nenhuma atividade estatal acontece no vácuo político-social. Isso vale também – e sobretudo – para a legislação, pois, se o legislador é chamado a traçar caminhos para o exercício de um direito fundamental, é porque a sociedade tem vivido problemas em virtude de não existir uma previsão ou uma regulamentação para tal direito. Em outras palavras, mesmo a interpretação legislativa de um direito fundamental não se dá completamente em tese, uma vez que a atuação do legislador, como quaisquer outras práticas desempenhadas por agentes públicos na democracia, tem por objetivo principal equacionar as questões e os conflitos que a sociedade tem enfrentado.¹⁹¹ No entanto, há uma distinção elementar entre as atividades do legislador e do juiz. O legislador pensa os problemas sociais a partir de uma visão geral, e as soluções que ele busca são, invariavelmente, estimativas para o futuro. Além disso, como a lei não tem, em regra, um destinatário determinado, suas previsões, apesar de nascidas de uma problematização concreta, são genéricas e abstratas. O legislador não aplica o direito. Ao inverso, o que ele faz é esboçar um programa normativo, apostando em ideias para equacionar os problemas sociais – uma aposta feita tendo em vista a realidade, mas que é necessariamente incompleta, porque a lei não

¹⁹⁰ WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999b, p. 121. No mesmo sentido, ver WALDRON, Jeremy. Legislation and the rule of law. **Legisprudence**, v. 1, 2007, pp. 97-98.

¹⁹¹ *Ibid.*, pp. 78-81. Cf., ainda, WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999a, pp. 145-146; DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1986, pp. 243-244.

se presta a antever todas as possibilidades futuras de controvérsias e conflitos da sociedade.¹⁹² No desempenho de sua função, o legislador formula um discurso de justificação do direito fundamental – isto é, um discurso de explicação das razões pelas quais o direito precisa ser protegido, ou, como é mais usual, das razões pelas quais o direito precisa ser regulamentado e, por consequência, restringido.¹⁹³ Por isso, é de fato interessante que, como defende Afonso da Silva, o legislador raciocine o direito fundamental a partir de um suporte fático amplo, pois, em sendo assim, as restrições ao direito, que são justificadas com base em um sopesamento de direitos em colisão, acabam por depender de uma fundamentação mais atenta e robusta.

Por outro lado, o juiz aplica o direito, o que significa que, na apreciação de um conflito social – atividade que, no caso do juiz, implica resgatar um episódio do passado –, ele lê o direito e, com base nessa leitura, identifica uma solução para o problema analisado. Muitos autores desconfiam dessa dinâmica, enxergando no poder judicial uma brecha para a tomada ilegítima de decisões subjetivas e discricionárias, e, tendo isso em vista, concebem métodos variados para aprisionar e conter a atuação do juiz. Dentre esses métodos sobressai justamente a fórmula proposta por Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva, na qual o juiz deve pressupor um suporte fático amplo do direito fundamental e, diante da situação concreta, avaliar possíveis restrições ao direito com base em uma ponderação de princípios. O que motiva essa perspectiva é o propósito de transformar a ação interpretativa judicial em um afazer mais honesto e fiel ao direito positivo.

Mas, como vimos, isso não funciona – não funciona nem de acordo com a hermenêutica constitucional, nem à luz das práticas político-institucionais. O que assegura honestidade e fidelidade à institucionalidade do direito é, ao contrário, o compromisso do juiz de construir, como solução à controvérsia analisada no processo, a única resposta correta. Esta é, como o leitor provavelmente sabe, a tese defendida por Ronald Dworkin. Contrapô-la à ideia do sopesamento de direitos não constitui exatamente uma novidade no debate acadêmico brasileiro.¹⁹⁴ No entanto, é sempre bom lembrar – em especial neste trabalho – que o avanço proporcionado pela perspectiva de Dworkin, avanço que, no nosso entender, ainda não foi superado no campo da teoria da decisão judicial, está em reconhecer o giro linguístico e, livrando-se das falsas amarras dos métodos decisórios, apostar na *atitude do juiz*.

¹⁹² MÜLLER, Friedrich. **Strukturierende Rechtslehre**. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, pp. 147-151. Embora segundo referenciais distintos, Dworkin diz algo semelhante ao falar sobre o papel do legislador na democracia. Ver em DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1986, p. 54.

¹⁹³ GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, 1988, p. 121.

¹⁹⁴ Ver FERNANDES, Bernardo Gonçalves A. *Op. cit.*, 2022, pp. 182-184; OMMATI, José Emílio Medauar. *Op. cit.*, 2019, cap. 4.

A teoria da única resposta correta não pressupõe que, do ponto de vista semântico, todo e qualquer intérprete construirá a mesma decisão perante determinado contexto fático, nem defende a existência de uma norma-decisão preferencial ou ideal. O que a tese sugere é que, assumindo a tarefa de interpretar o direito para resolver qualquer controvérsia, o juiz adote um comportamento de integridade, com prudência político-moral, sinceridade intelectual, humildade cognitiva e autorreflexão crítico-construtiva, encarando o direito como uma história institucional que ele (o juiz) deve, consideradas as circunstâncias fáticas do caso que lhe foi apresentado, e concebidos os direitos individuais como trunfos no debate público, ao mesmo tempo recuperar e atualizar.¹⁹⁵ O problema da resposta correta não é metafísico, mas moral e jurídico.¹⁹⁶

De acordo com Dworkin, a história da comunidade político-jurídica precisa ser elevada a um patamar de relevância hermenêutica, já que é dela que se originam os compromissos institucionais que dão sentido ao programa normativo pelo qual a sociedade funciona – o que não significa que, ao interpretar uma norma, o intérprete esteja obrigado a resgatar todos os estágios de desenvolvimento do direito, mas que a ele cumpre assimilar o conteúdo histórico dos princípios compreendidos discursivamente como formadores de uma justificativa para os direitos e deveres aplicados no presente. A integridade está em compreender o direito como um conjunto único e coeso de realizações “que emanam de decisões coletivas do passado e, por tal razão, autorizam ou exigem o uso da força” e, igualmente, assumir que a aplicação dessas decisões depende de uma justificação à luz dos princípios nos quais elas se embasam.¹⁹⁷ Aplicar o direito com integridade exige adotar uma postura interpretativa que reproduza institucionalmente o direito – tomando-o, tanto quanto possível, como um sistema criado por um só ator, “a comunidade personificada” – e, ao mesmo tempo, a partir de um compromisso crítico, moral e político para com todos os integrantes da comunidade, reconstrua-o de forma justa e coerente.

Na edificação da tese, Dworkin lança mão de duas metáforas. Segundo a metáfora do romance em cadeia, o direito corresponde a um projeto coletivo de narrativa cadenciada, em que cada autor é responsável por uma etapa do enredo. Um novo capítulo pressupõe, de um lado, que as cenas e personagens já escritas sejam levadas em consideração, mas também impõe

¹⁹⁵ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1986, pp. 225-274.

¹⁹⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, 2014, pp. 165-166.

¹⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1986, p. 227, tradução nossa. Excerto retirado do seguinte trecho no original: “(...) the law – the rights and duties that flow from the past collective decisions and for that reason license or require coercion – contains not only the narrow explicit content of these decisions but also, more broadly, the scheme of principles necessary to justify them”.

algum avanço criativo: existe uma dupla responsabilidade, tanto pela continuidade da narrativa, de modo que os autores “aspiem conjuntamente à criação, tanto quanto puderem, de um romance único que seja o melhor possível”, quanto pela criação de uma nova etapa da história, um novo passo na atualização e densificação das velhas cenas e personagens.¹⁹⁸ A segunda metáfora é a do juiz Hércules, um julgador-intérprete sobre-humano, que dispõe, contrafactualmente,¹⁹⁹ do conhecimento, do tempo, da aptidão, da disposição e da envergadura necessárias à recuperação e à revisão crítica da história institucional do direito, para que, assim, seja construída, consideradas as circunstâncias do problema concreto, a única solução correta.²⁰⁰

Quando falamos em liberdade de expressão – ou, qual o caso específico desta tese, em liberdade de expressão judicial –, falamos de um direito fundamental complexo. O discurso viola o direito, ou o sujeito é livre para proferi-lo? Essa é a reflexão que o intérprete, nomeadamente o juiz, precisa empreender; em algumas situações, ele concluirá que o discurso é livre, e, em outras, que não é, mas, em todo caso, é fundamental que, na apreciação do conflito social, o julgador busque, interpretando a história institucional do direito à sua melhor luz, a única resposta correta. Para os propósitos deste trabalho, apostar na atitude judicial importa em reconhecer, primeiro, que o papel social, político e jurídico do juiz é de imensa importância, e, segundo, que, no exercício do ofício judicante, o juiz age *balizado*.

Essa orientação serve ao propósito deste trabalho de duas maneiras diferentes e complementares. Ela é útil, em primeiro lugar, porque, permitindo-se adentrar na teoria dos direitos fundamentais, fornece uma instrução mais adequada sobre como interpretar a liberdade de expressão judicial. Como entendemos, a definição de determinada expressão como livre ou não livre só pode ocorrer mediante um ato de interpretação, momento em que, consideradas as circunstâncias do caso examinado, o direito é compreendido e aplicado. Mas a orientação é útil, também, porque, ao lado de corrigir o papel do intérprete da norma que garante ao juiz a liberdade de se manifestar, ela também reforça a perspectiva de que o juiz – agora não mais o juiz-intérprete, e sim o juiz-titular do direito – deve, ao se expressar sobre quaisquer assuntos,

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 229, tradução nossa. No original: “(...) they aim jointly to create, so far as they can, a single unified novel that is the best it can be”.

¹⁹⁹ Antecipando-se às críticas sobre um possível estímulo ao ativismo judicial, Dworkin escreve que “nenhum juiz seria capaz de compor algo próximo a uma interpretação completa e imediata de todo o direito de sua comunidade. Por essa razão, imaginemos um julgador hercúleo, com talentos sobre-humanos e tempo infinito” (1986, p. 245, tradução e realces nossos). No original: “No actual judge could compose anything approaching a full interpretation of all his community’s law at once. That is why we are imagining a Herculean judge of superhuman talents and endless time”.

²⁰⁰ DILLY PATRUS, Rafael. Colegialidade, integridade e deliberação: os precedentes e o contraditório no novo CPC. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*, v. 11, 2016b, pp. 278-279.

observar a exigência de que, nos casos a serem julgados por ele, as normas-decisões sejam construídas *em concreto*, isto é, no processo e com a participação e a influência das partes. Significa isso que, em função da atividade que desempenha, o juiz não é completamente livre para expressar publicamente seu pensamento, pois está comprometido com a construção de pronunciamentos que, observadas as exigências da imparcialidade efetiva, do contraditório material e da fundamentação das decisões com base no direito e na razão, traduzam a busca pela única resposta correta para cada problema.

1.3.2 Os dois caminhos da liberdade

Com *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, discurso escrito em 1819, Benjamin Constant estabeleceu dois conceitos de liberdade. A liberdade dos antigos, segundo ele, está baseada na garantia da atuação política e da participação dos homens na vida da comunidade – trata-se de uma liberdade *no* Estado. Já a liberdade dos modernos é o direito de os indivíduos viverem sem a interferência do Estado, subordinando-se tão somente às ingerências previstas na lei – uma liberdade que se dá, assim, *contra* o Estado.²⁰¹ Essa distinção seminal, que reverberou com enorme impacto nas ciências humanas dos séculos XIX e XX, sinaliza que a liberdade tem dois caminhos.

A ideia foi recuperada, cerca de cento e trinta anos mais tarde, no trabalho *Two concepts of liberty*, baseado em um seminário ministrado por Isaiah Berlin em 1958, quando ele assumiu a cadeira Chichele de teoria social e política da Universidade de Oxford.²⁰² Na época, em boa parte do mundo acadêmico ocidental, era assente a mentalidade de que a política consistia em um assunto de menor grandeza, um objeto pobre de estudo, que em quase nada se assemelhava ao rigor e à complexidade da filosofia moral. Quando Berlin deu sua famosa aula sobre a liberdade, a repercussão do evento foi muito além do debate sobre a temática de fundo; em pouco tempo, a amplitude argumentativa, a erudição histórica e o forte apelo prático da argumentação desenvolvida pelo professor de Oxford fez reacender o interesse de inúmeros estudiosos e alunos pela pesquisa sobre a política, e hoje sabemos que *Two concepts of liberty*

²⁰¹ CONSTANT, Benjamin. *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*. Paris: Fayard, 2010, pp. 12 e 18-19.

²⁰² Cf. BERLIN, Isaiah. *Op. cit.*, 1958. Sobre a conexão entre as ideias de Berlin e Constant, ver MACFARLANE, L. J. On *Two concepts of liberty*. *Political Studies*, vol. 14, i. 1, 1966, pp. 77-81.

foi talvez o principal marco na revitalização da filosofia política como disciplina de renome nas instituições do Reino Unido e dos Estados Unidos.²⁰³

A lição de Berlin é eloquente por dois principais motivos. Primeiro, porque ela identifica, com uma precisão ainda mais sofisticada do que a da teoria de Constant, não apenas o que são, mas também como se articulam as duas dimensões da liberdade. A liberdade negativa (expressão adotada por Berlin posteriormente, a contar de 1968) é o estado no qual o sujeito ou o grupo podem fazer o que quiserem sem a intervenção ou a obstrução de outros sujeitos ou grupos; ela significa, portanto, não ser impedido de fazer o que desejar.²⁰⁴ Existem diversos tipos de liberdade negativa, da liberdade de se expressar em público à liberdade de dirigir um automóvel sem limite de velocidade, sendo que umas são consideradas muito importantes, e outras nem tanto.²⁰⁵ A liberdade positiva, por outro lado, é o campo no qual o sujeito se afirma como seu próprio senhor, autônomo para traçar suas metas (seu *projeto de vida*) e definir o modo como alcançá-las, e poderoso o suficiente para participar das discussões e decisões públicas, inclusive daquelas sobre quando, como e em que medida a liberdade negativa deve ser limitada. Na liberdade negativa, o sujeito recusa a subordinação; na positiva, a passividade.²⁰⁶

Existe, porém, um segundo valor no seminário, um aspecto para o qual Dworkin nos chama a atenção, que é a insistência com que Berlin ressalta a complexidade dos princípios políticos e a impossibilidade de uma única estrutura organizacional realizá-los de maneira uníssona e não conflituosa. De acordo com ele, o prisma de um encontro das virtudes políticas em um só arranjo institucional constitui uma falácia espúria e perigosa.²⁰⁷ Em *Four essays on liberty*, texto publicado em 1969, Berlin retoma essa perspectiva, salientando que a liberdade não é um ideal encerrado em si próprio, e que uma liberdade pode comprometer, prejudicar ou mesmo impedir o exercício de outra liberdade, ou obstar o desempenho de outros direitos ou o alcance de outros interesses, tais como a justiça, a felicidade, o amor e a descoberta da verdade, caminhando contra a igualdade, a solidariedade, a fraternidade e até mesmo a capacidade de se conceberem e perseguirem novos objetivos. Disse ele, “nada se ganha com a identificação da liberdade propriamente dita, em qualquer de seus sentidos (negativa ou positiva), com esses outros valores, ou com as condições da liberdade, ou com a confusão entre os diferentes tipos

²⁰³ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1996a, p. 214.

²⁰⁴ BERLIN, Isaiah. *Op. cit.*, 1958, pp. 18-32. Para uma análise das críticas ao texto de Berlin, ver COSER, Ivo. Dois conceitos de liberdade 60 anos após sua publicação. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 34, n. 100, 2019, pp. 1-21.

²⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1996a, p. 215.

²⁰⁶ BERLIN, Isaiah. *Op. cit.*, 1958, pp. 19-20 e 42-60.

²⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1996a, pp. 215-216.

de liberdade”,²⁰⁸ porque a liberdade não deixa de ser liberdade simplesmente por não ter aplicabilidade em uma dada situação.

Dworkin evoca essa advertência para criticar aqueles que defendem restringir a liberdade negativa em nome dela mesma.²⁰⁹ A crítica é pertinente, ao menos em certa medida, porque confundir a liberdade com a igualdade ou com a segurança foi precisamente o expediente de que se utilizaram governos autoritários para restringir direitos sob o pretexto de preservá-los ou promovê-los. Por outro lado, a crítica ignora que a liberdade de expressão tem dois caminhos que, embora distintos, mantêm-se intimamente conectados.²¹⁰ Quando falamos sobre liberdade, miramos algo mais complexo do que a mera possibilidade de agir. A liberdade sinaliza, evidentemente, uma proteção da ação individual, mas sua compreensão não se pode resumir a isso, pois é igualmente necessário que ela faça sentido de um ponto de vista intersubjetivo, como capacidade de agir *na e para a* sociedade, como aptidão para participar da atividade política, exercer a cidadania em um ambiente discursivamente plural e, assim, contribuir com o debate de interesse público. Esse significado da liberdade remonta a uma reflexão republicana sobre a política e o discurso público, e sua reverberação na teoria moderna perpassa por autores como Jean-Jacques Rousseau e John Milton,²¹¹ desaguando nos conceitos de liberdade dos antigos, de Constant, e de liberdade positiva, de Berlin.

A liberdade é um conceito que revela dimensões diferentes e complementares da vida de uma pessoa: as decisões tomadas na definição de um projeto de vida, as escolhas e renúncias que afetam o relacionamento com as outras pessoas, as preferências que orientam a atuação no ambiente coletivo. Liberdade não é só o direito de tomar desimpedidamente uma decisão. Poder decidir sem impedimentos é relevante, mas não é o único aspecto a ser considerado na compreensão do conceito, porque, para além da perspectiva de um agir sem ingerências externas, a liberdade deve ser pensada como meio de realização de uma cidadania ativa. De acordo com Ana Paola Amorim, “a cidadania ativa depende da manifestação livre dos desejos, mas de uma manifestação que tenha impacto na vida pública, de modo que esses desejos,

²⁰⁸ BERLIN, Isaiah. **Four essays on liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969, p. 48, tradução nossa. No original: “Nothing is gained by identifying freedom proper, in either of its senses, with these values, or with the conditions of freedom, or by confounding types of freedom with one another.”

²⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1996a, pp. 214-225.

²¹⁰ A expressão “caminhos da liberdade”, embora idêntica à utilizada por Laurence Tribe, tem sentido diferente do empregado pelo professor norte-americano.

²¹¹ AMORIM, Ana Paola de Moraes. **Opinião pública democrática e soberania popular: por um paradigma republicano da liberdade de expressão**. Tese de doutorado. Belo Horizonte: Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais, 2013, cap. 1.

expressos publicamente, sejam considerados como demandas que vão participar da elaboração do interesse público”.²¹² Ou seja, a liberdade deve atender, também, à coletividade.

No debate contemporâneo sobre liberdade de expressão e liberdade de imprensa, predomina um entendimento político-filosófico ancorado em pressupostos essencialmente liberais. Esse entendimento inviabiliza que a discussão se abra a possibilidades não liberais de leitura da liberdade. O debate está tão encarcerado em torno da premissa de que ser livre é agir sem amarras que, paradoxalmente, quaisquer tentativas de problematizar a concepção liberal de liberdade são cerceadas logo na origem, sendo rapidamente tachadas de contrárias à liberdade. Em outras palavras, discutir a liberdade fora dos referenciais liberais é encarado como uma afronta à própria liberdade.²¹³ Por incrível que pareça, essa maneira de pensar está subjacente não apenas aos conflitos sobre a regulação da comunicação social e dos discursos falsos, antidemocráticos e de ódio, mas também ao pensamento de autores que se dizem preocupados com a igualdade.

O exemplo de Dworkin é sensível, porque seu posicionamento parte de uma reflexão cuidadosa e sofisticada sobre o caráter interpretativo da moral e do direito, e, decerto por isso, sua argumentação leva antecipadamente em consideração as ressalvas e as críticas daqueles que, muitas vezes a partir de um contraponto insuficiente, defendem que determinados discursos não sejam livres. O entendimento dworkiniano é governado por duas ideias poderosas: a perspectiva de que o Estado deve considerar seus cidadãos como agentes morais autônomos e responsáveis, não podendo substituí-los na tarefa de escolher o que é bom e o que é ruim; e a tese de que a liberdade de expressão, compreendida como o direito de a pessoa dizer aquilo em que verdadeiramente acredita, por mais repugnante que suas crenças sejam, preserva e promove uma cultura de independência, em rejeição à homogeneidade intelectual. Esses são argumentos persuasivos, pois, além de serem verdadeiros, eles partem de um raciocínio liberal sobre a liberdade de expressão que, buscando tematizar suas próprias premissas, se preocupa em *justificar*, ao invés de simplesmente *evocar*, o caráter fundamental da liberdade.

Por outro lado, a posição de Dworkin ignora que a liberdade, como qualquer outro conceito relevante para a política e o direito, só pode ser adequadamente interpretada à luz de sua historicidade.²¹⁴ Essa falha, digamos assim, desdobra-se em sua teoria de duas maneiras

²¹² *Ibid.*, p. 64.

²¹³ AMORIM, Ana Paola de Moraes; GUIMARÃES, Juarez. **A corrupção da opinião pública: uma defesa republicana da liberdade de expressão.** São Paulo: Boitempo, 2013, pp. 72-79. Cf., também, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. *Op. cit.*, 2020, pp. 65-66.

²¹⁴ *Ibid.*, pp. 14-15. No mesmo sentido, ver CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. Com, contra e além de Dworkin: diálogos sobre liberdade de

distintas. Primeiro, Dworkin esquece que a liberdade tem também um viés republicano, e que, embora possamos falar, para fins de análise, em liberdade negativa e em liberdade positiva como grandezas separadas, não faz nenhum sentido conceber a dimensão negativa da liberdade sem considerar, ao mesmo tempo, sua dimensão positiva. Em outras palavras, liberdade de expressão não é somente dizer o que bem quiser. Liberdade de expressão é, em acréscimo, participar ativamente do debate público, colaborando com a construção de um entendimento que sirva ao interesse coletivo. A releitura que Dworkin faz da advertência de Isaiah Berlin – sobre a importância de não confundirmos a liberdade com a igualdade ou outros direitos – é enviesada, uma vez que restringe a concepção de liberdade a uma perspectiva liberal. Dizer que liberdade em excesso é não liberdade, porque pode ferir a liberdade dos outros, ou que alguns discursos precisam ser limitados, em razão de terem um efeito silenciador, qual escreve Owen Fiss, não é nem confundir a liberdade negativa com a liberdade positiva, nem tomar a liberdade por algum outro direito ou interesse.²¹⁵ A sinalização de Fiss, na verdade, é elucidativa de um conceito mais adequado de liberdade – mais adequado de um ponto de vista tanto histórico quanto filosófico –, um conceito complexo e abrangente, que leva em conta tanto o elemento individual quanto a dimensão intersubjetiva da comunicação.

Dworkin erra, ainda, por menosprezar o fato de que falar é fazer. Vimos que, conforme explanou John L. Austin, todo enunciado linguístico é performativo, já que o mero ato de formular um enunciado – a atividade de dizer ou escrever alguma coisa, sem a qual essa coisa jamais adquire existência – constitui uma ação no mundo. Ou seja, palavras afetam a realidade. Assumir que todos sejam livres para expressar seu pensamento, a despeito do conteúdo, é ignorar que expressões de ódio atingem a dignidade da minoria que é insultada, que defender a prática de crimes colabora com a insegurança e a impunidade, que pregar contra a democracia e o Estado de Direito prejudica o processo democrático, e que notícias mentirosas minam a autenticidade e a higidez do debate público. Discursos não são apenas discursos, a comunicação não é só retórica. Por isso mesmo, a liberdade de expressão deve ser dialógica, deve proteger ideias, visões e manifestações que se apresentem como pontos ou contrapontos a serem sustentados em uma discussão pública, aberta e plural, e não acobertar expressões que, em virtude de seu propósito ofensivo ou falseador, são monológicas e, portanto, inaptas à comunicação intersubjetiva.²¹⁶ Essa complexidade do conceito de liberdade deve ser levada em

expressão, discursos de ódio e os “custos” da democracia. In: OMMATI, José Emílio Medauar. **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021, pp. 325-358.

²¹⁵ FISS, Owen. **The irony of free speech**. Cambridge: Harvard University Press, 1996b, pp. 5-26.

²¹⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. *Op. cit.*, 2020, pp. 17-18.

consideração pelo intérprete, mesmo (e sobretudo) quando sua conclusão seja permitir que determinada expressão, embora problemática, circule livremente.

Ou seja, nossa crítica a Dworkin não significa que suas ponderações devam ser postas de lado. Significa, isso sim, que essas ponderações precisam ser relidas e redimensionadas, de maneira a se adequarem às exigências democráticas que constituem a liberdade de expressão. Aliás, todas as principais razões que o direito tem para proteger a expressão humana servem, se recolocadas sob um novo ângulo, como embasamento para excluir determinadas expressões do campo protetivo da liberdade. É verdadeiro que o Estado não deve nem impor nem proibir que as pessoas falem ou ouçam o que quiserem, mas será que essa lógica se aplica a falas de ódio ou a notícias sabidamente falsas? Faz realmente sentido assumir que as pessoas tenham direito de mentir e ofender, simplesmente porque, em se proibindo que isso aconteça, o Estado estará subtraindo dessas pessoas o direito de se autodeterminarem como discriminatórias, preconceituosas ou enganadoras? Na mesma linha de raciocínio, é inequívoco que um ambiente de circulação livre de ideias assegura a preservação de uma cultura de independência intelectual, mas será que as pessoas de fato ficarão menos independentes se estiverem proibidas de fabricar e divulgar informações inverídicas ou de insultar alguém em razão, por exemplo, da cor de sua pele? Caso os comportamentos de ultrajar a honra alheia ou enganar mediante notícia que se sabe falsa fossem proibidos, estaria a sociedade em maior risco de sucumbir a uma cultura de pensamento hegemônico? Também as ideias de busca pela verdade, garantia do autogoverno, legitimação das escolhas coletivas e catálise do pluralismo social, político e artístico, se reposicionadas segundo seus próprios fundamentos, podem se prestar como justificativas para uma releitura da liberdade de expressão. Afinal, em que medida uma manifestação não dialógica de ódio ou um discurso maliciosamente enganoso contribuem para identificar a verdade e rejeitar a mentira, assegurar a responsividade dos governantes e impedir a tirania, propiciar a tomada legítima de decisões públicas, e construir um ambiente coletivo que seja abrangentemente plural?²¹⁷

Essas indagações são relevantes, pois iluminam a inconsistência argumentativa de teorias que – alimentando, a seu próprio modo, exatamente a inclinação contra a qual advertiu Isaiah Berlin – reduzem a liberdade de expressão à ideia de liberdade negativa. Teorias como, por exemplo, a encampada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em *Brandenburg v. Ohio* são insatisfatórias, não apenas porque culminam em posicionamentos políticos que, na maioria das vezes, são insustentáveis do ponto de vista democrático – embora sejam problemáticas

²¹⁷ *Ibid.*, pp. 52-54; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. *Op. cit.*, 2021, p. 339.

também por isso –, mas, antes, em razão de adotarem como premissa indiscutível uma visão reducionista sobre a liberdade, ignorando por inteiro o fato de que, em sua historicidade complexa e multifacetada, a liberdade de expressão tem dois caminhos distintos e interdependentes, dois caminhos que indicam, em seu entrecruzamento, que ser livre é, concomitantemente, autodeterminar-se sem interferências externas ilegítimas e participar ativamente da vida coletiva, e que ao Estado cabe tanto abster-se de ingerir na esfera privada quanto intervir construtivamente na arena pública, para ao mesmo tempo *proteger e promover* a liberdade.²¹⁸

Segundo Jônatas Machado, todas as explicações sobre a liberdade de expressão confluem, de alguma maneira, para o argumento da democracia.²¹⁹ Embora tal afirmação dependa, por motivos óbvios, de uma clarificação prévia do conceito de democracia, a hipótese nos parece adequada à lógica de que o projeto democrático reclama hoje que se garanta um locus deliberativo capaz de contemplar uma “multiplicidade de pontos de vista”.²²⁰ A democracia é o compromisso que dá substância à liberdade de expressão: em sua relação de interdependência radical com os direitos fundamentais, o sistema democrático, compreendido como o conjunto de meios e procedimentos necessários para a densificação, a justificação e a legitimação das escolhas da coletividade, pressupõe um sujeito apto a se afirmar como titular de direitos e ao mesmo tempo atuar, com autonomia e responsabilidade, como partícipe da deliberação pública. Seja para construir sua própria identidade, seja para firmar sua contribuição ao processo de definição das escolhas coletivas, a pessoa precisa ser livre para expressar suas visões, opiniões e pensamentos.

Não negamos que, tendo em vista as fortes razões que embasam a proteção especial que o direito reserva à expressão humana, os intérpretes devem priorizar (no sentido de favorecer, e não de antepor) a liberdade. Entender que determinada expressão não está amparada pelo campo protetivo da liberdade exige, portanto, uma fundamentação robusta o suficiente para afastar, considerados os elementos do problema concreto examinado, os argumentos teórico-jurídicos e político-filosóficos em que se funda a tutela da expressão livre. Frisamos, mais uma

²¹⁸ Ver BARENDT, Eric. Freedom of expression. In: ROSENFELD, Michel. SAJÓ, András. **The Oxford handbook of comparative constitutional law**. Oxford: Oxford Constitutional Press, 2012, p. 903.

²¹⁹ MACHADO, Jônatas E. M. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra, 2002, pp. 76-77, 721 e 808-811. No mesmo sentido, cf. SCHAUER, Frederick. *Op.cit.*, 1982, p. 23; ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András; DORSEN, Norman; BAER, Susanne (orgs.). **Comparative constitutionalism: cases and materials**. New York: American Casebook Series, 2003, pp. 847-848; BARENDT, Eric. *Op. cit.*, 2012, pp. 895-896.

²²⁰ LADEUR, Karl-Heinz. Globalization and the conversion of democracy to polycentric networks: can democracy survive the end of the nation State? In: LADEUR, Karl-Heinz (org.). **Public governance in the age of globalization**. London: Routledge, 2017, p. 103.

vez, que esse parâmetro não supõe um suporte fático amplo dos direitos fundamentais, porém indica que, para o intérprete aplicar a liberdade de expressão com integridade, ele precisa ter em mente que o sistema jurídico se escora em justificativas múltiplas, expressivas e contundentes para garantir a livre circulação de ideias e pensamentos. Não há uma *presunção hermeneuticamente fechada* de que o discurso deve ser livre, e sim um *compromisso hermeneuticamente aberto* de considerar as razões que sustentam a proteção da liberdade.

Por outro lado, não podemos olvidar que, exatamente porque a liberdade se justifica com base na democracia, nem toda expressão pode ser livre.²²¹ A liberdade só é liberdade se for democrática. Dizer isso significa assumir que a liberdade de expressão é um direito complexo que visa a proteger tanto o elemento individual quanto a dimensão intersubjetiva da comunicação humana – um direito, sim, cuja proteção se justifica com base em argumentos múltiplos, contundentes e complementares, mas cuja interpretação nem sempre pode resultar no desfazimento dos impedimentos opostos pelo Estado à ação do indivíduo, porque existem casos nos quais permitir que determinada expressão circule livremente importa em violar outros direitos e interesses de tal modo a, por consequência, desnaturar a própria liberdade. Nesses casos, em que a liberdade de veicular um discurso implica um prejuízo a outras liberdades, ou à liberdade de expressão de outras pessoas, ou a princípios como a igualdade, a honra individual ou a segurança pública, é perfeitamente possível que os argumentos utilizados para proteger a expressão cedam lugar a outras razões e justificativas, e que se torne necessário, tendo em vista as circunstâncias concretas, concluir que o sujeito não é livre para se expressar.

No começo deste capítulo, em referência ao livro *Free speech: ten principles for a connected world*, de Timothy Garton Ash, escrevemos que a liberdade de expressão jamais foi tão ampla, e que, ao mesmo tempo, ela jamais causou tantos problemas. No mundo de hoje, o uso da *Internet* tem levantado uma série de questionamentos sobre os limites do debate de ideias na esfera pública. Problemas como a propagação de discursos de ódio e a disseminação de notícias falsas ganham uma nova dimensão, pois falas que até então ficavam restritas ao

²²¹ MACHADO, Jônatas E. M. *Op. cit.*, 2002, p. 77.

ambiente privado circulam hoje em uma arena sem limites físicos ou geográficos, podendo atingir um público de tamanho imensurável.²²²

Ainda, o uso de algoritmos de programação informática em sites de busca e nas redes sociais on-line têm alimentado uma inclinação gregária que, embora não tenha sido inventada pela sociedade da informação, chegou a níveis inimagináveis de expansão e adensamento, fomentando uma entropia social que, a médio prazo, fortalece o ódio e amplia o alcance das mentiras.²²³ Assim, a sociedade em rede, marcada por uma forte tendência de virtualização da realidade, não apenas permite a inserção de um número maior de pessoas nos espaços de concretização do capitalismo informacional,²²⁴ mas também impinge nova roupagem aos problemas da proteção dos direitos, da formação do poder e da responsabilização individual no Estado de Direito. Precisamos repensar os pressupostos sobre os quais o debate sobre liberdade de expressão tem sido posto nos últimos séculos, rever os conceitos e as perspectivas que há muito vêm norteando a maneira como entendemos a discussão coletiva e a comunicação pública, sem olvidar, evidentemente, que o direito tem razões persuasivas para proteger o discurso humano, e que a liberdade é um ganho tanto para o indivíduo quanto para a sociedade, um avanço civilizacional de que nenhum de nós pode abrir mão.

Mas, igualmente, que proibir determinados usos da palavra não necessariamente importa em negar a liberdade, porque, na democracia, ser livre é mais do que falar à vontade. Na verdade, o que a liberdade democrática de expressão sinaliza é que todos, na convergência ou no desentendimento, devem ter a mesma oportunidade de participar do diálogo público sobre como a vida coletiva deve ser. E dialogar, nem precisaríamos dizer, implica não só apresentar-se como um falante autônomo e responsável, mas também, e sobretudo, considerar o outro como um interlocutor digno de respeito.

²²² Ver CASTELLS, Manuel. **The rise of the network society**. New Jersey: Wiley-Blackwell, 2010, sobretudo pp. 163-215.

²²³ BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco; PELLIZZARI, Bruno Henrique Miniuchi. Bolhas sociais e seus efeitos na sociedade da informação: ditadura do algoritmo e entropia na Internet. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, v. 5, n. 2, 2019, pp. 57-73. Sobre o conceito de “sociedade da informação”, ver MASUDA, Yoneji. **The information society as post-industrial society**. Washington/DC: World Future Society, 1981.

²²⁴ CASTELLS, Manuel. **Communication power**. Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 66-91; CHADWICK, Andrew. **The hybrid media system: politics and power**. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 45-50.

2 O QUÃO LIVRES SÃO OS JUÍZES PARA EXPRESSAREM SEU PENSAMENTO EM PÚBLICO?

Na cerimônia em que tomou posse como procurador-geral da França, no ano de 1701, Henri François D'Aguesseau proferiu, na presença do rei Luís XIV e de boa parte da corte francesa, um de seus mais eloquentes discursos. “Recordai-vos, juízes”, ele falou, “que, se sois elevados acima do povo, que vos circunda o tribunal, não é senão para ficardes mais expostos aos olhares de todos”. E prosseguiu, talvez ignorando o espanto dos magistrados que assistiam à sua fala: “Vós julgais a sua causa, mas o povo julga a vossa justiça, e tal é a fortuna, ou a desventura, de vossa condição, que não lhe podeis esconder nem a vossa virtude, nem os vossos defeitos.”²²⁵

A percepção de que os juízes exerciam uma atividade estatal especial só começava a despontar. Até então, a tarefa de arbitrar os conflitos sociais se via misturada a outras atribuições e incumbências. Na República romana, a palavra *magistratus* era utilizada para designar uma variedade de cargos e postos; além de desempenhar o ofício que hoje identificamos como judicante, um magistrado romano exercia, a depender de sua posição, afazeres administrativos, parlamentares, militares e até religiosos.²²⁶ Embora com contornos muito distintos dos de seu ascendente romano, o juiz moderno, até pelo menos os séculos XVII e XVIII, fazia, da mesma forma, as vezes de um agente público multifacetado. Na França do século XVI, além da atividade tipicamente judicial, juízes participavam de trabalhos tão diversificados quanto a administração municipal e a coleta de tributos.²²⁷ Na Inglaterra sob o

²²⁵ Ver menção a esse discurso em BARBOSA, Ruy. **A constituição e os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Atlantida, 1893, pp. 258-259.

²²⁶ LINTOTT, Andrew. **The constitution of the Roman Republic**. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 94-95.

²²⁷ MICHELET, Jules. **Histoire de la Révolution Française**: Tome 1. Paris: Folio, 2007, p. 30.

domínio dos Tudor, bem como no princípio do reinado dos Stuart, juízes integravam a estrutura da Coroa, e para a maioria das pessoas, inclusive a elite política e intelectual, a diferença entre as ocupações judicial e administrativa era nebulosa e enigmática.²²⁸

A independência da jurisdição ganhou importância quando o direito adquiriu autonomia frente à política. O caso inglês é emblemático. Na primeira metade do século XVII, à medida que os conflitos entre o rei e o Parlamento se acirravam, o apoio do direito tornou-se objeto de disputa política. Os tribunais passaram a ser acionados, com frequência crescente, para decidir sobre questões como o direito divino real, as prerrogativas da Coroa e a autoridade do Parlamento. Nessa conjuntura, a pressão sobre os juízes fez aumentar o uso de mecanismos de controle da atuação judicial, fortalecendo a necessidade de a jurisdição ser independente e imparcial. Ao longo das idas e vindas pelas quais a política inglesa passou no período entre 1640 e 1688, a atuação judicial foi decisiva para que a legitimidade da Coroa passasse a ser vista pelo prisma do povo: foi sobretudo com o suporte do discurso técnico-jurídico – alimentado e veiculado, em grande medida, pela judicatura – que a ficção do direito divino do rei foi gradualmente substituída pela ficção da soberania popular.²²⁹

No amanhecer do século XVIII, a política na França ainda cultuava o absoluto do carisma real, porém a autonomia do direito, fosse por influência do que havia se passado na Inglaterra, fosse por conta das transformações experimentadas pela própria sociedade francesa, já iluminava a importância de os juízes agirem com independência e imparcialidade. Assim, quando D'Aguesseau falou que os juízes, em razão de sua autoridade, trabalhavam em um contexto de elevada exposição, e que, por esse motivo, nem sua virtude nem seus defeitos passariam despercebidos do escrutínio público, ele pretendeu mais do que um simples artifício de retórica. O recado era que, para garantir a autonomia do próprio direito, os agentes encarregados de julgar as controvérsias sociais precisariam entender a visibilidade a que estavam sujeitos e, por conta disso, assumir uma vida de virtude, reserva e discrição.

Na América Latina em geral, e no Brasil em particular, a gestação dessas ideias seguiu um percurso singular. Nos anos 1820, quando se deram os conflitos sobre a independência do Brasil, os políticos portugueses tentaram, sem sucesso, extinguir a Casa de Suplicação no Rio de Janeiro e submeter os juízes e tribunais da colônia ao Poder Judiciário metropolitano, porque perceberam que a separação das justiças no Brasil e em Portugal seria um facilitador para o

²²⁸ SHETREET, Shimon; TURENNE, Sophie. **Judges on trial**: the independence and accountability of the English Judiciary. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 21.

²²⁹ MORGAN, Edmund. **Inventing the people**: the rise of popular sovereignty in England and America. New York: W. W. Norton, 1989, p. 60.

rompimento do vínculo colonial. Proclamada a independência do país, o problema de um Judiciário independente – não apenas independente da metrópole, mas também das instituições políticas – ganhou alguma força, e a Assembleia Constituinte de 1823 serviu de palco para discussões sobre a separação dos poderes e a importância de uma magistratura autônoma e imparcial. Com a dissolução da Assembleia, todavia, os avanços ficaram aquém das expectativas e manifestações iniciais. A Constituição de 1824, outorgada por Dom Pedro I, previu a independência do sistema de justiça e instituiu a vitaliciedade dos juízes, porém estabeleceu a possibilidade de eles serem “mudados de uns para outros lugares” e deu ao imperador poder para “suspendê-los por queixas contra eles feitas”.

As garantias inerentes à independência do Judiciário só seriam sedimentadas no Brasil com a Constituição republicana de 1891, mas, mesmo depois disso, o debate sobre o poder e a responsabilidade dos juízes não arrefeceu. Em 1914, por exemplo, o Congresso Nacional tentou sujeitar as decisões de inconstitucionalidade do Supremo à revisão do Senado Federal. Ao tomar posse como presidente do Instituto dos Advogados, Ruy Barbosa criticou veementemente essa iniciativa, apontando os prejuízos que ela ocasionaria e defendendo a independência da justiça como uma condição para a autonomia do direito frente à política. Curiosamente (ou não), Ruy não descuidou das obrigações necessárias à autoridade judicial e, falando sobre o rigor ético inerente ao desempenho da judicatura, lembrou exatamente o discurso de D’Aguesseau: para serem de fato independentes, os juízes devem agir com retidão, prudência e austeridade.^{230 231}

Neste capítulo, explicamos não só o porquê de os juízes serem menos livres para expressarem seu pensamento em público do que os cidadãos comuns, mas também o quão livres são os juízes brasileiros, à luz do estatuto especial previsto na Constituição de 1988. Nessa tarefa, em acréscimo à liberdade de expressão, entendemos necessário explorar um segundo conceito-chave: a separação dos poderes. Defendemos que, à luz da separação democrática dos poderes, as expressões judiciais, exatamente por serem veiculadas por juízes, são, em regra, proibidas pelo direito.

A releitura que propomos perpassa por atualizar a intuição de D’Aguesseau – em especial a premissa de que os juízes se põem “elevados acima do povo” tão somente para

²³⁰ BARBOSA, Ruy. *Op. cit.*, 1893.

²³¹ Sobre a história da independência do Poder Judiciário no Brasil, cf. DILLY PATRUS, Rafael; FERNANDES, Bernardo Gonçalves A. “Se ergues da justiça a clava forte”: da Independência nacional ao Poder Judiciário independente. In: BERNARDES JÚNIOR, José Alcione; MOREIRA, Bernardo Motta. **Estudos sobre o bicentenário da Independência: do Império ao Brasil contemporâneo**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, Escola do Legislativo Mineiro, Núcleo de Estudos e Pesquisas, 2022, pp. 201-228.

ficarem “mais expostos aos olhares de todos” – à luz da ideia, eternizada por Machado de Assis em sua “Advertência da Primeira Edição” do romance *Ressurreição*, de 1872, de que aqueles que querem aprender e fazer alguma coisa devem preferir “a lição que melhora ao ruído que lisonjeia”.

2.1 Os juízes têm obrigações não oponíveis aos cidadãos comuns?

Os juízes têm obrigações especiais que não são oponíveis aos cidadãos comuns. Para entendermos isso, precisamos, primeiro, esclarecer que obrigações especiais são moralmente possíveis e, em seguida, explicitar a razão que fundamenta o estatuto especificamente rigoroso que é imposto à atividade judicial em geral e à expressão judicial em particular.

2.1.1 Existem obrigações especiais?

Na filosofia moral, obrigações especiais são deveres impostos a um grupo particular de indivíduos, em oposição ao plexo geral de obrigações que recaem sobre a coletividade como um todo.²³² Obrigações de papel social, por sua vez, são obrigações especiais baseadas nas exigências morais que acompanham o desempenho de uma dada função, tendo em conta o papel ocupado e as atividades exercidas por determinada categoria de atores sociais.²³³

Os juízes são uma categoria social bastante singular. A função de que se encarregam – a de adjudicar conflitos e autorizar (e, por consequência, validar) a coerção em uma comunidade de indivíduos que se reconhecem como livres e iguais – precisa pressupor a assunção de um conjunto específico de obrigações de papel social. Essas obrigações – que alicerçam um regime jurídico mais rigoroso para a vida social do que aquele concebido pelo ordenamento jurídico às pessoas comuns – derivam do pertencimento a um determinado grupo social, correspondendo, em sua essência, a uma gama de deveres associativos.²³⁴

²³² JESKE, Diane. Special obligations. In: ZALTA, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Spring Edition, 2014. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/special-obligations/>. Acesso em 18 de jul. de 2020.

²³³ HARDIMON, Michael. Role obligations. *Journal of Philosophy*, vol. 91, 1994, pp. 333-363.

²³⁴ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1986, pp. 176-224. Para uma análise do papel judicial na democracia, tendo como base a teoria das obrigações especiais, cf. FAGGION, Vinícius de Souza. **O que juízes devem fazer?:** uma

Para alguns autores, reconhecer a existência de deveres morais oponíveis apenas a um grupo de pessoas implicaria assumir um relativismo moral, como se, em afirmando que conexões variadas podem ser estabelecidas entre valores e práticas sociais, a filosofia moral estivesse admitindo a concorrência de moralidades distintas e conflitantes. Em sentido contrário, entendemos que essa questão – a questão de como conjugar a unidade de valores (ou, em outras palavras, a moralidade única) com as incomensurabilidades decorrentes de visões de mundo e projetos de vida diferentes – é dirimida a partir de uma aproximação entre as concepções de moralidade sustentadas por Ronald Dworkin e Joseph Raz.²³⁵

Tanto Dworkin quanto Raz compreendem a moral como uma rede de valores mutuamente conectados e pregam que a aferição da veracidade de uma proposição moral depende de um juízo de natureza igualmente moral, não decorrendo de um parâmetro metafísico, externo ao domínio moral. A justificação de uma visão moral só pode ser realizada com base em um fundamento moral, e a refutação da validade ou da adequabilidade de tal visão também só se faz possível à luz de um argumento moral; assim, a construção da verdade sobre qualquer proposição moral depende de um empreendimento interpretativo circular que considere as múltiplas relações entre valores no interior do sistema.²³⁶

Para Dworkin, há uma unidade de valores que se assenta sobre um campo de convicções morais conectadas interpretativamente. Os sujeitos assumem responsabilidade por um esforço de integridade que, embora inevitavelmente falho e incompleto, constitui o único meio de sustentar tal empreendimento interpretativo. Como a moralidade consiste ela mesma em uma realização interpretativa, o que orienta o acerto da interpretação é a postura que o intérprete adota na busca por uma compreensão abrangente das conexões entre valores e práticas sociais. A inteligibilidade moral depende sempre de mediação argumentativa, e por isso os valores, que só adquirem sentido interpretativamente, jamais entram em conflito. Quaisquer choques entre valores são apenas aparentes e provisórios, vez que, interpretando-os face às peculiaridades do problema analisado, o intérprete apresenta o que entende ser a única leitura correta, adotando

análise do papel judicial. Dissertação de Mestrado em Direito. Rio de Janeiro: Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2016, em especial pp. 17-29.

²³⁵ Seguimos, com leves adaptações, o raciocínio esposado em BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Values, objectivity and social practices: Ronald Dworkin and Joseph Raz on unity and incommensurability in ethics and morality. In: **11th Principia International Symposium: the quest for knowledge**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2019.

²³⁶ Cf. DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 2011b, pp. 101-119; DWORKIN, Ronald. Objectivity and truth: you'd better believe it. **Philosophy and Public Affairs**, n. 25, 1996b, pp. 127-128; RAZ, Joseph. **Engaging reason**. Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 172-174 e 219-225; RAZ, Joseph. **Value, respect, and attachment**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, pp. 41-76.

uma posição pela qual se responsabiliza moralmente. Essa leitura é fruto de uma atitude construtiva que aspira à integração; a tese, portanto, é de método, e não de metafísica.²³⁷

Com Raz, os valores controlam as razões que informam as práticas sociais, porém dependem eles mesmos de tais práticas, o que indica o quão impactante a forma social é para o conteúdo da moralidade. Valores e práticas se ligam de maneiras diversas, proporcionando razões múltiplas e variadas. Da pluralidade de opções que decorrem dessas razões emergem *incomensurabilidades*; isso ocorre quando, frente a duas ou mais opções, não se pode dizer que elas sejam igualmente valiosas, nem que uma seja melhor do que outra.²³⁸ Incomensurabilidades são inevitáveis, pois o domínio da moralidade é plural. Existem muitas formas, estilos e projetos de vida que, por conectarem valores e práticas sociais de jeitos variados, são incomparáveis e incompatíveis. Outrossim, incomensurabilidades são também desejáveis, porque o sujeito só é verdadeiramente autônomo quando se vê livre para fazer escolhas a partir de alternativas incomensuráveis.

Ademais, da mesma forma que a avaliação de uma vida como boa e adequada perpassa pelas obrigações que assumimos uns diante dos outros, é impossível conceber normas morais sem atentar para o que é valioso segundo a perspectiva de cada pessoa. Baseamos nossos deveres morais em nossas responsabilidades éticas, fundadas no senso de dignidade que conecta o seio social; essas responsabilidades éticas, por sua vez, são definidas segundo compromissos que firmamos perante nós mesmos. Viver bem face à comunidade é desempenhar tais compromissos de modo adequado. A escolha, que é determinante para o universo ético, afeta também o domínio moral. O pluralismo é constitutivo da moralidade.²³⁹

Frente a esses argumentos, parece necessário adotar uma concepção ampla e plural da moralidade, porque apenas ela levaria efetivamente em conta a multiplicidade que se revela a partir das relações entre valores e práticas sociais, entre valores e sujeitos, e entre moralidade e ética. Todavia, é à luz dessa concepção ampla que o dilema do interpretativismo se coloca, pois a mesma moralidade que supõe uma unidade assume a existência de opções morais incomensuráveis e incompatíveis, apontando para o relativismo social. Ou seja, é exatamente a base da teoria dworkiniana da unidade de valores – a tese de que a objetividade da moral não deriva de uma determinação externa ao domínio dos valores, mas de uma rede de valores em conexão com práticas sociais, os quais só se tornam inteligíveis mediante interpretação e, por

²³⁷ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 2011b, pp. 118-122.

²³⁸ RAZ, Joseph. **The morality of freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1988, pp. 386-395.

²³⁹ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 2011b, p. 202; RAZ, Joseph. *Op. cit.*, 1988, pp. 213-216; RAZ, Joseph. **The practice of value**. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 19-23.

tal razão, não comportam conflitos – que acaba levando à inevitabilidade de incomensurabilidades morais.

Nem a resposta de que a unidade moral em Dworkin se aplica apenas a valores, e não a conflitos práticos,²⁴⁰ nem, tampouco, a tese da correspondência moral, que sustenta a visão de que as normas morais não são afetadas por diferentes maneiras de conectar valores e práticas sociais,²⁴¹ são capazes de solucionar esse dilema.²⁴² Apesar da impossibilidade de eliminarmos as incomensurabilidades, sobretudo no marco de uma tese da unidade de valores que leve em consideração a distinção e a interdependência entre ética e moral, a teoria de Dworkin se sustenta sobretudo por três razões.

Primeiramente, porque tais incomensurabilidades, apesar de serem um elemento inevitável (e desejável) de nossa liberdade individual e de nossa autonomia ética, não afetam, pelo menos na maior parte dos casos, a essência de nossas obrigações morais. Como as incomensurabilidades têm mais que ver com uma multiplicidade de concepções de vida boa do que com os deveres que assumimos uns perante os outros, o número de questões morais que comportam respostas incomensuráveis não é suficiente para comprometer a integração do sistema.²⁴³

O mais importante, contudo, é perceber que a tese dworkiniana se apresenta, desde o início, como a defesa de uma unidade interpretativa de valores, e não de um conjunto de fatos morais brutos apreendidos segundo algum fundamento metafísico. É a atitude do intérprete – em prol da integridade, e não da fragmentação – que, em vista da responsabilidade que assume pelos juízos que elabora sobre valores e razões para agir, formula a objetividade da moral.²⁴⁴ Trata-se, portanto, de uma questão de postura interpretativa. A unidade de valores é necessária, uma vez que, ao agirmos moralmente, precisamos manter e reivindicar objetividade, inteligibilidade e coerência. Essa perspectiva é válida mesmo diante de pontos de vista incomensuráveis.²⁴⁵

²⁴⁰ Ver em RAZ, Joseph. A hedgehog's unity of value. In: WALUCHOW, Wil; SCIARAFFA, Stefan (eds.). **The legacy of Ronald Dworkin**. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 12-13.

²⁴¹ HURD, Heidi. **Moral combat: the dilemma of legal perspectivalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

²⁴² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Op. cit.*, 2019, pp. 24-25. Ver também: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; DECAT, Thiago Lopes. Incommensurability, social practices and moral dilemmas: a rejoinder to Heidi Hurd's anti-perspectivalism. **Problema – Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho**, v. 14, 2020, pp. 125-146.

²⁴³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Op. cit.*, 2019, pp. 27-28.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 29.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 30. Segundo Bustamante, “precisamos da unidade de valores, porque precisamos reivindicar objetividade e inteligibilidade para nossas ações morais, e não podemos abandonar tal perspectiva mesmo quando nossas razões éticas levarem a projetos que, embora valiosos, são incomensuráveis” (tradução nossa). No original: “We need the unity of value because we need to claim objectivity and intelligibility for our moral actions, and we

Por fim, não podemos esquecer que, na origem de qualquer incomensurabilidade, existe uma escolha. A despeito da multiplicidade de prismas e obrigações que as inúmeras combinações entre valores e práticas sociais podem produzir, se duas ou mais pessoas, em tese, fizerem as mesmas opções e levarem adiante os mesmos projetos de vida, a elas serão impostos os mesmos deveres morais. Isso é especialmente significativo para o regime especial que o direito opõe à expressão judicial: ser juiz é, antes de mais nada, uma escolha. Isso não faz do juiz alguém menos livre. Pelo contrário, a decisão de assumir o ofício judicante e, por consequência, submeter-se a um estatuto específico de obrigações representa uma afirmação da liberdade, porque, como disse a escritora norte-americana Toni Morrison, “ser livre é escolher a própria responsabilidade”.²⁴⁶

2.1.2 A separação dos poderes segundo Jeremy Waldron

Em sequência, é preciso clarificar o argumento filosófico-político (que é, por consequência, jurídico-constitucional) que embasa as obrigações especiais do juiz. Uma coisa é dizer que obrigações morais especiais não levam a um relativismo e, assim, são moralmente possíveis. Outra muito diferente é afirmar que determinadas obrigações especiais são moralmente – e, haja vista o escopo deste trabalho, política e juridicamente – válidas. Qual seria a justificativa para a imposição aos juízes de obrigações não oponíveis aos cidadãos comuns?

A resposta está, no nosso entender, na *separação democrática dos poderes*. O Poder Judiciário é uma instituição peculiar no Estado de Direito, porque, embora sua função precípua seja interpretar e aplicar o direito, que emana da soberania popular, na solução dos conflitos sociais, diferentemente dos membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo, os juízes e tribunais não se submetem ao escrutínio público direto e periódico. A autoridade que eles exercem não decorre, portanto, da opinião pública momentânea, nem, tampouco, das maiorias políticas sazonais, e isso é assim porque, no marco de uma governança democrática, existe um valor na existência de um fórum independente – cuja autoridade primária não decorra nem da

are not entitled to abandon this assumption even when our ethical reasons lead to incommensurable yet valuable pursuits”.

²⁴⁶ MORRISON, Toni. The work you do, the person you are. **The New Yorker**. Artigo de 29 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.newyorker.com/magazine/2017/06/05/toni-morrison-the-work-you-do-the-person-you-are>. Acesso em 15 de agosto de 2020, tradução nossa. No original: “Freedom is choosing your responsibility”.

opinião pública nem das maiorias políticas – encarregado de fazer a salvaguarda da Constituição e das leis.

No Federalista nº 47, James Madison escreve que o objetivo básico da separação dos poderes é impedir a tirania.²⁴⁷ Em sua formulação tradicional – creditada, tal qual reconheceram os “pais fundadores” norte-americanos, às elaborações teóricas do Barão de Montesquieu nos anos 1740 –,²⁴⁸ a separação dos poderes indica a necessidade de o poder do Estado estar dividido em três instituições independentes, uma responsável por produzir leis, uma por administrar a máquina pública, e uma por julgar os conflitos sociais. Para Montesquieu, separar o poder do Estado, repartindo-o em três núcleos distintos e autônomos, visa garantir a liberdade, impedindo a produção de leis tirânicas e a execução de ações políticas despóticas e cruéis. Embora a ideia de que as funções estatais devem estar separadas remonta a escritos muito antigos – tendo sido mencionada, por exemplo, em textos de Aristóteles –, a teoria de Montesquieu é, no pensamento político moderno, a elaboração mais influente e impactante do conceito. A ela se deve acrescentar uma segunda ideia, que Madison desenvolve a partir da noção inicial de que o poder do Estado precisa estar dividido, que é o princípio dos freios e contrapesos sistêmicos. Segundo ele defende no Federalista nº 51, “a medida mais segura contra a concentração gradual de muito poder em uma única instituição do Estado está em conferir àqueles que administram cada poder os meios constitucionais e os motivos pessoais necessários para resistir à dominação dos outros”.²⁴⁹ Esse pensamento vai além da concepção elementar da divisão dos poderes, mas Madison atribui sua formulação, igualmente, ao gênio político de Montesquieu.²⁵⁰

A fundamentação de Montesquieu, entretanto, é pouco clara quanto ao significado verdadeiro da separação dos poderes. Seu argumento principal parece ser que, quando o poder não está dividido, a liberdade dos cidadãos é ameaçada, mas, ao discorrer sobre ele, Montesquieu praticamente se limita a tautologias: “Quando o poder legislativo está unido ao poder executivo em uma única pessoa ou órgão, desaparece a liberdade” ou “Tampouco há liberdade quando o poder de julgar não está separado do poder legislativo ou do poder executivo. Se estiver unido ao poder legislativo, a decisão sobre a vida e a liberdade dos

²⁴⁷ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **The federalist papers**. New York: The Tribeca Books, 2014, pp. 139-142.

²⁴⁸ *Ibid.*, pp. 139-140, 145-146 e 148.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 150, tradução nossa. No original: “But the great security against a gradual concentration of several powers in the same department, consists in giving to those who administer each department the necessary constitutional means and personal motives to resist encroachment of the others”.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 151. Cf., ainda, ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András; DORSEN, Norman; BAER, Susanne. *Op. cit.*, 2003, p. 240.

cidadãos será arbitrária, porque o juiz agirá como legislador” ou “Se o poder executivo for outorgado a um grupo de pessoas oriundas do poder legislativo, não haverá mais liberdade, pois os dois poderes estarão unidos, e as mesmas pessoas pertencerão a ambos”.²⁵¹ Do século XVIII ao século XXI, a separação dos poderes, seja na prática ou na teoria, guardou praticamente o mesmo significado – vago, confuso e tautológico, e sempre à luz da explicação insuficiente de Montesquieu.²⁵²

Jeremy Waldron propõe revisitar o conceito. Em artigo com o título *Separation of powers and the rule of law*, o autor se faz o seguinte questionamento: o princípio da separação dos poderes tem algum sentido para além das ideias clássicas da divisão (ou descentralização) de poderes (*dispersal of power*) e dos freios e contrapesos institucionais (*checks and balances*)? A resposta passa por duas afirmações. Waldron primeiro distingue a integridade de cada instituição da democracia – a dignidade da legislação, a independência da jurisdição e a autoridade da administração executiva –, clarificando os papéis específicos que cada uma desempenha nas atividades do Estado. Em seguida, defende o valor de uma governança articulada entre as instituições, em oposição a uma governança amorfa, estanque e indiferenciada, sustentando que o poder é “melhor exercido, ou exercido com maior respeito aos jurisdicionados, quando se dá segundo uma sequência ordenada” de ações estatais.²⁵³

A separação dos poderes nasceu da necessidade de *dispersar* o poder. Nos séculos XVII e XVIII, o problema a ser combatido era a concentração de competências, prerrogativas e privilégios nas mãos de uma única pessoa, oligarquia ou instituição. Em oposição à tirania do Antigo Regime, as revoluções ditas “liberais” se orientaram por um princípio de descentralização política: a premissa de que, em repartindo seu poder em três núcleos autônomos, o Estado moderno lograria promover o governo de todos e o bem comum. É o que Madison afirma no Federalista nº 47: “A acumulação de todos os poderes, legislativo, executivo e judiciário, nas mesmas mãos, seja de um, alguns ou muitos, por sucessão hereditária, autoproclamação ou sufrágio, é justamente a definição de tirania.”²⁵⁴ Sua elaboração aponta para um princípio específico, que Waldron sustenta não se confundir com a separação dos poderes propriamente dita. Embora reconheça, ecoando o alerta de M. J. C. Vile, que a

²⁵¹ MONTESQUIEU, Baron de. **The spirit of the laws**. Transl. Thomas Nugent. Guilford: Prometheus Books, 2002, pp. 159 e 164, tradução nossa.

²⁵² WALDRON, Jeremy. *Op. cit.*, 2016, pp. 60-61. Ver também WALDRON, Jeremy. *Op. cit.*, 2013, pp. 444-446.

²⁵³ WALDRON, Jeremy. *Op. cit.*, 2016, p. 46.

²⁵⁴ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Op. cit.*, 2014, p. 139, tradução nossa. No original: “The accumulation of all powers, legislative, executive, and judiciary, in the same hands, whether of one, a few, or many, and whether hereditary, self-appointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny.”

separação dos poderes é um conceito mergulhado em confusões, Waldron enxerga uma enorme importância no reconhecimento da separação como uma norma que ao mesmo tempo engloba e supera outras diretrizes básicas de organização política.²⁵⁵

A dispersão do poder (ou divisão dos poderes) é um objetivo fundamental do direito moderno. Podemos lê-lo segundo propósitos tão variados quanto os de distribuir o poder e, assim, viabilizar o governo popular; reduzir o domínio de governantes, neutralizando seu orgulho e amenizando suas ambições; estimular a humildade e a responsividade dos agentes políticos; criar um espaço de competição política; evitar o extremismo ideológico e a perseguição a minorias; estabelecer centros múltiplos de influência e decisão, facilitando o acesso dos cidadãos ao processo de definição das escolhas coletivas; e honrar, simbolicamente, os ideais de liberdade e emancipação que edificam a república moderna.²⁵⁶ Dividir o poder, no entanto, não implica necessariamente separá-lo *por funções*. Outras diretrizes organizacionais, como o federalismo, o bicameralismo e a burocracia administrativa, cumprem igualmente – e, às vezes, de modo até mais eficiente – a finalidade de dispersar o poderio e o mando do Estado. Apesar de andar lado a lado com a ideia da dispersão, a separação dos poderes diz algo diferente. E diz, também, algo mais.²⁵⁷

Outro princípio pensado para promover a divisão do poder é, como dissemos, a ideia dos freios e contrapesos institucionais. A lógica é que as instituições às quais são destinadas as quotas-partes do poder do Estado possam se fiscalizar e controlar mutuamente. A existência de outros núcleos igualmente poderosos na estrutura do Estado impediria que um único poder, sob a supervisão vigilante de seus pares, usurpasse prerrogativas e atribuições; em última análise, buscando superar a mera divisão dos poderes, o arranjo frearia a tirania.²⁵⁸ Nas palavras de Madison, “a ambição deve existir para frear a ambição”.²⁵⁹ Também aqui, como na primeira ideia, a separação dos poderes é posta em questão, mas, tal qual dissemos sobre o princípio da dispersão do poder, o postulado dos freios e contrapesos tem um escopo ao mesmo distinto e aquém do da separação propriamente dita. O escopo é distinto, em primeiro lugar, porque o objetivo de conter e contrabalançar o despotismo dos poderes do Estado não é alcançado apenas por meio da fiscalização e do controle que as instituições realizam umas com relação às outras.

²⁵⁵ WALDRON, Jeremy. *Op. cit.*, 2016, pp. 49-50. Ademais, ver VILE, Maurice J. C. **Constitutionalism and the separation of powers**. New York: Liberty Fund, 1998, pp. 76-77.

²⁵⁶ PILDES, Richard; LEVINSON, Daryl. Separation of parties, not powers. **Harvard Law Review**, v. 119, n. 8, 2006, pp. 2312-2316.

²⁵⁷ WALDRON, Jeremy. *Op. cit.*, 2016, p. 52.

²⁵⁸ A insuficiência do princípio da divisão dos poderes é mencionada em MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Op. cit.*, 2014, p. 151.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 150, tradução nossa. No original: “Ambition must be made to counteract ambition”.

A existência de uma estrutura burocrática impessoal e a exigência de as decisões serem tomadas processualmente, com fundamentação e publicidade, são ferramentas similarmente efetivas para frear a tirania. Mas o escopo do princípio é também aquém, porque, mesmo se entendermos que a separação pressupõe uma rede de vigilância e fiscalização recíprocas entre os poderes, precisaremos assumir, novamente, que há algo mais.

Esse algo mais se encontra, segundo Waldron, na perspectiva de uma governança democrática articulada. Inicialmente, é preciso esclarecer quais são as principais funções do Estado: produzir leis, julgar conflitos com base nas leis e administrar a máquina pública, realizando políticas com base, outrossim, nas leis. Esse esclarecimento indica duas coisas. Primeiro, que o desempenho das atividades estatais não é tarefa simples. E, segundo, que cada função estatal é relevante por si mesma, pois designa uma etapa distinta e indispensável do processo de formação e justificação das escolhas coletivas.²⁶⁰

Dizer que o poder deve ser exercido *separadamente* não se restringe a afirmar que, para impedir a concentração da autoridade em um único agente ou órgão, as instituições que encabeçam o desempenho das principais funções do Estado precisam estar divididas, ter autonomia uma com relação à outra (divisão dos poderes) ou desempenhar prerrogativas com capacidade de conter/impedir o desmando alheio (freios e contrapesos). A separação dos poderes não busca exatamente dispersar o poder, mas *ordená-lo*.²⁶¹

Lembremos a história de *O Processo*, romance de Franz Kafka. Josef K. é um bancário que, ao completar trinta anos, é detido e submetido a um processo nebuloso e claustrofóbico. K. desconhece a acusação que pesa contra si, acusação que em momento algum é esclarecida; lutando contra o desenrolar de um procedimento tão grotesco quanto implacável, a ele resta recorrer apenas a elucidações parciais ou falaciosas de personagens que o conhecem ou que vivem situações similares, embora não idênticas. O processo segue um rumo tenaz, ininterrupto; os motivos da perseguição nunca são esclarecidos, a lei jamais é citada ou explicada, e os juízes permanecem anônimos do início ao fim. Quando K. afirma ser inocente, um agente do Estado lhe pergunta “inocente de quê?”, como se, em um processo sem acusação, a alegação de inocência implicasse uma confissão de culpa. Após um ano de detenção, K. é enfim executado nos portões de sua cidade.

²⁶⁰ WALDRON, Jeremy. *Op. cit.*, 2016, p. 62.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 63; WALDRON, Jeremy. *Op. cit.*, 2013, pp. 452-454. Cf. também WALDRON, Jeremy. The rule of law and the importance of procedure. In: FLEMING, James E. **Getting to the rule of law (Nomos L)**. New York: New York University Press, 2011a, pp. 15-21.

O que mais causa perplexidade na história de Josef K. é o fato de o poder do Estado não estar ordenado. Incomoda que o personagem seja submetido a um rito sem embasamento, sem regras previamente conhecidas, incomoda muito que não lhe sejam esclarecidas as razões de sua detenção e do processo movido contra ele. Sem esse esclarecimento, sem a indicação do direito aplicável à sua situação, K. se vê impossibilitado de mobilizar uma resistência fundada na razão. No fim, é-lhe aplicada a pena capital, mas a intervenção estatal, embora gravosa e definitiva, segue permeada por indefinições. O leitor se compadece da desgraça de K., não porque tem certeza de que ele seja inocente, mas por entender que, mesmo que ele houvesse cometido algum ato contrário ao direito, seria necessário, para submetê-lo a um processo e executar contra ele alguma punição, observar um encadeamento de atos que, dando-lhe sucessivas e diferentes oportunidades de expor seus argumentos e influenciar as decisões construídas, legitimasse a ingerência praticada contra sua esfera de direitos.

Nesse encadeamento, importa menos que as instituições do Estado dividam entre si o poder e se fiscalizem mutuamente. Na verdade, “o que importa é que a ação estatal seja articulada, e que as fases dessa articulação correspondam a exigências do Estado de Direito, tais como os princípios de clareza, promulgação, integridade de expectativas, devido processo, e assim em diante. Cada um desses elementos encarna uma preocupação sobre liberdade, dignidade e respeito.”²⁶²

A concepção de Estado de Direito, da mesma forma, não se pode restringir à proposição de que o poder seja exercido com previsibilidade, de acordo com um conjunto de normas previamente estabelecidas. Para fazer algum sentido além da ideia de segurança jurídica, o Estado de Direito deve abarcar também a perspectiva de um modelo institucional arrimado no devido processo constitucional, aberto à argumentação racional e à responsividade política e comprometido com a integridade de um debate público e plural de razões.²⁶³ O Estado de Direito exige, acima de tudo, que a vida em comunidade seja organizada segundo um processo que atenda à articulação institucional da separação dos poderes. A separação dos poderes, por sua vez, impõe que se protejam tanto a integridade específica existente no exercício de cada instituição do Estado quanto a governança democrática articulada entre tais instituições. Não

²⁶² WALDRON, Jeremy. *Op. cit.*, 2016, p. 64. No original: “What matters is that the governmental action has become articulated and many of the stages in that articulation correspond to rule-of-law requirements, such as the principle of clarity, promulgation, the integrity of expectations, due process, and so on. Each of those elements embodies the concerns about liberty, dignity, and respect that the rule of law represents.”

²⁶³ Cf. WALDRON, Jeremy. *Op. cit.*, 2011a, pp. 14-15; WALDRON, Jeremy. Thoughtfulness and the rule of law. *British Academy Review*, Issue 18, 2011b, pp. 1-11; WALDRON, Jeremy. The concept and the rule of law. *Georgia Law Review*, vol. 43, n. 1, 2008b, pp. 3, 11-14 e 49-53; WALDRON, Jeremy. Is the rule of law an essentially contested concept (in Florida)? *Law and Philosophy*, vol. 21, 2002, pp. 137-164.

basta, portanto, que se concebam as instituições como núcleos amorfos e indiferentes. Cada poder tem um papel especial a desempenhar na realização da democracia; há um valor específico no desempenho separado desses papéis, e há um valor, também específico, na articulação entre as contribuições de cada instituição para a definição da sequência deliberativa de formação da vontade coletiva.²⁶⁴

Não é suficiente que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário concorram para a construção de atos que digam respeito à esfera jurídica dos indivíduos. Sob a separação dos poderes, cada uma das atividades exercidas pelos poderes tem uma integridade própria, que precisa ser valorizada e preservada. Assim, para que se construam legitimamente atos que atinjam a esfera jurídica dos sujeitos, seja em seu benefício, ou em seu prejuízo, o Legislativo deve legislar, capitaneando o processo de formação e justificação das escolhas da coletividade; o Executivo deve executar essas escolhas, convertendo-as em políticas de melhoria da vida da comunidade; e o Judiciário deve julgar as disputas e controvérsias que eventualmente surgirem, interpretando e aplicando as escolhas coletivas à luz dos princípios que inspiram as práticas sociais e institucionais.²⁶⁵

O Estado é um instrumento de realização dos objetivos da sociedade. O Estado não é um *dado pronto*, uma estrutura orgânica que, não obstante sua performance, a coletividade precisa aceitar; o Estado é, na verdade, um *dado necessário*, na medida em que possibilita a articulação do convívio social. Pensar o Estado a partir de sua necessidade, e não de sua plenitude, permite que nos perguntemos *por que motivo, em que medida e até que ponto* as instituições e os procedimentos estatais precisam existir. Quanto à separação dos poderes em geral, e ao Poder Judiciário em particular, esse raciocínio possibilita superar a lógica de que, em um Estado que *existe por existir*, o poder esteja disperso entre núcleos determinados, núcleos que se fiscalizam mutuamente, independentemente da função desempenhada por cada um deles e do resultado obtido por todos em conjunto. Para a sociedade, o que de fato importa é que as funções do Estado, exercidas cada uma por um núcleo independente e especializado, estejam articuladas de modo a promover os objetivos da democracia: garantir e fortalecer os direitos fundamentais e realizar o debate público.

No Estado de Direito, a jurisdição oferece uma contribuição específica, valiosa e insubstituível para a governança democrática: a produção de decisões por um agente independente e imparcial, fundamentadas no direito e na razão, construídas no processo, com a participação e a influência das partes, a partir da busca sincera pela única resposta correta para

²⁶⁴ WALDRON, Jeremy. *Op. cit.*, 2012a, pp. 22-23.

²⁶⁵ WALDRON, Jeremy. *Op. cit.*, 2016, pp. 65-66.

cada problema. Mais do que simplesmente um acréscimo voltado a enriquecer o debate social, essa contribuição representa a própria *razão de existir* do Poder Judiciário.

2.1.3 A contribuição do Poder Judiciário à governança democrática

O que justifica a imposição aos juízes de obrigações especiais não oponíveis aos cidadãos comuns é a exigência de se preservar a integridade da contribuição específica que o Poder Judiciário tem a oferecer para a governança democrática. Os juízes são menos livres do que os demais cidadãos, em atividades diversas, porque precisam observar um regime funcional rigoroso, de modo a desempenhar seu ofício com independência e imparcialidade, demonstrando conhecimento e capacitação, guardando reserva sobre sua atuação, e agindo sempre com cortesia, transparência, prudência, diligência e decoro. Além disso, os juízes devem pautar-se pelo respeito à Constituição e às leis, envidando todos os esforços possíveis para fortalecer a performance das instituições e disseminar os valores democráticos na sociedade, bem como comportar-se na vida privada de maneira a dignificar sua função, com a consciência de que o exercício da atividade jurisdicional importa em restrições e exigências distintas das cominadas aos cidadãos em geral.²⁶⁶

A contribuição específica que o Judiciário oferece à governança democrática é a construção de decisões por um agente independente e imparcial, segundo um procedimento em contraditório, a partir de uma interpretação do direito que traduza a única resposta correta para o problema concreto analisado. Ou seja, para cumprir seu papel constitucional, colaborando com a governança democrática, o juiz deve assumir uma posição de abertura, franqueza e colaboração cognitivas, respeitando a institucionalidade democrático-constitucional e a atividade deliberativo-processual, garantindo às partes os meios necessários à efetiva participação na formulação do provimento estatal, e mantendo-se, tanto quanto possível, distante de opiniões públicas efêmeras e preferências políticas sazonais. A decisão judicial deve traduzir o debate no processo, com a participação e a influência das partes, e ao mesmo tempo enunciar uma interpretação do direito que, desenvolvida segundo uma argumentação racional, expresse uma busca sincera pela única resposta correta – uma resposta que, vocalizada pelo juiz a partir de uma interlocução ativa e verdadeira com as partes, resgate e reavive a história do

²⁶⁶ É o que estabelecem os arts. 1º, 2º, 3º e 16 do Código de Ética da Magistratura Nacional.

direito positivo, relendo-a à sua melhor luz. O ambiente deliberativo baseado no princípio da igualdade, o compartilhamento com as partes da responsabilidade por decidir, a atitude de respeito e lisura do agente do Estado encarregado de dizer a decisão, e a vinculação à gramática do direito e a uma argumentação exclusivamente baseada em princípios, esse diferencial é precisamente o porquê da existência do Poder Judiciário.²⁶⁷

Em resumo, o funcionamento democraticamente adequado da justiça exige sejam observadas três diretrizes principais: o juiz deve ser independente e imparcial; ele precisa propiciar a influência das partes na construção do provimento e, ao fim do debate, proferir uma decisão que traduza a atividade processual e, assim, não seja uma surpresa para ninguém; e sua decisão deve estar fundamentada no direito e lastreada em argumentos de princípio.

2.1.3.1 O juiz deve ser independente e imparcial

Paul Ricoeur escreve, em menção aos papéis do juiz e do historiador, que a posição do terceiro, de alguém que observa e examina “de fora para dentro” os lugares ocupados no ambiente público pelos protagonistas da ação social, é acompanhada, no mundo moderno, por um *desejo de imparcialidade*.²⁶⁸

A imparcialidade é tanto um ponto de vista sobre o mundo quanto um compromisso com a democracia. Embora cada um de nós enxergue a realidade que nos rodeia segundo um prisma próprio, podemos, por força da razão, afastar-nos de nossas posições particulares, abstraindo-nos de nós mesmos, sem que com isso deixemos de ser as pessoas que somos. Esse ponto de vista impessoal – que é uma espécie (apenas aparente) de não-ponto de vista – é epistêmico e moral. Epistêmico, porque, distanciando-se de um modo individual de enxergar as coisas, o prisma da impessoalidade busca conhecer um novo saber, uma nova maneira de ver o mundo e as pessoas. E moral, porque, tentando se afastar das amarras e dos preconceitos que condicionam e conduzem a pessoalidade, o ponto de vista impessoal supõe uma igualdade de reconhecimento, assumindo que todos os pontos de vista são igualmente valiosos.²⁶⁹ Nesse

²⁶⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985, pp. 43-56; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. On the difficulty to ground the authority of constitutional courts: can strong judicial review be morally justified? In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; FERNANDES, Bernardo Gonçalves A. (org.). **Democratizing constitutional law: perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism**. Heidelberg: Springer International Publishing, 2016, pp. 29-69.

²⁶⁸ RICOEUR, Paul. **La mémoire, l'histoire, l'oubli**. Paris: Seuil, 2003, p. 413.

²⁶⁹ NAGEL, Thomas. **Equality and partiality**. Oxford: Oxford University Press, 1991, pp. 10-13.

sentido, ser imparcial é uma postura de virtude política, uma postura que, tal qual a descrevemos, tem grandes implicações para a política democrática, pois seu principal intuito é reforçar que a todas as pessoas deve ser dada a mesma chance de participar do debate público e convencer a coletividade pela força do argumento.²⁷⁰

É evidente que o ponto de vista imparcial não fica restrito nem ao juiz nem ao historiador. Com relação ao historiador, o prisma impessoal sinaliza um dever de honestidade intelectual no tratamento dos arquivos e na busca pela verdade.²⁷¹ No caso do juiz, a impessoalidade – que se traduz em imparcialidade, na medida em que implica a assunção de um posicionamento não parcial – constitui uma exigência para a construção isonômica de uma norma-decisão legitimamente vinculante. No entanto, o valor epistêmico e moral da impessoalidade é desejado e perseguido também pelo cidadão, sempre que a assunção de uma posição externa ao protagonismo social, em um contexto similar ao do contrato social de Jean-Jacques Rousseau²⁷² ou do “véu de ignorância” de John Rawls,²⁷³ se mostra necessária para que se compreenda e avalie uma ocorrência concreta.

O historiador não é juiz, pois sua representação dos fatos não visa (ou, pelo menos, não deve visar) a um reconhecimento conforme o direito, nem, tampouco, a uma restauração justa dos lugares ocupados pelos atores sociais. O historiador não julga, sua leitura não é nem pode ser definitiva. Ao historiador não cabe avaliar o acerto ou o desacerto das decisões tomadas pelas gerações passadas, seja essa avaliação moral, política ou jurídica. Para se colocar como julgador, arvorando-se em tribunal da história, o historiador precisa, antes, reconhecer o “custo da precariedade de um julgamento cuja parcialidade, de viés até militante”, pode facilmente comprometer sua análise do passado. Porém, seu olhar sobre os acontecimentos não pode ser neutro, e, assim, algum juízo – inevitável – será por ele lançado sobre a história. Esse juízo acontece, por exemplo, quando o historiador escolhe estudar um tema-problema e não outros, ou quando ele seleciona, nesse estudo, aprofundar-se em determinadas tramas historiográficas em detrimento de alternativas (em tese) aplicáveis. “Em tal caso, entretanto”, lembra Ricoeur,

²⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, 1992, pp. 114-116; DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 2011b, pp. 385-392. No mesmo sentido, ver, ainda, DWORKIN, Ronald. **Sovereign virtue: the theory and practice of equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2000b, cap. 10; DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?: principles for a new political debate**. Princeton: Princeton University Press, 2006b, pp. 44-71.

²⁷¹ RICOEUR, Paul. *Op. cit.*, 2003, pp. 414-415.

²⁷² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios do direito político**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 78-89.

²⁷³ RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, pp. 360-372.

“seu juízo audacioso é submetido à crítica da corporação historiadora e do público esclarecido, e sua obra, oferecida a um processo interminável de revisões”.²⁷⁴

A abertura da narrativa à reescrita é, em última instância, o que diferencia a análise histórica provisória do julgamento judicial definitivo. Isso não significa que o juiz possua as “chaves da verdade”. Pelo contrário, como seu entendimento sobre determinada ação social aspira à definitividade, do juiz é exigida, tanto antes quanto depois de proferida a sentença, uma atitude ainda mais enfática de humildade intelectual. O erro do historiador se subordina a um círculo corretivo ilimitado, e a historiografia é, por natureza, um empreendimento coletivo, uma edificação de muitas mãos que se põe sujeita a constantes e acirradas reformas. O erro do juiz, por outro lado, permanece; precisa ser assim, pois a palavra da justiça, que almeja a constituição da coisa julgada, não busca apenas resgatar a verdade de uma situação concreta, mas principalmente, e nisso reside a singularidade do poder judicial, reparar os prejuízos indevidos e restabelecer a igualdade rompida. O juiz precisa julgar: o não julgamento – ou, com a mesma repercussão, o julgamento não concluído – é um problema tão grave quanto o da sentença errada ou injusta. O círculo da verdade judicial, que o juiz fecha ao prolatar sua decisão, é depois reaberto pelo historiador, mas não para julgar o caso novamente; nesse novo círculo, o pronunciamento do juiz é submetido à incansável e infindável revisão historiográfica, porém o veredito continua, em regra, inalterado.²⁷⁵

Para realizar seu ofício de modo adequado, o juiz precisa gozar de independência. Ser o juiz independente é uma condição necessária à realização da justiça, condição que se origina da autonomia do direito face à política.²⁷⁶ No Estado de Direito, é preciso existir um espaço próprio, destacado e independente de afirmação do direito, e essa função é cumprida pelo Poder Judiciário. A independência é um requisito indispensável para que o sistema de justiça funcione adequadamente, sem interferências indevidas por parte das instituições políticas ou das elites sociais, isto é, para que o Judiciário possa efetivamente oferecer sua contribuição específica à governança democrática. Mas o juiz, além de independente, deve ser também imparcial. Independência e imparcialidade são ideias distintas, mas que estão intimamente ligadas, já que

²⁷⁴ RICOEUR, Paul. *Op. cit.*, 2003, p. 421, tradução nossa. Excerto retirado do seguinte trecho no original: “Tout cela, l'historien ne le fait pas, ne peut pas, ne veut pas le faire; s'il le tente, au risque de s'ériger tout seul en tribunal de l'histoire, c'est au prix de l'aveu de la précarité d'un jugement dont il reconnaît la partialité, voire la militance. Mais alors son audacieux jugement est proposé à la critique de la corporation historique et à celle du public éclairé, son œuvre offerte à un processus illimité de révisions qui fait de l'écriture de l'histoire une perpétuelle réécriture.”

²⁷⁵ *Ibid.*, 2003, p. 422.

²⁷⁶ SHETREET, Shimon; TURENNE, Sophie. *Op. cit.*, 2013, pp. 181-208.

uma é condição de possibilidade da outra.²⁷⁷ Segundo pontuam alguns autores, é fundamental que a diferença entre os dois conceitos esteja clara, porque, em sua essência, eles indicam caminhos opostos: a independência quer garantir autonomia, no sentido de assegurar ao juiz que atue sem ingerências externas, ao passo que a imparcialidade impõe uma limitação ao agir judicial, já que implica um dever de equidistância formal e material do juiz com relação às partes do conflito e aos argumentos que compõem a controvérsia debatida.²⁷⁸ Além disso, existem outros atores processuais que gozam da mesma independência, mas que não precisam observar o mesmo parâmetro de imparcialidade, a exemplo do Ministério Público.²⁷⁹ Sem dúvida, independência e imparcialidade são noções distintas, que não podem ser confundidas; não negamos, ademais, que exista entre elas uma tensão, já que, em sendo lidas de modo isolado, elas podem sinalizar perspectivas essencialmente antagônicas, uma no sentido de mais liberdade, e a outra de menos. Mas é igualmente imprescindível perceber que essas ideias, embora aparentemente adversas, se conciliam no marco de um processo democrático. Ou seja, conforme uma leitura democraticamente adequada do sistema processual, a independência e a imparcialidade são princípios interdependentes. O juiz, para ser imparcial, precisa ser independente – e, assim, titularizar um conjunto específico de garantias funcionais. Contudo, a jurisdição só será efetivamente independente se os juízes a gerenciarem com imparcialidade; por isso mesmo, sobre eles deve incidir um plexo de vedações e obrigações especiais.

No direito brasileiro, as garantias do Poder Judiciário estão divididas, segundo classificação tradicional, em institucionais e funcionais. As garantias institucionais são a autonomia administrativa, a autonomia financeira e a autonomia funcional da jurisdição; o art. 96 da Constituição de 1988 estabelece, por exemplo, que compete privativamente aos tribunais eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, organizar suas secretarias e seus serviços auxiliares, prover os cargos de juiz de carreira e os demais necessários à administração da justiça. As garantias funcionais, por sua vez, estão subdivididas em garantias de independência e garantias de imparcialidade. As de independência se revelam como prerrogativas funcionais, dentre elas as garantias, previstas no art. 95 da Constituição, de

²⁷⁷ KAUFMAN, Irving R. The essence of judicial independence. **Columbia Law Review**, vol. 80, n. 4, 1980, p. 672. No mesmo sentido, cf. PAPAYANNIS, Diego M. Independence, impartiality, and neutrality in legal adjudication. **Revus (online)**, n. 28, 2016, pp. 33–52.

²⁷⁸ PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 36-39; REICHELT, Luís Alberto. O direito fundamental das partes à imparcialidade do juiz no direito processual civil. **Revista de Processo**, vol. 227, 2014, pp. 110-111. Discordamos, no entanto, da ponderação de Luís Alberto Reichelt de que a independência se refere ao órgão judicial, e a imparcialidade à pessoa do juiz, porque, no nosso entender, ambas as ideias têm uma dimensão tanto pessoal quanto institucional, ou seja, o juiz deve ser ao mesmo tempo independente e imparcial, e o Poder Judiciário precisa preservar sua independência e, concomitantemente, demonstrar sua imparcialidade.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 110.

vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio. As de imparcialidade, por sua vez, respeitam a limitações impostas aos juízes em razão do exercício da função.²⁸⁰ O mais importante, qual afirmamos, é ficar claro que, apesar de a independência e a imparcialidade corresponderem a grandezas diferentes que, de certa maneira, estão em constante tensão, uma é condição de possibilidade da outra. A Constituição brasileira caminha justamente nesse sentido.

Como dissemos, a imparcialidade é uma exigência normativa que se traduz em virtude de postura: diz respeito ao modo como a autoridade judicial se comporta perante a administração do sistema de justiça. O juiz imparcial é um pressuposto de validade do processo, porém a exigência não se restringe ao ambiente endoprocessual. A imparcialidade expressa um critério de legitimação do Poder Judiciário como instância autônoma de tomada de decisões. Posto nesses termos, o princípio tem três dimensões fundamentais: uma processual, relativa à equidistância assumida pelo julgador na administração da lide submetida à sua apreciação; uma política, que diz respeito à maneira como o magistrado se apresenta na esfera pública, vocalizando um poder republicano cujo propósito constitucional é implementar o Estado de Direito na solução dos conflitos sociais; e uma ética, atinente à obrigação moral que o juiz tem de desempenhar adequadamente – impessoalmente – a função que se comprometeu a exercer.²⁸¹ As dimensões processual e política estão ligadas a duas facetas do papel exercido pelo juiz: as do julgador e do magistrado, respectivamente. O julgador é um agente-figura que se constrói e se desconstrói no âmbito processual, emergindo discursivamente do exercício dialético do contraditório e desaparecendo depois que prolata sua decisão. Já o magistrado é um agente-ator que age e interage politicamente na arena deliberativa, já que integra e representa o Poder Judiciário, instituição estatal responsável por julgar e autorizar a coerção em uma comunidade de pessoas livres e iguais.²⁸² A dimensão ética, por sua vez, edifica a função judicante, e é dela que derivam os compromissos originários que possibilitam conceber obrigações especiais impostas ao juiz pelo papel social que ele ocupa.

O juiz, portanto, deve ser independente e imparcial, adotando “uma posição institucional que é, ao mesmo tempo, externa aos sujeitos da causa e ao sistema político e estranha aos

²⁸⁰ Ver em SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2020, pp. 577-578.

²⁸¹ GEYH, Charles Gardner. The dimensions of judicial impartiality. **Florida Law Review**, vol. 65, n. 2, 2014, pp. 493-551.

²⁸² BAUR, Fritz. **Grundbegriffe des Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit**. Frankfurt: C. H. Beck, 1952, pp. 89-111; BAUR, Fritz. **Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozess**. Frankfurt: C. H. Beck, 1957, p. 29.

interesses de quem quer que seja”,²⁸³ pois, como escreveu Zaffaroni, “a jurisdição não existe se não for imparcial”.²⁸⁴

No entanto, o juiz é um alguém-no-mundo e, por isso, enxerga a realidade de acordo com experiências, vicissitudes e expectativas que lhe são próprias. Da mesma forma que o historiador não é capaz de abstrair-se completamente de si próprio, sendo inelutável que, ao perscrutar o passado, ele se guie segundo seu próprio horizonte histórico de sentido, ao juiz também não é possível olhar para o mundo sem partir de um conjunto de pressupostos e subentendidos que conformam e definem o que para ele significam a justiça, a justeza, a equidade, a bondade e a beleza. Quando o juiz decide, por mais aberto que ele esteja à polivalência do debate e à interlocução argumentativa entre as partes no processo, é inevitável que ele lance sobre a realidade um juízo ancorado em suas próprias pré-compreensões sobre o direito. A impessoalidade absoluta, também chamada de neutralidade pura, é um patamar humanamente impossível de ser alcançado. Logo, na democracia, a posição do juiz corporifica uma contradição: a necessidade de um terceiro, a impossibilidade de um terceiro.²⁸⁵ Em outras palavras, se o juiz precisa assumir o ponto de vista de um terceiro, mas esse ponto de vista, ao menos em um sentido absoluto, é impossível, então a justiça, tal qual a democracia, é uma aporia, uma *experiência necessária do impossível*.²⁸⁶ A articulação entre a necessidade e a impossibilidade da impessoalidade só se resolve na vivência institucional, na dinâmica discursiva em que as práticas sociais e institucionais são apreendidas, compreendidas, criticadas e corrigidas. Ser imparcial é uma atitude perante o mundo, não um estágio acabado; o juiz precisa aspirar à impessoalidade, e precisa fazê-lo de maneira honesta, insistente e destemida.

Ainda que estejam conectadas, imparcialidade e impessoalidade são, portanto, qualidades distintas. Dada a impossibilidade de se atingir a impessoalidade, a justiça deve ser administrada de tal forma a assegurar uma racionalização da pessoalidade do juiz. Isso exige, de início, sejam observadas as etapas de discussão entre as partes no processo e respeitada a lógica de construção do provimento a partir de expedientes que garantam a abertura cognitiva do juiz a fatos e argumentos. Além disso, é preciso que os juízes se comportem, tanto dentro quanto fora do ambiente deliberativo-processual, de tal modo a minimizar os efeitos de seus

²⁸³ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021b, p. 367.

²⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 86.

²⁸⁵ GARAPON, Antoine. *Op. cit.*, 2001, pp. 243-244.

²⁸⁶ DERRIDA, Jacques. *Op. cit.*, 1992, pp. 14-15.

vieses cognitivos, buscando reabrir a possibilidade de problematizar pontos de vista que se têm mantido fechados.²⁸⁷

No mesmo sentido, a imparcialidade do juiz não pode ser negativa. A posição do juiz deve ser, em princípio, de distanciamento com relação às preferências que são manifestadas no litígio, porém isso não significa que o juiz deva ficar alheio às clivagens e às vulnerabilidades sociais que, embora provenientes de uma realidade extraprocessual, podem repercutir fortemente na dinâmica do processo. Essa perspectiva nasceu de discussões no campo do processo penal, mas sua utilidade reverbera para todos os ramos do direito processual, porque o que o aporte almeja sinalizar é a necessidade de a imparcialidade judicial ser compreendida segundo a realidade material do processo. O juiz é um agente do Estado e, como tal, tem a incumbência de proteger e plenipotencializar o objetivo constitucional de combater a desigualdade social; no processo, isso se revela por meio da assunção de cuidados e medidas que, antes de comprometerem o distanciamento judicial necessário à construção conjunta de um provimento válido e justo, asseguram que a decisão seja de fato edificada pelas partes em comparticipação, de forma que ambos os polos, ainda que um deles esteja em situação de desvantagem, tenham as mesmas chances de influir no resultado do debate. Conforme pontua Artur de Souza, a imparcialidade do juiz precisa ser positiva, uma vez que “o juiz, antes de se intitular imparcial na sua concepção ontológica, está sujeito a uma anterioridade ética que reclama sua responsabilidade pelo outro”.²⁸⁸

Em acréscimo, mais do que efetivamente ser imparcial, o juiz precisa transparecer imparcialidade, agindo de modo a transmitir aos demais atores compromissados com a administração da justiça e à sociedade em geral a mensagem de que sua intervenção é produto de uma reflexão racional isenta, genuína e responsável. A imparcialidade do juiz deve ser tanto *subjetiva* quanto *objetiva*: ele precisa *ser* e ao mesmo tempo *parecer* imparcial.²⁸⁹ Essa distinção foi concebida pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Piersack v. Belgium*, julgado em 1982, em que se debateu a imparcialidade de um juiz criminal que, durante um período no processo, havia atuado, na Promotoria de Bruxelas, como chefe do setor responsável pela ação. No exame da alegação de que o tribunal havia agido de modo parcial, a Corte asseverou que, na aferição da imparcialidade de um órgão jurisdicional, “é possível diferenciar

²⁸⁷ NUNES, Dierle José Coelho; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. Salvador: Juspodivm, 2018, pp. 22-75 e 99-103.

²⁸⁸ SOUZA, Artur Cesar de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 246.

²⁸⁹ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 74-76. Ver também ABOUD, Georges. *Op. cit.*, 2021b, pp. 368-369.

entre uma abordagem subjetiva, que diz respeito ao esforço de verificar a convicção pessoal do juiz em determinado caso, e uma abordagem objetiva, que se refere à definição de que o juiz deu garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima a esse respeito”.²⁹⁰ O Estado belga demonstrou que a pessoa que chefia a Promotoria de Bruxelas tem atribuições sobretudo administrativas e, por isso, não acompanha nem toma ciência de nenhum pormenor dos casos movidos pela equipe criminal, porém a Corte reconheceu que, no cenário concreto, embora a imparcialidade subjetiva do juiz não pudesse ser questionada, sua imparcialidade objetiva havia sido contaminada, tendo em vista a aparência fundada de que o juiz estava inclinado a favorecer a acusação. O juiz precisa dar a entender, perante a sociedade como um todo, que está preparado técnica e moralmente para levar um julgamento adiante. Ou seja, é necessário que haja confiança na idoneidade do órgão julgador e na hignidade do processo deliberativo-decisório.²⁹¹

Daí o regime especial que o direito institui sobre o desempenho da função judicante: o juiz é um agente especial, dada a natureza de suas atividades, e por isso deve observar um plexo de obrigações extraordinárias não oponíveis ao cidadão comum. Isso vale, evidentemente, para a liberdade de expressão. Para garantir o exercício adequado de seu ofício, de forma a efetivamente cumprir as diretrizes descritas acima, o juiz precisa assumir um *lugar discursivo* diferenciado. Quando o juiz expressa seu pensamento em público sem atentar para os parâmetros e balizamentos inerentes à realização da justiça, ele antecipa um juízo que, na democracia, só poderia vir ao mundo no processo, a partir de uma construção em contraditório, com a participação e a influência das partes, e como resultado de uma busca autêntica pela única resposta correta. A expressão judicial veiculada em inobservância a esses parâmetros fere a imparcialidade da justiça, o contraditório material e a exigência de fundamentação do provimento jurisdicional e, por esse motivo, prejudica a contribuição específica que o Poder Judiciário tem a oferecer para a governança democrática e a deliberação pública.

O juiz, portanto, é menos livre que o cidadão comum. O cidadão *precisa* ser mais livre, não só por conta de o juiz aspirar ao lugar de um terceiro imparcial – aspiração que, pelo menos da maneira a que nos referimos aqui, não se aplica ao não juiz –, mas porque é ele (o cidadão) quem dá sentido às práticas que compõem a judicatura: é com relação à posição de não terceiro

²⁹⁰ Conselho da Europa. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Sentença em Piersack v. Belgium**. Estrasburgo, 1982, § 30, tradução nossa. No original: “A distinction can be drawn in this context between a subjective approach, that is endeavouring to ascertain the personal conviction of a given judge in a given case, and an objective approach, that is determining whether he offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect.”

²⁹¹ No mesmo sentido, cf. também Conselho da Europa. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Sentença em De Cubber v. Belgium**. Estrasburgo, 1984; Conselho da Europa. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Sentença em Mehmet Ali Yilmaz v. Turkey**. Estrasburgo, 2001.

do cidadão que o juiz se arvora na responsabilidade de julgar os conflitos sociais conforme o direito. Segundo Ricoeur, o cidadão é um “terceiro parceiro”, um sujeito que emerge como “terceiro no tempo: seu olhar se constrói com base em sua própria experiência, instruída tanto pelo julgamento judicial quanto pela investigação histórica publicada”. O cidadão busca uma intervenção não acabada, pois sua análise da realidade não almeja produzir um juízo imutável sobre os problemas da vida – nesse aspecto, ele se aproxima do historiador. No entanto, ele está igualmente à procura de um “julgamento garantido”, o qual ele gostaria que fosse, pelo menos em um primeiro momento, definitivo. Sob esses aspectos, o cidadão se constitui em “árbitro derradeiro”: é ele o verdadeiro guardião dos valores liberais da democracia constitucional. Só a convicção do cidadão fundamenta e justifica tanto a honestidade intelectual na pesquisa historiográfica quanto a equidade política no processo jurisdicional.²⁹²

2.1.3.2 O juiz deve propiciar e promover um contraditório material

O processo não é um instrumento de vocalização do entendimento do juiz, mas um meio de controlar a atividade judicial, de maneira que a decisão produzida pelo Estado, decisão que inevitavelmente será lavrada e fundamentada pelo juiz, seja, tanto quanto possível, a tradução de uma construção coletiva e dialética, baseada no direito e na razão e com a participação e a influência das partes. A exigência da fundamentação das decisões judiciais é uma exigência de justificação do entendimento do juiz. O juiz, que não é escolhido pelo povo para decidir, exerce um poder que não está pré-validado, um poder que reclama uma legitimação contínua e que, por conta disso, depende invariavelmente de renovar-se a partir de sucessivas e boas justificações. Sem justificativa plausível à luz do direito, sem argumentos racionais ancorados

²⁹² RICOEUR, Paul. *Op. cit.*, 2003, p. 436, tradução nossa. Excertos retirados do seguinte trecho no original: “Partis à la recherche du tiers impartial mais non infaillible, nous terminons par l’addition au couple du juge et de l’historien d’un troisième partenaire, le citoyen. Il émerge comme un tiers dans le temps: son regard se structure à partir de son expérience propre, instruite diversemment par le jugement pénal et par l’enquête historique publiée. D’autre part, son intervention n’est jamais achevée, ce qui le place plutôt du côté de l’historien. Mais il est en quête d’un jugement assuré, qu’il voudrait définitif comme celui du juge. À tous égards, il reste l’arbitre ultime. C’est lui le porteur militant des valeurs libérales de la démocratie constitutionnelle. Seule la conviction du citoyen justifie en dernier ressort l’équité de la procédure pénale dans l’enceinte du tribunal et l’honnêteté intellectuelle de l’historien aux archives. Et c’est la même conviction qui, en dernier ressort, permet rétrospectivement de nommer l’inhumain comme contraire absolu des valeurs libérales.”

na melhor interpretação possível da história institucional do direito, a decisão judicial não se pode sustentar.²⁹³

A justificação da decisão precisa ser substancial, ou seja, é fundamental que o juiz explicita e articule argumentos que enunciem, com densidade e completude discursivas, aquilo que ele entende como correto e verdadeiro – argumentos concebidos e desenhados, portanto, para convencerem as outras pessoas de que o entendimento esposado na decisão é a única melhor resposta correta para o problema apreciado. As palavras do juiz na elaboração da decisão devem ser utilizadas não para atender a uma formalidade legal, mas para construir uma narrativa que justifique, perante o sistema de justiça e a sociedade em geral, o caminho escolhido; ao fundamentar sua posição decisória, o juiz deve agir não como se cumprisse uma exigência formal, mas como se precisasse persuadir o maior número possível de pessoas.

O princípio do contraditório merece destaque, pois é o único que integra o conceito de processo.²⁹⁴ De acordo com Elio Fazzalari, o provimento a que o processo aspira – uma decisão com aptidão para fazer coisa julgada, que ponha fim ao conflito social e contribua para a estabilização do entendimento da comunidade sobre seu próprio direito – exige a realização de uma série de atividades preparatórias das quais são chamados a participar não só o juiz, mas também as partes. Essa é a essência do processo: o fato de ele ser um procedimento que não apenas visa à produção de uma decisão, mas cujo resultado – o provimento estatal – depende da participação ativa e dialética das partes.²⁹⁵

Em outras palavras, o processo precisa ser operacionalizado a partir de uma atuação comparticipativa dos sujeitos: ao juiz, às partes e aos demais atores envolvidos na administração da justiça cumpre “atuar em um viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade, na construção dos pronunciamentos judiciais e em sua efetivação”.²⁹⁶ Uma decisão judicial só será democraticamente adequada e legítima se resultar de um trabalho conjunto e efetivo entre o juiz e as partes.²⁹⁷ Ademais, como meio de solução das controvérsias sociais, o processo contempla momentos e etapas para a oitiva dos envolvidos, a produção de provas, o debate e a reflexão conscientes sobre a temática posta em julgamento. No fim, a norma-decisão construída como solução ao problema deve, em respeito ao trabalho envidado pelos sujeitos processuais no

²⁹³ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008a, pp. 202-205. Sobre o mesmo ponto, ver CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2022, pp. 65-66.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 92.

²⁹⁵ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. Padua: Cedam, 1996, pp. 8-10 e 72-76; GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, pp. 115-116.

²⁹⁶ NUNES, Dierle José Coelho; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Op. cit.*, 2018, p. 189.

²⁹⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Op. cit.*, 2008a, pp. 193 e 212-220.

desenrolar do procedimento, traduzir a realidade de todo o esforço participativo engendrado.²⁹⁸

Na democracia, todos os indivíduos têm o direito de participar dos processos de elaboração das decisões do Estado; no processo judicial, esse direito é exercido por meio do contraditório material. O contraditório material é um princípio que, para ser concretizado, exige mais do que apenas uma paridade formal de armas no processo ou uma bilateralidade de audiência na composição da lide e na instrução processual. Conforme entenderam inicialmente os processualistas alemães, segundo uma perspectiva que, assumida nos anos 1970, repercutiu, daí em diante, em diversos lugares do mundo, o contraditório material é uma garantia de que as partes poderão influenciar o resultado da decisão, de que nenhuma delas será surpreendida por um pronunciamento judicial baseado em questão sobre a qual não lhe tenha sido dada oportunidade de manifestação, e de que a sentença aproveitará, tanto quanto possível, toda a atividade processual. No direito alemão, o contraditório material corresponde ao direito de ser ouvido.²⁹⁹ Esse direito impõe que a decisão judicial seja vista como uma construção dependente da participação das partes. Ao longo do itinerário processual, observada uma paridade de oportunidades de falar e ser ouvido, as partes colaborarão com o alcance de uma interpretação constitucionalmente adequada do direito, sendo necessário garantir, nessa dinâmica, que ambos os lados tenham a chance efetiva de influir no convencimento do juiz a respeito de qual é a única solução correta para o conflito.³⁰⁰

Essa compreensão do contraditório como o direito de verdadeiramente influenciar o resultado do processo faz com que ele esteja intimamente conectado a outras duas ideias importantes. O contraditório exige, inicialmente, que a decisão do juiz esteja fundamentada de modo a traduzir o debate processual, com a apreciação das questões, ressalvas e considerações aduzidas pelas partes, ainda que (ou sobretudo) para refutá-las.³⁰¹ Ademais, o contraditório fundamenta a indispensabilidade da não surpresa, isto é, a exigência de que as partes não sejam surpreendidas com decisões a respeito das quais não tenham tido a oportunidade substancial de dizer alguma coisa. Em outras palavras, o contraditório milita contra o juiz que decide

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 194; NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, 2008b, pp. 21-23; NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JR., Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, v. 168, 2009, pp. 107-141.

²⁹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, 2022, p. 98. Para a perspectiva no direito alemão, ver BAUR, Fritz; GRUNSKY, Wolfgang; JACOBY, Florian. **Zivilprozessrecht**. Frankfurt am Main: Vahlen, 2022, pp. 122-128; ARENS, Peter; LÜKE, Wolfgang. **Zivilprozessrecht I**. Berlin: C. H. Beck, 2019, pp. 52-61 e 348-349.

³⁰⁰ BAUR, Fritz. *Op. cit.*, 1952, p. 77; NUNES, Dierle José Coelho. *Op. cit.*, 2008a, p. 52.

³⁰¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, 2022, pp. 99-101.

isoladamente, no silêncio frio de seu convencimento íntimo, sem compartilhar a construção do provimento com as partes, e sem extrair da atividade processual o conteúdo, a legitimidade e a efetividade que ela oferta ao pronunciamento judicial. Como ensina Dierle Nunes, o juiz viola o devido processo constitucional quando constrói “provimentos, solitariamente, sem o respaldo da contribuição dos demais sujeitos processuais e, especialmente, sem o respaldo técnico do processo, uma vez que a busca da rapidez procedimental conduz à construção de procedimentos cognitivos que reduzem a dialogicidade e cancelam o solipsismo judicial”.³⁰²

Ou seja, o processo democrático, orientado por um contraditório material, é participativo. A palavra “participação” é preferentemente utilizada, em detrimento de “colaboração” ou “cooperação”, porque a ideia por trás do contraditório substancial não é que as partes devam colaborar ou cooperar entre si, no sentido de ajudar-se ou apoiar-se mutuamente, mas que elas terão a oportunidade de construir em conjunto o provimento judicial, influenciando a decisão do juiz e participando dela.³⁰³ Segundo a lógica da participação, o processo deve funcionar em atenção ao Estado Democrático de Direito, no sentido de abrigar uma “comunidade de trabalho” na qual todos os atores processuais atuem para edificar o melhor provimento possível, buscando em conjunto, dialética e democraticamente, a única resposta correta.³⁰⁴

O Supremo Tribunal Federal compartilha desse entendimento. No julgamento do Mandado de Segurança nº 24268, impetrado contra ato do Tribunal de Contas da União de negativa de registro de concessão de pensão especial, com o consequente cancelamento, sem a oitiva da pensionista, do pagamento de benefício concedido dezoito anos antes, o Supremo debateu a aplicabilidade do contraditório material a procedimentos administrativos. Em seu voto, o relator para o acórdão, ministro Gilmar Mendes, não se limitando a reconhecer que as garantias do contraditório e da ampla defesa, previstas no art. 5º, LV, da Constituição de 1988, são conferidas a todos os litigantes, seja em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, discorreu longamente sobre o contraditório material. Segundo ele, “o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo”. Citando a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha sobre o direito de pretensão à tutela jurídica (*Anspruch auf rechtliches Gehör*), Mendes explica que, segundo o tribunal alemão, “essa pretensão

³⁰² NUNES, Dierle José Coelho. *Op. cit.*, 2008b, p. 25; NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JR., Humberto. *Op. cit.*, 2009, pp. 115-122.

³⁰³ NUNES, Dierle José Coelho. *Op. cit.*, 2008a, pp. 201-204; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, 2022, pp. 107-108.

³⁰⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Op. cit.*, 2008a, p. 215. Ver, no mesmo sentido, ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Salvador: Lumen Juris, 2007, pp. 60-61.

envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar”. Então, assevera que o contraditório previsto na Constituição brasileira, qual se dá na Alemanha, contempla o direito de o órgão julgador informar à parte o que está acontecendo no processo; o direito da parte de manifestar-se oralmente e por escrito, em paridade de oportunidades e armas com a parte adversa (se houver); o direito de ver seus argumentos considerados, “que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas”, isto é, que reclama que o juiz ou a Administração Pública não apenas tomem ciência das alegações da parte, mas efetivamente as considerem, levando-as a sério, e forneçam a elas respostas adequadas e suficientes, tanto para acolhê-las quanto (sobretudo) para rejeitá-las.³⁰⁵

2.1.3.3 *A decisão judicial precisa ser fundamentada com base no direito*

A função judicial se baseia em um forte compromisso com o direito institucional – ou seja, com a legalidade. Ao julgar determinado conflito, é fundamental que o juiz recupere a história institucional do direito, compreendendo-a como o produto coeso da comunidade soberana corporificada, e, a partir das circunstâncias do caso concreto, releia tal história à sua melhor luz, adequando-a aos princípios de justiça, equidade e justeza que dão sentido às práticas sociais e institucionais. A reflexão feita pelo juiz, construída em interlocução com as partes, deve ser relatada em sua decisão, de maneira que o provimento seja explícita e sinceramente fundamentado com base no direito, nos fatos e na razão, tendo em vista o debate no processo. A fundamentação deve ser clara, direta, objetiva e suficiente, bem como traduzir, fielmente, a atividade processual. Trata-se de exigência de tanta importância que a Constituição de 1988 estipula, em seu art. 93, inciso IX, que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Vimos que a teoria da única resposta correta é uma tese sobre como o juiz deve se portar hermeneuticamente. Em rejeição tanto à ideia convencionalista de que, ao decidir, o juiz noticia fatos do passado, quanto à perspectiva pragmatista de que, ao contrário, ele dita um programa para o futuro, a tese da integridade no direito baseia-se na defesa de que, na interpretação do

³⁰⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Mandado de Segurança nº 24268**. Brasília, 5 de fevereiro de 2004, pp. 168-169.

direito, ao juiz é imposto recuperar a história institucional do direito, compreendendo-a à sua melhor luz, e atualizá-la de acordo com os princípios de justiça, justeza e devido processo que não só fundamentam essa história, mas conferem a ela seu próprio sentido normativo. Ao decidir, o juiz nem *descobre* nem *inventa* o direito, mas realiza um ato interpretativo que é ao mesmo tempo essas duas coisas e nenhuma delas.³⁰⁶ O direito é um conceito interpretativo, e, por isso, sua aplicação implica a exigência moral de o juiz assumir uma postura reflexivo-constitutiva diante do caso submetido à sua análise, uma postura de honestidade perante o direito positivo, fidelidade com a atividade argumentativo-processual e compromisso com os princípios constitucionais que dão inteligibilidade às práticas sociais e institucionais.³⁰⁷

Dizer que a decisão precisa estar fundamentada com base no direito é, então, assumir que o juiz recupere a história institucional do direito, investigando no passado o sentido das decisões institucionais que, por representarem a escolha da comunidade soberana, são legitimamente vinculantes no presente. Para aplicar o direito, todavia, o juiz deve ir além. As decisões passadas precisam ser decifradas e atualizadas face às circunstâncias do caso em análise, e, para isso, o juiz deve mobilizar argumentos de princípio. Em *A matter of principle*, Dworkin diferencia argumentos de princípio e argumentos de política, tendo como pano de fundo a atuação interpretativa das instituições do Estado de Direito. Segundo ele, um argumento de política consubstancia a justificativa de determinada decisão em função de algum objetivo coletivo, propriamente voltado para o bem-estar da comunidade, em contraposição a um argumento de princípio, que se refere à justificativa de determinada decisão a partir da demonstração de que ela protege um direito.³⁰⁸ Embora as decisões construídas em fóruns políticos, notadamente o Poder Legislativo, possam articular tanto argumentos de política quanto argumentos de princípio, as decisões judiciais, escreve Dworkin, devem se fundamentar exclusivamente com base em uma argumentação de princípio.³⁰⁹

Com relação à exigência de aproveitamento da atividade processual, em especial no que diz respeito à valoração da prova, é importante mencionar o princípio do livre convencimento motivado do juiz. O art. 131 do Código de Processo Civil de 1973 estipulava que o juiz apreciaria livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas deveria indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. Em virtude das críticas doutrinárias à perspectiva do livre convencimento

³⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1986, p. 225.

³⁰⁷ *Ibid.*, pp. 251-253. Cf. também CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, 2014, pp. 124 e 166.

³⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1985, pp. 77-80.

³⁰⁹ *Ibid.*, pp. 35-37.

motivado, o legislador fez a opção de retirar tal previsão do texto do Código de Processo Civil de 2015. Apesar disso, alguns estudiosos ainda sustentam a permanência do princípio no sistema processual brasileiro, entendimento que, segundo nos parece, está equivocado, e não apenas porque a norma que estabelecia a prerrogativa foi diretamente revogada. A revogação é um elemento importante, porque o legislador, convencido da necessidade de extirpar o livre convencimento motivado do regramento processual, tomou a decisão consciente e autônoma de não reproduzir a previsão do art. 131 do CPC de 1973 no texto do CPC de 2015, decisão essa que hoje representa a vontade da comunidade soberana e que, por isso, não pode ser simplesmente ignorada pelos aplicadores do direito. Mas a revogação não é o único argumento contra o livre convencimento motivado, pois reputamos persuasiva a leitura de que tal princípio é (e sempre foi) de todo incompatível com o modelo constitucional de processo. O juiz não está livre para se convencer de absolutamente nada, já que tem o dever de, em interlocução com as partes, buscar a única resposta correta para o conflito apreciado. Além disso, o provimento judicial é construído em conjunto com as partes, garantida sua participação ativa e efetiva no debate processual, motivo pelo qual não cabe ao juiz avaliar nenhuma questão, nem atender a nenhum fato ou circunstância, que não tenha sido alegada e discutida pelos sujeitos no processo.³¹⁰

O debate sobre livre convencimento motivado mostra, ainda, que a exigência de fundamentação da decisão do juiz não é só formal. A ideia de que o juiz pode analisar livremente a controvérsia, desde que motive expressamente suas conclusões, é inaceitável do ponto de vista de um processualismo democrático.³¹¹ A motivação do provimento precisa traduzir a atividade processual e ao mesmo tempo enunciar a interpretação do juiz, levada a cabo com fidelidade ao direito positivo e mediante um ato de honestidade intelectual.

2.1.4 O problema específico da expressão judicial

A expressão judicial é um problema específico, e existem razões particulares para sua limitação. Essa especificidade tem que ver com a importância da liberdade de expressão na democracia. No Capítulo 1, estabelecemos que o direito tem motivos fortes para proteger a

³¹⁰ Sobre o assunto, ver, por todos, STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle José Coelho; LEITE, George Salomão. **O fim do livre convencimento motivado**. São Paulo: Tirant Brasil, 2018.

³¹¹ *Ibid.*, pp. 128-134.

expressão, e que esses motivos devem ser considerados pelo intérprete quando, a fim de solucionar uma controvérsia concreta, ele precisar avaliar se determinado discurso está ou não acobertado pela liberdade. Em complementação a essa ideia, queremos defender agora que, no caso da expressão judicial, isto é, do pronunciamento público realizado por um juiz, o direito tem justificativas igualmente fortes e convincentes para impor um regime de menos liberdade. Vejamos quais são elas.

Em primeiro lugar, a expressão do juiz deve ser limitada, porque ela veicula posicionamentos que podem influir no teor de suas decisões. O pensamento que o juiz expressa, seja dentro ou fora do ambiente processual, revela facetas de como ele enxerga a realidade e pensa a política, a sociedade e o direito. Essas facetas, para o bem ou para o mal, indicam antecipadamente visões e concepções, expondo as linhas de um raciocínio que o juiz possivelmente desenvolverá ao proferir decisões no futuro. Assim, a expressão judicial *adianta* um posicionamento decisório. Esse adiantamento nem sempre é problemático, pois juízes e tribunais são constantemente chamados a apreciar questões sobre as quais já legitimamente se pronunciaram, sendo perfeitamente possível que o entendimento judicial esteja posto e seja publicamente conhecido. No entanto, se o juiz se manifesta fora do perímetro processual – isto é, sem a mediação do contraditório e sem a exigência de a jurisdição fundamentar seus pronunciamentos com base no direito –, sua expressão impõe um *esvaziamento do processo*: a gramática do direito, o vocabulário das garantias processuais e a ideia de uma decisão construída no decorrer do debate, em conjunto com as partes e por influência delas, desfazem-se em pó.

Vimos que, como toda decisão pública no Estado Democrático de Direito, o provimento judicial não traduz uma opção individual do agente, mas uma escolha coletiva. Ao contrário das decisões políticas, contudo, o pronunciamento do juiz precisa estar premido pela legalidade e balizado pelo processo. Ao decidir, o juiz interpreta e aplica o direito para solucionar um problema concreto: o conteúdo da decisão é o próprio direito. E o juiz não decide sozinho, pois tanto a compreensão do problema quanto a construção da norma-decisão se dão no curso de um procedimento em contraditório. Quando o juiz expressa um pensamento ou emite uma opinião sem atentar para esses limites, ele antecipa unilateralmente a formulação de um juízo que, na dinâmica da democracia constitucional, só poderia vir ao mundo se observadas certas exigências: a atenção ao rito processual, a oportunidade de as partes influenciarem a solução da controvérsia e a exigência de fundamentar a decisão à luz do direito e da razão.

Ou seja, a expressão judicial importa, porque ela afeta o funcionamento do sistema de justiça.

Em objeção a essa ideia, seria possível argumentar que: (i) o entendimento de que uma expressão do juiz adiantando sua visão sobre determinada questão, quando emitida sem atenção às exigências que compõem a contribuição específica do Judiciário à governança democrática, impõe um esvaziamento do processo é exagerado, porque superdimensiona a importância do silêncio judicial, ignorando que o juiz é, como todas as pessoas, um alguém que tem concepções variadas sobre o direito e a vida; (ii) a expressão judicial não necessariamente afeta o sistema de justiça, não só pelo fato de o juiz que emitiu publicamente uma opinião muitas vezes não ser chamado a decidir sobre o assunto, mas sobretudo porque é necessário separar o pensamento que o sujeito expressa como cidadão do julgamento que ele conduz como juiz; e (iii) independentemente do prejuízo que o discurso judicial possa causar, é necessário primar pela liberdade de expressão do juiz, tendo em vista as razões que o direito tem para proteger a expressão humana.

Contrapontos dessa sorte revelam-se para nós uma oportunidade.

2.1.4.1 O argumento da relevância

Opondo-se à tese de que a expressão judicial afeta o sistema de justiça, alguém talvez diga que o silêncio judicial não garante nem a imparcialidade do juiz nem que ele, ao decidir, levará em consideração a interlocução entre as partes no processo, porque, como ocorre com toda pessoa, a visão do juiz sobre o direito e a realidade é premida por concepções.

Essa objeção se baseia em um certo ceticismo com relação à possibilidade de o juiz verdadeiramente abrir sua cabeça a ideias e argumentos com os quais ele, antes do debate processual, já não concordava. Ou seja, o que esse contra-argumento sinaliza é que pouco importa se o juiz emite ou não algum discurso em público a respeito de determinado assunto sobre o qual precisará decidir, porque, em todo caso, seus pré-entendimentos sobre a matéria nortearão a maneira como ele levará a cabo o provimento.

O modelo constitucional de processo tem por intuito garantir que as decisões judiciais sejam construídas não com base na subjetividade do juiz, mas na objetividade da interlocução entre os sujeitos processuais. Estudos recentes ressaltam, entretanto, que, não obstante a crença que as pessoas alimentam sobre sua própria racionalidade, muitas das decisões que se tomam todos os dias são produzidas segundo simplificações, concepções, preconceitos, propensões, inclinações e tendenciosidades oriundas de experiências, conquistas, decepções, escolhas e

renúncias ocorridas no passado. Ou seja, uma parte significativa das decisões das pessoas é realizada a partir de “atalhos cognitivos baseados em experiências e opções pregressas” – atalhos que geram *vieses* sobre a direção e o resultado decisórios.³¹² Existem diversos vieses de cognição que podem afetar negativamente a construção de uma decisão judicial: o viés egocêntrico, que é a tendência de se confiar mais na própria perspectiva do que na realidade; o viés de confirmação, que é a tendência de se perscrutar a realidade em busca de confirmação para visões e concepções previamente estabelecidas; o viés de trancamento, que é a tendência de se confiar mais em uma decisão anteriormente tomada, mesmo que ela tenha sido elaborada sem uma cognição exauriente sobre o assunto decidido; o viés de *status quo*, que é a tendência de se preservar uma situação posta, entendendo-se que, para mudá-la, é necessário um gasto elevado de tempo e energia; o viés de ancoragem, que é a tendência de se confiar em uma referência do passado; o viés de aversão à perda, que é a tendência de se fixar um entendimento que minimize possíveis perdas; entre outros.³¹³ Esses vieses resultam em motivações implícitas e, muitas vezes, inconscientes que, influenciando a maneira como o juiz absorve a atividade processual, podem fomentar a discricionariedade e o decisionismo, transformando a decisão em “um produto subótimo decorrente da influência de fatores externos relacionados à subjetividade do julgador”.³¹⁴

Embora as tendências mencionadas sejam um elemento inevitável das opções e escolhas que todos nós fazemos diariamente, no caso dos juízes, elas traduzem um problema de repercussão incalculável, pois o peso desses atalhos cognitivos sobre decisões judiciais pode minar a legitimidade do sistema de justiça. Ainda que o juiz esteja de boa-fé, caso enviesado, ele, fatalmente, conduzirá sua apreciação do caso concreto de maneira incompleta, seletiva e tendenciosa, enfatizando um lado das provas e dos argumentos, resolvendo o problema mentalmente antes de ouvir e examinar todas as alegações no debate, deixando-se influenciar pelo ambiente, por circunstâncias externas à discussão processual (como, por exemplo, o contexto de sua vida privada) e pela aparência das partes ou de seus advogados.³¹⁵ Essas inclinações desnaturam a imparcialidade do juiz, esvaziam o potencial do contraditório material e contaminam a higidez lógica e a honestidade intelectual na fundamentação da decisão judicial – ou seja, os efeitos dos vieses cognitivos sobre o processo de construção do provimento judicial

³¹² NUNES, Dierle José Coelho; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Op. cit.*, 2018, p. 53.

³¹³ *Ibid.*, pp. 65-66 e cap. 3.

³¹⁴ *Ibid.*, pp. 69-70.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 64. Ver, também, COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Tese de doutorado. São Paulo: Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, p. 24.

levam, mesmo que gradualmente, à perda da integridade da contribuição específica que o Judiciário tem a oferecer para a democracia.

A inevitabilidade dos vieses é, sem dúvida, o principal motivo pelo qual alguns autores encaram com ceticismo qualquer tentativa de contenção e racionalização do decisionismo judicial. Nessa perspectiva, de fato, a ideia de que a expressão judicial deve ser limitada não faz nenhum sentido, porque, se os juízes decidem com base em simplificações e tendenciosidades, tanto seu silêncio quanto, por outro lado, sua verborragia são acontecimentos totalmente irrelevantes.

Todavia, existem mecanismos de desenviesamento (*debiasing*) da cognição judicial. Eles se escoram, em primeiro lugar, em um autoconhecimento do juiz e dos demais atores processuais sobre os limites de sua capacidade cognitiva. Como defende Juarez Freiras, “a primeira providência para não enveredar em desvios cognitivos consiste em conhecê-los”.³¹⁶ Mas apenas reconhecer os vieses não basta, pois o processo de desconstrução das tendências cognitivas, dado seu caráter automatista, constitui uma tarefa complexa, que compreende múltiplos atos e momentos.³¹⁷ Do ponto de vista psicológico, o desenviesamento exige que o indivíduo alimente, habitualmente, uma postura de desconforto e desconfiança para com suas próprias convicções – um exercício que, por motivos óbvios, demanda disciplina e perseverança. Já do ponto de vista processual, isto é, com relação à estrutura e ao funcionamento da justiça e do processo, podem-se conceber regras e projetos que imponham diretrizes e limites à atuação subjetiva do juiz. Trata-se de medidas que dizem respeito tanto a um desenviesamento propriamente dito – no caso, por exemplo, da implementação de programas de formação e capacitação de juízes, do fortalecimento do colegiado material (no caso de juízes integrantes de tribunais), da ampliação de instrumentos de controle externo e de freios e contrapesos internos, da valorização da fundamentação substancial e detalhada das decisões etc – quanto a um isolamento (*insulating*) do juiz enviesado – como nas hipóteses de reconhecimento da suspeição ou do impedimento do juiz, ou quando um juiz que já atuou em alguma etapa do processo é proibido por lei de participar de outra fase posterior.³¹⁸ Essas possibilidades indicam que a inclinação natural de um juiz em favor de determinado entendimento não impede que, abrindo-se ao potencial argumentativo do debate no processo, ele construa, em articulação ativa com as partes, um provimento em sentido diverso. Parece-nos evidente que a proibição de o juiz falar

³¹⁶ FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, v. 40, n. 130, 2013, p. 223.

³¹⁷ NUNES, Dierle José Coelho; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Op. cit.*, 2018, pp. 203-204.

³¹⁸ *Ibid.*, pp. 216-260.

livremente em público, sobretudo sobre temas a respeito dos quais pode ser chamado a decidir, milita contra o fechamento imposto pelos vieses cognitivos.

Vale pontuar, ademais, que uma compreensão cética acerca da imparcialidade judicial e do contraditório material é de todo incompatível com a ideia de processo que, segundo entendemos, uma Constituição democraticamente adequada encampa.³¹⁹ Dizer que o silêncio judicial pouco importa, pois o juiz decidirá, a despeito do processo, segundo suas próprias ideias, é negar o caráter democrático do processo judicial. Contra essa réplica, portanto, reiteramos os argumentos que expusemos ao explicar a contribuição específica que o Poder Judiciário tem a oferecer para a governança democrática, em especial a premissa de que a autoridade judicial só existe na medida em que cumpre sua função na democracia. Nas palavras de Dierle Nunes, Natanael Lud e Flávio Pedron, reconhecer seu compromisso com a democracia impõe ao juiz “colocar em reflexão a sua própria posição, questionando-se acerca da correção desta, sempre que ele assumir abrir-se para um diálogo com seus próprios pré-conceitos – o que, claro, inclui os seus enviesamentos –, os demais sujeitos do processo e a história institucional daquela comunidade”.³²⁰ Nesse sentido, a discricão do juiz é relevante, porque contribui com a mitigação dos efeitos de seus vieses cognitivos e, por consequência, viabiliza que seus pronunciamentos sejam construídos no processo, em articulação com as partes, com imparcialidade e independência, e sempre em busca da única resposta correta. Sem isso, a própria justiça perde seu sentido.

Chamamos essa tréplica de *argumento da relevância*.

2.1.4.2 O argumento da indissociabilidade

Ainda, há possivelmente quem sustente que a expressão judicial não necessariamente afeta o sistema de justiça. Primeiramente, porque nem sempre o juiz que falou publicamente a respeito de um dado assunto será chamado a proferir decisão sobre ele. Mas o principal, de acordo com esse contraponto, é que o pensamento expresso pelo sujeito como cidadão não pode ser confundido com o julgamento por ele conduzido na qualidade de juiz.

³¹⁹ Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Op. cit.*, 2008a, pp. 213-215; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, 2014, pp. 25-26.

³²⁰ NUNES, Dierle José Coelho; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Op. cit.*, 2018, pp. 284-285.

Para enfrentarmos essa objeção, precisaremos tecer um comentário mais longo sobre a natureza do discurso judicial. Nossa pretensão é explicar que a expressão judicial *sempre* afeta a operação da jurisdição, mesmo nos casos em que o juiz não é chamado a proferir decisão sobre o tema de sua manifestação, uma vez que, na dinâmica da democracia, não é possível separar a vida privada e a vida pública do juiz. O juiz é sempre juiz, porque é invariavelmente visto como juiz. Isso não significa que ao sujeito que ingressa na carreira judicante seja imposto renunciar à vida pessoal. Significa, na verdade, que o juiz deve observar sua *condição especial* em todo momento, ambiente ou contexto, inclusive – e particularmente – em sua vida pessoal.

A expressão do juiz é recepcionada na esfera deliberativa como um *discurso qualificado*. Isso acontece, em primeiro lugar, por conta da eloquência e da plausibilidade do argumento do direito: o juiz é um emissário do sistema jurídico e, como tal, carrega consigo a expressividade e a credibilidade do direito. Ademais, e isso é especialmente impactante, a expressão judicial é uma *palavra de autoridade*. Nos regimes democráticos contemporâneos, sobretudo a partir das décadas finais do século XX, o juiz assumiu uma posição de grande destaque: o lugar de um “terceiro imparcial” que, compensando o “déficit democrático” dos processos e das instituições político-partidárias, proporciona à coletividade “a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos”. O juiz desempenha hoje o papel de último e derradeiro guardião das promessas emancipatórias da modernidade.³²¹ Não à toa, o que ele diz é ouvido pelo público – e ouvido com atenção.

O pensamento que o juiz expressa é eloquente, porque o argumento do direito é eloquente. O direito é hoje a referência mais importante da atividade política: como afirma Antoine Garapon, “é sob a forma do direito e do processo que o cidadão das democracias realiza sua ação política”.³²² Isso é assim, porque o direito liberal se expressa como um direito geral, um direito que evoca não apenas a vontade das pessoas que estão no poder (*voluntas*), mas também um senso racional de juridicidade compartilhado no seio social (*ratio*).³²³

Sobretudo a partir do paradigma do Estado liberal, o direito passa a ser visto como um sistema voltado a realizar *ações em abstrato* e alcançar *destinatários em massa*, o que implica que a norma jurídica seja um postulado genérico de estabilização de expectativas de comportamento, um comando que apenas é produzido “quando todo o povo estatui sobre todo o povo”.³²⁴ Em outras palavras, de acordo com o modo de pensar que se consolida sob o Estado

³²¹ GARAPON, Antoine. *Op. cit.*, 2001, p. 48.

³²² *Ibid.*, pp. 45-46.

³²³ NEUMANN, Franz. *Op. cit.*, 1996, p. 138.

³²⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.*, 2006, p. 47.

de índole liberal, só a norma estabelecida de antemão, baseada em abstrações e dirigida a destinatários indeterminados, pode ser considerada jurídica.³²⁵ O pensamento liberal leva à exigência de o texto normativo ser prévio, genérico e abstrato, porque, nesse paradigma, adquire força a perspectiva de que os direitos individuais são esferas de proteção da autoafirmação pessoal, e, por isso, o Estado só pode interferir nas liberdades de seus cidadãos a partir de (e de acordo com) normas concebidas para a sociedade como um todo, isto é, normas de alcance geral e cujo conteúdo possa ser universalmente justificado. Essa configuração faz do direito liberal um empreendimento de dupla repercussão: ele não só institucionaliza a opressão capitalista, centrada na imposição da autovalorização do capital, mas também destrava um potencial comunicativo que torna possível a estabilização de expectativas normativas baseadas na igualdade.³²⁶ A forma inerente ao direito liberal – que tem como característica fundamental a generalidade – possibilita que o ideário moderno de emancipação política e social se concretize por intermédio do próprio Estado.³²⁷

Nisso residem a plausibilidade e a eloquência do direito contemporâneo. A tomada de consciência sobre a transcendência emancipatória do direito explica não só o valor do direito ele mesmo; ela esclarece, ainda, a força legitimadora e o poder de convencimento do argumento jurídico.³²⁸ Como o direito liberal é ontologicamente dotado de generalidade, e tendo em vista que as normas jurídicas expressam expectativas baseadas na igualdade, o discurso do direito, sobretudo após o fim da Segunda Guerra Mundial, passa a ser usado no debate público – seja para dizer que determinada situação está de acordo com o direito ou em dissonância com ele – com o objetivo de exprimir posicionamentos que se apresentam como superiores a opiniões efêmeras e externos a discussões sazonais.³²⁹

Se o juiz exerce a função de interpretar e aplicar o direito para solucionar os conflitos sociais, ele atua – e, o que é mais importante, é enxergado pela sociedade como alguém que atua – na qualidade de emissário do direito. O juiz dá vida ao direito: ele traduz as expectativas genéricas de conduta e as converte em decisões, visando pôr fim às dúvidas, controvérsias e

³²⁵ NEUMANN, Franz. *Op. cit.*, 1996, p. 118. No mesmo sentido, cf. NEUMANN, Franz. **The rule of law: political theory and the legal system in modern society**. Oxford: Berg Publishers, 1986, pp. 113 e 225-251.

³²⁶ GOMES, David Francisco Lopes. **O Brasil e o problema da modernidade: uma abordagem a partir da história constitucional brasileira**. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). **Constitucionalismo e história do direito**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020, pp. 259-267.

³²⁷ NEUMANN, Franz. *Op. cit.*, 1996, pp. 22-125.

³²⁸ *Ibid.*, pp. 139-140; NEUMANN, Franz. *Op. cit.*, 1986, pp. 215-217; DILLY PATRUS, *Op. cit.*, 2022, p. 105; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Contribuições para uma teoria crítica da Constituição**. Belo Horizonte: Arraes, 2017b, p. 69.

³²⁹ Para uma análise da força ilocucionária do discurso moderno da legalidade, tendo em vista a experiência constitucional brasileira entre 1955 e 1964, ver DILLY PATRUS, *Op. cit.*, 2022, caps. 2, 3 e 4.

contendas que emergem da interação social.³³⁰ Quando o juiz expressa seu pensamento, suas palavras são socialmente recepcionadas como um *pronunciamento qualificado*, haja vista a aparência de que *enunciam* o direito. O discurso judicial soa eloquente e plausível, pois o argumento do direito, que é o que embasa e orienta o ofício judicante, é eloquente e plausível.

A confiança que hoje depositamos na justiça é uma novidade no arranjo do Estado moderno, e a ideia, assente na sociedade atual, de que o Poder Judiciário tem a última palavra sobre o significado do direito nem sempre existiu. Muitos estudiosos acreditam que a hegemonia judicial é uma opção originária do constitucionalismo norte-americano que foi, posteriormente, exportada a outros sistemas democráticos. Em *The people themselves*, Larry Kramer explica, em sentido contrário, que, diferentemente do que supõem tantos constitucionalistas contemporâneos – para os quais, pelo menos a partir de *Marbury v. Madison*, caso julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1803, caberia aos juízes a última palavra sobre o sentido da Constituição –, ao longo da maior parte do século XIX, o constitucionalismo popular e a supremacia judicial disputaram, em oscilações temporárias, o lugar de prevalência na interpretação constitucional.³³¹ Em tempos de tranquilidade, a sociedade não se opunha a que o Judiciário se arvorasse na posição de “o expositor mais seguro da Constituição”. Porém, nas ocasiões em que questões mais polêmicas e sérias foram postas em debate, os cidadãos norte-americanos rejeitaram, de maneira contundente, a imposição da supremacia judicial.³³²

Isso começou a mudar nos anos 1860, após o fim da guerra civil nos Estados Unidos. Com a complexificação da sociedade e do Estado norte-americanos, e tendo em vista o avanço da ideia de ciência, sedimentou-se a perspectiva de que as questões do direito, como problemas científicos, devem se manter resguardadas do senso comum. Em paralelo, cresceram os conflitos, tanto em frequência quanto em profundidade, entre os poderes Executivo e Legislativo e entre a União e os estados federados; nessa conjuntura, mesmo pensadores que antes pregavam a precedência do constitucionalismo popular passaram a preferir a construção

³³⁰ Cf. STOLLEIS, Michael. Judicial interpretation in transition from the *Ancien Régime* to constitutionalism. In: STOLLEIS Michael; YASUMOTO, Morigiwa; HALPERIN, Jean-Louis (orgs.). **Interpretation of law in the age of enlightenment: from the rule of king to the rule of law**. London: Springer, 2011, pp. 3-20.

³³¹ KRAMER, Larry. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 125-128 e 151-153.

³³² Embora a Suprema Corte dos Estados Unidos tenha, em casos como *Cooper v. Aaron* e *United States v. Morrison*, fixado a verdade de que, a partir de *Marbury v. Madison*, cumpre ao Judiciário lançar o juízo final sobre o significado da Constituição, trata-se de perspectiva sem amparo na história da política e do direito norte-americanos. A contribuição de Larry Kramer possibilita ver que a supremacia judicial não consiste em uma verdade institucional tão antiga, tampouco foi, durante muito tempo, a única opção organizacional, tendo competido longamente com o constitucionalismo popular. Cf. GODOY, Miguel Gualano de. *Op. cit.*, 2012, p. 81.

de soluções no âmbito judicial.³³³ No fim do século XIX, o esgotamento do Estado liberal acentuou a crise da representação política.

Todavia, foi sobretudo no século XX que a economia da confiança social se consolidou em favor da justiça.³³⁴ Isso aconteceu, em primeiro lugar, porque os traumas do totalitarismo na Europa e do autoritarismo na América Latina alçaram a desconfiança contra a política representativa a patamares inéditos. Paralelamente, quando a maioria dos países que haviam sofrido com ditaduras já viviam sob governos democráticos, retrocessos em direitos sociais e políticas públicas levaram a sociedade a identificar no Judiciário o espaço derradeiro de proteção das conquistas obtidas nos processos de transição.³³⁵ As novas mentalidades consolidadas entre os anos 1950 e a primeira década do século XXI provocaram o *desaparecimento de um mundo comum*. A crise do Estado, pressionado pelo mercado, se somou ao “desmoronamento simbólico” do homem e da sociedade. Resignadas, insatisfeitas e descrentes, presas a expectativas de caráter exclusivamente privado, as gerações do mundo pós-Holocausto compartilham uma resistência hostil à vida cívica e um desconforto com as promessas emancipatórias do Iluminismo, promessas que, no seu entender, foram sucessivas vezes traídas pela política representativa e, por isso, significam hoje muito pouco.³³⁶

Nesse contexto, a justiça passa a ser encarada como “o último refúgio de um ideal democrático desencantado”.³³⁷ A judicialização da vida política toma corpo não apenas em razão do ativismo de juízes e cortes; esse ativismo é, aliás, apenas um dentre muitos elementos que compõem a conjuntura complexa da política contemporânea. Para o juiz assumir essa posição de destaque, foi preciso que uma nova visão política se consolidasse; o juiz aparece como uma alternativa à autodestruição de sociedades democráticas que não têm sido capazes de gerenciar a diversificação e a complexidade que elas próprias produziram. Tanto para o sujeito quanto para a comunidade, cada qual em sua própria esfera de afirmação política, o juiz surge como o último possível guardião das promessas inacabadas e insatisfeitas da modernidade.

De uma profunda desconfiança da política em geral, e da política partidária em particular, emerge uma nova perspectiva sobre o funcionamento do Estado e sua relação com a sociedade. O papel judicial é então redefinido, mas não em razão de um simples aumento de

³³³ *Ibid.*, pp. 73-74.

³³⁴ O conceito de “economia da confiança” é retirado de SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2013, chap. 12.

³³⁵ GARAPON, Antoine. *Op. cit.*, 2001, pp. 45-49.

³³⁶ *Ibid.*, p. 39.

³³⁷ *Ibid.*, p. 26.

poderes nas mãos do juiz. Na verdade, o aumento das competências e prerrogativas dos juízes, que de fato acontece, constitui uma consequência de mudanças mais profundas e abrangentes. No dizer de Garapon, “o aumento do poder da justiça não deve ser entendido como uma transferência da soberania do povo para o juiz, porém como uma transformação do sentimento de justiça”.³³⁸ As “raízes profundas da ascensão do juiz” estão, na verdade, na evolução do imaginário democrático. Como descreveu Bredin, as instituições representativas de hoje, “obcecadas por fracassos eleitorais contínuos, ocupadas apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidas pela mídia, esforçam-se em governar, no dia a dia, cidadãos indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo que ele não sabe dar: uma moral, um grande projeto”.³³⁹

O sucesso da justiça acompanha o desprestígio das instituições políticas clássicas. Marcadas pela apatia e pela falta de espírito público, as pessoas da democracia cultuam, nostálgicas de um futuro que nunca chegou, o simbolismo da isenção política, da imparcialidade estéril, do não envolvimento com os problemas mundanos da vida prática. Na justiça, encontram uma válvula sedutora de escape. A lógica do constitucionalismo jurídico permite que toda e qualquer questão seja decodificada em uma pretensão dedutível perante o Poder Judiciário: nada escapa à vigilância impoluta dos juízes.³⁴⁰ Além disso, na justiça a sociedade se coloca frente a um espelho: o processo propicia às pessoas que revisem seus conflitos e paradoxos, e o direito possibilita, para a satisfação e a tranquilidade de todos, a imposição do que antes só se obtinha por meio da negociação política. Esgotada a representação tradicional, a justiça passa a encarnar o espaço neutro de exigibilidade da democracia, e o juiz, despindo-se de suas antigas limitações, transforma-se no depositário definitivo de um espírito público transparente, imparcial, desinteressado e justo.³⁴¹

Esse novo quadro provoca, podemos imaginar, inúmeros problemas. Segundo explicou Ricoeur, prefaciando a obra de Garapon, “a transferência irracional de todas as frustrações modernas para a justiça, o entusiasmo ingênuo pela sua onipotência, podem voltar-se contra a própria justiça”. A democracia jurídica vive um impasse: buscando no direito um substituto à ação social, ela acaba por sepultar a autonomia da sociedade. “Ao invadir tudo, o direito corre o risco de matar a civilidade. Daí talvez esse modismo pelas ‘casas de justiça’ ou por todas as

³³⁸ *Ibid.*, p. 46.

³³⁹ BREDIN, Jean-Denis. Un gouvernement des juges?, **Pouvoirs**, n. 68, 1994, p. 81.

³⁴⁰ Sobre a diferença entre constitucionalismo jurídico e constitucionalismo político, ver BELLAMY, Richard. **Political constitutionalism: a republican defence of the constitutionality of democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

³⁴¹ SWEET, Alec Stone. **Governing with judges: constitutional politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 34.

demais soluções informais que buscam reanimar – depois de golpeada, porém – a socialidade moribunda.”³⁴²

Quando o homem contemporâneo descarrega as suas inquietudes e esperanças na justiça, ele faz mais do que menosprezar a política representativa: ele desnatura a própria justiça. Esse homem deseja a democracia, pois a vê como a única possibilidade moral para o funcionamento do Estado e da sociedade, mas ao mesmo tempo rejeita a vida democrática. Sem tempo para o debate público, sem interesse em engajar-se nas lutas por direitos, confinado a seu ambiente privado, ele encara a política como um jogo sujo de negociações e embustes e, por consequência, confia ao juiz a tarefa de *impor* a emancipação prometida pela modernidade. Ao fazer isso, porém, o homem esvazia tanto o potencial deliberativo da política quanto a contribuição específica que a justiça oferece à governança democrática. Sua confiança cega na capacidade da justiça de ordenar que a democracia aconteça destrói a democracia e destrói a justiça. A crise da política é também a crise da justiça.

E, apesar de tudo, o juiz deve julgar.

Ao juiz a democracia incumbe a tarefa de interpretar o direito, ajustando-o às contingências concretas, mas não de qualquer maneira. Confia-se a ele a responsabilidade de acertar o convívio social, porém mantendo sua fidelidade ao direito, a um produto que provém da comunidade e, por conseguinte, à história institucional do direito, à história da própria comunidade e aos princípios de justiça, equidade e justiça que dão sentido a esse direito e a essa comunidade. “A democracia lhe pede o impossível”, afirmou Garapon, “mas não aceita muito bem sua dimensão puramente humana, mais visível nela do que em qualquer outro regime. A justiça democrática vê-se envolvida num imperativo contraditório: ao mesmo tempo que enfrenta desafios de amplitude desconhecida até então, ela vê sua intervenção contestada.”³⁴³ A justiça precisa *garantir* a democracia e, para tanto, proporcionar que a sociedade política assuma o protagonismo decisório; a justiça não pode substituir a política, sob pena de se autodestruir.

Nesse cenário, a expressão judicial reclama um tratamento diferenciado do direito, não só porque a fala do juiz pode antecipar a maneira como ele tomará futuras decisões, mas também em razão de o ofício judicante carregar uma autoridade qualificada, derivada tanto da plausibilidade do discurso do direito quanto da confiança que hoje se deposita na capacidade da justiça. A expressão judicial merece atenção, porque o juiz merece atenção: seu papel é sensível para a dinâmica da democracia. Essa dinâmica é afetada, de múltiplas maneiras,

³⁴² GARAPON, Antoine. *Op. cit.*, 2001, pp. 27-28.

³⁴³ *Ibid.*, p. 155.

quando o juiz se pronuncia publicamente sem atentar para as exigências da imparcialidade, do contraditório e da fundamentação de suas decisões, por conta do impacto inevitável que o discurso judicial tem no debate público. Se o juiz é sempre visto pela sociedade como juiz, esteja ele no exercício de sua função jurisdicional, ou simplesmente se manifestando na qualidade de cidadão, então sua expressão importa, uma vez que sobre ela pesam, invariavelmente, a eloquência do argumento do direito e a confiança na capacidade da justiça. Nesse aspecto, a figura pública do juiz e sua pessoa privada são indissociáveis.

Damos a essa tréplica o nome de *argumento da indissociabilidade*.

2.1.4.3 O argumento da inversão

Por fim, em contraposição à perspectiva de que a expressão judicial deve ser limitada, há certamente quem sustente que, independentemente do prejuízo que o discurso do juiz possa causar, é necessário primar por sua liberdade de expressão. O argumento é forte e persuasivo, já que está fundamentado nas razões que o direito tem para proteger a expressão, porém ele pode ser invertido. Em *Value, respect, and attachment*, Joseph Raz explica que quaisquer argumentos podem ser “virados de cabeça para baixo”. Argumentos são enunciados lógicos que, em sendo válidos, demonstram basicamente que, se as premissas forem verdadeiras, a conclusão não pode ser falsa. Assim, o que sustenta a validade de um argumento é o liame lógico entre a veracidade das premissas e a procedência da conclusão; caso se demonstre, ao contrário, que as premissas são falsas, será preciso rejeitar a conclusão.³⁴⁴

Conforme vimos no Capítulo 1, a ideia de que a expressão humana precisa ser protegida está amparada na suposição de que a livre circulação de ideias e opiniões possibilita o alcance da verdade, a identificação da mentira e a propagação do conhecimento, assegura o autogoverno e impede a tirania, viabiliza a autoafirmação da identidade, garante a preservação de uma cultura de independência, propicia a legitimidade das escolhas coletivas e catalisa o pluralismo social, político, artístico e cultural. Isso significa que a procedência da liberdade, que é a conclusão, depende da veracidade dessas assertivas, que são as premissas. Inversamente, caso demonstremos que, em uma dada situação, as premissas não são verdadeiras, isto é, que a circulação livre de ideias não leva às consequências listadas, então precisaremos rejeitar a

³⁴⁴ RAZ, Joseph. *Op. cit.*, 2001, p. 57.

conclusão, assumindo que a expressão não precisa necessariamente ser livre – ou, indo além, que é necessário limitá-la. Denominamos essa tréplica, com Raz, de *argumento da inversão*.³⁴⁵

Parece correto dizer que a expressão deve ser livre, porque, circulando o maior número possível de discursos no ambiente coletivo, tanto a verdade quanto a mentira se revelam mais nitidamente. No caso da expressão judicial, entretanto, a busca pela verdade deve ser levada adiante no processo, com a participação e a influência das partes, e não na esfera pública; a autoridade do juiz não decorre das hegemonias sazonais, não se origina nem se alimenta de impressões efêmeras, e, por isso, muito embora o debate coletivo sobre o que é verdadeiro e o que é falso seja um empreendimento (e um aprendizado) de longo prazo, o desempenho adequado da função judicial reclama do juiz um recolhimento reflexivo e uma atenção à verdade construída nos autos. Não que o juiz deva recolher-se a um claustro, pondo-se alheio às coisas que acontecem no mundo, pois fazer isso importaria, ao revés, em desabilitá-lo para decidir de modo condizente com o direito (que é uma construção feita, também, de vivências coletivas). Mas, no que diz respeito ao provimento judicial, é relevante que o juiz dê protagonismo às partes e destaque ao debate processual. Além disso, e esse ponto queremos frisar, o juiz deve, sim, participar do “mercado aberto de ideias”, porém precisa fazê-lo à sua própria maneira. Ou seja, nossa perspectiva não implica que a expressão judicial seja eliminada do debate público; o que defendemos é que o juiz contribua com a circulação de ideias e com a busca pela verdade a partir de seu lugar de fala institucional, o que exige que seu discurso seja o produto de um trabalho desempenhado no processo, com independência e imparcialidade, e a partir da atuação comunicativa das partes.

Da mesma forma, não negamos que a expressão livre assegura o controle e a responsividade dos governantes, neutralizando o risco da tirania. O papel do juiz, contudo, é peculiar, uma vez que, de um lado, ele deve agir de modo a fiscalizar e conter os excessos e desvios da atividade política e, de outro, zelar pelo cumprimento de seus deveres funcionais e pelo desempenho consciente e limitado de suas competências, já que ele próprio representa uma parcela do poder do Estado. Em outras palavras, para garantir o autogoverno, o discurso judicial deve acontecer em observância às exigências da contribuição que o Judiciário fornece à governança democrática, porque, se não for assim, o juiz tanto perde sua capacidade de controlar a constitucionalidade e a legalidade dos atos políticos, quanto alimenta um espiral de desencaminhamentos institucionais que pode culminar em tirania. A expressão judicial precisa estar limitada, a fim não só de que o juiz exerça a contento sua função de promover a

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 55.

responsividade e a responsabilização dos governantes, mas também para que sua atuação, na qualidade de um agente do Estado, não se torne tirânica.

Essa explicação serve também para a inversão do argumento da legitimidade das escolhas coletivas. De fato, o diálogo aberto, franco e livre é uma condição necessária para a legitimação das decisões públicas. Os juízes, todavia, não têm mandato eletivo, nem, tampouco, ocupam nenhuma posição política; são cidadãos e eleitores, mas a função institucional específica que desempenham demanda deles que se coloquem em condições de controlar os governantes e ao mesmo tempo responder à sociedade. Se o juiz fala publicamente sem atentar aos limites de seu papel, ele põe a perder sua aptidão para fiscalizar e conter eventuais inconstitucionalidades e ilegalidades na atividade política; quando isso acontece, e esses desvios e desmandos não são reparados, a própria legitimidade do processo de elaboração das escolhas coletivas é prejudicada.

Com relação ao argumento de que a liberdade de expressão viabiliza a autoafirmação da identidade e garante a preservação de uma cultura de independência – argumento que, diga-se de passagem, reputamos particularmente eloquente –, é importante pontuar que ninguém é obrigado a se tornar juiz, e que o trabalho judicial de colaborar com a democracia e o debate público, se realizado de maneira adequada, estimula, favorece e incrementa a independência intelectual. Analisando a possibilidade moral de obrigações especiais, fizemos referência à frase “ser livre é escolher a própria responsabilidade”, que consta em texto de Toni Morrison,³⁴⁶ frase que entendemos necessário resgatar, já que ela sintetiza a ideia seminal de que a autonomia individual pressupõe tanto a liberdade de agir quanto a responsabilidade pelas ações. Ninguém nasce juiz. Quando a pessoa decide assumir o posto judicial, com as prerrogativas e incumbências que o ofício impõe, ela opta livremente por abraçar um regime rigoroso de obrigações especiais inerentes ao papel social; em outras palavras, tornar-se juiz e, a partir daí, renunciar a certas liberdades representa um ato de genuína autoafirmação da identidade. No mais, é cumprindo satisfatoriamente suas atribuições e seus deveres, e não se expressando desimpedidamente em público, que o juiz contribui com a manutenção e o desenvolvimento de uma cultura de independência. A garantia de poder recorrer ao sistema de justiça – a um sistema que seja independente e imparcial, e que funcione de forma a produzir decisões corretas, justas, fiéis ao direito positivo e tradutoras da interlocução das partes em um processo pautado pela transparência e pela igualdade – é essencial para que se proteja a liberdade das pessoas de pensarem e viverem como quiserem, acreditarem no que quiserem, trabalharem com o que

³⁴⁶ MORRISON, Toni. *Op cit.*, 2017.

quiserem, amarem como quiserem. Aliás, é com essa mesma razão que afirmamos que os limites à liberdade de expressão judicial se prestam a fomentar, ao invés de inibir, o pluralismo social, político, artístico e cultural: o acesso à justiça – que implica o acesso a uma ordem jurídica justa, mobilizado por meio de um Judiciário que decida com independência, imparcialidade e atenção ao contraditório – é um requisito necessário à salvaguarda das liberdades e dos direitos, impedindo que o Estado e as elites imponham um pensamento único. A expressão do juiz precisa estar limitada, para que as liberdades das pessoas, inclusive a liberdade de expressão, possam efetivamente existir e florescer.

Em síntese, se invertermos as justificativas para a proteção da expressão, chegaremos à conclusão de que, no que toca à expressão judicial, é impondo limites que os resultados indicados nas premissas são alcançados. Essa perspectiva da inversão corrobora, portanto, que os juízes são menos livres para expressarem publicamente seu pensamento do que os cidadãos comuns, pois a contribuição especial que o Poder Judiciário tem a oferecer para a governança democrática – contribuição essa que é a própria *razão de existir* de tal Poder – pressupõe expressões construídas processualmente, com imparcialidade, em contraditório e por meio de um vocabulário vinculado ao direito e à razão. Haja vista a eloquência do direito e a confiança na justiça, e para preservar a integridade do papel específico e insubstituível que a jurisdição desempenha no Estado Democrático de Direito, os juízes precisam assumir um *lugar de fala institucional*.

No Capítulo 1, explicamos que discurso é o produto vivo da atividade linguística. Em um primeiro momento, nossa intenção foi, sobretudo com Austin, dissecar os elementos da expressão humana e defender, no marco de uma filosofia da linguagem adequada ao giro hermenêutico, que todo discurso é ação, que todo ato de fala é ao mesmo tempo retórico e performativo. Não mencionamos então que o discurso é também um mecanismo de controle da sociedade. Nas palavras de Foucault, “em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade”.³⁴⁷ Existe, portanto, um sistema de produção e reprodução de discursos que, proveniente do imaginário político, reforça um aparato de controle e hierarquização das posições e relações sociais, fixando ritos e pressupostos para definir o que é discursivamente oficial, adequado e relevante. Essa perspectiva fortalece a ideia de que alguns

³⁴⁷ FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 1996, p. 8.

discursos têm um “efeito silenciador” contra outros falantes e o ambiente comunicativo em geral.

Lugar de fala é a posição social e política ocupada por aquele que emite o discurso. Em estudo sobre o segmento popular da grande imprensa, Márcia Franz Amaral conceitua o lugar de fala como sendo um instrumento “que cria um ambiente explicativo para evidenciar que os jornais populares ou de referência falam de lugares diferentes e concedem espaços diversos às falas das fontes e dos leitores”. Segundo Amaral, compreender o lugar de fala de cada setor da grande imprensa possibilita reconhecer “as implicações das posições sociais simbólicas do jornal e do leitor”, bem como incorporar “a noção de mercado de leitores, a partir da ideia de que, para explicar o discurso, é preciso esclarecer as condições de constituição do grupo no qual ele funciona”. O aporte é mobilizado para a conclusão de que “o lugar de onde fala o segmento popular da grande imprensa é diferente do lugar de onde fala o segmento de referência”.³⁴⁸

A teoria mais recente sobre lugar de fala, desenvolvida no campo da antropologia e da sociologia, tem outro propósito, pois visa romper com a hierarquia discursiva, eliminando a mediação comunicativa de grupos historicamente marginalizados e silenciados, com vistas a permitir que os sujeitos eles mesmos falem sobre suas realidades, experiências e desafios. Ou seja, o que essa teoria propõe é a “quebra de uma visão dominante”, de maneira que a posição discursiva dos subalternos passe a ser caracterizada por eles próprios, e não segundo o prisma das elites. A abordagem atual busca conectar o conceito de lugar de fala à teoria do “ponto de vista feminista”, com enfoque no feminismo negro. De acordo com Djamila Ribeiro, “ao reivindicar os diferentes pontos de análises e a afirmação de que um dos objetivos do feminismo negro é marcar o lugar de fala de quem o propõe, percebemos que essa marcação se torna necessária para entendermos realidades que foram consideradas implícitas dentro da normatização hegemônica”.^{349 350}

³⁴⁸ AMARAL, Márcia Franz. Lugares de fala: um conceito para abordar o segmento popular da grande imprensa. *Contracampo*, n. 12, 2005, pp. 104-105.

³⁴⁹ RIBEIRO, Djamila. **Lugar de fala**. São Paulo: Jandaíra, 2020, p. 59.

³⁵⁰ Existem autores relevantes, inclusive dentro do movimento negro, que criticam a aplicação antropológica e sociológica que se tem dado à tese do lugar de fala, inclusive algumas de suas variações, a exemplo da ideia de “escrevivências”. Essa crítica sinaliza que a compreensão impingida ao lugar de fala o tem transformado em um lugar de silenciar os outros, e que, com a radicalização da perspectiva, grupos políticos de esquerda têm se utilizado do conceito para evadir-se de debates importantes, impondo um viés individualista a experiências e pontos de vista que são intersubjetivos e têm um grande potencial de contribuição para o debate público. Além disso, segundo os críticos, o lugar de fala é uma ideia que tem circulação exclusivamente nas esquerdas, e que, por isso, não tem logrado limitar excessos discursivos nos espaços onde talvez seria mais necessário, que são os ambientes dominados por segmentos conversadores. Para a crítica, ver GOMES, Wilson. Precisamos falar sobre o “lugar de fala”. *Revista Cult*. Coluna de 9 de agosto de 2019. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/precisamos-falar-sobre-o-lugar-de-fala/>. Acesso em 14 de março de 2023.

Nesta tese, quando falamos em lugar de fala, queremos recuperar o sentido inicial da expressão – que é elementar e, por isso, serve tanto para embasar teorias sobre os diferentes segmentos de público da grande imprensa quanto para explicar a posição de onde falam grupos historicamente oprimidos e silenciados pela sociedade –, porque a abordagem que propomos é distinta daquela que prevalece hoje nos campos da comunicação social, da antropologia e da sociologia. Apesar disso, nosso enfoque se aproveita da ideia de que, embora o lugar social não determine uma consciência discursiva definitiva, a posição ocupada pelo falante condiciona sua visão de mundo, na medida em que confere a ele experiências, perspectivas e compromissos próprios.³⁵¹ Como integrante do Poder Judiciário, instituição essencialmente comprometida com a realização da justiça, o juiz fala a partir de um lugar que é social, mas sobretudo institucional; esse lugar institucional o condiciona, pois, ao mesmo tempo que dá a ele credenciais que o cidadão comum, falando de seu próprio lugar, não possui, impõe a ele que observe, a todo momento, sua circunstância especial: a fala do juiz repercute na administração da jurisdição. Diferentemente da teoria antropológica ou sociológica do lugar de fala, o enfoque que adotamos neste trabalho – uma teoria político-filosófica e jurídico-constitucional do lugar de fala institucional – objetiva estabelecer uma orientação que situe a atuação discursiva do agente do Estado, especificamente o juiz, a partir do reconhecimento de que suas expressões afetam a performance da atividade pública sob sua responsabilidade.

A *corte* é o lugar discursivo de exercício do Poder Judiciário. Ela se contrapõe à *praça*, que é o lugar discursivo de ocorrência preponderante (embora não exclusiva) do debate político, ou seja, da discussão pública sobre questões políticas.³⁵² O que efetivamente define a corte como locus institucional especializado é o compromisso discursivo-institucional com o processo, a imparcialidade, o contraditório e um vocabulário vinculado ao direito e à razão. Apesar de esta leitura ter, parcialmente, assento na teoria dworkiniana, Dworkin não apresenta uma resposta consciente para o problema do *fundamento de existência* da corte. A verdade é que a corte existe, e existe como lugar discursivo autônomo, na medida em que, dada a natureza de seu ferramental comunicativo, é capaz de contribuir com a governança democrática.³⁵³ Essa contribuição, como vimos, se dá pela construção de provimentos estatais em um procedimento em contrário, a partir de uma interlocução ativa e efetiva entre um juiz independente e imparcial

³⁵¹ *Ibid.*, p. 69.

³⁵² A expressão “questões políticas” é utilizada no sentido de problemas elaborados, sintetizados, traduzidos, discutidos e solucionados a partir de argumentos de política. Cf. DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1985, pp. 77-80. O conceito de “praça” é empregado em linha muito similar à assumida em SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. Porto Alegre: Fabris, 1986.

³⁵³ Cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Op. cit.*, 2016, pp. 29-69.

e as partes do conflito social, e segundo uma interpretação do direito que indique, com fidelidade à história institucional da comunidade soberana, a única resposta correta para cada um dos problemas examinados – uma contribuição que é específica e insubstituível, pois apenas os juízes, pronunciando-se desse lugar especial de fala que é a corte, podem oferecê-la. Exatamente por isso, o Poder Judiciário deve observar balizas e diretrizes para o desempenho de sua função – especialmente no que toca à veiculação da expressão judicial –, com vistas a cumprir, com integridade, a máxima de contribuir *construtivamente*.³⁵⁴

No marco de seu lugar de fala institucional, ao se manifestar em público, o juiz deve observar dois deveres: o dever de discrição e o dever de desassombro. Os deveres são mutuamente complementares. A discrição implica falar pouco e manter-se reservado; há um valor específico no silêncio e na cautela do juiz. Já o desassombro implica falar o necessário, sempre que necessário; na maioria das ocasiões, ser desassombrado significa ser discreto, e falar o necessário supõe silenciar-se, porém há situações nas quais a fala do juiz, em determinado contexto e com determinado conteúdo, se mostra institucionalmente desejável.

Em resumo, a expressão judicial é particularmente sensível e, por isso, merece um tratamento jurídico distinto, não só porque a decisão do juiz põe fim a um conflito social, mas também em virtude do prestígio de que o juiz desfruta, o qual decorre hoje da eloquência especial que se atribui ao argumento do direito e da enorme confiança que se deposita na capacidade do sistema de justiça. Em outras palavras, o ofício judicante e a autoridade judicial reclamam um regime diferenciado, uma vez que o juiz, além de ter poder de decisão, reveste-se de uma autoridade associada à plausibilidade do direito e à credibilidade da jurisdição. Essas circunstâncias justificam (e impõem) que o juiz seja menos livre para expressar seu pensamento publicamente do que o cidadão comum.

Desempenhar adequadamente o ofício judicante é um desafio. Envolve e requer cuidado, temperança, sabedoria, autocontenção e, sobretudo, fidelidade à autonomia dos sujeitos e à soberania da comunidade. O juiz caminha em um arame esticado sobre um precipício: deve honrar a confiança que a sociedade contemporânea deposita em sua capacidade, mas ao mesmo tempo agir de modo a evitar que tal confiança o engula e, em o engolindo, aniquile a justiça e a democracia. São muitos os desafios, mas, apesar das

³⁵⁴ DILLY PATRUS, Rafael. Controle preventivo de constitucionalidade e democracia: a Constituição de 1988 e as intervenções jurisdicionais destrutivas. In: XIMENES, Julia Maurmann; BARROS, Janete Ricken Lopes de (org.). **25 anos da Constituição: influências jurídicas, atores políticos e contexto sociológico**. Brasília: IDP, 2013, pp. 113-137.

dificuldades, o juiz deve decidir – e decidir com integridade, discrição e desassombro, cumprindo seus compromissos primários com a democracia e o Estado de Direito.

2.2 O quão livres são os juízes brasileiros para expressarem seu pensamento em público?

No direito brasileiro, a conduta dos juízes é regida pela Constituição da República, pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional, pelo Código de Ética da Magistratura Nacional e por outras resoluções e provimentos adotados pelo Conselho Nacional de Justiça. Além disso, regras previstas no Código de Processo Civil e em outras leis de âmbito nacional são relevantes para a clarificação de como o juiz deve exercer sua função, não apenas na prática de atos processuais e no proferimento de decisões, mas também no desempenho de sua vida tanto pública quanto privada.

Embora o ordenamento brasileiro consagre e promova os princípios à luz dos quais entendemos necessária a imposição de um regime diferenciado aos juízes em geral e à expressão judicial em particular – princípios como a imparcialidade, a independência, o contraditório material e a fundamentação sincera e suficiente das decisões –, o sistema de justiça no Brasil não tem conseguido lidar, de maneira inteligente, organizada e efetiva, com a verborragia de seus juízes. Isso fica claro, por exemplo, no episódio envolvendo a então desembargadora do Tribunal de Justiça de São Paulo Kenarik Boujikian. Diante disso, apresentamos, na Introdução, uma série de perguntas sobre a liberdade de expressão judicial: se, na definição de até onde pode ir a manifestação do juiz, é necessário analisar o conteúdo e o contexto do discurso proferido; se existe alguma diferença entre o pensamento que o juiz expressa dentro do processo e o pensamento que ele expressa fora desse ambiente; se existe, ainda, alguma diferença entre o pensamento que ele expressa como razão para resolver um conflito que lhe foi apresentado e o pensamento que, embora expresso no corpo de uma decisão, não é necessário para que se alcance o resultado decisório; como ficam os juízes que são também professores; se existem casos nos quais o silêncio do juiz é que é o problema; se a posição ocupada pelo juiz na estrutura da jurisdição importa; e, por fim, que tipo de sanção cabe aplicar contra o juiz que viola seu dever de discrição.

A fim de dizermos o quão livres os juízes brasileiros são para expressarem seu pensamento em público, precisamos responder a essas indagações. Antes disso, porém, queremos explicar o motivo de o caso brasileiro ser tão singular.

2.2.1 Por que estudar o caso brasileiro?

A opção por estudar o caso brasileiro não é óbvia. Existem razões variadas para isso. Essas razões se referem, em parte, a um contexto maior, pois remetem a problemas e particularidades que acometem outros países da América Latina. Mas elas são também, e sobretudo, peculiares à realidade política e institucional do Brasil.

A América Latina é um continente vasto, multifacetado e plural. Pensá-la aqui como um bloco monolítico e homogêneo – como se, ressaltadas algumas características específicas de cada lugar e de cada sistema, fosse possível falar em um direito latino-americano, ou em uma cultura latino-americana, ou mesmo em uma realidade político-histórica latino-americana – seria cometer um erro grosseiro. Um erro, aliás, bastante comum, inclusive no ambiente acadêmico, quando o que se tem em mente é o conjunto de povos e regimes políticos do Sul global. O caso mais recorrente e infeliz é, sem dúvida, o da África – um continente histórica, étnica, religiosa e culturalmente tão diversificado quanto, por exemplo, a Ásia ou a Europa, mas que, apesar disso, sofre muito mais do que esses outros lugares com narrativas baseadas na lógica de uma “história única”.³⁵⁵ O exemplo da América Latina, contudo, é igualmente significativo. João Feres Júnior explica que o conceito de *Latin America* nos Estados Unidos, tanto na linguagem cotidiana quanto em textos técnicos, é utilizado para designar o contrário de uma autoimagem exaltada de *America*. Segundo ele, essa mentalidade opõe o “eu” coletivo americano, que é central e glorificado, ao “outro” coletivo latino-americano, que é periférico e subalterno, e, nesse prisma, pressupõe a *Latin America* como uma categoria uniforme.³⁵⁶

A verdade é que, embora tenham características similares que os aproximam em diversos aspectos, os países da América Latina apresentam experiências e práticas muito próprias e ricas, e, como dissemos, não faz nenhum sentido tomá-los como um grupo único e indiferenciado. Mesmo os aspectos que unem esses países, como sua história de exploração por

³⁵⁵ ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **O perigo de uma história única**. Trad. Júlia Romeu. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

³⁵⁶ FERES JÚNIOR, João. **A história do conceito de *Latin America* nos Estados Unidos**. São Paulo: Edusc, 2005a.

potências estrangeiras, suas acentuadas desigualdades sociais e o fato de muitos terem recentemente passado por experiências autoritárias, repercutem em cada lugar de maneira distinta.³⁵⁷ Dito isso, podemos assumir, no que diz respeito à separação dos poderes e à independência do Poder Judiciário, que os juízes latino-americanos atuam sob uma constante tensão: de um lado, eles representam uma promessa de emancipação política e de justiça social e, de outro, veem-se mergulhados em uma estrutura de Estado na qual sobrevivem, ainda muito fortes, as marcas do patrimonialismo, do clientelismo, da corrupção sistêmica e da violência autoritária.³⁵⁸ Por conta disso, estudar o funcionamento da justiça e o comportamento dos juízes na América Latina é um afazer atual e importante.

Quando falamos em Brasil, falamos, do mesmo modo, em um país vasto, multifacetado e plural. Por se tratar de um país latino-americano, o Brasil tem, como seus vizinhos, uma longa história de subordinação a ingerências estrangeiras. Além disso, o país sofre com profundas e acentuadas desigualdades sociais e, no passado recente, viveu uma ditadura injusta e duradoura, sustentada pelas elites militares e empresariais e pela burocracia do Estado. A democracia brasileira é hoje um regime relativamente estável, porém repleto de problemas, muitos deles decorrentes do restolho autoritário que, não obstante a índole emancipatória da Constituição de 1988, permanece vivo na sociedade e na Administração Pública.³⁵⁹

Segundo Oscar Vilhena Vieira, de 1988 até 2013, os principais atores envolvidos com o funcionamento das instituições no Brasil se mantiveram comprometidos com o modelo organizacional previsto na Constituição. A partir de 2014, todavia, uma sucessão de contestações à institucionalidade democrática brasileira levou a uma lenta e gradual fragilização do compromisso constitucional. Em *A batalha dos poderes*, livro publicado em 2018, Vieira diagnosticou que a Constituição de 1988 vivia, então, “tempos bicudos”: “Os sucessivos escândalos de corrupção, a crise econômica, o acirramento do conflito distributivo associados ao descrédito dos partidos e das instituições políticas abriram espaço para lideranças e discursos hostis aos valores e princípios estabelecidos pelo pacto constitucional de 1988”.³⁶⁰ As origens

³⁵⁷ Cf. GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Trad. Sérgio Faraco. São Paulo: L&PM, 2010, pp. 72-128.

³⁵⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Desigualdad estructural y Estado de derecho. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, pp. 25-46. Ver também MATTOS, Karina Denari Gomes de; DANTAS, Fernanda Lage Alves; VASCONCELOS, Vitor Jorge Gonçalves. Estimulando “super juízes”: a relação entre desenho institucional e comportamento judicial na América Latina. **Opinião Jurídica**, 20, v. 43, 2021, p. 513.

³⁵⁹ BERCOVICI, Gilberto. “O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”: a persistência da estrutura administrativa de 1967. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010, pp. 77-90.

³⁶⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 11.

desse processo são múltiplas, dentre elas a crise na economia nacional e os escândalos de corrupção no governo federal, porém dois conflitos estão na base do acirramento político-social: o embate entre a classe política e o estamento burocrático composto por agentes públicos independentes, como juízes e membros do Ministério Público, e o choque entre a pretensão de ampliação dos direitos sociais e a aspiração de manutenção dos privilégios corporativos.³⁶¹

Tal cenário não se resume a contendas pontuais. De 2014 em diante, o que se tem colocado em jogo é não apenas a tranquilidade institucional, mas a própria capacidade da Constituição de canalizar a divergência política, contexto para o qual o Poder Judiciário tem contribuído e no qual ele vem ocupando um lugar de relevância indiscutível, às vezes protegendo o projeto constitucional, outras vezes alimentando sua erosão. A atuação de juízes e tribunais em casos de persecução penal com grande apelo midiático, a inclinação crônica ao individualismo decisório e ao “estrelismo” judicial, a inaptidão do sistema de justiça, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, para manter entendimentos coesos sobre questões importantes, tudo isso tem aprofundado um paulatino apodrecimento dos padrões constitucionais. Por outro lado, o Judiciário em geral e o Supremo em particular têm tido um papel decisivo na resistência às tentativas de subverter a ordem constitucional, o que demonstra não apenas a resiliência da Constituição de 1988, mas também sua capacidade de superar o retrocesso autoritário.³⁶²

A maneira como os juízes brasileiros se relacionam com a mídia é um ponto de atenção. O aparecimento público recorrente de ministros de tribunais superiores, seja confraternizando com políticos e empresários interessados em julgamentos pendentes de resolução, seja participando de entrevistas e mesas-redondas, ou simplesmente comentando, por meios diversos, acontecimentos da vida política, tem colaborado com a corrosão progressiva da imagem pública, da confiabilidade e, por consequência, da legitimidade da jurisdição. Nessa conjuntura, o comportamento dos integrantes do STF é, mais uma vez, merecedor de nota. Vejamos alguns exemplos recentes de indiscrição judicial no Brasil – resumidos aqui em um número reduzido, mas suficiente para demonstrar o que queremos dizer:

- (i) Em dezembro de 2016, comentando decisão monocrática do ministro Marco Aurélio Mello, que determinara o afastamento do senador Renan Calheiros da Presidência do Senado Federal, o ministro Gilmar Mendes sugeriu que o ato, classificado por ele como “indecente”, era motivo suficiente para a decretação

³⁶¹ *Ibid.*, pp. 23-32. Sobre o conceito de “apodrecimento constitucional”, ver BALKIN, Jack. Constitutional crisis and constitutional rot. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (eds.). **Constitutional democracy in crisis?** Oxford: Oxford University Press, 2018a, pp. 13-28.

³⁶² Cf. MEYER, Emilio Peluso Neder. **Constitutional erosion in Brazil: progresses and failures of a constitutional project.** Oxford: Hart Publishing, 2021, caps. 3, 6 e 8.

do *impeachment* de Mello. Em declaração ao jornal O Globo, Gilmar acrescentou: “No Nordeste se diz que não se corre atrás de doido, porque não se sabe para onde ele vai”. Mais tarde, após o plenário do Supremo decidir pela manutenção de Calheiros no cargo de presidente do Senado, Marco Aurélio alegou que havia prevalecido um “acordão”, e que o julgamento era um “verdadeiro deboche institucional”.³⁶³

- (ii) Em junho de 2017, o então presidente do Tribunal Superior do Trabalho, ministro Ives Gandra Filho, apresentou reclamações disciplinares contra os juízes do trabalho Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Severo, em virtude de terem publicado artigo na *Internet* criticando a reforma trabalhista.³⁶⁴
- (iii) Em setembro de 2017, o ministro Og Fernandes, do Superior Tribunal de Justiça, publicou uma enquete em sua página no Twitter perguntando aos internautas se eram favoráveis a uma intervenção militar. Em resposta às críticas que recebeu, Fernandes disse que o país “está com os nervos à flor da pele”, e que sua intenção era realizar uma pesquisa neutra, para “contribuir com o debate de ideias”.³⁶⁵
- (iv) Em abril de 2018, a página oficial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no Twitter “curtiu” tuíte postado pelo comandante do Exército, general Eduardo Villas Boas, na véspera do julgamento de *habeas corpus* impetrado pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva no STF, em que o militar afirmou repudiar a impunidade e se disse atento às missões institucionais das Forças Armadas.³⁶⁶
- (v) Em 2019, o ministro Marco Aurélio Mello prestou repetidas declarações recriminando o inquérito aberto pela Presidência do Supremo para apurar ameaças, ofensas e notícias falsas disseminadas contra membros do tribunal. Em participação no programa Roda Viva, da TV Cultura, Mello criticou abertamente a aproximação do ministro Dias Toffoli com o presidente Jair Bolsonaro, reputou indevida a colaboração do Judiciário com iniciativas

³⁶³ Marco Aurélio diz que STF endossou “verdadeiro deboche institucional”. **O Globo**. Matéria de 8 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/marco-aurelio-diz-que-stf-endossou-verdadeiro-deboche-institucional-20610594>. Acesso em 6 de outubro de 2021.

³⁶⁴ SCOCUGLIA, Livia. Ives Gandra critica movimento contra reforma trabalhista. **Jota**. Matéria de 27 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/trabalho/ives-gandra-critica-movimento-contr-reforma-trabalhista-27102017>. Acesso em 6 de outubro de 2021.

³⁶⁵ MARTINS, Gabriel. Ministro do STJ faz enquete polêmica no Twitter sobre intervenção militar. **O Globo**. Matéria de 29 de setembro de 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/ministro-do-stj-faz-enquete-polemica-no-twitter-sobre-intervencao-militar-21885222>. Acesso em 6 de outubro de 2021.

³⁶⁶ CARVALHO, Cleide. TRF-4 curte post do comandante do Exército no Twitter e atribui a erro de funcionário. **O Globo**. Matéria de 4 de abril de 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/trf-4-curte-post-do-comandante-do-exercito-no-twitter-atribui-erro-de-funcionario-22555593>. Acesso em 6 de outubro de 2021.

encabeçadas pelo Palácio do Planalto, e chamou a investigação deflagrada no STF de “inquérito do fim do mundo”.³⁶⁷

- (vi) Em 2020, o decano do STF, ministro Celso de Mello, proferiu inúmeras críticas ao governo de Jair Bolsonaro. Em mensagens reservadas vindas posteriormente a público, o magistrado comparou o Brasil com a Alemanha no período anterior à implantação do regime nazista, declarando que “o ovo da serpente parece estar prestes a eclodir” e que se fazia necessário “resistir à destruição da ordem democrática”.³⁶⁸
- (vii) No contexto da crise sanitária provocada pela pandemia de Covid-19 no Brasil, o ministro Gilmar Mendes, ao participar de debate com personalidades da imprensa e do meio político, qualificou como desastrosa a gestão feita pelos militares à frente do Ministério da Saúde. Além de criticar o vazio de liderança na pasta, Mendes tachou de inaceitável a postura assumida pelo Exército, que, segundo ele, havia se associado a um genocídio.³⁶⁹
- (viii) Em abril de 2022, o ministro Luís Roberto Barroso disse, em palestra realizada em uma universidade na Alemanha, que as Forças Armadas brasileiras vinham sendo orientadas a atacar o processo eleitoral, com o objetivo de “desacreditá-lo”. Em reação publicada no mesmo dia, o então ministro da Defesa, general Paulo Sérgio Nogueira de Oliveira, chamou a fala de Barroso de “irresponsável” e “ofensa grave” às instituições militares.³⁷⁰
- (ix) Em maio de 2022, em tom de censura a declarações do presidente Bolsonaro lançando dúvidas sobre a idoneidade do sistema eleitoral brasileiro e exortando as Forças Armadas a garantir “a lisura da democracia”, o ministro Edson Fachin, então presidente do Tribunal Superior Eleitoral, afirmou que eleições é assunto que diz respeito aos civis, às “forças desarmadas”. Em resposta, Bolsonaro

³⁶⁷ Marco Aurélio Mello chama inquérito das *fake news* de “inquérito do fim do mundo”. **Uol Notícias**. Matéria de 21 de junho de 2021. Disponível em: https://cultura.uol.com.br/noticias/27092_marco-aurelio-mello-chama-inquerito-das-fake-news-de-inquerito-do-fim-do-mundo.html. Acesso em 6 de outubro de 2021.

³⁶⁸ BERGAMO, Mônica. Celso de Mello compara Brasil à Alemanha de Hitler e diz que bolsonaristas querem “abjeta ditadura”. **Folha de S.Paulo**. Matéria de 31 de maio de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2020/05/celso-de-mello-compara-brasil-a-alemanha-de-hitler-e-diz-que-bolsonaristas-querem-abjeta-ditadura.shtml>. Acesso em 6 de outubro de 2021.

³⁶⁹ MELLO, Igor. “Exército está se associando a genocídio” na pandemia do novo coronavírus, diz Gilmar Mendes. **Folha de S.Paulo**. Matéria de 11 de julho de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/07/exercito-esta-se-associando-a-genocidio-na-pandemia-do-novo-coronavirus-diz-gilmar-mendes.shtml>. Acesso em 6 de outubro de 2021.

³⁷⁰ SASSINE, Vinicius. Fala de Barroso sobre ataque a sistema eleitoral é “ofensa grave”, diz Defesa. **Folha de S.Paulo**. Matéria de 24 de abril de 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/04/fala-de-barroso-sobre-ataque-a-sistema-eleitoral-e-ofensa-grave-diz-defesa.shtml>. Acesso em 11 de maio de 2023.

qualificou a fala de “descortês” e disse que Fachin “vê fantasma”, porque “ninguém quer atacar as urnas”.³⁷¹

- (x) No segundo semestre de 2022, a Corregedoria Nacional de Justiça exarou provimento estipulando punição a juízes que explicitassem posicionamento político-partidário, sobretudo na *Internet*, no período de preparação e realização das eleições. Em outubro, o pleno do Conselho Nacional de Justiça determinou a suspensão de contas de magistrados em redes sociais, em virtude de publicações com manifestações favoráveis ou contrárias a candidatos no pleito, algumas delas contendo notícias e informações falsas sobre o processo eleitoral.³⁷²
- (xi) Após os acontecimentos de 8 de janeiro de 2023, em que uma multidão de pessoas descontentes com o resultado das eleições de 2022 invadiu e vandalizou os prédios-sedes do Congresso Nacional, do Palácio do Planalto e do Supremo Tribunal Federal, o CNJ passou a adotar uma postura mais contundente contra manifestações judiciais de estímulo ou elogio ao golpismo de extrema direita. No dia 9 de janeiro, o corregedor nacional, ministro Luis Felipe Salomão, instaurou procedimento disciplinar contra o juiz mineiro Wauner Batista Machado, que autorizara um empresário de Belo Horizonte a reiniciar protestos de teor antidemocrático em uma avenida importante da cidade, reinstalando acampamento desmobilizado pela prefeitura. No ato, Salomão decidiu, ainda, pelo afastamento liminar do magistrado e pela suspensão de suas contas nas redes sociais.³⁷³
- (xii) Em fevereiro de 2023, a Corregedoria Nacional de Justiça abriu investigações contra vinte magistrados por conta de publicações virtuais com teor político-partidário, incluindo notícias falsas, questionamentos à idoneidade do processo eleitoral e ameaças contra candidatos a cargos eletivos e ministros do Supremo

³⁷¹ HOLANDA, Marianna. Bolsonaro baixa tom, responde a Fachin e agora diz que ninguém quer atacar urnas. **Folha de S.Paulo**. Matéria de 12 de maio de 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/05-/bolsonaro-abaixa-tom-responde-a-fachin-e-agora-diz-que-ninguem-quer-atacar-urnas.shtml>. Acesso em 11 de maio de 2023.

³⁷² MARQUES, José. CNJ suspende perfis de juízes favoráveis a Bolsonaro e Lula nas redes sociais. **Folha de S.Paulo**. Matéria de 28 de outubro de 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/10/cnj-suspende-perfis-de-juizes-favoraveis-a-bolsonaro-e-lula-nas-redes-sociais.shtml>. Acesso em 11 de maio de 2023.

³⁷³ AUGUSTO, Leonardo. Juiz que autorizou ato golpista em BH é afastado pelo CNJ. **Folha de S.Paulo**. Matéria de 10 de janeiro de 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/01/juiz-que-autorizou-ato-golpista-em-belo-horizonte-e-afastado-pelo-cnj.shtml>. Acesso em 11 de maio de 2023.

Tribunal Federal.³⁷⁴ Uma das investigadas, a juíza mineira Ludmila Lins Grilo, da Vara Criminal e da Infância e Juventude de Unaí, foi aposentada compulsoriamente pelo CNJ em maio de 2023, por “interesse público”, em razão de ter cometido atos de má gestão e feito postagens de conteúdo antidemocrático em suas redes sociais.³⁷⁵

Além de mostrarem o quão expostos midiaticamente os juízes brasileiros se permitem estar – certamente mais expostos do que a grande maioria dos juízes mundo afora –, esses episódios deixam claro que o problema, no Brasil, tem dupla dimensão. Evidentemente, existe o problema dos juízes que “falam além da conta”, que se sentem à vontade para opinar sobre a vida política, que usam a arena pública para elogiar ou criticar ideias e pessoas, que dialogam frequentemente com a imprensa, participam de programas na televisão, dão entrevistas etc. Mas existe, também, o problema da seletividade do sistema punitivo-disciplinar. Somada aos inúmeros aspectos e elementos que mencionamos até aqui, é sobretudo essa complexidade político-institucional que justifica a escolha de estudarmos o caso brasileiro.³⁷⁶

2.2.2 Diretrizes para a interpretação da liberdade de expressão judicial no direito brasileiro

Já dissemos que os incisos IV e IX do art. 5º da Constituição de 1988 estabelecem que são livres a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato, e a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. Na interpretação da liberdade de expressão judicial, essa é a primeira e principal diretriz: a liberdade de expressão, ancorada nas razões que o direito tem para proteger a expressão humana.

³⁷⁴ SERRA, Paolla; GULLINO, Daniel. Vinte juízes são alvos do CNJ por fake news e campanha nas redes. **O Globo**. Matéria de 14 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/noticia/2023/02/vinte-juizes-sao-alvos-do-cnj-por-fake-news-e-campanha-nas-redes.ghtml>. Acesso em 8 de junho de 2023.

³⁷⁵ ALENCAR, Caíque. Juíza de MG seguidora de Olavo de Carvalho é aposentada compulsoriamente. **Uol Notícias**. Matéria de 25 de maio de 2023. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2023/05/25/juiza-ludmila-lins-grilo-aposentada-compulsoriamente.htm>. Acesso em 8 de junho de 2023.

³⁷⁶ Naturalmente, a opção por estudar o direito brasileiro nasce, em primeiro lugar, do fato de o pesquisador ser brasileiro e estar vinculado a um programa de pós-graduação em uma universidade pública no Brasil. Aliás, em regra, explicações desse tipo – sobre o motivo pelo qual um estudante brasileiro escolheu estudar o Brasil – são de todo dispensáveis, ficando pressupostas nos trabalhos científicos. O que queremos frisar, no entanto, é que, com relação ao problema específico da liberdade de expressão judicial, existem, adicionalmente, razões não tão óbvias para a escolha do caso brasileiro como objeto de estudo.

Adicionalmente, o art. 2º da Constituição estabelece que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, e o inciso III do § 4º do art. 60 dispõe que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação dos poderes. Embora não muito elucidativas, essas disposições consagram o princípio da separação democrática dos poderes, que devemos compreender como uma exigência de as instituições do Estado, além de estarem divididas e possuírem mecanismos de fiscalização e contenção recíprocas, oferecerem cada uma sua contribuição específica à governança da democracia, funcionando de maneira articulada. A contribuição do Poder Judiciário é a construção de provimentos por agentes independentes e imparciais, em processos com a participação ativa e a influência efetiva das partes, que busquem a única resposta correta para cada conflito submetido à sua apreciação. A integridade dessa contribuição depende de serem observados, no art. 5º da Constituição, o inciso XIV, que assegura a todos o acesso à informação; o inciso XXXV, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; o inciso XXXVI, que diz que a lei não prejudicará a coisa julgada; o XXXVII, que proíbe juízo ou tribunal de exceção; e os incisos LIII, LIV e LV, que determinam que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, nem, tampouco, privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, e que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Conforme também já dissemos, por força do inciso IX do art. 93, todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário são públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. A Constituição estabelece, ainda, em seu art. 95, que os juízes gozam das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio, sendo-lhes vedado dedicar-se à atividade político-partidária. Essas diretrizes, sobretudo quando mobilizadas em conjunto, são muito relevantes para uma compreensão minimamente adequada do conceito de separação dos poderes. Por outro lado, é preciso ir além, pois interpretar o direito é reler a história institucional da comunidade à sua melhor luz, atualizando-a de acordo com os princípios de justiça, justeza e devido processo que dão sentido às práticas sociais e institucionais; realizar isso implica apreender a Constituição nas suas entrelinhas, buscando nelas o significado das ideias de independência do Judiciário, imparcialidade do juiz, contraditório material e fundamentação das decisões.

A Lei Complementar nº 35, de 1979, dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Além de tratar das garantias e prerrogativas do cargo judicial, a LOMAN prevê, em seu art. 35, que são deveres do magistrado cumprir e fazer cumprir, com independência,

serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício (inciso I), bem como manter conduta irrepreensível na vida pública e particular (inciso VIII). Ademais, o inciso III do art. 36 da lei estipula ser proibido ao juiz manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.

É preciso atentar, em acréscimo, para o que dispõem a Lei nº 13.105, de 2015, que prevê o Código de Processo Civil, e o Código de Ética da Magistratura Nacional, ato normativo instituído pelo CNJ em 18 de setembro de 2008. O CPC traz normas relevantes sobre como o juiz deve atuar no processo. Para este trabalho, devemos mencionar: (i) o art. 7º, que assegura às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório; (ii) os arts. 9º e 10, que vedam o proferimento de decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida, assim como o juiz decidir, em qualquer grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício; e (iii) o § 2º do art. 489, segundo o qual não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; que empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; que invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; ou que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Com relação ao Código de Ética, seu art. 4º exige do magistrado que seja eticamente independente e que não interfira, de qualquer modo, na atuação jurisdicional de outro colega, exceto em respeito às normas legais; seu art. 8º esclarece que o magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita comportamentos que possam refletir favoritismo, predisposição ou preconceito; e seus arts. 15 e 16 preceituam que a integridade de conduta do magistrado fora do âmbito estrito da atividade jurisdicional contribui para uma fundada confiança dos cidadãos na judicatura, e que,

portanto, o magistrado deve comportar-se na vida privada de modo a dignificar sua função, cõscio de que o exercício da atividade jurisdicional impõe restrições e exigências pessoais distintas das acometidas aos cidadãos em geral.

No plano internacional, além dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil faz parte – com destaque para o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966 e ao qual o Brasil aderiu em 1992, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que foi adotada pela Organização dos Estados Americanos em 1969 e à qual o Brasil aderiu, igualmente, em 1992 –, merecem atenção os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, que são normas sobre comportamento judicial elaboradas pelo Grupo de Integridade Judicial das Nações Unidas. Formulados em 2001, na cidade indiana de Bangalore, e oficialmente aprovados em 2002, os Princípios visam a descrever os pilares essenciais de uma justiça independente, imparcial, acessível e justa, tendo sido adotados em virtude da crescente preocupação, em várias partes do mundo, com a crise de credibilidade de juízes e tribunais. Embora não tenha eficácia vinculante sobre nenhum dos Estados signatários, a declaração se presta como um guia no tratamento da ética judicial, sendo fonte de inspiração para regramentos nacionais, regionais e internacionais sobre a matéria, a exemplo do Código Iberoamericano de Ética Judicial. Como esclarece Gilson Dipp, “a conduta do juiz não diz respeito apenas a si mesmo, mas se confunde com a do poder que representa”. Assim, os Princípios de Bangalore “têm por finalidade orientar a atuação do juiz, de modo a contribuir para o fortalecimento da integridade judicial e da autoridade moral dos magistrados, o que se coaduna com uma sociedade democrática, a reclamar a valorização de normas de conduta que prezem a idoneidade, a imparcialidade e a integridade moral do juiz”.³⁷⁷ O diploma destaca a importância dos valores da independência, da imparcialidade, da integridade, da idoneidade, da igualdade, da competência e da diligência no funcionamento da jurisdição. Em seus comentários aos Princípios, o Grupo de Integridade Judicial escreveu que “[o] juiz deve (...) demonstrar e promover um padrão elevado de conduta judicial como um elemento a assegurar a independência do Judiciário”, e que “[a] imparcialidade deve existir tanto como uma questão de fato como uma questão de razoável percepção”, razão pela qual, “fora da corte (...), um juiz deve evitar deliberado uso de palavras ou conduta que poderia razoavelmente dar

³⁷⁷ DIPP, Gilson. Prefácio da edição brasileira. In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Grupo de Integridade Judicial. **Comentários aos Princípios de Bangalore de Ética Judicial**. Trad. Marlon da Silva Malha e Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008, p. 8.

margem a uma percepção de falta de imparcialidade”.³⁷⁸ Tais diretrizes são indispensáveis à interpretação da liberdade de expressão judicial.

É fundamental aludir, também, a como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – órgão judicial ao qual, por força do art. 102 da Constituição da República, compete, precipuamente, a guarda da ordem constitucional – articula e mobiliza os conceitos de liberdade de expressão e de separação dos poderes. Esses conceitos consistem em elos entre a linguagem constitucional e a experiência político-jurídica e, por isso, são decisivos para a compreensão da estrutura e do funcionamento do Estado e da dinâmica de interação entre o Estado e a sociedade. Além disso, eles são conceitos-chave (*Grundbegriffe*), uma vez que expressam disputas políticas.³⁷⁹ Existem visões múltiplas e conflitantes sobre o significado da liberdade de expressão e da separação dos poderes. Diante desse quadro conflitivo e polissêmico, o Supremo tem frequentemente optado por circundar as temáticas, ao invés de enfrentar a tarefa de estabelecer os conceitos, tendência que, a médio prazo, inviabiliza a construção de entendimentos claros e seguros sobre esses assuntos. Afinal, quais são as premissas que definem o sentido, no direito brasileiro, da liberdade de expressão e da separação dos poderes? Essa é uma pergunta relevante, e o fato de a jurisprudência do STF não oferecer nenhuma resposta inteligível é mais um motivo pelo qual devemos dedicar nossas atenções ao caso brasileiro.

Começemos com a liberdade de expressão. Trata-se de um tema caro ao Poder Judiciário, haja vista a gravidade das controvérsias jurídicas e políticas em torno de questões como a regulação de discursos de ódio, a fiscalização e o controle de notícias falsas, a reação a expressões de crítica e de ameaça a instituições democráticas, entre outras. Contudo, talvez surpreendentemente – mas, na verdade, nem tanto –, o Supremo tem se furtado a indicar, com clareza, as ideias com base nas quais entende a liberdade de expressão. Afirmações como “ameaça não é liberdade de expressão”, “discriminação não é liberdade de expressão” ou “mentira não é liberdade de expressão” são utilizadas com grande facilidade discursiva, mas sem nenhuma preocupação com o ponto que, em julgamentos quais os levados recentemente a cabo pelo tribunal, deveria ser visto como central: a clarificação do porquê de um discurso não estar abarcado pelo campo protetivo da liberdade. Não está claro o que o Supremo entende por ameaça, discriminação, mentira ou liberdade.

³⁷⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Grupo de Integridade Judicial. **Comentários aos Princípios de Bangalore de Ética Judicial**. Trad. Marlon da Silva Malha e Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008, pp. 59, 65 e 70, respectivamente.

³⁷⁹ KOSELLECK, Reinhart. *Op. cit.*, 1996, pp. 60-62; KOSELLECK, Reinhart. **Vergangene Zukunft: zur Semantik geschichtlicher Zeiten**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2020, pp. 107-111.

A jurisprudência baseada em ponderação de valores e sopesamento de princípios produz um conjunto de orientações difusas, desorganizadas e exageradamente casuísticas. Além de partir de um referencial teórico que, como já vimos, tem problemas, a jurisprudência da ponderação caminha de modo errático, porque não leva a sério nem a necessidade de padronizar algum método decisório, nem as nuances da própria teoria de Robert Alexy. Ela é, ainda, um indicativo da falta de integridade do Supremo. Quando olhamos para o cenário que se desvela em duas décadas de decisões, o que vemos é um tribunal em crise de identidade, incapaz de oferecer ao Poder Judiciário, em primeiro lugar, e à sociedade, em segundo, uma chave básica de leitura da liberdade de expressão que propicie um mínimo de segurança na aplicação da Constituição.

Em decisões emblemáticas sobre discurso de ódio (HC 82.424), regulação da imprensa (ADPF 130), passeatas a favor da descriminalização do uso de drogas (ADPF 187), biografias não autorizadas (ADI 4815), sátira com candidatos em pleitos eleitorais (ADI 4451), manifestações político-partidárias dentro de universidades (ADPF 548) e inquéritos abertos pelo próprio STF para apurar a divulgação de ameaças e notícias falsas contra ministros (Inquérito 4781 e ADPF 572), entre outros julgados importantes, o Supremo, de um modo geral, logrou avançar a proteção da liberdade de expressão no direito brasileiro. No entanto, seus pronunciamentos são de tal modo desorganizados que, a despeito de os resultados obtidos serem (quase sempre) meritórios, o entendimento sobre o assunto é ainda nebuloso e deficiente.³⁸⁰

Quanto à ideia de separação dos poderes, seu uso indiscriminado e descriterioso como um argumento estanque e vazio – um argumento que o STF não explica de modo adequado, mas que, apesar disso, ele utiliza como um curinga em qualquer debate no qual se veem minimamente ameaçadas prerrogativas duvidosas e privilégios questionáveis das instituições, em especial do próprio Judiciário – leva a decisões arbitrárias, sem fundamento consistente, que contrariam o art. 489, inciso II, do CPC, porque não trazem uma análise sobre as questões de fato e de direito em debate. A maneira como os ministros do Supremo se utilizam do princípio da separação dos poderes evidencia uma visão corporativa da institucionalidade democrática. A jurisprudência que essa inclinação produz é, tal qual o entendimento sobre liberdade de expressão, desordenada e excessivamente casuística. A título exemplificativo, lembremos as decisões claudicantes e contraditórias sobre os poderes *interna corporis* do Poder Legislativo, o entendimento sobre a eficácia *ultra partes* das declarações de inconstitucionalidade por parte do STF em controle difuso (Reclamação 4335) e a proibição

³⁸⁰ Cf. FERNANDES, Bernardo Gonçalves A. *Op. cit.*, 2022, pp. 189-208 e 942-1.067.

liminar (e monocrática) de os novos tribunais regionais federais criados pela Emenda Constitucional nº 73, de 2013, serem instalados (ADI 5017).³⁸¹

Em resumo, para estabelecermos uma leitura coerente do regime brasileiro sobre a liberdade de expressão judicial, devemos olhar para o que dizem a Constituição da República e normas nacionais e internacionais que tratam de sistema processual, direitos humanos e ética judicial. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é relevante, porém não oferece um norte minimamente claro para a interpretação nem da liberdade de expressão, nem da separação dos poderes.

Análises sobre a liberdade de expressão de juízes são raras. No direito brasileiro, a maioria dos textos publicados a respeito da temática corresponde a artigos jornalísticos. Alguns têm um claro viés corporativo, limitando-se a defender que juízes não podem ser “censurados”.³⁸² Outros vão um pouco além, mas, embora identifiquem a existência de um *problema* na liberdade de expressão judicial, não conseguem formulá-lo de modo suficiente, nem, tampouco, sugerir alguma solução.³⁸³ Dentre os trabalhos de teor híbrido – veiculados em um formato jornalístico, de acesso e leitura mais fáceis, porém mantendo algum rigor técnico-argumentativo –, merecem destaque as colunas *O juiz entre os rigores da profissão e a liberdade de expressão*, do desembargador federal aposentado Vladimir Passos de Freitas,³⁸⁴ e *Liberdade de expressão e o “manual de comportamento” para magistrados*, do professor Ingo Wolfgang Sarlet,³⁸⁵ as quais, apesar das limitações impostas pelo tipo e pelo tamanho da publicação, examinam com uma profundidade maior a tensão entre as razões para proteger a liberdade e a pretensão de preservar a imparcialidade do juiz e a imagem do Poder Judiciário. Na esfera especializada, são dignos de nota o artigo *O interesse social para a liberdade de expressão de juízes: uma análise a partir de casos em Angola e no Brasil*, de André Augusto Salvador Bezerra e João Paulo da Silva Moraes, ambos professores na Escola Nacional de

³⁸¹ *Ibid.*, pp. 304-309 e 899-921.

³⁸² Ver, por exemplo, CALVET, Otavio Torres. Liberdade de expressão da magistratura: censura nunca mais. **Consultor Jurídico**, 6 de abril de 2021.

³⁸³ Ver, por exemplo, ANGELO, Tiago. Dever de imparcialidade limita liberdade de expressão de membros do Judiciário. **Consultor Jurídico**, 6 de janeiro de 2021; PORTO, Noemia; TREVISO, Marco Aurélio. O uso de redes sociais por juízes e o dilema da liberdade de expressão. **Consultor Jurídico**, 26 de novembro de 2019; OLIVEIRA, Eduardo Perez; SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Livre expressão e a voz dos juízes: entre o silêncio e o carro de som. **Consultor Jurídico**, 16 de setembro de 2022.

³⁸⁴ FREITAS, Vladimir Passos de. O juiz entre os rigores da profissão e a liberdade de expressão. **Consultor Jurídico**, 29 de outubro de 2017.

³⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e o “manual de comportamento” para magistrados. **Consultor Jurídico**, 21 de setembro de 2018.

Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados,³⁸⁶ e a monografia *Liberdade de expressão dos juízes nas redes sociais: uma análise sob o viés constitucional do direito como integridade*, defendida como trabalho de conclusão de curso por Alanna Vieira de Alencar na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.³⁸⁷ Trata-se de trabalhos importantes – sobretudo a monografia de Alanna de Alencar, que analisa os atos normativos do CNJ que regulamentam o uso das redes sociais por magistrados e conclui que, não obstante a relevância da liberdade de expressão, nem o Provimento nº 71 nem a Resolução nº 305 são, a princípio, incompatíveis com a Constituição de 1988, pois visam a garantir a imparcialidade judicial, que se traduz em um direito dos cidadãos.³⁸⁸ Apesar disso, nenhum desses textos se propõe efetivamente a sistematizar o estatuto da liberdade de expressão judicial no Brasil.

Quanto a trabalhos no âmbito estrangeiro e internacional – trabalhos que nos interessam tanto diretamente, já que tratam muitas vezes de normas internacionais vigentes no direito brasileiro, quanto indiretamente, tendo em vista sua utilidade argumentativa, sob um ponto de vista comparativo –, merecem destaque, no direito norte-americano, os artigos *The limitations on judicial free speech*, publicado por Robert M. Howard em 2006,³⁸⁹ *Regulating the speech of judges and lawyers: the First Amendment and the soul of the profession*, publicado por Rodney Smolla em 2015,³⁹⁰ e *When should the First Amendment protect judges from their unethical speech?*, publicado por Lynne H. Rambo em 2018.³⁹¹ Esses textos defendem que, apesar da necessidade de se avaliar o discurso público de juízes à luz das exigências da imparcialidade e da independência da jurisdição, a expressão judicial está, em regra, protegida pela Primeira Emenda à Constituição norte-americana.³⁹²

Por fim, entendemos fundamental salientar três estudos elaborados por órgãos consultivos internacionais: o Relatório sobre Liberdade de Expressão de Juízes, adotado pela

³⁸⁶ BEZERRA, André Augusto Salvador; MORAIS, João Paulo da Silva. O interesse social e a liberdade de expressão de juízes: uma análise a partir de casos em Angola e Brasil. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, v. 10, n. 2, 2022, pp. 267-287.

³⁸⁷ ALENCAR, Alanna Vieira de. **Liberdade de expressão de juízes nas redes sociais: uma análise sob o viés constitucional do direito como integridade**. Trabalho de conclusão de curso (bacharelado em direito). Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2021.

³⁸⁸ *Ibid.*, sobretudo pp. 36-75.

³⁸⁹ HOWARD, Robert M. The limitations on judicial free speech. **Technology and Courts**, v. 27, n. 3, 2006, pp. 350-353.

³⁹⁰ SMOLLA, Rodney. Regulating the speech of judges and lawyers: the First Amendment and the soul of the profession. **Florida Law Review**, vol. 66, i. 3, 2015, pp. 961-990.

³⁹¹ RAMBO, Lynne H. When should the First Amendment protect judges from their unethical speech? **Ohio State Law Journal**, v. 79, n. 2, 2018, pp. 279-318.

³⁹² Conforme já tivemos a oportunidade de pontuar, o debate sobre liberdade de expressão nos Estados Unidos é muito rico, pois, entre outras razões, parte de um longo e complexo conjunto de decisões da Suprema Corte a respeito da temática.

Comissão de Veneza em 23 de junho de 2015,³⁹³ o Relatório sobre Independência de Juízes e Advogados, estabelecido pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas em sua quadragésima primeira sessão, realizada entre 24 de junho e 12 de julho de 2019,³⁹⁴ e a Opinião nº 25 sobre Liberdade de Expressão de Juízes, exarada pelo Conselho Consultivo de Juízes Europeus em 2 de dezembro de 2022.³⁹⁵ Tais relatórios contêm um amplo mapeamento comparativo de como diferentes sistemas jurídicos tratam a questão da liberdade de expressão judicial, bem como apresentam recomendações aos Estados a respeito do envolvimento de juízes na política, na mídia e nas redes sociais. Considerando a importância desses documentos, tanto pelo apuro técnico das análises que encetam quanto pela representatividade das entidades que os formularam, e tendo em vista o fato de inexistirem versões em língua portuguesa, são submetidas, em apêndices ao fim desta tese, as respectivas traduções, as quais elaboramos com o propósito de tornar o conteúdo dos estudos realizados mais acessível a estudantes e operadores do direito no Brasil e em outros países lusófonos.

2.2.3 Sobre que temas o juiz não pode se manifestar?

2.2.3.1 O juiz não pode se dedicar a atividade político-partidária, nem opinar sobre processo pendente de julgamento, nem, tampouco, emitir juízo depreciativo sobre decisão alheia

Sobre quais temas o juiz não pode se manifestar? O direito brasileiro tem duas respostas a essa pergunta, uma expressa e outra implícita no ordenamento. A resposta expressa consta no inciso III do parágrafo único do art. 95 da Constituição da República, que veda ao juiz dedicar-se à atividade político-partidária, e no inciso III do art. 36 da LOMAN, que proíbe que o juiz manifeste, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.

³⁹³ Conselho da Europa. Comissão de Veneza. **Relatório sobre Liberdade de Expressão de Juízes**. Veneza, 23 de junho de 2015.

³⁹⁴ Organização das Nações Unidas. Conselho de Direitos Humanos. **Relatório sobre Independência de Juízes e Advogados**. Genebra, 24 de junho a 12 de julho de 2019.

³⁹⁵ Conselho da Europa. Conselho Consultivo dos Juízes Europeus. **Opinião nº 25 sobre Liberdade de Expressão de Juízes**. Estrasburgo, 2 de dezembro de 2022.

Tradicionalmente, o Supremo Tribunal Federal compreende a expressão “atividade político-partidária” de maneira restrita. Ao julgar a Ação Ordinária nº 2236, ajuizada pela União Nacional dos Juizes Federais do Brasil com o objetivo de ver reconhecido o direito dos juizes de se candidatarem em pleitos eleitorais, o STF escreveu que a proibição constitucional de dedicação a atividade político-partidária indica como vedadas ao juiz a filiação a partido político e a candidatura a cargo eletivo. No processo, a Unajuf argumentou que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Convenção de Nova York) – que foi promulgada, nos termos do Decreto nº 6.949, de 2009, conforme o rito do § 3º do art. 5º da Constituição, tendo, assim, adquirido *status* de emenda constitucional – estabelece, em seu art. 29, que os Estados-parte devem assegurar que as pessoas com deficiência possam participar efetiva e plenamente na vida política e pública, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos, incluindo o direito e a oportunidade de votarem e serem votadas. Na visão da União dos Juizes Federais, esse dispositivo implicou, com relação aos juizes com deficiência, a revogação da proibição de atividade político-partidária; ademais, como a Constituição determina que o regime da magistratura nacional seja único, seria necessário estender o direito de ser votado a todos os juizes. Adicionalmente, foi evocada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujo art. 23.2 estipula que todos os cidadãos devem gozar dos direitos de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas. Rejeitando essas alegações, o ministro Gilmar Mendes pontuou que o conflito normativo apontado pela instituição autora é apenas aparente, pois, embora os cidadãos em geral tenham os direitos de votar e de se candidatar a cargos eletivos, é perfeitamente possível que o ordenamento institua exceções justificadas tanto ao voto – como nos casos dos estrangeiros situados no território nacional e dos nacionais menores de dezesseis anos – quanto à elegibilidade – a exemplo dos limites etários mínimos e de outras proibições previstas na Constituição ou em lei, dentre elas a exclusão dos analfabetos, os dispositivos da Lei Complementar nº 64, de 1990 (incluídos os acréscimos trazidos pela Lei da Ficha Limpa), e a vedação a que juizes se dediquem à atividade político-partidária. Ainda, o fato de juizes e promotores desempenharem funções na gestão das eleições, ocupando postos de autoridade eleitoral, exige que eles sejam impedidos de se candidatar nos pleitos; esse impedimento não é inescapável nem eterno, pois, como explica Mendes, ecoando o mesmo argumento de que nos utilizamos para explicar a possibilidade moral de obrigações especiais oponíveis aos juizes, “o regime jurídico da magistratura é conhecido daqueles que ocupam o cargo, que podem se

desimcompatibilizar quando bem entenderem”, isto é, a limitação imposta é, “se não voluntária, ao menos consentida”.³⁹⁶

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo pressupõe atividade político-partidária como atuação formalmente vinculada a determinado partido político. Um aspecto importante dessa orientação é a gramática. Na apreciação do Recurso Extraordinário nº 127246, um dos primeiros julgados sobre a matéria após o advento da Constituição de 1988, o ministro Moreira Alves salientou como relevante o fato de a expressão “dedicar-se à atividade político-partidária” estar craseada. O caso dizia respeito à eleição de membro do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro para o cargo de prefeito do Município de Arraial do Cabo. Embora a discussão não perpassasse por avaliar a situação de nenhum juiz, Moreira Alves analisou o regime constitucional da magistratura e, com base nisso, asseverou que as vedações constitucionalmente impostas aos membros do Ministério Público são menos gravosas do que as opostas aos juízes. A crase em “à atividade político-partidária” aponta, segundo o ministro, que a proibição a que a Constituição se refere tem como objeto não as atividades político-partidárias em sentido genérico – as quais poderiam, em tese, abarcar atividades não ligadas ao âmbito formal dos partidos políticos –, mas a atividade político-partidária singularmente considerada, a atividade dos partidos propriamente ditos, a qual depende de filiação prévia e visa à participação e ao êxito em eleições.³⁹⁷

Ademais, a opção pelo adjetivo “político-partidária” deixa claro que o escopo da proibição constitucional não é a ação política genericamente considerada, mas a atividade endereçada a partidos, à vida e à atuação partidárias. Em decisão proferida meses após a entrada em vigor da Constituição de 1934 – que foi a primeira Constituição brasileira a opor expressamente tal vedação à magistratura –, o Tribunal Superior Eleitoral esclareceu que a restrição “só se refere à ação direta em favor de um partido e só assim alcança o juiz, por ser de se supor que não terá isenção de ânimo necessária para impedir questões submetidas a seu julgamento em que estejam envolvidas agremiações partidárias”. Comentando a Constituição de 1967, cujo texto reproduzia a cláusula proibitiva, Pontes de Miranda anotou que “o juiz, desde que não esteja filiado a partidos, ou não tenha atividade político-partidária, não infringe o princípio. Não constitui atividade político-partidária dirigir diários que discutam assuntos

³⁹⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão nos Embargos de Declaração na Ação Ordinária nº 2236**. Brasília, 22 de setembro de 2017, p. 19.

³⁹⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Recurso Extraordinário nº 127246**. Brasília, 10 de abril de 1991.

políticos e intervenham na vida política, contanto que tais diários não sejam órgãos de determinado partido (...).³⁹⁸

No entanto, a essa compreensão restritiva se opõem tanto a doutrina quanto, mais recentemente, o Conselho Nacional de Justiça. Em reflexão sobre a situação de juízes que, após deixarem a judicatura, ingressam na vida política, Joaquim Falcão e Laura Osório defendem uma leitura mais abrangente da proibição a atividade político-partidária, com vistas a inibir a prática de atos que, ainda que em tese, possam beneficiar o magistrado, futuramente, em possível carreira na política. Segundo argumentam, a atividade político-partidária não pode ser confundida com a filiação oficial a um partido político, já que, muitas vezes, a atuação judicial com propósitos político-partidários tem início antes da filiação, podendo inclusive dispensá-la. Há cenários em que o juiz, aspirando a uma futura inserção no meio político, adota determinadas práticas, inclusive relativas à adjudicação, para aumentar sua exposição e sua popularidade midiáticas, aproveitando-se de sua posição institucional para emplacar seu nome como candidato a cargos eletivos; de acordo com Falcão e Osório, contextos dessa natureza evidenciam a necessidade tanto de repensarmos o instituto da desincompatibilização prévia quanto de instituímos um prazo de quarentena para ex-juízes que desejem entrar para a política.³⁹⁹

Quanto à contribuição do CNJ, veremos adiante que, com a edição do Provimento nº 71 da Corregedoria Nacional de Justiça, de 13 de junho de 2019, e, posteriormente, a adoção da Resolução nº 305, de 17 de dezembro de 2019, que estabelece parâmetros para o uso das redes sociais pelos membros do Poder Judiciário, o conceito de atividade político-partidária foi redimensionado. Veremos, ainda, que esse redimensionamento foi, se não encampado, ao menos autorizado pelo STF.

Por fim, no tocante à proibição, constante na LOMAN, de que o juiz opine sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou emita juízo depreciativo sobre pronunciamentos decisórios de outros juízes, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, para incorrer na situação vedada, o juiz precisa não só falar abertamente a respeito de algum caso sob apreciação judicial, mas fazê-lo de modo pejorativo. No Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 38309, o STJ analisou um episódio em que, durante uma audiência

³⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**: tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 556. A decisão do TSE é referida por Pontes de Miranda. Na mesma perspectiva conceitual, porém aludindo à Constituição de 1988, ver OSÓRIO, Fábio Medina. Reflexões sobre o conceito de atividade político-partidária de juízes: inaugurações de obras públicas, atuações em redes sociais e participações em cultos religiosos. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região**, n. 16, 2020, pp. 109-125.

³⁹⁹ FALCÃO, Joaquim; OSÓRIO, Laura. A futura atividade político-partidária e a responsabilidade ética do magistrado. **Revista da Universidade de São Paulo**, n. 110, 2016, pp. 55-64.

de instrução, o juiz da causa criticou decisão de outro juiz que, no seu afastamento, havia deferido a liberdade provisória do réu. Conforme asseverou a ministra Regina Helena Costa, a fala não configurou uma infração disciplinar, pois, ao manifestar-se, o juiz se valeu “de estilo respeitoso e vocábulos técnicos”, e “a vedação à manifestação sobre processo, em que pese seu propósito de prevenção à ocorrência de animosidade e ao desprestígio da função judicante, deve ser analisada à luz da garantia constitucional de liberdade de manifestação de pensamento”.⁴⁰⁰ Em outro julgamento, o STJ examinou a situação de um juiz que, após proferir sentença condenatória, falou sobre o caso em entrevista com a imprensa. Mais uma vez, o tribunal entendeu que não houve violação ao estatuto da magistratura, argumentando que a fala à imprensa se deu em momento posterior à decisão, e que o juiz se pronunciou de modo cortês. Nas palavras do desembargador Jesuíno Rissato, convocado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, “se é certo que não cabe ao magistrado, antes de se manifestar definitivamente nos autos, tecer considerações sobre o objeto de determinado processo sob a sua jurisdição, não menos acertado que, já tendo proferido sentença de mérito, possa exercer seu direito de livre expressão”.⁴⁰¹

2.2.3.2 O juiz não pode se manifestar a respeito de questão sobre a qual foi, será ou poderá ser chamado a exercer jurisdição

A resposta implícita à pergunta sobre os temas a respeito dos quais o juiz não pode se manifestar está, por motivos óbvios, menos evidente, e sua existência no ordenamento é contestada, pois prevalece a suposição de que limitações à propagação e à circulação da expressão judicial devem estar expressa e taxativamente previstas na Constituição ou nas leis. Isso fica claro na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que se inclina a uma interpretação mais branda da LOMAN, mas é também depreendido de julgados do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça.⁴⁰²

⁴⁰⁰ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 38309**. Brasília, 7 de novembro de 2017, pp. 5-6.

⁴⁰¹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1784037**. Brasília, 28 de setembro de 2021, pp. 43-44. Há outras decisões no mesmo caminho, o que deixa claro que a tendência do STJ é interpretar a limitação na LOMAN com pouca rigidez.

⁴⁰² Cf., por exemplo, Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Decisão liminar no Mandado de Segurança nº 35793**. Brasília, 24 de novembro de 2021.

Entretanto, essa perspectiva ignora que a imparcialidade tanto subjetiva quanto objetiva do juiz constitui um imperativo constitucional. O juiz deve *ser* imparcial, atuando de maneira a garantir a participação e a influência equânime das partes na construção do provimento, e ao mesmo tempo *parecer* imparcial, portando-se perante a sociedade de modo a transmitir uma imagem de sobriedade, reserva e justiça. É necessário que seja assim, porque, segundo o princípio da separação democrática dos poderes, a contribuição do Poder Judiciário para a governança da democracia é a tomada de decisões construídas conjuntamente pelos sujeitos de um processo policêntrico e participativo, sob a supervisão de um agente independente e imparcial. Quando o juiz se manifesta publicamente sobre questões a respeito das quais decidirá no futuro, ele antecipa um juízo que, segundo os ditames do processo democrático, só poderia ser formulado em atenção às etapas e regras do rito deliberativo-decisório, com a participação e a influência das partes. A opinião lançada fora dos autos, sem a intermediação do processo e com menosprezo pelo aporte argumentativo da interlocução entre as partes, implica um esvaziamento da integridade da contribuição do Judiciário à democracia – um esvaziamento, portanto, da própria razão de existir do sistema de justiça. Ademais, a aparência de parcialidade mina a confiança na jurisdição, comprometendo a legitimidade da democracia.

Por conta disso, é fundamental que o juiz não manifeste publicamente seu pensamento a respeito de questão sobre a qual foi, será ou poderá ser chamado a decidir. Isso significa que, ao falar em público, ele deve se abster de comentar quaisquer questões evocadas ou passíveis de evocação em uma discussão processual.

Mas, afinal, o que são *questões*? No direito processual civil, a distinção entre questão de fato e questão de direito é há muito tempo utilizada para diferenciar o expediente de análise da situação fática, que pode ser subsidiado com a produção de provas, e a tarefa de interpretar e aplicar o direito. Segundo Giuseppe Chiovenda, “a atividade do juiz dirige-se, pois, necessariamente a dois distintos objetos: exame da norma como vontade abstrata da lei (questão de direito), exame dos fatos que transformam em concreta a vontade da lei (questão de fato)”.⁴⁰³ Essa divisão entre fato e direito tem repercussões variadas no sistema processual. Ela fundamenta, por exemplo, o juízo seletivo de admissibilidade que o STJ e o STF lançam, respectivamente, sobre os recursos especiais e extraordinários. Ainda, é com base nessa dicotomia que se pensam as hipóteses de julgamento antecipado do mérito, em que o juiz aprecia antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, se não houver necessidade de produção de novas provas (isto é, se as questões de fato forem conhecidas e

⁴⁰³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2009, pp. 59-60.

estiverem provadas), ou se, em sendo o réu revel, presumirem-se verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor na petição inicial, sem requerimento de dilação probatória (art. 355 do CPC); e de apreciação imediata do mérito pelo tribunal, mesmo quando a instância inferior não houver se pronunciado sobre alguma questão, desde que o processo esteja em condições de ser julgado, ou seja, desde que as questões de fato sejam conhecidas e estejam provadas (art. 1.013, § 3º, do CPC).

Ademais, a diferença entre fato e direito está na base da “divisão de trabalho” entre o juiz e as partes no processo. Segundo explica Barbosa Moreira, “falar dos poderes do juiz importa em enfrentar problema central de política jurídica, a cujo respeito todo o sistema processual é chamado a definir-se: o problema da divisão de trabalho entre o órgão judicial e as partes”.⁴⁰⁴ Para ele, um dos pontos mais sensíveis na organização das tarefas e prerrogativas em âmbito processual é a definição do material de fato e de direito a ser utilizado na motivação da sentença.⁴⁰⁵ O processo terá um viés mais inquisitivo se ao juiz for dado um poder maior na definição da controvérsia fática, na análise das questões de fato e de direito e na produção de provas, ou um viés mais dispositivo se essas tarefas dependerem, preponderantemente, de iniciativas e atividades a cargo das partes.⁴⁰⁶ Em todo caso, a separação entre fato e direito é decisiva na definição dos poderes do juiz: apenas questões de fato são demonstráveis por meio de provas, e o juiz está, em regra, vinculado à conjuntura fática suscitada pelas partes, devendo proferir julgamento com base nos estados e acontecimentos fáticos alegados, porém pode decidir livremente sobre quaisquer questões de direito, mesmo que as partes não as tenham aduzido.⁴⁰⁷

Tendo isso em vista, há quem entenda que a liberdade de expressão judicial é ampla com relação a questões de direito, sendo proibido ao juiz manifestar-se sobre questões de fato pendentes de julgamento.⁴⁰⁸ Essa perspectiva se baseia na premissa de que o conhecimento do juiz sobre o conteúdo do direito não depende do contexto fático, e, por isso, as exigências da

⁴⁰⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 45.

⁴⁰⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. **Revista de Processo**, v. 41, 1986, p. 7.

⁴⁰⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista do Ministério Público**, n. 49, 2013, p. 91.

⁴⁰⁷ ABBoud, Georges. *Op. cit.*, 2021b, p. 259. Vale lembrar, de todo modo, que, nos termos do art. 10 do CPC, o juiz não poderá decidir a respeito de questão, seja ela de fato ou de direito, sobre a qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria para a qual o juiz deva decidir de ofício.

⁴⁰⁸ É o que está subentendido nas falas do ministro Luís Roberto Barroso, em entrevista com Roberto D’Ávila para a Globonews que foi ao ar em 29 de junho de 2016. Ver D’ÁVILA, Roberto. Entrevista com Luís Roberto Barroso, ministro do STF. **Globonews**. Programa de 29 de junho de 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/-globonews/noticia/2016/06/roberto-davila-entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-do-stf.html>. Acesso em 12 de agosto de 2022.

imparcialidade e do contraditório material dizem respeito apenas à discussão sobre os fatos, que só podem ser conhecidos e interpretados no processo, por intermédio das partes, mas não ao direito, o qual constitui, segundo esse entendimento, uma grandeza que o juiz conhece e interpreta em tese, não obstante a situação concreta.

Visões nesse sentido falham em perceber que, apesar de a distinção entre questão de fato e questão de direito ser importante para a aplicabilidade de algumas regras de direito processual, não há no processo nem fato sem direito, nem, tampouco, direito sem fato. Tanto o fato puro quanto o direito puro são impossíveis, pois, considerando que todo texto tem um contexto, e haja vista que interpretar uma norma é invariavelmente aplicá-la (e vice-versa), qualquer situação fática só virá à tona no processo na medida em que tiver alguma repercussão jurídica, ainda que potencial, e, igualmente, qualquer norma jurídica só será evocada em vista de algum cenário fático de aplicação. No debate processual, os sujeitos pensam os fatos como objetos do direito, ao passo que concebem o direito como forma aplicável aos fatos.⁴⁰⁹

Pensemos um exemplo. Em 2013, o ministro Carlos Ayres Britto aposentou-se no Supremo Tribunal Federal, e para sua vaga foi indicado e aprovado o nome do advogado Luís Roberto Barroso. Na mesma época, com base em alegação do próprio governo federal, discutia-se publicamente a possibilidade de convocação, via plebiscito, de uma assembleia constituinte exclusiva para deliberar e votar a reforma do sistema político. No programa *Jornal Nacional* que foi ao ar em 25 de junho de 2013, Ayres Britto, Barroso e o ministro Marco Aurélio Mello comentaram a controvérsia. Britto, já um ex-ministro do STF, disse o seguinte: “Não existe a previsão de plebiscito para alterar a Constituição, menos ainda para convocar uma assembleia constituinte. Porque aí é sentença de morte da Constituição. Eu parto da ideia [de] que a presidenta está bem intencionada, porém, ela agravou a situação ao meu juízo, mexeu com quem estava quieto”. Mello, que era ministro do tribunal, respondeu o seguinte: “Em primeiro lugar, eu amo minha Constituição Federal, e ela precisa ser praticada um pouco mais, precisa ser mais conhecida, principalmente pelos homens públicos, e respeitada. Não passa pela minha cabeça uma assembleia constituinte, seja exclusiva ou não”. E Barroso, que no dia seguinte à entrevista tomaria posse como ministro do Supremo, sustentou o seguinte: “Eu acho que o Congresso, por emenda constitucional, pode convocar um plebiscito submetendo uma proposta de reforma política. E acho até mesmo que o Congresso pode, se assim entender, deliberar pela

⁴⁰⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Questão-de-facto, questão-de-direito, ou o problema metodológico da juridicidade**: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967, pp. 586-ss. Outrossim, cf. ABBOUD, Georges. *Op. cit.*, 2021b, pp. 259-261.

convocação de um órgão específico para elaboração de uma reforma política, mas nunca uma constituinte originária”.⁴¹⁰

A questão em debate seria de fato ou de direito? A discussão continha, naturalmente, um forte elemento fático, uma vez que a dúvida que se apresentava era sobre a proposta real, ventilada pela Presidência da República, de se convocar uma constituinte exclusiva para fazer a reforma política. Por outro lado, a conversa com os ministros teve por alvo um esclarecimento jurídico, e assim, em respondendo ao questionamento trazido pelo jornal, o que eles fizeram foi expor sua visão acerca da viabilidade constitucional da proposta. A questão era uma só – a Constituição permite a convocação de uma assembleia constituinte exclusiva? –, mas nela se misturavam fato e direito. Ou seja, os ministros se manifestaram sobre uma *questão*, que é um *problema* contendo aspectos ao mesmo tempo fáticos e jurídicos.

Se analisarmos as manifestações sob o ângulo dos limites materiais à expressão judicial, veremos, de início, que nenhuma delas incorreu em atividade político-partidária, nem importou em opinião sobre processo pendente de julgamento ou em juízo depreciativo sobre pronunciamento de outro juiz. Porém, as falas, em especial as proferidas por Marco Aurélio e Barroso, violaram a dinâmica da democracia, porque implicaram uma antecipação do entendimento de juízes sobre um assunto a respeito do qual eles poderiam ser chamados a decidir. Hoje sabemos que a Presidência da República abandonou a conjectura, mas imaginemos que o governo federal houvesse levado adiante a proposta de constituinte exclusiva, e que a ideia tivesse sido submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal. Marco Aurélio e Barroso estariam, então, em condições verdadeiras de exercer com imparcialidade o papel de julgar a controvérsia? No debate processual, o governo federal e outros atores e *amici curiae* defenderiam que a ideia é compatível com a Constituição, e o autor da ação, também ao lado de outros atores e *amici curiae*, sustentaria a inconstitucionalidade da medida. Nesse quadro, seria possível a Marco Aurélio e Barroso analisar a atividade processual respeitando o contraditório material?

⁴¹⁰ Saiba o que um ex, um atual e um futuro ministro do STF pensam sobre um plebiscito para a reforma política. **O Globo**. Matéria de 25 de junho de 2013. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2013/06/saiba-o-que-um-ex-um-atual-e-um-futuro-ministro-do-stf-pensam-sobre-um-plebiscito-para-reforma-politica.html>. Acesso em 12 de agosto de 2022.

2.2.3.3 Observação sobre a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos em *Republican Party of Minnesota v. White*

No julgamento do caso *Republican Party of Minnesota v. White*, ocorrido em 2002, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a lei não pode proibir que candidatos a cargos no Poder Judiciário, em debate com outros candidatos ou no curso do processo de sabatina, explicitem suas visões sobre questões controvertidas.

O estado de Minnesota, como muitos outros nos Estados Unidos, tinha uma legislação que proibia postulantes a cargos judiciais de anunciar abertamente suas opiniões sobre controvérsias jurídicas ou políticas, controvérsias a respeito das quais, caso fossem confirmados como juízes, eles decerto seriam chamados a proferir decisões. A legislação se baseava em dois objetivos principais: impedir que o sistema de justiça fosse contaminado pela efervescência política dos debates que antecedem a escolha de um nome para ocupar algum posto no Judiciário, e garantir que o candidato, uma vez eleito, atuasse com a independência que a função judicante exige.⁴¹¹ Entendia-se que, em sendo permitido ao candidato expor publicamente seus posicionamentos sobre casos difíceis, o ambiente político acabaria inevitavelmente por constrangê-lo a alinhar-se ao pensamento dominante ou, pior, fazer promessas em troca de sua aprovação. A proibição de que o postulante esclarecesse suas opiniões não visava, portanto, a cercear sua liberdade de manifestação, mas a protegê-lo de possíveis embaraços, ameaças, tolhimentos e intimidações; impedir o candidato de falar o que pensa sobre questões polêmicas significava, do ponto de vista prático, impedir que alguém – fosse um político, um empresário, ou um veículo de mídia – o coagisse, contra sua vontade, a esclarecer suas perspectivas, ideias e opiniões.⁴¹²

Em 1996, o advogado Gregory Wersal candidatou-se para o cargo de juiz da Suprema Corte de Minnesota. No processo, ele explicou suas visões sobre uma série de problemas controvertidos – como aborto, casamento homoafetivo, regulação de discurso de ódio, financiamento de campanhas eleitorais, criminalização do consumo de drogas etc – e distribuiu a parlamentares estaduais livros com críticas a decisões tomadas pela Suprema Corte de Minnesota. Ficando vencido na disputa, Wersal foi processado por violação à “cláusula do anúncio” – que era o nome dado à regra que proibia os candidatos de anteciparem seus

⁴¹¹ SULLIVAN, Kathleen M. *Republican Party of Minnesota v. White*: what are the alternatives? **Georgetown Journal of Legal Ethics**, v. 21, 2008, p. 1.329.

⁴¹² *Ibid.*, pp. 1.330-1.331. Ver também HASEN, Richard L. First Amendment limits on regulating judicial campaigns. In: STREB, Matthew J. (ed.). **Running for judge**: the rising political, financial, and legal stakes of judicial elections. New York: New York University Press, 2007, pp. 15–33.

posicionamentos durante a campanha para o posto judicial —, mas o órgão responsável por julgar o procedimento disciplinar reputou a acusação improcedente, lançando dúvidas sobre a constitucionalidade da legislação proibitiva. Em 1998, Wersal candidatou-se novamente a juiz da Suprema Corte estadual, mas, dessa vez, ajuizou uma ação preventiva contra Suzanne White, que atuava como presidente do mencionado órgão disciplinar, buscando o reconhecimento de que a “cláusula do anúncio” constituía uma violação à Primeira Emenda. No curso do processo, o Partido Republicano de Minnesota decidiu aderir à demanda, concordando com as alegações de Wersal. A corte distrital federal em Saint Paul decidiu que a legislação estadual não feria a liberdade de expressão, e a Corte de Apelações para o Oitavo Circuito confirmou esse entendimento; Wersal recorreu, então, para a Suprema Corte.

O acórdão foi redigido pelo juiz Antonin Scalia, em nome de uma maioria apertada de cinco juízes. Segundo a decisão, a proibição de que candidatos a juízes falem abertamente sobre questões difíceis afronta o coração da Primeira Emenda, pois, além de impedir que o indivíduo expresse suas opiniões e ideias a respeito de temáticas de interesse coletivo, a vedação impossibilita que o público, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos, avalie adequadamente a qualificação de postulantes a cargos públicos.

Scalia defende que a imparcialidade judicial tem um caráter essencialmente subjetivo, no sentido de pertinente à relação entre o juiz e as partes do processo. Para ele, o que a exigência da imparcialidade almeja é que o juiz não tenha nenhum interesse nem predisposição a julgar determinada causa em favor de uma das partes, seja por querer favorecê-la, seja por desejar prejudicá-la. A imparcialidade diz respeito, nesses termos, a uma atitude do juiz com relação aos polos da relação processual, e, por isso, violações a ela só ocorrem quando, por conta de alguma circunstância atinente ao relacionamento entre a pessoa do juiz e as pessoas das partes, o juiz esteja, não obstante a questão debatida no processo, inclinado a decidir por ou contra uma delas. Nessa linha de raciocínio, a “cláusula do anúncio” não se presta a promover a imparcialidade, porque “não restringe o discurso nem favorável nem contrário a uma das partes, mas apenas o discurso sobre questões”.⁴¹³ A ideia de que, para ser imparcial, o juiz precisa estar aberto às concepções e posições em disputa no processo, de modo a garantir não apenas a igualdade na aplicação do direito, mas também uma igualdade de oportunidades de persuadir o

⁴¹³ Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U. S. 765**. Washington/DC, 2002, p. 10, tradução nossa. No original: “We think it plain that the announce clause is not narrowly tailored to serve impartiality (or the appearance of impartiality) in this sense. Indeed, the clause is barely tailored to serve that interest at all, inasmuch as it does not restrict speech for or against particular parties, but rather speech for or against particular issues.”

órgão judicial no debate processual, é, segundo Scalia, muito problemática, pois todo juiz – aliás, toda pessoa – tem preconceções sobre os problemas da sociedade.

Essa visão da imparcialidade judicial ecoa os dizeres do juiz William Rehnquist no julgamento do caso *Laird v. Tatum*, ocorrido em 1972. Arlo Tatum, que trabalhava em uma organização sem fins lucrativos dedicada a ajudar pessoas a evitar o alistamento militar, em iniciativa nascida após a Segunda Guerra Mundial e fortalecida com a resistência à Guerra do Vietnã, ingressara em juízo contra Melvin Laird, Secretário de Defesa do governo de Richard Nixon, após virem a público denúncias de que o serviço de inteligência militar norte-americano mantinha um programa de vigilância sobre as vidas de civis. Em decisão tomada por uma maioria igualmente apertada (de cinco juízes, contra quatro vozes divergentes), a Suprema Corte entendeu que a ação de Tatum não poderia prosperar, porque, como a petição inicial não indicava nem atacava nenhuma lesão concreta a direito, o debate era demasiadamente especulativo.⁴¹⁴ Essa decisão somente se fez possível, porque, no curso do processo movido por Tatum, Nixon nomeou Rehnquist para a Suprema Corte a tempo de ele participar do julgamento. Apesar de seu nome ter sido facilmente aprovado pelo Senado dos Estados Unidos, os políticos e especialistas esperavam que Rehnquist, após assumir como juiz da Corte, se declarasse suspeito para julgar o caso, já que, meses antes, atuando como procurador-geral, ele havia se pronunciado perante o Congresso norte-americano defendendo a possibilidade de projetos secretos de vigilância militar, em prol da segurança nacional. Mas Rehnquist negou-se a reconhecer a própria suspeição, argumentando que sua imparcialidade não se tinha abalado, pois, ao manifestar-se sobre a temática, ele não dissera nada nem favorável nem prejudicial a Tatum ou Laird. Seu pronunciamento sobre a questão em discussão – sobre a questão em tese, e não a respeito de nenhuma das partes – não poderia servir de argumento para impedir que ele, agora como juiz, decidisse sobre a controvérsia. “Como a maioria dos juízes chega à Suprema Corte após certa idade”, escreveu Rehnquist em seu voto, “é de todo improvável que eles nunca tenham manifestado alguma noção que possa influenciar sua interpretação sobre cláusulas da Constituição”. Além de isso ser improvável, segundo ele, não seria desejável que um postulante a juiz da mais alta corte do país sequer houvesse refletido e definido um posicionamento acerca dos principais conflitos envolvendo o direito, a política e a sociedade. “Prova de que a mente de um juiz, no momento em que ele passa a integrar a Corte, é uma completa tábula rasa em

⁴¹⁴ Cf. Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Laird v. Tatum*, 408 U. S. 1.** Washington/DC, 1972.

matéria de adjudicação constitucional constituiria evidência não de imparcialidade, mas de falta de qualificação.”⁴¹⁵

Na decisão em *White*, esse argumento foi revitalizado por Scalia, embora não se debatesse a suspeição de nenhum juiz em específico, para subsidiar a visão da maioria da Suprema Corte de que manifestações públicas sobre temas em tese, ainda que muito controvertidos, não prejudicam a imparcialidade do juiz para decidir posteriormente sobre eles, e que, por conta disso, a proteção da imparcialidade não pode ser plausivelmente invocada como justificativa para limitar a liberdade de expressão. Como a “cláusula do anúncio” consistia em uma restrição à liberdade dos candidatos a cargos judiciais de se expressarem em público, Scalia reputou necessário aplicar a ela o chamado “teste do escrutínio estrito”, definido pela Suprema Corte em decisões proferidas nas décadas de 1930 e 1940,⁴¹⁶ segundo o qual, sempre que uma lei impuser alguma limitação ao exercício de um direito fundamental, incidirá sobre ela uma presunção relativa de inconstitucionalidade, cumprindo ao poder público demonstrar que a limitação estabelecida é necessária para atingir um interesse estatal convincente. Ao entendimento de que discursos sobre questões em tese não afetam a imparcialidade do juiz, a maioria da Corte concluiu que a “cláusula do anúncio” não atingia um interesse estatal convincente, e que, portanto, a legislação de Minnesota era inconstitucional.⁴¹⁷

Embora o processo de investidura de juízes no Brasil seja, em muitos aspectos, diferente dos processos existentes no direito norte-americano, a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos é interessante, porque possibilita um novo ângulo de reflexão sobre os limites materiais da expressão judicial. A argumentação desenvolvida por Antonin Scalia é especialmente persuasiva no que toca à imposição de restrições à fala de candidatos a cargos judiciais. Apesar de o propósito da “cláusula de anúncio” ser republicano, a proibição a postulantes a posições no Poder Judiciário de esclarecerem seus posicionamentos sobre questões polêmicas é incompatível com uma Constituição democrática, nem tanto por cercear a liberdade individual

⁴¹⁵ Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Memorando de William Rehnquist em *Laird v. Tatum*, 408 U. S. 1.** Washington/DC, 1972, tradução nossa. No original: “Since most Justices come to this bench no earlier than their middle years, it would be unusual if they had not by that time formulated at least some tentative notions that would influence them in their interpretation of the sweeping clauses of the Constitution and their interaction with one another. (...). Proof that a Justice’s mind at the time he joined the Court was a complete *tabula rasa* in the area of constitutional adjudication would be evidence of lack of qualification, not lack of bias.”

⁴¹⁶ Cf., por exemplo, Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *United States v. Carolene Products Company*, 304 U. S. 144.** Washington/DC, 1934; Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Korematsu v. United States*, 323 U. S. 214.** Washington/DC, 1944.

⁴¹⁷ Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U. S. 765.** Washington/DC, 2002, pp. 12-18. Para uma análise dos efeitos dessa decisão nos processos para eleição ou escolha de juízes em âmbito estadual, ver HEIDEMAN, Amanda J. Is it all about the money?: how campaigns spur participation in state court elections. **Justice System Journal**, v. 40, n. 3, 2019 pp. 221-237.

de expressão, mas sobretudo por retirar dos representantes do povo encarregados de avaliar a aptidão do candidato o ferramental necessário para fazer uma escolha consciente e adequada. Não faz nenhum sentido atribuir a esses representantes a incumbência de julgar a candidatura de alguém a um posto judicial, dando-lhes poder para aprovar ou reprovar o postulante, e ao mesmo tempo impedir que, no curso da arguição para aferir suas qualidades, sejam feitas perguntas difíceis. A sabatina que acontece no Poder Legislativo é exatamente o momento em que o candidato a um cargo judicial deve expor, tanto aos seus examinadores quanto à sociedade como um todo, quem ele é, o que ele pensa e os motivos pelos quais ele entende estar preparado para atuar como juiz. Nesse sentido, a decisão da Suprema Corte norte-americana foi acertada, ainda que a inconstitucionalidade da “cláusula de anúncio” tenha que ver menos com a liberdade de expressão e mais com a higidez deliberativa e a publicidade material do processo de avaliação e eleição de uma pessoa que deseja exercer o ofício judicante.

No entanto, Scalia erra ao tomar de empréstimo a lógica esposada por Rehnquist em *Laird v. Tatum*. Não em virtude de as ponderações de Rehnquist estarem erradas, mas porque Scalia as utiliza, na decisão em *White*, de modo a ampliar seu significado – e, ao fazer isso, incorre em um grave equívoco. Para Rehnquist, o fato de o sujeito, antes de se tornar juiz, ter se manifestado publicamente sobre determinada questão não prejudica sua habilidade de julgá-la. E, na prática, ele tem razão. Poderíamos, a título especulativo, questionar se é conveniente indicar a um posto judicial uma pessoa cujas opiniões sobre questões controvertidas são amplamente conhecidas pela sociedade; esse questionamento é meramente hipotético, porque, a rigor, ele não faz sentido nem política, nem juridicamente. Do ponto de vista político, é inegável que a pessoa, para ser indicada a uma posição no Judiciário, precisa ser conhecida pelo público, e quanto maior for a publicidade sobre sua atuação pregressa e suas visões de mundo, mais efetivo será o processo de avaliação e aprovação de seu nome. Aliás, chega a aberrar o bom senso assumir que um professor de direito, por exemplo, que durante anos tenha publicado trabalhos opinando sobre problemas polêmicos de filosofia política e direito constitucional, seja considerado menos apto a um cargo judicial exatamente por conta das opiniões que expressou. Mas o questionamento é descabido também de um ponto de vista jurídico, diga-se de passagem, pois a conveniência de uma indicação ao Poder Judiciário, contanto que a pessoa escolhida preencha os requisitos do cargo, constitui matéria que foge à alçada do direito. Ou seja, Rehnquist tem razão, porque, além de as expressões do candidato sobre questões difíceis serem evidência de sua capacitação para exercer o posto judicial, o direito não pode impor a um postulante ao Judiciário, que é um não juiz, o regime limitativo da magistratura. Até de fato assumir como juiz, o sujeito é um cidadão comum e, como tal, é, em regra, livre para manifestar

publicamente sua opinião a respeito de quaisquer questões. A pessoa não pode ser responsabilizada pelo exercício, no passado, de uma liberdade a que legitimamente fazia jus.

Mas, como dissemos, Scalia erra, pois, ao tentar ampliar o raciocínio de Rehnquist de modo a aplicá-lo relativamente a falas proferidas por juízes, ele acaba por desnaturar o argumento. Segundo vimos, a perspectiva de que opinar sobre questões de direito, e não sobre fatos ou pessoas, não prejudica a imparcialidade do juiz está equivocada, tendo em vista a exigência de a decisão judicial ser uma construção no processo, levada a cabo a partir da interlocução entre os sujeitos, e não a revelação de um pensamento fechado que o juiz nutre solitariamente. Ademais, Scalia reputa possível separar o aspecto jurídico de um problema – o tema abstrato, em tese – de seu elemento fático – a situação e as pessoas envolvidas –, sendo que, tal qual demonstramos, toda questão submetida à apreciação da jurisdição tem ao mesmo tempo uma dimensão jurídica e uma dimensão fática. Ainda, em se referindo à fala de Rehnquist de que a falta de opinião é sinal não de imparcialidade, mas de incapacidade técnica para o desempenho da função judicial, Scalia chega acidentalmente ao extremo de estimular que juízes se manifestem publicamente. O argumento dá indiretamente a entender que o juiz demonstra estar apto ao ofício quando expressa em público seu pensamento a respeito de questões polêmicas; e, mais, ele leva a crer que, para Scalia, é o poder opinativo do juiz – o fato de ele ter e emitir opinião sobre tudo – que o credencia a exercer a jurisdição. Só que, na verdade, o juiz não decide porque tem poder, mas tem poder porque decide; é no processo de construção dialética da decisão, observado o rito previsto em lei e em atenção à atividade das partes, que o juiz adquire a autoridade necessária para julgar. Essa autoridade não está pré-pronta, ela é construída caso a caso.⁴¹⁸ É também por isso que, depois de se tornar juiz, ao indivíduo é imposto respeitar, com diligência e humildade, as obrigações especiais que acompanham o ofício, compreendendo que sua prerrogativa de tomar decisões depende de elas serem construídas de maneira adequada à democracia constitucional. Um juiz não é naturalmente superior a nenhuma outra pessoa; seu poder é contingente, momentaneamente justificado, e só pode ser exercido no ambiente processual, em interlocução ativa com as partes, e na busca sincera pela única resposta correta ao problema examinado.

⁴¹⁸ BAUR, Fritz. *Op. cit.*, 1952, p. 27.

2.2.3.4 Observação sobre o Provimento nº 71 da Corregedoria Nacional de Justiça e a Resolução nº 305 do Conselho Nacional de Justiça

Em junho de 2018, a Corregedoria Nacional de Justiça expediu o Provimento nº 71, com o objetivo de regular o uso do e-mail institucional e a manifestação nas redes sociais por membros e servidores do Poder Judiciário. Realizado com base na competência do corregedor de exarar atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Judiciário, prevista no art. 8º, inciso X, do Regimento Interno do CNJ, o ato tem como principal objetivo enfrentar o número expressivo de episódios de uso inadequado das redes sociais por magistrados e servidores. Sob a premissa de que a liberdade de expressão do juiz precisa ser compatibilizada com as vedações inerentes ao desempenho do ofício judicante, o provimento define que a proibição de se dedicar a atividade político-partidária não está restrita à prática de atos aos quais é exigida filiação partidária, contemplando também o envolvimento em situações de declaração pública de apoio ou repúdio a candidato ou a partido político, sendo expressamente proibidos ataques pessoais a candidato, partido ou liderança política com o intuito de minar sua credibilidade perante a opinião pública. Isso significa que, com o Provimento nº 71, o CNJ consagra, oficialmente, uma leitura não formalista do art. 95, parágrafo único, inciso III, da Constituição da República.⁴¹⁹

A partir de motivação semelhante, o Conselho exarou a Resolução nº 305, de 17 de dezembro de 2019, estabelecendo parâmetros para o uso das redes sociais por juízes. Merece destaque o previsto no inciso II do art. 3º, que determina aos juízes que, em seus perfis nas redes sociais, evitem manifestar opiniões ou divulgar informações prejudiciais à imagem de independência, imparcialidade, integridade e idoneidade do Poder Judiciário e da Administração Pública, assim como promover manifestações visando à sua autopromoção ou à sua superexposição, utilizar-se de linguagem imprópria, opinar em assuntos jurídicos que, ainda que a título eventual, possam ser de sua atribuição jurisdicional, ou compartilhar conteúdo sem se certificar de sua absoluta veracidade.

Contra o Provimento nº 71, a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais e o juiz Magid Nauer Láuar impetraram o Mandado de Segurança nº 35793, perante o Supremo Tribunal Federal, alegando que o ato do CNJ estabelece censura prévia a discursos políticos de magistrados e, por isso, fere o princípio da legalidade e as liberdades de expressão, informação

⁴¹⁹ Dizemos *consagrar*, porque esse entendimento já havia aparecido em decisões prévias do Conselho. Cf., por exemplo, Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Pedido de Providências nº 0002043-22.2009.2.00.0000**. Brasília, 17 de agosto de 2010.

e comunicação. Em sua manifestação no processo, o Conselho explanou que o provimento foi expedido tendo em vista “a necessidade de preservação da imagem, da dignidade e do prestígio do Poder Judiciário brasileiro e dos seus membros e servidores”, e que, nesse sentido, ele apenas detalha obrigações que já se depreendem da LOMAN e do Código de Ética da Magistratura. Sustentou, ainda, que a liberdade de expressão de juízes não é absoluta, e que outras entidades de classe, a exemplo da Associação dos Magistrados do Brasil, divulgam aos juízes as mesmas recomendações quanto ao uso das redes sociais. A Procuradoria-Geral da República pontuou, a seu turno, que o provimento é válido e legítimo, pois foi exarado pelo CNJ com o fim de “zelar pelo cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados e instituir diretrizes axiológicas e éticas que devem pautar a atuação dos juízes nesta era digital”.⁴²⁰

Em sua decisão, o ministro Luís Roberto Barroso asseverou que o corregedor nacional de Justiça tem competência tanto regimental quanto constitucional para expedir atos que visem a aperfeiçoar o funcionamento do Judiciário, e que o Provimento nº 71 constitui medida justamente com esse propósito, já que o modo como os membros e servidores da instituição utilizam o e-mail institucional e se manifestam nas redes sociais afeta a credibilidade e a legitimidade da justiça. No tópico relativo à liberdade de expressão dos juízes, Barroso alimenta a premissa problemática de que as liberdades de expressão e de imprensa têm uma precedência *prima facie* no conflito com outros direitos e interesses, afirmando que as restrições ao exercício de tais liberdades serão apenas aquelas previstas na Constituição. Esse prisma orienta e fundamenta sua decisão, pois, ao analisar o conteúdo do provimento, o ministro argumenta no sentido da necessidade de se organizar um Poder Judiciário que inspire confiança na sociedade, ressaltando a importância da imparcialidade no exercício da jurisdição, e, por fim, conclui que “não é destituída de razoabilidade (...) a emissão pelo órgão correicional da magistratura de uma orientação que indique que as manifestações em redes sociais de apoio ou reprovação a candidatos e partidos podem configurar atividade político-partidária”, já que “o impacto das redes digitais na forma de comunicação e circulação de informação e o peso que essas redes assumiram nas campanhas eleitorais justificam a recomendação de cautela quanto ao que se diz em meio digital”.⁴²¹

De um ponto de vista hermenêutico-institucional, o pronunciamento de Barroso é bastante questionável, uma vez que, ao invés de interpretar a expressão “atividade político-partidária” e, com isso, dizer se a interpretação do CNJ é ou não compatível com a Constituição,

⁴²⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Decisão liminar no Mandado de Segurança 35793**. Brasília, 24 de novembro de 2021, pp. 5-6.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 12.

o ministro lança mão do argumento da razoabilidade – sem explicar o que entende por razoável – para afirmar que, na colisão entre a liberdade de expressão e a credibilidade do Poder Judiciário, a limitação do uso das redes sociais é constitucional. No entanto, a decisão é muito importante, pois reconhece que a atividade político-partidária a que se refere o art. 95 da Constituição não se limita à filiação a um partido político, abrangendo também manifestações públicas de apoio, aplauso, reprovação e crítica a candidatos em pleitos eleitorais. Para tanto, Barroso faz afirmações elucidativas a respeito do *múnus* judicante. Segundo ele, “o fim dos limites estritos entre a vida pública e privada da era digital faz com que a conduta de um magistrado se associe, ainda que de forma indireta, ao Poder Judiciário. Magistrados não se despem da autoridade do cargo que ocupam, ainda que longe do exercício da função”. Ainda, escreve o ministro que, “em um cenário político polarizado como o atual, a admissão de uma irrestrita e incondicionada liberdade comunicativa aos magistrados (...) incentiva a desestabilização institucional do país”, bem como põe o Poder Judiciário distante “de sua missão de resguardar a ordem constitucional e pacificar com isenção os conflitos que lhe são submetidos”. Por fim, encampando o prisma de que a imparcialidade judicial tem uma dimensão tanto subjetiva quanto objetiva, a decisão assinala que “não basta (...) que o julgador esteja convicto de sua isenção. A legitimação da atuação jurisdicional também pressupõe que a sociedade enxergue o Poder Judiciário como imparcial. Aqui, como em quase tudo mais, impõem-se as virtudes da prudência e da moderação”.⁴²² Essas assertivas são indicativas de que, no entendimento do ministro, os juízes não podem se manifestar sobre questões políticas nas redes sociais – e elas sinalizam, mais, que Barroso concorda com a tese de que, na democracia, a expressão judicial deve ser limitada.

Contra a Resolução nº 305, a Associação dos Magistrados do Brasil e a Associação dos Juízes Federais do Brasil ajuizaram, respectivamente, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 6293 e 6310. À luz das mesmas inquietudes que motivaram a insurgência contra o Provimento nº 71, essas ADIs têm por intuito a declaração da inconstitucionalidade do ato do CNJ, aos seguintes argumentos: (i) ao expedir o ato, o Conselho extrapolou seu poder regulamentar, instituindo limitações à atuação judicial que não têm respaldo nem na Constituição, nem na LOMAN; (ii) para a adoção das restrições previstas na resolução, seria necessário aprovar lei complementar de iniciativa do STF; (iii) as proibições violam a liberdade de expressão dos juízes, havendo uma diferença entre atividade político-partidária e manifestação de opinião política.

⁴²² *Ibid.*, pp. 14-16.

Na contramão de sua manifestação sobre o Provimento nº 71, a Procuradoria-Geral da República apresentou parecer dizendo que concorda com as principais alegações da AMB e da Ajufe, sobretudo quanto ao reconhecimento de que “o CNJ extrapolou o poder regulamentar concedido pela Constituição, uma vez que a resolução criou restrições a direitos fundamentais dos magistrados no tocante à manifestação do pensamento e à liberdade de expressão, adentrando em matéria reservada à lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal”.⁴²³ Com essas razões, a PGR opina pela procedência parcial do pedido, para que se declare a inconstitucionalidade da expressão “ou manifestar-se em apoio ou crítica públicos a candidato, lideranças políticas ou partidos políticos”, no art. 4º, inciso II, da resolução, e para que se dê interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, de maneira que as providências previstas no ato sejam aplicadas como meras recomendações, sem efeito vinculante.

O julgamento virtual das ADIs teve início em novembro de 2022, mas, após o proferimento dos votos dos ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin e Dias Toffoli, que julgaram improcedente o pedido, o ministro Nunes Marques destacou a causa, remetendo-a para julgamento presencial. A ministra Rosa Weber adiantou seu voto, posicionando-se também pela improcedência do pedido. Esse cenário aponta que há uma inclinação do Supremo Tribunal Federal, ou ao menos da maioria de seus integrantes, a aceitar a interpretação de que manifestações a favor ou contra candidatos ou partidos nas redes sociais equivalem a atividade político-partidária, sendo, portanto, vedadas aos juízes. A confirmação da constitucionalidade da Resolução nº 305 implicará a superação do entendimento reducionista de que, para incorrer na infração de que trata o inciso III do parágrafo único do art. 95 da Constituição, o juiz precisa se filiar formalmente a um partido político. Mais do que isso, eventual decisão nesse sentido significará o acolhimento da tese, que defendemos neste trabalho, de que, além das vedações expressamente previstas na Constituição e na LOMAN, é também proibido ao juiz manifestar-se a respeito de questão sobre a qual foi, será ou poderá ser chamado a exercer jurisdição.

⁴²³ Brasil. Procuradoria-Geral da República. **Parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6293**. Brasília, 14 de agosto de 2020, p. 20.

2.2.4 Em que contexto o juiz não pode se manifestar?

2.2.4.1 O juiz não pode se manifestar fora do ambiente processual-decisório

É de todos conhecida a noção de que o juiz deve falar apenas “nos autos”. Essa ideia visa a garantir que o juiz se pronuncie dentro do ambiente processual-decisório, cumprindo, assim, a exigência de o provimento ser construído no processo, em conjunto com as partes. Assumir essa orientação não significa impor ao magistrado uma proibição absoluta de uso da palavra fora do ambiente processual. O que tal perspectiva sinaliza, na linha do raciocínio desenvolvido até aqui, é que, estando fora do ambiente processual-decisório, o juiz deve se abster de expressar opiniões acerca de quaisquer questões sobre as quais foi, será ou poderá ser chamado a proferir decisão.

Quando falamos em ambiente processual-decisório, estamos nos referindo ao *âmbito* deliberativo-decisório do processo democrático. No curso de um procedimento em contraditório, seja oralmente ou por escrito, o juiz se manifesta a respeito de variados assuntos, decidindo e justificando suas decisões, de modo a impulsionar, conduzir e supervisionar a interlocução com e entre as partes. O ambiente processual-decisório é um espaço discursivo de produção, reprodução e intercâmbio de ideias, espaço esse que tem por escopo a construção conjunta de um provimento judicial que solucione determinado conflito.⁴²⁴ Nele, os sujeitos processuais, debatendo questões e eventualmente produzindo provas, elaboram juntos a decisão. Para assegurar que esse ambiente sirva ao propósito de possibilitar a edificação efetiva, participativa e policêntrica do provimento, é fundamental que o juiz não se manifeste, externamente, sobre nenhuma temática imediata ou potencialmente debatível no processo.

Portanto, ao juiz é vedado falar sobre questões jurídicas em entrevistas, mesas-redondas ou quaisquer outros eventos de natureza jornalística, bem como proferir opiniões, considerações ou críticas de natureza jurídica na *Internet*. O uso do discurso no mundo on-line é particularmente sensível, pois, como já anotamos, nele circulam, muito livremente, expressões que um público enorme, em uma velocidade inédita, produz, propaga e absorve a nível global.

⁴²⁴ Esse conceito segue, com leves adaptações, a ideia defendida por Dierle Nunes de que o processo democrático deve abrigar uma “comunidade de trabalho” na qual os sujeitos processuais possam atuar em prol da construção da melhor resposta ao problema submetido à apreciação da jurisdição. Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Op. cit.*, 2008a, pp. 201-202 e 215.

O mundo vive hoje um momento de acentuada transformação. A chamada Terceira Revolução Industrial, que emergiu no Norte global a contar dos anos 1960, promoveu o avanço da indústria eletrônica e a transição da tecnologia analógica para a digital. A utilização de computadores possibilitou a transformação da produção capitalista, da propagação do conhecimento e da gestão da vida como um todo. Esse processo sofreu uma forte aceleração na virada do século XX para o século XXI, com a disseminação de tecnologias antes restritas a grupos e lugares específicos para uma esfera mais ampla de acesso e utilização. A proliferação das redes sociais provocou uma série de mudanças na maneira como as pessoas pensam, falam, trabalham e se relacionam, e novas tecnologias geraram ganhos exponenciais para a atividade industrial, a economia de serviços, a difusão de saberes técnicos e o mercado de trabalho. Segundo especialistas, esse cenário indica o advento de uma Quarta Revolução Industrial, que será marcada pelo desaparecimento das fronteiras entre o mundo físico e a vida digital. Nesse novo estágio, a produção, o consumo, o conhecimento e o trabalho estarão inteiramente regidos por sistemas ciber-físicos, baseados na incorporação de novas (e constantemente renovadas) tecnologias ao funcionamento do corpo humano, da vida privada e da esfera pública.⁴²⁵

Essas transformações afetam a liberdade de expressão. No século XIX, o debate sobre a política e a sociedade acontecia nos centros comerciais das grandes cidades, em especial em cafés, restaurantes e praças, onde as pessoas se encontravam para falar e ouvir. Entre os anos 1920 e 1950, a consolidação da grande imprensa e o assentamento do mercado editorial impresso, sobretudo nos Estados Unidos e na Europa Ocidental, fizeram aumentar a circulação de ideias, opiniões e informações, que se fizeram acessíveis por meio de jornais e livros. Isso mudou, mais uma vez, no início do século XXI, quando a popularização dos computadores de uso pessoal e o fortalecimento da *Internet* levaram à emergência das mídias digitais e das redes sociais on-line, descentralizando (e enfraquecendo) o poder comunicativo da mídia tradicional. Segundo descreve Luna Barroso, “[c]om a internet, qualquer indivíduo passou a poder produzir e publicar conteúdo autoral ou de terceiros em escala global e todas as discussões políticas, sociais e culturais relevantes passaram a se desenrolar também (e, talvez, principalmente) nesse meio”.⁴²⁶ O que parece surgir agora é uma realidade ainda mais cibernética, um universo ainda mais digital, não só em vista de a maioria das pessoas já trabalhar, se expressar e se relacionar na *Internet*, mas sobretudo por conta de inovações que, a exemplo das ferramentas de

⁴²⁵ SCHWAB, Klaus. **The fourth industrial revolution**. New York: Crown Business, 2016, pp. 6-8; DAVID, Nicholas. What is the fourth industrial revolution? **World Economic Forum**. Artigo de 19 de janeiro de 2016. Disponível em: <https://alejandroarbelaez.com/wp-content/uploads/2020/10/What-is-the-fourth-industrial-revolution-WEF.pdf>. Acesso em 2 de fevereiro de 2023.

⁴²⁶ BARROSO, Luna van Brussel. *Op. cit.*, 2023, p. 26.

inteligência artificial, são de tal modo disruptivas que sua disseminação tem levado a um gradual embaçamento da separação entre o físico e o virtual.⁴²⁷

O mundo digital permitiu uma série de avanços no campo da liberdade de expressão, uma vez que viabilizou a entrada no debate público de atores historicamente alienados e marginalizados e pulverizou o acesso, nos “vastos fóruns democráticos” do ciberespaço, a informações até então restritas a grupos e ambientes específicos. No entanto, apareceram novos dilemas e desafios. Problemas como a desinformação em massa, o direcionamento de conteúdo político-eleitoral e a proliferação de notícias falsas, discursos de ódio e ataques à democracia e ao Estado de Direito têm provocado, em diversos lugares, uma discussão cada vez mais incisiva sobre os limites da liberdade e da responsabilidade na *Internet*. As reações sociais e institucionais a essas novidades variam muito, indo da tentativa via leis e proposições legislativas de regular o uso da palavra no ciberespaço a decisões judiciais determinando a suspensão de páginas em *websites* e perfis em redes sociais. Nesse quadro complexo e conflitivo, é significativo que os principais espaços onde atualmente se dá a interação comunicativo-social – que são as redes sociais, a exemplo do Facebook, do Instagram e do Twitter – sejam controlados por empresas privadas que visam à obtenção de lucro. Tal qual escrevemos no Capítulo 1, o emprego de algoritmos de programação informática, concebidos para maximizar o tempo de permanência dos usuários na rede (já que, assim, aumentam-se os ganhos da plataforma com vendas e propagandas), tem fortalecido uma aproximação entre pessoas que pensam da mesma maneira e, por consequência, potencializado uma inclinação gregária, discriminatória e simplificadora a interações de tipo tribal. Essa tendência, inúmeros estudos apontam, favorece a produção e a propagação do ódio, do autoritarismo e da mentira.⁴²⁸

Considerando isso, a participação de juízes nas redes sociais precisa ser dosada. Para garantir a independência da jurisdição, a imparcialidade do juiz e o contraditório material no processo, é imprescindível seja vedado ao magistrado utilizar as redes sociais para emitir opiniões ou considerações sobre questões a respeito das quais possa ser chamado a proferir decisão. Entender de modo contrário implicaria aceitar, em completa desatenção à necessidade de se preservar a integridade da contribuição específica que o Poder Judiciário tem a oferecer para a governança democrática, que juízes se imiscuissem em um espaço comunicativo gregário, simplificador e de baixa densidade deliberativa e ali antecipassem juízos que, na

⁴²⁷ BALKIN, Jack. The future of free expression in a digital age. **Pepperdine Law Review**, v. 36, i. 2, 2009, pp. 427-444. Ver, ainda, CASTELLS, Manuel. *Op. cit.*, 2010, pp. 154-161.

⁴²⁸ Cf. ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Op. cit.*, 2021, pp. 21-23 e 101-124; BARROSO, Luna van Brussel. *Op. cit.*, 2023, pp. 26-31.

democracia, só podem verdadeiramente vir à tona no ambiente processual-decisório. O Provimento nº 71 da Corregedoria Nacional de Justiça e a Resolução nº 305 do Conselho Nacional de Justiça partem, justamente, dessa constatação e, assim, propõem reinterpretar o significado de “atividade político-partidária”.

2.2.4.2 Thomas Bustamante e o *obiter dictum* abusivo

Obiter dictum é o pronunciamento judicial que, apesar de constante na decisão, não é necessário para dirimir a controvérsia em julgamento. *Ratio decidendi*, por outro lado, é a razão que fundamenta a decisão judicial. Segundo Thomas Bustamante, por meio dos *obiter dicta*, os juízes podem realizar atos de fala para os quais não têm legitimidade.⁴²⁹ Isso significa dizer que, utilizando-se de falas prescindíveis à conclusão decisória, os juízes podem emitir discursos que, embora veiculados no interior do ambiente processual-decisório, ferem os limites constitucionalmente impostos à liberdade de expressão judicial.

Bustamante explica que a separação rígida entre *obiter dictum* e *ratio decidendi* só faz sentido em um modelo de precedentes estritamente vinculantes, no qual decisões construídas para casos anteriores por tribunais superiores criam normas de observância obrigatória para juízes inferiores no julgamento de casos subsequentes. Nesse modelo, as razões para decidir ficam “protegidas”, porque elas tanto se firmam como as razões eleitas para justificar a decisão antecedente quanto excluem quaisquer outras razões que poderiam ter sido sopesadas no processo decisório. Nesse sentido, decidir com base em um precedente é decidir simplesmente em razão de existir um precedente, e não porque o decisor se tenha convencido do acerto da decisão pregressa.⁴³⁰

Por essa perspectiva, o juiz está vinculado a um direito sedimentado no passado, que a ele cumpre tão somente aplicar. Mas essa vinculação não é irrestrita. Nem tudo que consta na decisão precedente obriga o julgador, pois nem todos os pronunciamentos que aparecem transcritos nela são especificamente necessários para que se chegue à conclusão-norma. A decisão tem uma parte vinculante e uma outra parte não vinculante. Como identificar e isolar

⁴²⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Obiter dicta* abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos. **Revista Direito GV**, v. 14, n. 2, 2018, pp. 708 e 728-729.

⁴³⁰ Essas ideias compõem, respectivamente, as teorias positivistas de Joseph Raz e Frederick Schauer. Para a argumentação completa, ver RAZ, Joseph **The authority of law**. Oxford: Oxford University Press, 2009; SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford: Oxford University Press, 1991.

com exatidão a parte vinculante? Como discernir, de maneira correta e segura, o teor da decisão que efetivamente obriga os juízes na apreciação dos casos futuros? Preocupados com isso, os teóricos do sistema de precedentes propuseram e discutiram uma série de explicações, métodos e testes.⁴³¹ Algumas dessas teorias contêm ideias persuasivas, mas, de modo geral, elas parecem reforçar as visões da *ratio decidendi* como um axioma fechado, gerador de razões peremptórias e excludentes para toda e qualquer decisão futura, e do *obiter dictum* como uma fala totalmente “de passagem”, sem nenhuma importância prática.⁴³²

Em contraposição a essa forma de pensar, autores contemporâneos têm criticado a diferenciação rigorosa entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* e apontado que ela não é capaz de fornecer uma explicação convincente para a força vinculante de um precedente judicial.⁴³³ A *ratio decidendi* é um elemento necessário da justificação da decisão – sendo a justificação a parte que verdadeiramente importa em um precedente. Além disso, pode haver múltiplas *rationes decidendi* na mesma decisão, bem como precedentes com diferentes graus de vinculatividade.⁴³⁴ Isso leva a duas conclusões. Primeiro, de que o sentido *de* e *da ratio decidendi* está hermeneuticamente aberto, e, por isso, sua aplicação nos julgamentos subsequentes exige mais do que um simples ato de subsunção. E, segundo, de que, embora o *obiter dictum* não gere “razões protegidas” para decisões futuras e, por isso, não seja um elemento necessário da justificação do precedente, ele tem uma enorme importância argumentativa, porque revela uma faceta dos entendimentos do tribunal.

Alexandre Freitas Câmara escreve que a dificuldade de se estabelecer, com rigor e precisão, o que é *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum* não pode inviabilizar a definição, para fins práticos, de qual conteúdo em uma decisão judicial tem eficácia vinculante. Segundo ele, é preciso estabelecer um conceito de *fundamento determinante da decisão* que seja adequado ao direito brasileiro, haja vista o disposto nos arts. 489, § 1º, inciso V, e 979, § 2º, do Código de Processo Civil. Em primeiro lugar, só serão vinculantes decisões construídas no âmbito de um tribunal, isto é, por um colegiado de juízes. Em acréscimo, só será de fato determinante o fundamento, na decisão, para o qual a maioria dos membros do colegiado tenha manifestado sua concordância. Ainda, é fundamental ter em mente que o conteúdo vinculante da decisão

⁴³¹ Para um exame dessas teorias, ver CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, 2022, pp. 270-273.

⁴³² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Op. cit.*, 2018, p. 714.

⁴³³ Cf., por exemplo, BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, pp. 256-258 e 276. No mesmo sentido, ver MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, pp. 221-222.

⁴³⁴ As teses são de Neil McCormick. Segundo Bustamante, McCormick é o principal crítico à separação estanque entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, e sua teoria é muito influente na literatura sobre precedentes no Brasil. Ver em BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Op. cit.*, 2018, p. 715. Para a teoria de McCormick, cf. MCCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

será invariavelmente uma razão necessária à solução do caso pregresso, mas ao mesmo tempo um *principium*, ou seja, um começo argumentativo que, em sendo aplicado como padrão decisório relativamente a casos futuros, deverá ser interpretado e, em certa medida, atualizado. O *obiter dictum*, por sua vez, diz respeito a todo fundamento não determinante da decisão, a exemplo dos argumentos não encampados pela maioria dos membros do colegiado, assim como as razões “de reforço”, cuja presença no provimento não é imprescindível para que se alcance a conclusão decisória.⁴³⁵

Bustamante defende que o *obiter dictum* seja conceituado afirmativamente, e não simplesmente como aquilo que está na decisão e não é *ratio decidendi*. Segundo ele, devemos pensar os pronunciamentos judiciais contidos em um precedente de maneira a compreender seus diferentes propósitos. Quando o tribunal expressa uma *ratio decidendi*, ele tem por objetivo justificar sua decisão. Por outro lado, as coisas que o tribunal fala sem a intenção de fundamentar o que está decidindo – coisas que, ao contrário do que entendem alguns autores, não são ditas ao acaso – têm um intuito muito distinto. Os *obiter dicta* são atos de fala indiretos que o juiz realiza ao decidir.⁴³⁶

Para explicar essa concepção, Bustamante recorre à filosofia da linguagem, nomeadamente às teorias dos atos de fala de John Austin e John Searle. Vimos, no Capítulo 1, que Austin compreende a comunicação como ação, e que, para ele, os atos de fala produzidos pelas pessoas têm tanto uma dimensão locucionária, de transmissão de um enunciado gramaticalmente inteligível, quanto uma força ilocucionária, que diz respeito à movimentação intencionada pelo falante ao emitir seu discurso. Muitas vezes, para a compreensão adequada de um ato de fala, é menos significativo o sentido literal da expressão e mais importante seu aspecto performativo, isto é, a ação que a pessoa pratica ao falar. De acordo com Bustamante, os juízes ocupam uma posição político-institucional e desempenham uma autoridade simbólica de tal importância, haja vista a função que eles exercem de “dizer o direito de maneira autoritativa”, que seus pronunciamentos, mesmo quando não autoritativos, podem influir na maneira como as pessoas e as instituições se comportam. Conforme ele esclarece, “[q]uando juízes pronunciam um *obiter dictum*, eles expressam o que eles pensam que o direito é, e isso é muito importante para qualquer participante da prática jurídica”.⁴³⁷

Esse raciocínio vai ao encontro das ideias que defendemos quando explicamos que o fato de o discurso do juiz ser eloquente é uma razão para limitá-lo. A fala do juiz, simplesmente

⁴³⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, 2022, pp. 273-278.

⁴³⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Op. cit.*, 2018, pp. 717-719.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 717.

por ter sido proferida por ele, ingressa no debate público com um *status* diferenciado, baseado na plausibilidade e na eloquência do argumento do direito e na confiança que a sociedade hoje deposita na capacidade de ação do sistema de justiça. Essa força persuasiva está presente em manifestações que o juiz realiza fora do ambiente processual-decisório, mas é ainda mais marcante nos pronunciamentos havidos no interior do processo, notadamente quando consta no texto da decisão. O *obiter dictum* é, portanto, uma expressão judicial que, embora desnecessária à construção da norma-decisão que soluciona o caso concreto, goza de especial eloquência, em razão de provir do âmago do ambiente processual-decisório.

Em uma decisão judicial podem existir muitos atos de fala. O juiz decide (e, para decidir, fala alguma coisa) com a intenção de condenar, absolver, declarar, constituir, anular etc. As expressões que confluem para esses objetivos são, em regra, atos de fala diretos, que compõem a justificação da decisão, isto é, seus fundamentos determinantes, sua *ratio decidendi*. Porém, na mesma decisão, o juiz pratica outros atos de fala, enunciando fundamentos não determinantes, explicitando entendimentos prescindíveis à conclusão decisória, e sua intenção ao fazer isso nem sempre fica evidente. Esses atos de fala são, segundo Bustamante, indiretos, uma vez que comunicam ao ouvinte mais do que efetivamente dizem, pressupondo uma gama de informações e simbologias compartilhadas.⁴³⁸ Proferidos à margem do pronunciamento judicial, os *obiter dicta* constituem atos de fala indiretos em razão de serem propagados em um ambiente deliberativo voltado à produção de uma decisão vinculante, mas de, ao mesmo tempo, não se prestarem a fundamentar essa decisão. O propósito do juiz ao exarar um *obiter dictum* não se confunde com nenhum dos objetivos diretos da decisão; esse propósito pode ser sugerir alguma coisa ao legislador ou ao administrador, anunciar uma mudança no entendimento do colegiado, ou tão somente elogiar, criticar, comentar ou interpretar algum fato. De acordo com Bustamante, “[e]m todas essas situações, os *obiter dicta* adquirem uma relevância prática e são capazes de influenciar o comportamento dos cidadãos, de outros juízes ou de qualquer outra classe de autoridades governamentais”.⁴³⁹ Em síntese, o *obiter dictum* por ter um impacto persuasivo expressivo nas atividades desempenhadas pelos cidadãos, pelas empresas e pelas instituições do Estado.

Essa circunstância torna necessário rever o conceito de *obiter dictum*. Na perspectiva tradicional, a definição de *obiter dictum* é feita negativamente, porém dois elementos sempre

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 718. Sobre o conceito de atos de fala indiretos, cf. SEARLE, John. Indirect speech acts. In: SEARLE, John. **Expression and meaning: studies in the theory of speech acts**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979, pp. 30-57.

⁴³⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Op. cit.*, 2018, p. 719.

aparecem: (i) o *obiter dictum* é um pronunciamento do juiz em uma decisão; e (ii) o *obiter dictum* é, discursivamente, desnecessário para resolver o caso sob apreciação jurisdicional. Bustamante argumenta que, embora o segundo elemento seja essencial à fixação do conceito, o primeiro pode ser dispensado, pois é possível que o juiz faça pronunciamentos com elevado poder argumentativo que, apesar de não constarem em nenhuma decisão, causam, igualmente, o efeito de persuadir as pessoas, influenciando em seu modo de agir. Segundo ele, “[e]sses pronunciamentos, na maioria das vezes, são recebidos pela comunidade jurídica como uma interpretação oficial do direito, realizada por um órgão jurisdicional (ou parte dele) dotado de competência para dar respostas oficiais sobre o conteúdo do direito”. O fato de tais expressões não estarem contidas no corpo de um provimento oficial é menos importante, porque, qual defende Bustamante, o que torna o *obiter dictum* juridicamente sensível é a circunstância de ele exercer um forte poder de convencimento, relativamente à sociedade e às instituições, sem ser verdadeiramente necessário para a construção da resposta ao conflito submetido à jurisdição, e essa circunstância está igualmente presente no discurso jurídico que o juiz veicula fora do ambiente processual-decisório. Com base nisso, Bustamante propõe que se considere como *obiter dictum* todo pronunciamento judicial emitido publicamente, dentro ou fora do espaço processual, que contenha uma interpretação do direito que, embora não se preste ao alcance de nenhuma conclusão decisória, pode influenciar novas decisões e embasar novos argumentos jurídicos.⁴⁴⁰

Nesses termos, o *obiter dictum* consiste em toda e qualquer expressão judicial que, fazendo uma interpretação do direito, não seja essencial ao exercício da jurisdição. Bustamante se utiliza dessa ideia e, indo além, aponta como abusivo o *obiter dictum* propalado em uma situação na qual o juiz não tenha autoridade moral para se pronunciar.⁴⁴¹ Esse segundo passo, todavia, nos parece parcialmente equivocado, porque, em definindo que o *obiter dictum* pode ser abusivo, Bustamante pressupõe a existência de *obiter dicta* que, mesmo quando veiculados fora do ambiente processual-decisório, não são abusivos – suposição da qual discordamos, já que, no nosso entender, o *obiter dictum* proferido fora do ambiente processual-decisório é, em regra, abusivo. Dizendo de outra maneira, não concordamos com a premissa de que, em tese, *obiter dicta* não processuais podem ser legítimos, pois entendemos que, em regra, o juiz não

⁴⁴⁰ *Ibid.*, pp 720-722. Nas palavras exatas de Bustamante, o *obiter dictum* é “um pronunciamento público e oficial de uma autoridade ou órgão do Poder Judiciário, normalmente realizado no curso de um processo judicial, sobre uma questão jurídica controvertida, normalmente capaz de influenciar decisões jurídicas posteriores do Judiciário ou de outras instituições jurídicas e de gerar razões para novos argumentos jurídicos”.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 725. A partir disso, examinando alguns exemplos, ele desenvolve uma tipologia dos *obiter dicta* abusivos (pp. 726-ss).

tem autoridade moral para se pronunciar sobre questões jurídicas fora do ambiente processual-decisório. De toda maneira, o aporte de Thomas Bustamante é de grande importância, não apenas por lançar luzes sobre o problema – que nos dedicamos a endereçar neste trabalho – do impacto argumentativo da expressão judicial relativamente ao comportamento dos cidadãos e das instituições do Estado, mas também porque a teoria é bem-sucedida em demonstrar que o discurso do juiz pode ser ilegítimo até mesmo quando estiver contido no texto de uma decisão. Ou seja, a separação entre *obiter dicta* legítimos e *obiter dicta* abusivos é muito útil, no nosso entender, se não quanto a todo e qualquer discurso judicial, pelo menos com relação aos atos de fala do juiz que, embora desnecessários para solucionar o problema concreto, estão contidos em sua decisão.

Vejamos um exemplo interessante. No julgamento da Ação Penal nº 1.025, o Supremo Tribunal Federal condenou o ex-presidente da República Fernando Collor de Mello pelo cometimento de crimes envolvendo a empresa BR Distribuidora, que à época dos fatos era subsidiária da Petrobrás. Na ocasião, o plenário do Supremo, mudando seu entendimento sobre a temática, decidiu que o ministro que vota pela absolvição do réu pode participar da dosimetria da pena. No curso dos debates, querendo corroborar com o acerto dessa mudança, o ministro Dias Toffoli comentou que, em sua atuação no julgamento da Ação Penal nº 470, o chamado “caso do mensalão”, fizera a opção por condenar o ex-presidente do Partido dos Trabalhadores e ex-deputado federal José Genoino, porque, sabendo que a condenação era inevitável e que apenas os que votassem por ela participariam da dosimetria, intencionava propor um tempo de pena privativa da liberdade que implicasse o reconhecimento da prescrição. Em outras palavras, segundo admitiu Toffoli, ele votou pela condenação de Genoino não por acreditar em sua culpabilidade, mas para poder participar da definição da pena. “Eu votei pela condenação do ex-presidente do PT José Genoino para poder participar da dosimetria, sim”, confessou o ministro. “Ele havia assinado um contrato de financiamento (...), junto ao tesoureiro do PT Delúbio Soares, mas todos que conhecemos Genoino sabemos que ele não tinha ideia do que estava se passando, completamente ingênuo e inocente em tudo que aconteceu. (...) Acabei por optar de votar pela condenação, mas a pena que propus foi de 2 anos e 8 meses de prisão, o que a tornava prescrita.” No fim de sua fala, Toffoli afirma que o Supremo não deve sentir vergonha de pedir desculpas à sociedade por erros cometidos no passado.⁴⁴²

⁴⁴² Para uma análise crítica da fala de Toffoli, com argumentos muito similares aos que defendemos aqui, ver RECONDO, Felipe; ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. **Podcast Sem Precedentes #129: o pragmatismo do STF nas ações penais, um novo capítulo.** São Paulo: Jota, 26 de maio de 2023.

A manifestação do ministro é merecedora de nota por algumas razões. Sabemos que, ao decidir, juízes fazem a todo momento cálculos estratégicos de resultado, em especial quando são membros de um colegiado. Existe uma rica literatura sobre comportamento judicial que busca mapear e analisar padrões na maneira como os juízes decidem, a melhor parte dela em cotejo com as perspectivas normativas que, durante muito tempo, prevaleceram nos estudos jurídicos a respeito do Poder Judiciário.⁴⁴³ Essa tentativa de lançar um olhar empírico sobre a jurisdição, sobretudo com relação a cortes supremas e tribunais constitucionais, nasceu e cresceu no ambiente acadêmico norte-americano, mas, embora os modelos pensados para a realidade judicial dos Estados Unidos não sejam automaticamente aplicáveis à dinâmica que rege o funcionamento do Judiciário brasileiro, tem-se dado uma atenção cada vez maior, e com resultados cada vez melhores, à atuação estratégica de juízes e tribunais no Brasil, notadamente do Supremo e de seus ministros.⁴⁴⁴ Portanto, não é novidade para ninguém que, no exercício da jurisdição, os juízes pensam nos resultados práticos de suas decisões, e não somente em suas convicções sobre o que o direito é. O problema da fala do ministro Dias Toffoli, por outro lado, é que ela explicita – e, de certa forma, naturaliza – um comportamento que, pelo menos a princípio, tanto o sistema quanto o próprio julgador deveriam evitar. Ademais, e esse ponto queremos sublinhar, Toffoli quis dizer *alguma coisa* ao falar que condenou José Genoino sem verdadeiramente acreditar na condenação; ele quis transmitir uma mensagem, enviar um recado, expressar uma ideia e, nessa sua pretensão, seu agir foi, mais uma vez, estratégico, e talvez estratégico em um sentido ainda pior.

Quando disse que apenas votou pela condenação de Genoino para poder participar da dosimetria da pena e, assim, propor uma punição que implicasse o reconhecimento da prescrição, Toffoli confessou ter subvertido a colegialidade de duas maneiras diferentes. É

⁴⁴³ Ver, por todos, FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. **Texas Law Review**, vol. 84, issue 2, 2005, pp. 257-338. Para análises específicas sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos, cf., por exemplo, EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D. The Supreme Court as a strategic national policy maker. **Emory Law Journal**, n. 50, 2001, pp. 583-612; SEGAL, Jeffrey; SPAETH, Harold. **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002; GEYH, Charles Gardner. **What's law got to do with it?: what judges do, why they do it, and what's at stake**. Palo Alto: Stanford University Press, 2011.

⁴⁴⁴ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Preferências, estratégias e motivações: pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. **Revista Direito e Práxis**, vol. 4, n. 7, 2013, p. 87. Para estudos empíricos sobre o Supremo Tribunal Federal, ver, sobretudo, MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF**. São Paulo: Forense, 2017; GOMES, Juliana Cesario Alvim; ARGUELHES, Diego Werneck; NOGUEIRA, Rafaela. Gênero e comportamento judicial no Supremo Tribunal Federal: os ministros confiam menos em relatoras mulheres? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, nº 2, 2018, pp. 854-876; ARGUELHES, Diego Werneck; FALCÃO, Joaquim. Onze supremos, todos contra o plenário. In: ARGUELHES, Diego Werneck; FALCÃO, Joaquim; RECONDO, Felipe (org.). **Onze supremos: o Supremo em 2016**. Rio de Janeiro: FGV, 2017, pp. 20-29; ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 46, 2015, pp. 121-155.

preciso lembrar que, no julgamento da AP nº 470, o STF decidiu expressamente que o ministro que opinasse pela absolvição não participaria da dosimetria da pena.⁴⁴⁵ No julgamento dessa questão de ordem, Toffoli votou em sentido contrário ao assumido pela maioria, saindo vencido. Mais tarde, ao condenar Genoino tão somente para participar da fixação da pena, Toffoli forjou, enganosamente, um modo de influir na dosimetria mesmo sendo alguém que, no íntimo, acreditava na necessidade da absolvição – manobra que desrespeitou frontalmente a colegialidade, porque teve por principal objetivo, segundo o próprio ministro, contornar a orientação majoritária do tribunal. Além disso, a ação de Toffoli intentou reduzir, de maneira inautêntica, a pena fixada contra Genoino. Isso porque seu voto no julgamento da dosimetria não se deu de boa-fé, mas com o intuito dissimulado de provocar o reconhecimento da prescrição – o que constituiu um segundo ataque à colegialidade, já que, pronunciando-se pela condenação sem estar de fato convencido de que o réu merecia ser condenado, Toffoli ofereceu uma contribuição inverídica e ilegítima à construção do acórdão de delimitação da pena. Tanto em um quanto em outro aspecto, o comportamento de Toffoli importou em um grande prejuízo à higidez do processo deliberativo-decisório na AP nº 470, minando a integridade da cognição jurisdicional a partir da qual se estabeleceu a condenação criminal de José Genoino.

Porém, por incrível por pareça, o *obiter dictum* proferido por Toffoli no julgamento da AP nº 1025 é ainda mais problemático. Em primeiro lugar, porque o ministro não percebe que sua fala, revelando um segredo do passado, reforça não a tese agora vencedora de que quem votou pela absolvição pode também votar na dosimetria, mas o posicionamento diametralmente oposto. Se o STF decide que ao ministro é dado absolver e, mesmo assim, influir na fixação da pena, é porque o tribunal acredita na capacidade de seus integrantes de, mostrando-se independentes com relação a si próprios, apreciarem autonomamente as duas questões (a condenação e, em seguida, a delimitação da punição).⁴⁴⁶ Por outro lado, se Toffoli admite que foi capaz até mesmo de condenar uma pessoa que acreditava ser inocente, a fim de participar da decisão sobre a dosimetria e tentar obter o reconhecimento da prescrição, o que impedirá que ele ou outros ministros, no futuro, caso sejam vencidos no julgamento da condenação, adotem novamente a estratégia de “fabricar” penas demasiado baixas? Compreendida de maneira adequada, a confissão de Toffoli deveria levar à rejeição, e não ao acolhimento, da tese de que o ministro pode absolver e, depois, votar sobre a pena. Adicionalmente, parece-nos de

⁴⁴⁵ Cf. Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em questão de ordem na Ação Penal nº 470**. Brasília, 8 de abril de 2010.

⁴⁴⁶ A expressão “independentes com relação a si próprios” é dita por Thomaz Pereira em RECONDO, Felipe; ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. *Op. cit.*, 26 de maio de 2023.

todo evidente que, ao dizer que seu voto pela condenação de José Genoino no julgamento do “mensalão” teve por propósito não sua convicção de que o réu era culpado, mas uma tentativa de “salvá-lo” na dosimetria da pena, Toffoli se utiliza da plataforma decisória na AP nº 1025 para transmitir à sociedade e ao meio político o recado de que, não obstante o que pareceu ter sido, nesse caso específico, ele não “traiu” nem Genoino, nem o Partido dos Trabalhadores. É precisamente esse recado que torna o *obiter dictum* abusivo, porque, apesar de o discurso não resultar em nenhuma interpretação do direito, ele visa claramente a objetivos políticos – coisa que, nem precisamos dizer, o juiz não pode fazer.

2.2.4.3 O dilema da Internet

Um dos maiores problemas da liberdade de expressão judicial hoje – talvez o maior problema – diz respeito ao uso da *Internet*, em especial das redes sociais. O ambiente da *Internet* é propício à propagação desenfreada de manifestações, pois, como já vimos, a plataforma da rede mundial de computadores propicia a conexão simultânea de um número expressivo de pessoas, não obstante estarem elas geograficamente distantes umas das outras. Ou seja, a *Internet* promove uma aproximação virtual entre interlocutores, ampliando a arena de discussão e alargando o público-destinatário das expressões.

O Provimento nº 71 da Corregedoria Nacional de Justiça e a Resolução nº 305 do Conselho Nacional de Justiça são um reconhecimento de que, no que se refere à expressão judicial, a *Internet* é um dilema. Isso é assim, porque, no mundo virtual, o impacto de algo que o juiz publica é sensivelmente maior do que em quaisquer outros contextos. Por essa razão, é necessário ter um cuidado e um rigor especiais com as opiniões e visões que os juízes explicitam on-line, sobretudo em diálogos ou debates que tomem corpo nas redes sociais.

O dilema da *Internet*, entretanto, revela questões que, embora redimensionadas e aumentadas, são as mesmas dificuldades que têm há muito tempo permeado as disputas em torno da liberdade de expressão. É evidente que existem novas variáveis – ou, melhor dizendo, novos complicadores, como por exemplo a utilização de algoritmos para a seleção do público a que determinada postagem será destinada –, mas as perplexidades que hoje acometem os estudiosos da liberdade de expressão são, na sua essência, muito semelhantes às inquietudes mais antigas: o caráter gregário, sub-reptício e discriminatório de algumas expressões, o efeito

silenciador de alguns discursos, o limiar muitas vezes tênue entre fala e ação, entre palavra e providência material.

Por exemplo, pode-se questionar se uma manifestação realizada por um magistrado em um contexto particular, porém divulgada posteriormente, por terceiros, nas redes sociais, viola os limites da liberdade de expressão judicial. A princípio, essa dúvida, que diz respeito a casos potencialmente difíceis, parece estar diretamente ligada a problemas oriundos da *Internet*. Todavia, ainda que se possa assumir que a *Internet* tenha elevado a recorrência e a abrangência de episódios dessa natureza, nenhuma indagação propriamente jurídica decorre do simples fato de o discurso estar difundido na rede mundial de computadores. Em outras palavras, nada nessa hipótese refere-se, ontologicamente, à *Internet*. A resposta à pergunta – sobre se o juiz, na situação narrada, viola ou não o direito – depende de um exame das circunstâncias fáticas. Caso se verifique que o juiz agia de boa-fé quando proferiu, em contexto indiscutivelmente privado, um discurso de teor lícito, a veiculação ulterior de sua expressão, mediante a ação indevida de outra pessoa, não implicará uma transgressão a ele imputável. Em sentido diverso, caso se constate que, apesar de o discurso ter se originado em um ambiente não inteiramente público, o juiz assumiu algum risco ao proferi-lo, seja por conta do número de pessoas com que dialogava ao dizer o que disse, seja em razão do tipo de relacionamento que mantinha com essas pessoas, a propalação posterior de sua fala, ainda que pela mão de terceiros, será de sua corresponsabilidade. Tanto num quanto noutro contexto, o fato de a expressão ter sido divulgada na *Internet* pode até ser relevante, porém não é decisivo. As incertezas e confusões que encontramos no enfrentamento do problema são inerentes à liberdade de expressão – são próprias da dificuldade de se permitir ou proibir, independentemente do contexto, que um dado discurso seja veiculado.

A *Internet* é um dilema para a liberdade de expressão – inclusive a de juízes –, mas isso não significa que o uso das redes deva ser vedado, não obstante a conjuntura. O que o dilema mostra é que, especialmente para os magistrados, o uso da *Internet* precisa ser dosado e refletido, porque ele pode aumentar os efeitos nocivos de expressões antijurídicas.

2.2.5 O quão livres são os juízes para se expressarem academicamente?

O inciso I do parágrafo único do art. 95 da Constituição da República estabelece que aos juízes é vedado exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma

de magistério. Esse dispositivo sinaliza que a Constituição entende cumuláveis as atividades jurisdicional e acadêmica. A premissa constitucional – que, veremos a seguir, tem uma razão de ser – impõe, assim, seja dada uma atenção especial (e diferenciada) aos pensamentos e às opiniões que o juiz expressa no exercício de sua liberdade acadêmica.

2.2.5.1 A liberdade acadêmica não é um subtipo da liberdade de expressão

A liberdade acadêmica é caracteristicamente compreendida como uma exigência de dois níveis de proteção: (i) de que as instituições acadêmicas estejam protegidas de ingerências do poder político e do poder econômico; e (ii) de que os pesquisadores, docentes e assistentes estejam protegidos de ingerências dos dirigentes das instituições onde trabalham. O poder político e o poder econômico podem determinar que se crie uma instituição acadêmica, bem como definir o campo de estudo a que ela estará destinada, e os dirigentes da instituição podem nomear os professores, estabelecer um quadro de horários e estipular um currículo para os cursos e as disciplinas que serão ofertados. Porém, nem uns nem outros podem exigir ou impedir que os acadêmicos pesquisem, ensinem ou abordem determinado assunto de determinada maneira.⁴⁴⁷

Na visão tradicional, a liberdade acadêmica é considerada como uma ferramenta para encontrar a verdade. Segundo essa perspectiva, nossa melhor chance de alcançar a verdade sobre temáticas variadas é a atuação livre de instituições e agentes exclusivamente (ou precipuamente) dedicados ao estudo e à pesquisa sistematizados. Essas instituições e esses agentes devem trabalhar com independência, imunes de intervenções ou controles externos, de maneira a desempenharem suas atividades unicamente em prol da busca pela verdade científica, e não por interesses políticos ou econômicos. Em outras palavras, os acadêmicos precisam ser livres para estudar, pesquisar e ensinar sobre os mais variados assuntos, uma vez que, organizando-se dessa forma, a sociedade amplia suas possibilidades de descobrir a verdade e, em consequência disso, melhorar a vida das pessoas.

Essa maneira de pensar a liberdade acadêmica ecoa a teoria da liberdade de expressão de John Stuart Mill: o debate aberto de ideias propicia o alcance da verdade, a identificação da mentira e a produção e a propagação do conhecimento. Vimos que, de acordo com a crítica de

⁴⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1996a, p. 248.

Ronald Dworkin, a defesa de Mill é insuficiente para explicar algumas liberdades comunicativas, a exemplo do direito que as pessoas (supostamente) têm de produzir e consumir pornografia, ou de manifestar ideologias de cunho antissemita, racista e discriminatório contra minorias étnicas, religiosas e sexuais. Vimos, igualmente, que muitos autores criticam essa crítica – em um debate que, embora relevante para o entendimento da proteção jurídica da expressão humana em um sentido mais amplo, importa menos quando o que se discute é a liberdade acadêmica.⁴⁴⁸ Faltou ver, no entanto, que a teoria de Dworkin vai além da liberdade geral de expressão, avançando sobre a liberdade acadêmica propriamente dita, e que, ao fazer isso, ela redimensiona o argumento da insuficiência da defesa de Mill. Para Dworkin, embora a liberdade acadêmica não seja precisamente um subtipo da liberdade de expressão, as duas liberdades estão conectadas, pois ambas consistem em pilares de um sistema de circulação social de ideias que é indispensável à preservação de uma cultura de responsabilidade intelectual individual.⁴⁴⁹ Escolhemos começar nossa abordagem da liberdade acadêmica dedicando algumas palavras a essa tese por dois motivos principais. Primeiro, porque, embora não pretendamos encampar por completo o argumento de Dworkin, ele é sem dúvida o contraponto mais eloquente e sofisticado à perspectiva de que a liberdade acadêmica é uma diretriz profissional, que serve para que a academia funcione em prol do bem comum. E, segundo, porque, apesar de Dworkin refutar a teoria de John Stuart Mill (ou, no mínimo, criticar sua insuficiência), consideramos particularmente interessante o reconhecimento que ele próprio faz de que a ideia da busca pela verdade é uma razão mais convincente para sustentar a liberdade acadêmica do que para proteger a liberdade ampla de expressão.

Dworkin inicia exatamente ressaltando a plausibilidade da defesa de Mill para a proteção da liberdade acadêmica. Segundo ele, o argumento de que a circulação desimpedida de ideias facilita o alcance da verdade, a identificação da mentira e a propagação do conhecimento é especialmente persuasivo quando o que está em jogo é a liberdade não de todos, mas de um grupo específico de pessoas, os acadêmicos. No caso da liberdade geral de expressão, dizer que o trânsito livre de discursos e opiniões fomenta o desvelamento da verdade é, para Dworkin, ao mesmo tempo exagerado e insatisfatório. É exagerado, pois as pessoas produzem e veiculam discursos os mais diversos, a todo momento, e (quase) nunca se

⁴⁴⁸ Não queremos dizer que o debate sobre discurso de ódio importa menos no campo acadêmico, mas, sim, que as críticas às críticas que Dworkin faz à teoria de Mill não têm tanta repercussão nas reflexões sobre liberdade acadêmica. Isso acontece, porque, no debate sobre liberdade acadêmica, a perspectiva dworkiniana do individualismo ético opõe-se sobretudo à tese de que tal liberdade constitui uma diretriz profissional, fundamentada na exigência de a academia servir ao bem comum, e não à teoria milliana.

⁴⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1996a, p. 250.

expressam tendo por objetivo o alcance da verdade; assim, a proteção desses discursos contra ingerências ou punições por parte do Estado não é plausivelmente explicada pelo fato de os falantes estarem comprometidos com a busca pelo que entendem ser verdadeiro. E é insatisfatório, porque a ideia de que discursos como a pornografia e o ódio contra minorias são livres em função de colaborarem, ainda que como contraexemplos, para o alcance da verdade soa frágil e, a depender do contexto, absurda. Que verdade é essa que se busca por meio do insulto? É evidente que, pressuposta nessa crítica e nesse questionamento, está a premissa de que pornografia e discursos de ódio são protegidos pela liberdade de expressão. Embora a discussão a esse respeito não seja objeto direto desta tese, deixamos clara, no Capítulo 1, nossa discordância com a perspectiva assumida por Dworkin, porque a reputamos insuficiente à luz de uma compreensão mais abrangente, pluralista e republicana da liberdade de expressão. De todo modo, entendemos importante revisitar esse ponto, a fim de esclarecer que, apesar das ressalvas dworkinianas à teoria de Mill, no caso da liberdade acadêmica, que tem intuítos e pressupostos diferentes dos da liberdade de expressão, a procura pela verdade, até mesmo para Dworkin, constitui uma justificativa palatável para a proteção do discurso, uma vez que as pessoas a que essa liberdade se destina caracterizam-se justamente como profissionais em busca da verdade científica. A atuação dos pesquisadores e docentes está direcionada no sentido da busca pela verdade; os acadêmicos precisam ser livres para expressarem e defenderem ideias e argumentos, porque, trabalhando dessa maneira, eles se colocam em melhores condições para descobrir e construir respostas às questões e aos dilemas que afligem a ciência – questões e dilemas que, partindo da premissa de que o fim da ciência é melhorar a forma como as pessoas vivem, são da própria sociedade.⁴⁵⁰

Entretanto, embora reconheça a eloquência da teoria de Mill no debate sobre a liberdade acadêmica, Dworkin a considera igualmente insatisfatória. De acordo com ele, ainda que o argumento da busca pela verdade seja melhor para explicar a liberdade de cientistas e professores de proferirem teses e opiniões do que para sustentar a liberdade de todas as pessoas de se expressarem em público, a formulação de Mill não esclarece se métodos menos permissivos ao discurso acadêmico – como o de um controle mais rígido do conteúdo de pesquisas e publicações – seriam de fato menos eficazes para o alcance da verdade científica. Ainda que se pudesse afirmar que a liberdade sem amarras de acadêmicos, em especial os já

⁴⁵⁰ *Ibid.*, pp. 247-248. Nesse mesmo sentido, porém sem a crítica posteriormente oposta por Dworkin a Mill, ver MURPHY, William. Academic freedom – an emerging constitutional right. **Law and Contemporary Problems**, n. 28, 1963, pp. 447-486; POST, Robert. Why bother with academic freedom? **Florida International University Law Review**, v. 9, 2013, pp. 9-20.

estabelecidos em suas instituições de ensino e pesquisa, garantiria, por meio de uma ampliação do foco investigativo que apenas uma abordagem especulativa é capaz de atingir, um desenvolvimento cognitivo sutilmente maior (sobretudo a longo prazo) do que aquele obtido por uma ciência que caminha segundo regras e métodos bem delimitados, ainda assim não estaria de todo evidente que essa opção (a da liberdade acadêmica com menos ou nenhum limite) é socialmente mais vantajosa do que a assunção de um modelo mais contido e respeitoso de geração e gestão do conhecimento. Em primeiro lugar, porque a suspeita de que uma ciência feita sem balizas leva, mesmo que de modo errático, a um afinamento da verdade é não só abstrata, mas também questionável. O mais importante, contudo, é perceber que o pequeno ganho que se pode obter com tal modelo – caso esse ganho de fato exista – não justifica o mal que ele causa, que é a liberação das práticas de insultar e difamar outras pessoas. Assim indaga Dworkin:

Acaso não compensaria renunciar a certo conhecimento especulativo, em campos científicos marginais, para proteger pessoas que têm sido vítimas de significativas injustiças sociais, dando-lhes oportunidades mais verdadeiras e efetivas de ajudar a si mesmas e a outras pessoas em situação semelhante? Em um ou dois instantes cósmicos, o sol explodirá, e todas as bibliotecas, palácios e museus que construímos e preservamos se transformarão em cinzas perdidas no espaço sideral. No momento em isso acontecer, os seres humanos e quaisquer outras espécies dotadas de inteligência só terão efetivamente conhecido uma pequena fração de tudo quanto é possível saber. Que importância teria se essa fração fosse um pouco menor, se com isso certas pessoas pudessem ser poupadas de ofensas contra sua dignidade?⁴⁵¹

Vale esclarecer que, a despeito da eloquência desse excerto, a intenção de Dworkin ao escrevê-lo é oferecer um contraponto hipotético que lhe permita desenvolver sua teoria, que segue em sentido oposto. Ou seja, Dworkin não almeja acolher a perspectiva de que a liberdade deve ser limitada, mas reconhecer que, apesar da plausibilidade da teoria de John Stuart Mill na discussão sobre liberdade acadêmica, o prisma de que determinados discursos devem ser proibidos segue particularmente persuasivo – talvez até mais persuasivo do que no debate sobre a liberdade geral de expressão –, e, por conta disso, refutá-lo exige uma tréplica mais robusta do que a teoria tradicional da liberdade acadêmica tem sido capaz de fornecer. “Se desejamos defender a liberdade acadêmica”, ele diz, “precisamos encontrar uma justificativa mais consentânea com a relevância emocional que ela tem para nós”.⁴⁵²

⁴⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1996a, p. 251, tradução nossa.

⁴⁵² *Ibid.*, tradução nossa.

Segundo Dworkin, o que embasa moralmente a defesa da liberdade acadêmica é o individualismo ético, que é a teoria de que cada um tem a responsabilidade de viver sua vida da maneira que acredita ser a melhor possível, a partir de convicções que a própria pessoa livremente construiu. Assumir o individualismo ético implica reconhecer as responsabilidades que dele derivam: o indivíduo deve tanto negar-se a professar aquilo que reputa falso, quanto comprometer-se a proclamar aquilo que entende verdadeiro. Profissões e ocupações sociais diversas assimilam e praticam essas responsabilidades de formas variadas, mas nenhuma delas com a profundidade e a abrangência do ofício acadêmico; professores e pesquisadores têm a incumbência funcional de buscar e propagar as ideias que creem ser autênticas, rejeitando as inverdades. Para Dworkin, a profissão acadêmica é a maneira mais efetiva de pôr em prática o individualismo ético, realizando o ideal de viver conforme as próprias convicções. Ocorre que, para florescer adequadamente, esse individualismo depende de um ambiente cultural específico, baseado no pensamento independente, e da rejeição de paradigmas que se escorem em concepções monolíticas ou totalitárias de verdade, justiça e vida boa. Em uma sociedade composta por cidadãos que se reconhecem mutuamente como sujeitos livres e independentes, a educação deve propiciar às pessoas que percebam a importância de se comprometerem com a verdade individual, de serem fiéis às próprias ideias e convicções. Nesse sentido, a liberdade acadêmica é, do ponto de vista tanto dos professores quanto dos estudantes, instrumento de proteção de uma cultura de independência e, conseqüentemente, de promoção do individualismo ético.⁴⁵³

Como dissemos, nosso objetivo em analisar a abordagem de Dworkin não é aceitá-la como correta, mas assimilá-la de maneira a aproveitar, tanto quanto possível, seu potencial argumentativo. De acordo com Dworkin, a liberdade acadêmica não é satisfatoriamente explicada pela teoria da verdade de Mill – e, por isso, a provocação que ele mesmo se apresenta, no sentido de indagar se não seria melhor abrir mão de algum avanço na busca pela verdade e pelo conhecimento em prol de impedir discursos ofensivos e de ódio, não faz tanto sentido, já que, no seu entender, a liberdade acadêmica não se presta apenas à produção e à propagação do saber científico, mas sobretudo à garantia de que as pessoas vivam e ajam conforme suas próprias convicções. Essa leitura da liberdade fomenta, tangentemente, a busca pela verdade, na medida que, amparada pelo individualismo ético, impõe às pessoas que professem o que acreditam ser verdadeiro e neguem o que creem ser falso. Contudo, falta à teoria de Dworkin incorporar o prisma de que o saber e a verdade são construções coletivas, e que, por isso, o

⁴⁵³ *Ibid.*, pp. 252-254.

discurso acadêmico deve originariamente estabelecer um diálogo com a comunidade científica e a sociedade, não se podendo manter fechado em convicções pessoais isoladas.⁴⁵⁴ Isso quer dizer que a liberdade acadêmica, antes de assegurar que falas proferidas por professores e pesquisadores estejam imunes à punição, visa a estabelecer que trabalhadores acadêmicos tenham sua competência profissional avaliada exclusivamente por seus pares, segundo parâmetros e ritos definidos pela própria ciência.⁴⁵⁵ O individualismo ético contribui com a compreensão da liberdade ao iluminar a importância de o acadêmico nutrir um compromisso ético com suas próprias convicções, mas, por outro lado, negligencia o caráter coletivo da ciência, tomando as liberdades de ensinar, pesquisar e publicar como grandezas que dizem respeito apenas ao indivíduo, e, dessa maneira, aproxima-se muito de concepções que consideram a liberdade acadêmica um subtipo da liberdade de expressão.

Amanda Travincas explica que, no direito norte-americano, existem duas tradições de abordagem da liberdade acadêmica.⁴⁵⁶ A primeira defende que a liberdade acadêmica é um direito que provém da cláusula de liberdade de expressão contida na Primeira Emenda. Essa tem sido a orientação adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos desde os primeiros julgados sobre a matéria, notadamente *Sweezy v. New Hampshire*, caso decidido em 1957. Paul Sweezy, um economista autodeclarado marxista, foi investigado e processado criminalmente por ter publicado um artigo científico e proferido uma palestra na Universidade de New Hampshire em tom de crítica ao capitalismo norte-americano. Embora a maioria da Corte tenha entendido que a escrita e a fala de Sweezy estavam protegidas pela liberdade de expressão, a principal contribuição do precedente está no voto dissidente do juiz Felix Frankfurter, no qual ele afirma que as universidades gozam de quatro liberdades essenciais, todas decorrentes da Primeira Emenda: definir quem pode ensinar, o que pode ser ensinado, como deve ser ensinado

⁴⁵⁴ BYRNE, Peter. Academic freedom: a 'special concern of the First Amendment'. *Yale Law Journal*, v. 99, n. 2, 1989, p. 279.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, pp. 283-283; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. *Op. cit.*, 2020, pp. 147-148. Sobre o caráter ético da responsabilidade dos acadêmicos para com a comunidade científica, ver POST, Robert. Academic freedom and the Constitution. In: BILGRAMI, Akeel; COLE, Jonathan R. (eds.). **Who's afraid of academic freedom?** New York: Columbia University Press, 2015b, pp. 141-146.

⁴⁵⁶ TRAVINCAS, Amanda C. T. **A tutela jurídica da liberdade acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites.** Tese de doutorado. Porto Alegre: Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2016, p. 50. Ver, igualmente, METZGER, Walter P. Profession and constitution: two definitions of academic freedom in America. *Texas Law Review*, n. 66, 1988, pp. 1.265-1.322; METZGER, Walter P. **Academic freedom in the age of the university.** New York: Columbia University Press, 2013, pp. 23-27.

e quem pode estudar.⁴⁵⁷ Tal entendimento é considerando o marco inaugural da narrativa sobre a dimensão institucional da liberdade acadêmica na jurisprudência da Suprema Corte.⁴⁵⁸

A segunda tradição, amparada pela Declaração de Princípios para a Liberdade Acadêmica da Associação Americana de Professores Universitários, publicada em 1915 e adotada pela maioria das universidades dos Estados Unidos, concebe a liberdade acadêmica como uma diretriz profissional. Buscando proteger docentes de ataques à sua liberdade de atuação intelectual, a declaração decanta a liberdade acadêmica em três grandes liberdades: a liberdade de pesquisa e publicação, a liberdade de ensinar em sala de aula e a liberdade de manifestação extramuros. Com base nessa tradição, estabeleceu-se a teoria de que a liberdade acadêmica aspira a uma academia para o bem comum (*for the common good school*), corrente político-filosófica na qual se destaca o nome de Robert Post.⁴⁵⁹

De acordo com Post, as atividades de produzir e propagar o conhecimento demandam a observância de normas e procedimentos especializados.⁴⁶⁰ Essa perspectiva vai de encontro à ideia de Mill de que os discursos, inclusive acadêmicos, devem circular o mais livremente possível, em um “mercado aberto de ideias”, de modo a propiciar o desvelamento da verdade e a identificação da mentira. Porém, ela tampouco é compatível com a visão de Dworkin, para quem a expressão deve ser imune a um controle externo, porque só assim se assegura o individualismo ético e se preserva uma cultura de independência intelectual. Na visão de Post, o avanço científico só efetivamente acontece quando o debate de ideias é orientado e estabilizado por parâmetros e limites impostos pela própria comunidade acadêmica. Diferentemente de Dworkin, Post encara a geração de conhecimento como uma ação coletiva, um empreendimento que parte do entrecruzamento de prismas intersubjetivamente vistos e revistos pela sociedade, não se podendo falar – pelo menos não a sério – na possibilidade de verdades exclusivamente individuais; existem projetos e opiniões individuais, porém a verdade é o produto de uma longa e complexa interação social. Ademais, contrariamente à noção milliana de que o conhecimento avança mais e melhor em um ambiente de circulação livre e desimpedida de ideias, argumentos e visões, estando as próprias pessoas responsáveis por

⁴⁵⁷ Cf. Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234.** Washington/DC, 1957. Para uma análise da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre liberdade acadêmica, ver CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. *Op. cit.*, 2020, pp. 167-180. Para uma crítica da maneira indiferenciada e confusa como a Suprema Corte norte-americana trata a liberdade acadêmica e a liberdade geral de expressão, cf. RABBAN, David M. A functional analysis of “individual” and “institutional” academic freedom under the First Amendment. **Law and Contemporary Problems**, v. 53, n. 3, 1990, pp. 227- 301.

⁴⁵⁸ TRAVINCAS, Amanda C. T. *Op. cit.*, 2016, pp. 52-53.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, pp. 54-55.

⁴⁶⁰ POST, Robert. **Democracy, expertise, and academic freedom: a First Amendment jurisprudence for the Modern State.** New Haven: Yale University Press, 2012, pp. 30-31.

assimilar o fluxo discursivo e dele extrair o que é verdadeiro e isolar o que é falso – noção que, como vimos, é encampada pela Suprema Corte dos Estados Unidos desde ao menos o voto dissidente do juiz Oliver Wendell Holmes em *Abrams v. United States* –, Post sustenta que a esfera acadêmica reclama uma procedimentalização do saber, não no sentido de impor um modo hegemônico de buscar e construir o conhecimento, mas, exatamente ao contrário, no sentido de garantir um espaço hígido e horizontal de reflexão, investigação e debate.⁴⁶¹

Disciplinar o conhecimento não é limitar a ciência, e sim torná-la possível. Segundo explica Amanda Travincas, “[d]isciplinar a atividade acadêmica, ao mesmo tempo que cria condições para a geração de conhecimentos academicamente relevantes, garante a sua expansão por meio da crítica e mesmo da dissidência, denotando que, longe de um engessamento, regras disciplinares se justificam enquanto condição de procedimento”.⁴⁶² O saber construído no ambiente acadêmico – que é o espaço das universidades, as únicas instituições sociais cujo propósito primário é produzir, preservar e divulgar conhecimento – é valioso na medida em que é capaz de, a partir de regras bem estabelecidas, diferenciar o correto do incorreto, a boa ideia da má ideia.⁴⁶³ Ou seja, nem todo pensamento pode ser admitido no debate acadêmico. Existem critérios, princípios, referências, fundamentos e métodos que devem ser observados, ainda que, no fim das contas, o intuito do pesquisador seja questionar o próprio paradigma científico. Compreendida nesses termos, a liberdade acadêmica consiste não em um subtipo da liberdade de expressão, já que se baseia em uma circulação de perspectivas e conjecturas que não é exatamente livre, mas em uma liberdade profissional, uma vez que visa ao exercício adequado da profissão acadêmica.⁴⁶⁴ A liberdade acadêmica impõe seja facultado ao acadêmico promover estudos os mais variados e assumir abordagens as mais diversas, porém não autoriza que a ciência seja feita de qualquer maneira. Na verdade, o que a liberdade acadêmica institui é um direito-dever: os pesquisadores e docentes têm o direito de pesquisar, ensinar e publicar sem sofrer ingerências externas, mas têm, igualmente, o dever de produzir e aprimorar o saber, em atenção ao disciplinamento imposto pelo respectivo campo de estudo, com abertura à revisão crítica da comunidade científica e em prol do avanço do conhecimento e da melhora da vida em sociedade.⁴⁶⁵

⁴⁶¹ *Ibid.*, pp. 61-93. Cf. também POST, Robert. Academic freedom and legal scholarship. **Journal of Legal Education**, v. 64, n. 4, 2015b, pp. 530-541.

⁴⁶² TRAVINCAS, Amanda C. T. *Op. cit.*, 2016, pp. 56-57.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 58.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 59. Ver, ainda, POST, Robert. *Op. cit.*, 2012, pp. 65-66; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. *Op. cit.*, 2020, p. 145.

⁴⁶⁵ POST, Robert; FINKIN, Matthew W. **For the common good: principles of American academic freedom**. New Haven: Yale University Press, 2009, pp 149-ss. Sobre o requisito do disciplinamento do saber científico, ver POST, Robert. *Op. cit.*, 2012, pp. 61-93.

Assim, liberdade acadêmica não significa liberdade de dizer o que quiser. Na realidade, ser livre no meio acadêmico é uma prerrogativa, não um privilégio. Implica uma postura ética de compromisso com uma série de pressupostos e procedimentos – limitações ao conteúdo e à forma da fala científica que, no entanto, tornam possível o conhecimento sistematizado.⁴⁶⁶ Apesar de terem nascido e florescido em contextos semelhantes de lutas por reconhecimento, a liberdade acadêmica e a liberdade de expressão não são sinônimas.⁴⁶⁷ A liberdade de expressão visa a proteger a comunicação humana, que é ampla e multifacetada, ao passo que a liberdade acadêmica busca preservar o discurso acadêmico, que tem requisitos específicos e exige uma metodologia própria de análise. Embora todo cidadão seja livre para falar, pensar e refletir criticamente sobre o mundo, nem todo cidadão tem a qualificação intelectual, desempenha a rotina de trabalho e domina as competências epistemológicas e os parâmetros metodológicos necessários à produção do conhecimento acadêmico.⁴⁶⁸

O discurso acadêmico é basicamente um discurso, realizado por um profissional acadêmico, o qual o direito busca proteger contra interferências do poder político, do poder econômico e da administração da instituição acadêmica onde o profissional trabalha. O principal, entretanto, é que essa proteção só existe para o discurso que sirva ao propósito de contribuir com o progresso do saber científico. Ou seja, diferentemente da liberdade geral de expressão, a liberdade acadêmica tem uma única razão de existir: favorecer a produção e a propagação do conhecimento sistematizado. Nesse sentido, a justificativa da liberdade acadêmica se aproxima muito da teoria de Mill. Contudo, contrariamente à perspectiva milliana, a liberdade acadêmica pensada para o bem comum não admite sejam promovidos estudos, pesquisas, falas ou publicações de suposto teor científico no intuito, por exemplo, de defender a inferioridade de um grupo de pessoas relativamente ao restante da sociedade, ou de negar a ocorrência de episódios e contextos históricos de opressão, repressão, perseguição e extermínio de pessoas, ou de argumentar a favor do autoritarismo estatal e em oposição ao Estado de Direito. Discursos de ódio, baseados em inverdades ou dirigidos a ataques contra a democracia não são acadêmicos.⁴⁶⁹ Com isso em mente, se voltarmos à altiloquente passagem que transcrevemos da obra de Dworkin – passagem na qual, em sua defesa do individualismo ético, Dworkin se pergunta, a título retórico, se não seria melhor limitar a expressão de acadêmicos,

⁴⁶⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. *Op. cit.*, 2020, p. 137.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, pp. 180-181.

⁴⁶⁸ POST, Robert. *Op. cit.*, 2015b, pp. 126-128.

⁴⁶⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. *Op. cit.*, 2020, pp. 138-139.

abrindo mão de um pequeno avanço na ciência, para evitar que a dignidade de certos grupos de pessoas seja minada por falas ofensivas e mentirosas –, veremos, qual o próprio Dworkin mais adiante em seu texto, que essa indagação não faz muito sentido. Só que, distintamente da conclusão a que chega Dworkin, para quem a liberdade acadêmica não se presta exclusivamente ao avanço da ciência, mas também, e especialmente, à sustentação de uma cultura de independência intelectual, reputamos o questionamento problemático por outro motivo. É que, para nós, impedir a veiculação, no meio acadêmico, de ideias, opiniões e visões baseadas na exclusão ou na destruição do “outro” não causa nenhum prejuízo ao avanço da ciência.

2.2.5.2 Os contornos da liberdade acadêmica no Brasil

O art. 205 da Constituição de 1988 estabelece que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, e que ela será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, tendo como objetivos o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Embora a norma se refira à educação como um direito de todos, por trás dessa previsão está o dever da comunidade acadêmica de pesquisar, publicar e ensinar um saber disciplinado, um saber que é feito e difundido com o propósito de colaborar com o avanço da ciência e da sociedade.

Ainda, o inciso II do art. 206 da Constituição estipula que, dentre os princípios com base nos quais o ensino será ministrado, está a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber. Como vimos, tal liberdade é um comando de dupla dimensão: tanto uma proibição de que o Estado e o poder econômico interfiram na atividade investigativa ou docente dos profissionais acadêmicos, quanto, por outro lado, a imposição a esses profissionais de produzirem e propagarem o conhecimento com base nos parâmetros e procedimentos científicos pertinentes, sujeitando-se ao escrutínio da comunidade intelectual.⁴⁷⁰ A Constituição deixa isso claro ao estabelecer a liberdade acadêmica como um componente da educação democrática, isto é, como um instrumento necessário à prestação democraticamente adequada da educação, prestação que se baseia ao mesmo tempo no dever dos acadêmicos de produzir e propagar o conhecimento e no direito dos alunos e estudantes de aprender. Nessa linha de ideias, a liberdade de cátedra como um direito absoluto do docente é incompatível com

⁴⁷⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. *Op. cit.*, 2020, pp. 135-136.

o modelo constitucional de educação, na medida em que viola o direito ao aprendizado democrático;⁴⁷¹ por outro lado, é fundamental que o sistema educacional garanta a liberdade de pesquisadores e docentes de estudar e ensinar o que acreditam ser verdadeiro, tendo em vista o princípio do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, inscrito no inciso III do art. 206, e em vista da formação de cidadãos autônomos, crítico-conscientes e responsáveis.

Com relação à liberdade de pesquisar e divulgar o conhecimento, a Lei nº 9.394, de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, dispõe, em seu art. 43, que a educação superior tem por objetivos incentivar a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo; formar especialistas preparados para a atividade profissional e o exercício da cidadania; estimular a pesquisa e a investigação científica, visando ao desenvolvimento do saber e da sociedade; divulgar conhecimentos culturais, científicos e técnicos, comunicando o saber por meio do ensino, de publicações e inúmeras outras formas de comunicação; e suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural, científico, intelectual, humanístico e profissional, impulsionando e promovendo o conhecimento dos problemas do mundo e a busca por soluções válidas e efetivas; entre outras finalidades. Essas diretrizes denotam que, dentre os elementos que formam a liberdade de pesquisa e publicação, encontra-se o norte necessário à distinção entre conhecimento e opinião, entre juízo de fato e juízo de valor.⁴⁷²

No que se refere à liberdade de ensinar no Brasil, Amanda Travincas escreve que os professores não podem suprimir partes do conteúdo programado em currículos e planos de ensino, mas têm poder de decisão sobre carga horária das disciplinas, ordem de ensino dos assuntos e indicações bibliográficas relativas aos temas ensinados. A eles é permitido, igualmente, tratar de tópicos conexos aos previstos nos programas curriculares, sempre que tal estratégia se mostrar eficaz para a otimização do ensino, bem como endereçar assuntos controvertidos em sala de aula, abordando-os de maneira dialógica e emitindo suas opiniões e preferências, sem que isso resulte em doutrinação.⁴⁷³

Nesse sentido, em agosto de 2020, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5537, ocasião em que declarou a inconstitucionalidade do chamado “Programa Escola Livre”, instituído em lei do Estado de Alagoas com o suposto objetivo de

⁴⁷¹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; OLIVEIRA, Amanda Muniz. A liberdade acadêmica no direito brasileiro: fundamentos e abrangência. **Revista Opinião Jurídica**, ano 17, n. 25, 2019, pp. 165-170.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 172. Essa visão da pesquisa acadêmica e da educação superior tem assento na teoria de Karl Popper sobre a natureza da investigação e da descoberta científicas. Para esse aporte, ver, sobretudo, POPPER, Karl. **The logic of scientific discovery**. London: Routledge, 2002; POPPER, Karl. **Objective knowledge: an evolutionary approach**. Oxford: Oxford University Press, 1972.

⁴⁷³ TRAVINCAS, Amanda C. T. *Op. cit.*, 2016, conclusão.

assegurar a “neutralidade política e ideológica” da atividade educacional. A referida lei proibia expressamente a prática, em sala de aula, de doutrinação política e ideológica, bem como quaisquer outras condutas por parte do corpo docente ou da administração escolar que impusessem ou induzissem aos alunos opiniões político-partidárias, religiosas ou filosóficas. Em seu voto, o ministro Luís Roberto Barroso apontou a incompatibilidade desse aparente desejo de “neutralidade” com a liberdade acadêmica, em especial a liberdade de ensinar. Segundo ele, “os pais não podem pretender limitar o universo informacional de seus filhos ou impor à escola que não veicule qualquer conteúdo com o qual não estejam de acordo”, uma vez que, “[p]ara que a educação seja um instrumento de emancipação, é preciso ampliar o universo informacional e cultural do aluno, e não reduzi-lo”.⁴⁷⁴

Discussão similar havia tomado corpo no julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nºs 457, 460 e 467, em que o STF avaliou a constitucionalidade de leis, respectivamente, dos Municípios de Novo Gama, em Goiás, Ipatinga, em Minas Gerais, e Cascavel, no Paraná, as quais proibiam a referência a questões de gênero ou a orientação sexual no âmbito das escolas municipais. Na ADPF nº 457, o ministro Alexandre de Moraes entendeu que a legislação local aderiria “à imposição do silêncio, da censura e, de modo mais abrangente, do obscurantismo como estratégias discursivas dominantes, de modo a enfraquecer ainda mais a fronteira entre heteronormatividade e homofobia”, indo de encontro aos princípios da liberdade acadêmica e do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas.⁴⁷⁵ Na ADPF nº 460, o ministro Luiz Fux pontuou que a “gestão democrática do ensino público” a que se refere o artigo 206, inciso VI, da Constituição impõe que se assuma um cuidado especial com o conteúdo programático do currículo escolar e com a abertura do debate de ideias em sala de aula, vez que, caso permitisse às famílias e entidades religiosas ditar o que se pode e o que não se pode ensinar nas escolas, o Estado legitimaria a sobreposição do pensamento hegemônico, por vezes sectário, sobre as demais formas de ver o mundo e interagir com ele.⁴⁷⁶ E, na ADPF nº 467, o ministro Gilmar Mendes escreveu que o fomento à diversidade e à tolerância é uma exigência inerente à liberdade acadêmica e ao pluralismo de perspectivas que devem acompanhar a prestação educacional.⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5537**. Brasília, 24 de agosto de 2020, pp. 15-16 e 19.

⁴⁷⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 457**. Brasília, 27 de abril de 2020, p. 13.

⁴⁷⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 460**. Brasília, 29 de junho de 2020, em especial pp. 9-12.

⁴⁷⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 467**. Brasília, 29 de maio de 2020, em especial pp. 12-14.

2.2.5.3 A liberdade acadêmica é uma exceção aos limites impostos à liberdade de expressão judicial

Como a Constituição da República autoriza que a função judicial seja cumulada com outra de magistério, as ideias, opiniões e teses que o juiz expressar na qualidade de professor estarão protegidas pela liberdade acadêmica. Isso significa que a liberdade acadêmica é uma exceção aos limites impostos à liberdade de expressão judicial.

Existem duas possíveis objeções a esse raciocínio. A primeira é que as hipóteses de incidência da liberdade acadêmica, especialmente no que se refere à liberdade de manifestação extramuros, não são suficientemente claras para garantir, seja para o juiz que se expressa, seja para quem interpreta sua expressão, alguma segurança na aplicação do regime especial que a Constituição impõe à liberdade de expressão judicial. Se o juiz se manifestar sobre determinado assunto em um colóquio, uma mesa-redonda ou uma entrevista – isto é, no curso de algum evento que, embora de natureza preponderantemente jornalística, possa ser enxergado, ainda que lateralmente, como técnico –, esse seu ato estará ou não protegido pela liberdade acadêmica? Nesses casos, em que a expressão do juiz acontece fora do ambiente acadêmico estrito, a verificação de sua liberdade de opinar ou defender alguma tese dependerá de uma avaliação do acerto de suas posições?

Quando falamos que o juiz tem liberdade acadêmica, queremos dizer, naturalmente, que ele é livre para, no exercício de um posto acadêmico, sustentar e defender ideias e perspectivas as mais diversas. A princípio, portanto, não faz nenhum sentido que alguém precise avaliar se a expressão do professor está de acordo com o entendimento técnico predominante. A própria noção de entendimento predominante é questionável, não apenas em razão de, em diversos assuntos, existir uma acirrada disputa em torno de qual é o posicionamento tecnicamente mais acertado, mas, também, porque um dos propósitos da liberdade acadêmica é justamente assegurar que o estudioso não seja retaliado ou perseguido, nem sofra nenhum tipo de punição ou prejuízo, por ter defendido teses contrárias ao pensamento hegemônico.⁴⁷⁸

Isso não significa, por outro lado, que o professor seja mais livre para expressar-se em público do que o cidadão comum. Como vimos, é o contrário. A liberdade acadêmica constitui

⁴⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1996a, p. 253.

um direito-dever, na medida em que sinaliza que o profissional acadêmico é livre para pesquisar, ensinar e escrever suas ideias desde que observe, rigorosamente, uma metodologia de pesquisa, ensino e escrita que permita a ele inserir-se em determinado campo de investigação e dialogar com seus pares pesquisadores e docentes. A liberdade acadêmica, antes de garantir um salvo-conduto ao docente ou ao pesquisador, visa verdadeiramente a impor um conjunto de obrigações funcionais baseadas na construção intersubjetiva e no compartilhamento consciente de saberes, tendo em vista o bem comum.⁴⁷⁹ Por conta disso, os acadêmicos estão tanto obrigados, por dever profissional, a intervir construtivamente no debate público, colaborando com sua expertise, quanto proibidos de usar a academia para ofender a dignidade de minorias, incitar a prática de crimes ou atos violentos e contribuir para a gestação e a propagação de mentiras. Tal qual já afirmamos, nenhuma dessas práticas está protegida pela liberdade acadêmica, porque nenhuma delas passa pelo crivo da metodologia científica, nem, tampouco, atende às exigências da verdade intelectual e do bem comum.

Outro problema é que nem sempre fica evidente que o professor, ao falar, está exercendo seu posto acadêmico. Quando um jornal ou uma emissora de televisão chama algum professor para esclarecer determinada questão, a escolha do convidado costuma ter que ver com o fato de ele ser um acadêmico, um especialista sobre o problema em debate. Se, nesse caso, ele fala alguma coisa, é no exercício de sua posição acadêmica? Essa é uma questão que interessa aos estudiosos da liberdade de expressão, porque, para muitos deles, se o professor emite alguma opinião no espaço extramuros, o que protege seu discurso não é a liberdade acadêmica, mas a liberdade de expressão. No caso de um professor que declara seu apoio a um partido político, se a universidade em que ele trabalha opta por demiti-lo ou processá-lo administrativamente, a liberdade que esse ato viola não é a de escolher suas próprias ideias e defendê-las no ambiente acadêmico, mas a de expressar-se em público. A situação diz respeito ao fato de ele ser, além de acadêmico, um cidadão comum. Para alguns autores, inclusive, sempre que o professor se expressar publicamente sobre qualquer assunto que não diga respeito ao currículo de seu curso, disciplina ou linha de pesquisa, ainda que o faça dentro das instalações de uma instituição acadêmica, seu discurso será objeto de tutela pela liberdade de expressão, e não pela liberdade acadêmica.⁴⁸⁰

⁴⁷⁹ POST, Robert; FINKIN, Matthew W. *Op. cit.*, 2009, p. 154. Ver, ainda, VAN ALSTYNE, William W. The specific theory of academic freedom and the general issue of civil liberty. In: PINCOFFS, Edmund L. **The concept of academic freedom**. Austin: University of Texas Press, 1975, pp. 59-85; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. *Op. cit.*, 2020, p. 145.

⁴⁸⁰ SHILS, Edward. Do we still need academic freedom? **Minerva**, v. 32, n. 1, 1994. pp. 79-98. No mesmo sentido, cf. GOLDSTEIN, Matthew; SHAFFER, Frederick. Academic freedom: some considerations. In: BILGRAMI,

Conforme defende Robert Post, a proteção da manifestação extramuros se justifica a título preventivo. É necessário que os professores sejam livres para expressarem suas ideias em qualquer ambiente, sem medo de retaliação, porque, de outro modo, eles acabariam por se autocensurar, evitando abordar temas ou defender posições em público, o que implicaria um grande prejuízo ao debate intelectual e ao avanço das ciências.⁴⁸¹ Amanda Travincas pontua, com Post, que uma liberdade acadêmica mais ampla ajuda a atenuar a insegurança das relações de trabalho, promovendo uma cultura de confiança no espaço acadêmico e garantindo aos profissionais tranquilidade para prosseguirem com suas atividades de pesquisa e ensino.⁴⁸² Ademais, a exclusão do âmbito extramuros do campo protetivo contribuiria para alargar o abismo entre a academia e a sociedade, dificultando que as discussões e teses produzidas por pesquisadores e docentes circulassem para além das universidades e afetassem o debate público – conjuntura que poria em xeque a função social (e a própria justificativa de existência) das instituições acadêmicas e do trabalho intelectual.

O discurso que o professor profere fora dos limites intramuros deve, portanto, ser protegido. Mas o debate sobre o que fundamenta essa proteção – se a liberdade acadêmica ou a liberdade geral de expressão – não parece caminhar em um sentido linear. Tanto os autores que defendem que a liberdade acadêmica abarca a liberdade de manifestação extramuros quanto os que compreendem que as falas fora do ambiente acadêmico estão protegidas pela liberdade de expressão chegam à mesma conclusão de que o professor não pode ser punido por algo que diz em público. Aqueles que pregam a possibilidade de alguma punição – na hipótese, por exemplo, de a fala do professor ser ofensiva contra minorias – entendem que o discurso punível não é tutelado nem pela liberdade acadêmica nem pela liberdade de expressão. Ou seja, a discussão sobre se a liberdade de expressão extramuros integra ou não a liberdade acadêmica não tem nenhuma utilidade prática, porque, independentemente da corrente adotada, a expressão estará (ou não) protegida.⁴⁸³

Para o nosso problema, no entanto, a questão tem muita relevância. Caso se entenda que o discurso extramuros está abarcado pela liberdade acadêmica, o juiz será livre para proferi-lo. Caso, porém, o entendimento seja de que se trata de objeto da liberdade de expressão, o juiz não será livre para proferi-lo – ou, melhor dizendo, será menos livre, pois precisará observar o

Akeel; COLE, Jonathan R (ed.). **Who's afraid of academic freedom?** New York: Columbia University Press, 2015, pp. 247-274.

⁴⁸¹ POST, Robert. *Op. cit.*, 2012, p. 80.

⁴⁸² TRAVINCAS, Amanda C. T. *Op. cit.*, 2016, p. 94. No mesmo sentido, ver SARLET, Ingo Wolfgang; TRAVINCAS, Amanda C. T. O direito fundamental à liberdade acadêmica – notas em torno de seu âmbito de proteção – a ação e a elocução extramuros. **Revista Espaço Jurídico**, v. 17, 2016, pp. 529-545.

⁴⁸³ Para uma exposição do referido debate, ver TRAVINCAS, Amanda. *Op. cit.*, 2016, pp. 92-94.

regime especial da liberdade de expressão judicial. Portanto, distintamente do que acontece quando o debate se cinge à liberdade acadêmica, no caso do regime específico que incide sobre as manifestações públicas de juízes, a resposta que dermos a essa indagação repercutirá no exercício do direito.

É intuitivo afirmar que a liberdade de manifestação extramuros não compõe o leque de garantias da liberdade acadêmica. À primeira vista, parece claro que, quando o professor diz algo em um contexto ou ambiente externo ao acadêmico, ele o faz na qualidade de cidadão – um cidadão com expertise em determinado assunto, que, portanto, merece ser escutado, mas, de toda sorte, um cidadão. Pensando assim, a expressão do professor estaria protegida não por conta de ele ocupar um posto acadêmico, mas em razão de as expressões dos cidadãos na democracia estarem, em regra, protegidas.

O argumento de Post não ajuda muito. A ideia em que ele se baseia é persuasiva, mas não há nenhuma indicação de que o discurso acadêmico, no ambiente extramuros, é peculiar em comparação com quaisquer outros discursos. O entendimento de que a fala extramuros do professor precisa ser protegida, para que ele não se autocensure e continue trabalhando sem temor, está correto. O equívoco está em supor que essa necessidade de proteção tem que ver com o fato de o falante ocupar uma posição acadêmica. Nenhum profissional deve se sentir inibido de explicitar publicamente suas visões, opiniões e preferências. Ninguém deve se autoconter por receio de, expressando-se em determinado sentido, sofrer algum tipo de retaliação, perseguição ou penalidade. Se a pessoa declara apoio a um partido político e é demitida exatamente (e exclusivamente) por isso, sua liberdade terá sido violada, seja ela uma profissional acadêmica ou não.

Isso tudo leva a crer que o problema da manifestação extramuros é de liberdade de expressão, e não de liberdade acadêmica.

Entretanto, o trabalho de um acadêmico não se pode resumir a seus afazeres curriculares. O professor é um ator social. Ele tem uma responsabilidade a desempenhar no debate público – uma responsabilidade que ele assume como professor, e não como cidadão. A liberdade acadêmica não se restringe ao ambiente formal das universidades, não se limita a tutelar os discursos e as manifestações que o professor emite ao pesquisar, ensinar e escrever sobre as temáticas de sua incumbência curricular; concebê-la nesses termos importaria em neutralizar a função social da academia, que é produzir e propagar conhecimento. Quando o professor expressa suas ideias e teses no ambiente extramuros, expondo a um público mais amplo e menos especializado os resultados de suas pesquisas e reflexões, ele dá à sociedade um retorno sobre seus estudos, assegurando, dessa maneira, que ela seja minimamente beneficiada pelos saberes

gerados e desenvolvidos por sua performance intelectual. Embora seja extracurricular, essa atividade é, também, acadêmica.

O dilema não está em o professor participar ativamente do debate extramuros, mas no modo como ele participa desse debate. Para que a manifestação extramuros esteja protegida pela liberdade acadêmica, ela precisa ter características semelhantes às das expressões que são veiculadas nos atos de pesquisar, publicar e ensinar. É preciso, portanto, que o professor observe um método. Quando ele falar a um jornal ou uma emissora de televisão, por exemplo, sua manifestação pode ou não se revestir de um caráter acadêmico. Não será acadêmica a fala desprentensiva, despreocupada, simplista, que avança algum argumento ou profere alguma opinião sem atentar para as ponderações e ressalvas daqueles que, no debate intelectual, pensam em sentido contrário. Tampouco será acadêmico o discurso fechado, impositivo, que enuncia um posicionamento como se contra ele não coubesse nenhuma réplica. Não queremos com isso dizer que, para falar academicamente, o docente ou pesquisador deva necessariamente listar e endereçar todas as teorias sobre o assunto de sua fala. O que defendemos, na verdade, é que uma manifestação extramuros só poderá ser considerada acadêmica se levar em consideração a complexidade do saber científico. Ou seja, ainda que a fala do profissional acadêmico em uma entrevista ou mesa-redonda seja curta ou em linguagem coloquial, ela será tida por acadêmica – e estará, conseqüentemente, protegida pela liberdade acadêmica – se expressar, com inteligência e humildade, que a ciência exige método e é feita de debates e revisões constantes. Se o docente ou pesquisador defende determinada posição, ele precisa deixar claro que há uma pesquisa a embasar sua visão. No mesmo sentido, se ele opina tecnicamente sobre um assunto controvertido, é essencial esclarecer que existem opiniões de teor diverso, e que a temática é objeto de discussão intelectual. Portanto, a proteção acadêmica da manifestação extramuros depende não da pessoa que a emite, mas do conteúdo e da forma do discurso – de esse discurso ser apresentado ao público sem simplificar seu objeto, de ele ser posto com clareza, honestidade e compromisso com a ciência, de ele deixar evidente que o argumento exposto ou a opinião sustentada se inserem em um campo complexo e multifacetado de construção do saber. Isso vale também, evidentemente, para o juiz-acadêmico.

É importante esclarecer, ademais, que a liberdade acadêmica é uma prerrogativa conferida a alguém que desempenha um posto acadêmico – essa situação se refere, por excelência, a um docente ou pesquisador formalmente vinculado a uma instituição de ensino e pesquisa, porém não se limita a ele. Ocupam postos acadêmicos, da mesma maneira, os estudantes, estagiários-docentes e pesquisadores em formação, pois, de outro modo, as investigações, reflexões e estudos, que se iniciam quase sempre antes de o acadêmico

formalizar um vínculo com uma universidade, ficariam prejudicados. Ainda, é preciso proteger a liberdade de professores e pesquisadores não vinculados a universidades em um sentido estrito, a exemplo de docentes em minicursos, disciplinas de capacitação profissional, cursinhos preparatórios para concursos públicos, especializações etc – pessoas que são também profissionais acadêmicos, mesmo que seu comprometimento com a pesquisa e a inovação científica seja proporcionalmente menor. Na verdade, o que orienta a incidência da liberdade acadêmica é o fato de o sujeito agir com o propósito de produzir e transmitir conhecimento.

A segunda possível objeção à tese de que a liberdade acadêmica é uma exceção aos limites à liberdade de expressão judicial é ainda mais interessante. Já dissemos muitas vezes que o fato de o juiz revelar publicamente sua opinião ou visão a respeito de algum tema viola o princípio da separação dos poderes, porque importa em desnaturar a contribuição específica que o Poder Judiciário tem a oferecer para a governança democrática – contribuição essa que corresponde à tomada de decisões construídas processualmente, com imparcialidade, em contraditório e por meio de um vocabulário vinculado ao direito e à razão, e a qual corresponde à própria razão de existir do sistema de justiça. Mas, se funciona assim, qual é verdadeiramente a diferença entre a opinião revelada de qualquer maneira e o posicionamento defendido em uma publicação científica ou um congresso especializado? O pensamento que o juiz expressa em público, seja falando à grande imprensa, seja ministrando uma aula em um curso de graduação ou pós-graduação, ou atuando como examinador em uma banca de defesa de trabalho acadêmico, implica, em qualquer caso, a antecipação de seu entendimento sobre um dado assunto. Essa expressão, portanto, mesmo quando veiculada em atenção rigorosa às balizas da liberdade acadêmica, prejudica o processo decisório em casos futuramente julgados pelo juiz. Por que, então, a liberdade acadêmica é uma exceção aos limites impostos à liberdade de expressão judicial? Existem inúmeras razões pelas quais entendemos que o juiz é menos livre do que o cidadão comum para se manifestar publicamente. Não seria melhor, com base nessas razões, se considerássemos que todo e qualquer discurso propagado por um juiz fora do contexto processual-decisório constitui uma violação à separação democrática dos poderes?

A resposta a esse questionamento pode ser tanto um não quanto um sim, mas, independentemente do caso, ela não modifica o fato de que, no direito brasileiro, a liberdade acadêmica é uma exceção às limitações constitucionalmente opostas à liberdade de expressão judicial.

Podemos responder que *não* e, assim, afirmar que há uma boa razão para a liberdade acadêmica ser uma exceção ao regime da liberdade de expressão judicial. Isso é possível, porque, como explicamos, o entendimento expresso academicamente precisa levar em

consideração um método de análise de contra-argumentos e refutações que, se levado a efeito de maneira adequada, faz com que a conclusão explicitada pelo pesquisador esteja inevitavelmente aberta a revisões futuras. Além disso, qualquer opinião sustentada no meio acadêmico se sujeita, ainda que potencialmente, ao escrutínio rigoroso e contínuo de uma comunidade de pesquisadores e especialistas. O posicionamento defendido academicamente é, nesse sentido, menos forte. O estudioso sério tem menos convicções do que dúvidas, e, quando as considerações que ele formula traduzem, com fidelidade, o curso de uma investigação científica, elas se apresentam, invariavelmente, como palavras provisórias sobre a temática pesquisada. Pensado nesses termos, o discurso acadêmico do juiz não prejudica – ou não prejudica tanto – a construção dialética do provimento no processo. Compartilhamos dessa visão, pois acreditamos que o ganho obtido com o desempenho de um labor acadêmico pelo juiz – um ganho para o juiz, mas também, por extensão, para o sistema de justiça – supera muito os eventuais custos que um adiantamento de entendimentos pode impor à imparcialidade e ao contraditório.

Mas poderíamos, igualmente, responder que *sim* e, desse modo, assumir que não nos parece existir uma boa justificativa para permitir essa exceção ao estatuto da liberdade de expressão judicial. Se fosse esse o caso, precisaríamos defender, na linha de ideias que o questionamento apresentado acima sem dúvida supõe, que a explicitação pública de opiniões e preferências por um juiz provoca sempre um grave dano à prestação da jurisdição, ainda que essas opiniões e preferências sejam veiculadas com o rigor argumentativo e a abertura epistemológica do discurso acadêmico. Só que essa defesa em nada mudaria o fato de que, por força do inciso I do parágrafo único do art. 95 da Constituição da República, a função judicial pode ser cumulada com um cargo de magistério. Ou seja, não obstante eventuais ressalvas, é indiscutível que, no direito brasileiro, o juiz pode exercer um posto acadêmico, e não faria nenhum sentido permitir isso sem garantir a ele o ferramental necessário ao desempenho efetivo desse posto.

Aliás, o maior problema dessa segunda possível resposta é precisamente que ela ignora a opção da Constituição. O caminho eleito pelo legislador constituinte, a despeito de sua motivação originária, é um dado muito relevante, não exatamente porque ele nos deva ser imposto a qualquer custo, mas em razão, sobretudo, de ele acrescentar ao debate o argumento moral de que a Constituição, que é um produto de escolhas da comunidade soberana – ou seja, um *ato de autoridade* –, tem ela própria uma resposta à dúvida sobre a liberdade acadêmica do juiz. E, como dissemos na Introdução, esta tese parte de um esforço de filosofia pública, isto é, de uma tentativa de produzir soluções que, elaboradas “de dentro para fora”, mostrem-se mais

aptas para o sucesso no debate público. Nosso objetivo não é desenvolver um raciocínio de filosofia político-moral, e sim justificar e reforçar um prisma constitucional, a fim de resolver um problema jurídico concreto.

2.2.5.4 Observação sobre o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e as Resoluções nºs 34 e 170 do Conselho Nacional de Justiça

O art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, a chamada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, estabelece, em texto incluído pela Lei nº 13.655, de 2018, que, nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Isso significa que o juiz precisa estar atento às transformações no direito, na sociedade, na política e na economia, de maneira a avaliar, tanto quanto possível, o impacto prático de suas determinações, não no sentido de substituir o legislador no sopesamento de eventuais direitos e interesses em colisão, mas no de interpretar o direito da melhor forma, à sua melhor luz, tendo sempre em conta os efeitos materiais de sua aplicação. Para conseguir fazer isso, o juiz deve conhecer os problemas do mundo, o que implica estudar, ler, investigar, refletir e manter-se atualizado, incumbências inerentes ao desempenho adequado da jurisdição.

O art. 20 da LINDB sinaliza, ademais, que a opção constitucional pela cumulatividade entre a função judicial e o magistério atende menos ao interesse pessoal do juiz e mais ao sistema de justiça. Ao autorizar que o juiz assuma um posto acadêmico, a Constituição almeja, na verdade, incentivar que ele o faça. Vimos que, dentre as diretrizes e bases da educação superior no país, constam os propósitos de estimular a reflexão crítica, o conhecimento sobre as realidades e questões do mundo e a busca consciente por respostas contextualmente adequadas, em prol do desenvolvimento da sociedade, da cultura, da arte e do saber. Concebida nesses termos, a academia opera como um locus privilegiado de formação e capacitação técnicas, onde ao juiz é dado desenvolver-se humana e intelectualmente e, ao mesmo tempo, colaborar com o avanço da ciência e do direito. O que fundamenta a possibilidade de o juiz ser também professor é, então, a separação democrática dos poderes, pois, dedicando-se também a uma posição acadêmica, o magistrado aprimora sua visão sobre o direito e a vida, melhorando a contribuição do Poder Judiciário à democracia.

É importante esclarecer, todavia, que o intuito principal de o juiz desempenhar atividades acadêmicas não é contribuir com o progresso científico – embora isso possa e deva acontecer –, mas colaborar com o cumprimento da judicatura. Ou seja, todo juiz que é também professor precisa priorizar a função judicial. A cumulação de tarefas deve acontecer no benefício do expediente jurisdicional, tanto em termos organizacionais (relativos, por exemplo, à carga horário do magistério) quanto no que diz respeito às matérias estudadas e ensinadas. A LOMAN sinaliza exatamente nesse sentido ao estabelecer, em seu art. 26, inciso II, alínea “a”, e § 1º, que o cargo de magistério assumido pelo juiz deve ser superior, em instituição pública ou privada, e que seu exercício somente será permitido se houver correlação de matérias e compatibilidade de horários, vedado o desempenho de função de direção administrativa ou técnica de estabelecimento de ensino. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3126, o Supremo decidiu que o juiz pode ter mais de um posto acadêmico, exercendo o magistério em duas ou mais instituições, desde que, em todo caso, os horários não comprometam o desempenho da judicatura.⁴⁸⁴

Adicionalmente, o Conselho Nacional de Justiça adotou as Resoluções nºs 34, de 24 de abril de 2007, e 170, de 26 de fevereiro de 2013, visando a complementar a regulamentação do envolvimento do juiz com atividades acadêmicas. Ao regime da Constituição e da LOMAN a Resolução nº 34 acrescenta a regra de que o desempenho de coordenação acadêmica, referente a planejamento e assessoramento de natureza pedagógica, será admitido ao magistrado em havendo compatibilidade de horários com seu expediente forense. Estipula, ademais, que a atuação do juiz como palestrante, conferencista, presidente de mesa, moderador, debatedor ou membro de comissão organizadora, banca de concurso público ou comissão de juristas instituída por instituição de Estado é permitida, pois está abrangida por sua atividade acadêmica. Por outro lado, a atividade de *coaching*, destinada à assessoria individual ou coletiva de pessoas, até mesmo na preparação de candidatos a concursos públicos, não é considerada acadêmica, sendo vedada aos magistrados. A Resolução nº 170, a seu turno, disciplina tanto a participação de juízes em eventos acadêmicos quanto a promoção de eventos organizados por tribunais, conselhos de justiça e escolas oficiais da magistratura. Tais eventos precisam obedecer aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, devendo seu conteúdo e sua organização ser expostos previamente ao público. Por fim, a participação de juízes em encontros promovidos

⁴⁸⁴ Cf. Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3126**. Brasília, 17 de fevereiro de 2005.

ou subvencionados por entidades privadas com fins lucrativos só poderá acontecer na condição de palestrante, conferencista, presidente de mesa, moderador, debatedor ou organizador.

Em julho de 2013, o STF apreciou o Mandado de Segurança nº 31945, que a Anamages impetrou contra a Resolução nº 170 ao argumento de que o ato importava em violação à legalidade, ao devido processo e à liberdade dos juízes de exercerem atividades intelectuais e científicas. Em sua decisão indeferindo o pedido liminar, o ministro Celso de Mello escreveu que “a atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa, que se qualifica como valor impregnado de substrato ético e erigido à condição de vetor fundamental no processo de poder”.⁴⁸⁵ Não se trata de um argumento impertinente, até porque a regulamentação instituída pelo CNJ tem diretamente que ver com a moralidade administrativa, porém o que havia de mais importante a dizer (e que acabou não dito) era que a liberdade acadêmica de juízes não tem por finalidade servir aos interesses particulares de magistrados, e sim propiciar sua habilitação para o exercício ótimo da jurisdição. É em razão disso que a limitação da participação de juízes em eventos patrocinados pela iniciativa privada – limitação que, ao contrário, muitas pessoas reputam branda e insuficiente – é não só razoável como necessária.

2.2.6 E quando o silêncio judicial é que é o problema?

O que acontece quando a manifestação pública do juiz se revela não prejudicial, porém positiva e necessária à democracia? A pergunta nos pode conduzir por um caminho inusitado se pensarmos que o que fundamenta o regime restritivo da liberdade de expressão judicial é a exigência de se preservar a integridade da contribuição especial que o Poder Judiciário tem a oferecer para a governança democrática. Isso porque, na eventualidade de o contexto indicar que a fala judicial desempenha um papel importante na proteção e na promoção da democracia, o problema será não o palavrório do juiz, mas seu silêncio.

Em outras palavras, se partirmos da premissa de que a justificativa à qual, no caso específico do discurso judicial, as razões para a proteção da liberdade humana cedem lugar é exatamente a exigência de o Poder Judiciário colaborar com a democracia, então será necessário

⁴⁸⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Decisão liminar no Mandado de Segurança nº 31945**. Brasília, 8 de julho de 2013, p. 20.

concluir que, sempre que o silêncio do juiz for mais danoso à dinâmica democrática do que sua manifestação, ele não apenas poderá como deverá manifestar-se. Essa manifestação poderá até implicar algum custo à tarefa de construir decisões no processo, com imparcialidade, em articulação com as partes e à procura da única resposta correta ao problema analisado, já que, não obstante sua finalidade, ela possivelmente redundará na antecipação de algum entendimento do juiz. No entanto, existem cenários em que se faz necessário assumir esse custo, sob pena de um prejuízo ainda maior à democracia e à justiça.

Nesses cenários, para que a fala do juiz seja legítima, é fundamental, em primeiro lugar, que ela tenha um viés institucional. Significa isso que, ao se pronunciar publicamente a respeito de determinada questão, o juiz precisa assumir uma voz que seja do Poder Judiciário, em nome dele, tendo em vista suas incumbências, prerrogativas e interesses. Considerada essa exigência, é evidente que, na maior parte das vezes, o discurso legitimamente oficial será aquele vocalizado pelo Supremo Tribunal Federal, órgão que encabeça a estrutura do sistema de justiça no Brasil e ao qual a própria Constituição atribui a tarefa de guardá-la. Nem poderia ser diferente, pois, em sendo necessário unificar a sustentação judicial do predado democrático, não pode o Supremo – que é o órgão jurisdicional mais elevado do país, ao mesmo tempo corte suprema e tribunal constitucional – silenciar face à missão de defender publicamente sua própria independência, a independência do Judiciário como um todo, a separação dos poderes, a autonomia do direito e a indispensabilidade da democracia. Embora sejam o Estado e a sociedade igualmente responsáveis por salvaguardar a institucionalidade democrática, ao STF não pode ser imposto portar-se com reserva, comedimento ou discrição frente a tentativas de subjugá-lo, agenciá-lo, arrefecê-lo, aprisioná-lo ou transformá-lo em inimigo ficcional; a ele deve ser autorizado, portanto, insurgir-se contra quaisquer ameaças e ataques à democracia.⁴⁸⁶

Joaquim Falcão e Fabiana Luci de Oliveira explicam que a comunicação que se origina do STF pode ser de quatro tipos principais. Primeiro, cada ministro é emissor de seus próprios votos, despachos e decisões. Segundo, o tribunal é emissor de informações, esclarecimentos e instruções a respeito do funcionamento do sistema de justiça e da operação do Estado de Direito e da democracia. Terceiro, cada ministro, em desempenhando alguma tarefa acadêmica, é emissor de suas formulações e teses de natureza técnico-científica. E, quarto, cada ministro é emissor de seus pensamentos e opiniões, veiculados em ambiente externo ao espaço processual-

⁴⁸⁶ Para uma defesa do STF frente à estupidez golpista, ver ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, cap. 2.

decisório, sobre questões as mais diversas.⁴⁸⁷ Dessas quatro hipóteses, apenas a última nos parece basilarmente contrária ao direito. As três primeiras, ao inverso, dizem respeito a pronunciamentos judiciais legítimos. A primeira traduz a prestação da jurisdição ela mesma, e a terceira o exercício pelo juiz de sua liberdade acadêmica. Quanto à segunda hipótese, cuida-se precisamente do contexto em que, mediante a assunção de uma voz institucional, o tribunal realiza uma defesa pública, centralizada e una da Constituição e da democracia.

No Capítulo 3, veremos que a indiscrição judicial é um problema constitucionalmente grave, e que essa gravidade é tanto maior quanto mais elevada é a posição do juiz indiscreto na estrutura do sistema de justiça. Ou seja, a exposição midiática e o envolvimento político de ministros dos tribunais superiores, particularmente do Supremo Tribunal Federal, são atos comparativamente mais problemáticos do que a verborragia e a indiscrição de juízes e tribunais de piso. Não obstante isso, e decerto pelos mesmos motivos e fundamentos, é justamente a manifestação dos juízes de posição mais elevada, na qualidade de representantes dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, que nos referimos quando falamos em uma comunicação informativa, esclarecedora e instrutória sobre o funcionamento da justiça e a operação do Estado Democrático de Direito. Essa comunicação pode (e deve) ser feita a título ordinário, por meio de uma programação de cobertura institucional das atividades dos tribunais – sobre esse aspecto, igualmente, trataremos no Capítulo 3 –, porém há conjunturas nas quais um discurso pontual e contundente em nome da jurisdição se revela não só possível como desejável.

Alguns exemplos recentes nos ajudam a entender essa ideia.

Em julho de 2021, o Supremo divulgou um vídeo em suas redes sociais esclarecendo que, no julgamento acerca da possibilidade de as autoridades regionais e locais decretarem o fechamento temporário do comércio, em busca de conter a proliferação do vírus da Covid-19, o plenário decidiu simplesmente que cuidar da saúde pública é competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Ou seja, a despeito do que se vinha dizendo, o STF não retirou do governo federal nenhum poder, nem, tampouco, criou prerrogativas em favor de governadores e prefeitos. “É falso que o Supremo tenha tirado poderes do presidente da República de atuar na pandemia”, afirma a narração do vídeo. “É verdadeiro que o STF decidiu que União, estados e prefeituras tinham que atuar juntos, com medidas para proteger a

⁴⁸⁷ FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a Supremo protagonista? **Lua Nova**, n. 87, 2012, pp. 435-436.

população. (...). Notícias falsas deturpam a decisão, alegando que o Supremo proibiu o governo federal de agir no enfrentamento da pandemia”.⁴⁸⁸

Em agosto do mesmo ano, o ministro Luiz Fux, então presidente do Supremo, cancelou reunião que havia agendado com o presidente Jair Bolsonaro. Em discurso lido no início de uma sessão plenária, Fux afirmou que, além de disparar “ofensas e ataques de inverdades” contra integrantes do tribunal, em especial os ministros Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes, Bolsonaro mantinha “a divulgação de interpretações equivocadas de decisões do plenário”, assim como insistia “em colocar sob suspeição a higidez do processo eleitoral brasileiro”. Segundo o ministro, embora o “diálogo eficiente” exigisse “compromisso permanente com as próprias palavras”, não era o que se via no cenário de então, faltando ao presidente da República a compreensão de que “[o] pressuposto do diálogo entre os poderes é o respeito mútuo entre as instituições e seus integrantes”.⁴⁸⁹

Cerca de um mês mais tarde, Fux tornou a discursar contra Bolsonaro, dessa vez em reação às falas de tom golpista adotadas pelo chefe do Executivo durante atos em comemoração da independência do Brasil. Em seu pronunciamento, o presidente do STF asseverou que, embora o dissenso seja marca de qualquer democracia sustentável, a crítica institucional não se pode confundir com ataques que visem a minar a credibilidade do Poder Judiciário e de seus membros, e que “ofender a honra dos ministros, incitar a população a propagar discursos de ódio contra a instituição do Supremo Tribunal Federal e incentivar o descumprimento de decisões judiciais são práticas antidemocráticas e ilícitas, intoleráveis”. Por fim, Fux disse que “quem promove o discurso do ‘nós contra eles’ não propaga democracia, mas a política do caos”, e conclamou todos para estarem atentos “a esses falsos profetas do patriotismo, que ignoram que democracias verdadeiras não admitem que se coloque o povo contra o povo, ou o povo contra as suas instituições”.⁴⁹⁰

Também em resposta aos atos de inclinação golpista de que Bolsonaro participou em 7 de setembro de 2021, o então presidente do Tribunal Superior Eleitoral, ministro Luís Roberto Barroso, ao abrir uma sessão virtual do plenário do TSE, disse, em defesa do sistema eleitoral

⁴⁸⁸ VARGAS, Mateus; CHAIB, Julia. Desmentido pelo STF, Bolsonaro ataca e diz que corte cometeu crime por decisão na pandemia. **Folha de S.Paulo**. Matéria de 29 de julho de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/08/05/fux-anuncia-cancelamento-de-reuniao-dos-chefes-dos-poderes.ghtml>. Acesso em 6 de outubro de 2021.

⁴⁸⁹ Cf. VIVAS, Fernanda; FALCÃO, Márcio; D’AGOSTINO, Rosanne. Fux anuncia cancelamento da reunião dos chefes de poderes. **G1 Política**. Matéria de 5 de agosto de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/08/05/fux-anuncia-cancelamento-de-reuniao-dos-chefes-dos-poderes.ghtml>. Acesso em 6 de outubro de 2021.

⁴⁹⁰ COUTO, Marlen. Entenda os recados de Fux a Bolsonaro e leia a íntegra do discurso. **O Globo**. Matéria de 8 de setembro de 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/entenda-os-recados-de-fux-bolsonaro-leia-integra-do-discurso-1-25189666>. Acesso em 6 de outubro de 2021.

brasileiro, que, após longa e insidiosa campanha contra as urnas eletrônicas, “por parte de ninguém menos do que o presidente da República, uma minoria de eleitores passou a ter dúvida sobre a segurança do processo eleitoral. Dúvida criada artificialmente por uma máquina governamental de propaganda. Assim que pararem de circular as mentiras, as dúvidas se dissiparão”. Mais adiante, Barroso sentenciou: “Hoje em dia, salvo os fanáticos (que são cegos pelo radicalismo) e os mercenários (que são cegos pela monetização da mentira), todas as pessoas de bem sabem que não houve fraude e quem é o farsante nessa história”.⁴⁹¹

Podem ser citadas, adicionalmente, falas dos presidentes do STF e do TSE sobre outros ataques de Bolsonaro ao sistema eleitoral brasileiro (a exemplo da reunião com embaixadores realizada no Palácio da Alvorada em 18 de julho de 2022), bem como em resposta a manifestações golpistas de apoiadores do ex-presidente durante e após as eleições de outubro de 2022 (dentre as quais se destacam os atos de vandalismo praticados contra os prédios do Supremo, do Palácio do Planalto e do Congresso Nacional em 8 de janeiro de 2023). Nesses episódios, a explicitação pelo Poder Judiciário de um posicionamento claro e unificado de repúdio ao golpismo foi mais relevante do que a preservação da discrição judicial.

Isso se deu, é importante frisar, não em virtude de a conjuntura fática ter afastado o regime especial da liberdade de expressão dos juízes, e sim porque, considerado o cenário concreto, entendeu-se que a contribuição especial do Judiciário à governança democrática – que é não só o propósito do referido regime especial como a própria razão de existir da jurisdição – seria mais efetivamente realizada por meio de uma quebra do silêncio judicial. Tal constatação deixa evidente um ponto importante desta tese – o qual já mencionamos, embora sem uma explicação suficientemente detalhada –, que é a ideia de que, para cultivar uma cultura escorada na imparcialidade decisória, os juízes devem não só exercitar um comportamento baseado em reserva e discrição, mas também em desassombro. A discrição importa em silenciar-se, ao passo que o desassombro implica falar o necessário, sempre que necessário; na maior parte das vezes, a postura de desassombrado confunde-se com a de discreto, e dizer o necessário significa silenciar-se, porém há situações, como as que há pouco narramos, em que a fala pública do juiz se mostra, mais do que juridicamente viável, institucionalmente valiosa e necessária.

⁴⁹¹ Presidente do TSE critica ameaças à democracia brasileira. **Tribunal Superior Eleitoral**. Matéria de 9 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2021/Setembro/presidente-do-tse-critica-ameacas-a-democracia-brasileira#:~:text=Ele%20ainda%20reafirmou%20que%20as,Dilma%20Rousseff-%20e%20Jair%20Bolsonaro>. Acesso em 6 de outubro de 2021.

Voltemos um instante ao caso de Kenarik Boujikian. Vimos que o corregedor nacional de Justiça instaurou um pedido de providências contra Kenarik em razão de sua fala criticando a declaração do ministro Dias Toffoli, que havia dado ao golpe civil-militar de 1964 o nome de “movimento”. “Hoje, não me refiro nem mais a golpe nem a revolução. Me refiro a movimento de 1964”, dissera o então presidente do Supremo Tribunal Federal, citando textos do historiador Daniel Aarão Reis. A seu turno, Boujikian afirmou que a assertiva de Toffoli significava “tripudiar sobre a história brasileira” e “desrespeitar todas as nossas vítimas”.

São muitas as vantagens de se raciocinar a liberdade de expressão judicial segundo a lógica da contribuição específica que o Poder Judiciário tem a oferecer para a governança democrática. Uma delas é justamente a possibilidade de fundamentar a liberdade acadêmica de juízes. Como dissemos no início deste capítulo, a tese que defendemos parte de uma combinação entre a provocação de Henri François D’Aguesseau em seu discurso de posse como procurador-geral da França e a ponderação de Machado de Assis em *Ressurreição*. D’Aguesseau afirma que, para exercerem sua função, os juízes se elevam “acima do povo”, mas ao mesmo tempo se põem “mais expostos aos olhares de todos”. Machado, por sua vez, escreve que, embora aplausos afaguem o espírito e deem algum verniz de celebridade, aquele que deseja “fazer alguma coisa” deve preferir “a lição que melhora ao ruído que lisonjeia”. Em virtude da elevação, da sensibilidade e da exposição a que estão sujeitos, os juízes precisam renunciar ao “ruído que lisonjeia”, abstendo-se de participar da “festa da liberdade de expressão”, isto é, das discussões que tomam corpo na praça. Porém, existe um espaço para a “lição que melhora”, ou seja, os juízes podem emitir publicamente manifestações, opiniões e preferências, desde que tais expressões se enquadrem em um debate acadêmico. Isso é assim, porque, sendo livres para se expressarem academicamente e, em consequência, participarem do avanço da ciência, cooperando para ele, os juízes contribuem com a governança democrática.

A liberdade acadêmica, entretanto, tem seus próprios pressupostos e requisitos: tal qual escrevemos, ela se insere em um campo de produção científica, sujeita ao escrutínio constante da comunidade intelectual, e se justifica na medida em que possibilita aos acadêmicos colaborar com a produção e a propagação do conhecimento. A liberdade acadêmica não é exercida da mesma maneira que a liberdade de expressão. No campo da história, por exemplo, afirmações sobre o passado devem levar em consideração uma análise racional, minuciosa e comparativa de fontes documentais, buscando sempre uma projeção que dê importância, mesmo para

criticar, àquilo que outros intelectuais já disseram sobre o tema estudado. O debate historiográfico não equivale a um mero jogo de opiniões.⁴⁹²

Se pensássemos apenas a *forma* como as falas de Kenarik e Toffoli foram veiculadas – em eventos de caráter preponderantemente jornalístico, sem o cuidado ou a mediação do ambiente acadêmico intramuros –, talvez chegássemos à conclusão de que ambas as expressões são problemáticas. Todavia, ao olharmos o *estado da arte* da historiografia sobre o golpe de 1964, veremos que a fala de Toffoli não possui nenhum respaldo científico. Embora o ministro tenha se preocupado em citar trabalhos intelectuais, sua suposição de que é “preferível” chamar a deposição forçada do presidente João Goulart de “movimento” contraria a verdade construída há anos por historiadores empenhados em examinar os arquivos do passado – contraria, inclusive, o aporte de Daniel Aarão Reis. A expressão de Toffoli revela, portanto, uma opinião sem fundamento. E o pior: uma opinião emitida, de forma descuidada, pelo presidente do Supremo, um juiz que, mais do que qualquer outro, fala em nome do Poder Judiciário brasileiro. Nessa qualidade, o presidente do STF tem tanto o poder quanto o dever de expressar-se publicamente em defesa do Estado de Direito e da democracia, porém a fala de Toffoli tampouco atende a essa exigência, na medida em que reverbera um revisionismo histórico que, não obstante suas “lantejoulas historiográficas”, é essencialmente antidemocrático.⁴⁹³

Nesse sentido, o caso ilustra uma faceta importante do que sustentamos até aqui: a liberdade acadêmica de manifestação extramuros exige um cuidado redobrado com o teor e o formato do discurso. Os juízes são livres para se expressarem tecnicamente a respeito de temas de seu interesse intelectual, desde que seu discurso assuma um caráter acadêmico, isto é, que, ao falar, o magistrado se posicione com humildade, consciência e abertura, deixando claras tanto a fundamentação científica de sua opinião quanto a existência de um debate especializado sobre a temática. Para preservar a contribuição específica que a justiça tem a fornecer à democracia, não basta uma aparência de intelectualidade.

É preciso, como disse certa vez Tancredo Neves a Juscelino Kubitschek, lançar mão dos “livros certos”.

Em abril de 1964, quando Castello Branco foi eleito presidente em votação no Congresso Nacional, não obteve o apoio de Neves, embora fossem velhos conhecidos da Escola Superior de Guerra. Muitos tentarem convencer o ex-primeiro-ministro da necessidade e até do

⁴⁹² Sobre os dilemas da historiografia dita “pós-moderna”, ver BARROS, José D’Assunção. A historiografia pós-moderna. **Ler História**, n. 61, 2011, pp. 147-167.

⁴⁹³ Sobre o revisionismo histórico, ver MELO, Demian Bezerra de. Revisão e revisionismo na historiografia contemporânea (introdução). In: MELO, Demian Bezerra de (org.). **A miséria da historiografia: uma crítica ao revisionismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Consequência, 2014, pp. 17-49.

caráter positivo da intervenção militar, nenhum deles com sucesso. Em uma dessas conversas, o ex-presidente Kubitschek argumentou que ambos, Castello e Tancredo, eram juristas muito bem formados. “O Castello é um sorbonniano, estudou na França. É militar diferente, um intelectual como você. Já leu centenas de livros!”, afirmou JK. “Não duvido, Juscelino”, respondeu Tancredo, permitindo-se um sorriso. “O problema é que ele provavelmente leu os livros errados”.⁴⁹⁴

⁴⁹⁴ NETO, Lira. **Castello: a marcha para a ditadura**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 104.

3 O QUÃO GRAVE É A INDISCRICÃO JUDICIAL? QUE SANÇÃO CABE APLICAR CONTRA ELA?

Em outubro de 2017, o Conselho Nacional de Justiça instaurou revisão disciplinar contra os juízes cariocas André Nicolitt, Simone Nacif, Cristiana Cordeiro e Rubens Casara, em razão de terem participado de ato público contra o *impeachment* da presidente Dilma Rousseff. Durante evento em Copacabana, na zona sul da cidade do Rio de Janeiro, os quatro magistrados subiram em um carro-de-som e proferiram discursos denunciando a inconstitucionalidade do processo contra Dilma. Nicolitt, Nacif e Cordeiro falaram da importância de as instituições primarem pela legalidade e pela democracia. Já o discurso de Casara foi mais contundente. “É tão bom olhar para a Avenida Atlântica e não ver nenhum coxinha”, disse o juiz. “Eu falo aqui hoje como um juiz de direito, não de direita, muito menos de extrema-direita golpista. Se as instituições estivessem funcionando, se o Supremo Tribunal Federal estivesse funcionando, essa palhaçada já tinha sido barrada”. Essas falas foram gravadas e usadas em denúncias contra os juízes.⁴⁹⁵

A Corregedoria do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro instaurou procedimento administrativo para apurar o ocorrido e, após ouvir os magistrados, concluiu que o ato teve natureza político-partidária, recomendando a aplicação de sanção disciplinar. Na visão da Corregedoria, a formatação do evento, que contou com ampla participação de grupos ligados a determinados partidos políticos, conforme mostraram faixas, bandeiras e estandartes utilizados na passeata, deixou claro que a manifestação não se resumiu a um posicionamento em um

⁴⁹⁵ MARQUES, José. Investigação faz juízes acusarem CNJ de “seletividade” em processos. **Folha de S.Paulo**. Matéria de 4 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/12/1940300-investigacao-faz-juizes-acusarem-cnj-de-seletividade-em-processos.shtml>. Acesso em 11 de maio de 2023.

debate puramente político, revelando-se também como defesa de pessoas e agremiações específicas.

Essa perspectiva, contudo, foi rejeitada pelo TJRJ. Segundo entenderam os desembargadores, as ações praticadas por Nicolitt, Nacif, Cordeiro e Casara – grupo que, com a abertura do inquérito administrativo, passou a ser conhecido como “os quatro de Copacabana” – estariam protegidas pela liberdade de expressão, pois, embora a discussão sobre o *impeachment* estivesse à época muito disputada e controvertida, os magistrados se haviam limitado a escolher um dos dois lados nos quais a sociedade brasileira estava dividida.⁴⁹⁶

Contra essa decisão, o CNJ decidiu de ofício pela deflagração da revisão disciplinar. Na leitura do então corregedor nacional de Justiça, ministro João Otávio de Noronha, o entendimento de que a participação dos juízes na manifestação não tivera nenhum caráter partidário estava em completo desacordo com a evidência dos autos. Em seu voto, Noronha escreveu que “os requeridos participaram ativamente de manifestação popular de cunho político-partidário (...), bem como manifestaram, pública e ostensivamente, opinião sobre o processo em curso, fazendo, ao meu sentir, juízo depreciativo sobre decisão de outro órgão judicial, em especial do Supremo Tribunal Federal”. O plenário do Conselho acompanhou à unanimidade essa leitura.⁴⁹⁷

O art. 83 do Regimento Interno do CNJ prevê a possibilidade de revisão de processo disciplinar instaurado por órgão jurisdicional.⁴⁹⁸ Segundo entendimento do próprio Conselho, tal revisão não constitui hipótese recursal, não podendo ser utilizada como expediente para rever a compreensão lançada, na origem, sobre os fatos e o direito a eles aplicável. O objetivo da revisão, na verdade, é controlar a legalidade de inquéritos e procedimentos disciplinares instaurados contra juízes e servidores.⁴⁹⁹ Ao reabrir o expediente punitivo contra os quatro de Copacabana, o CNJ argumentou que o encaminhamento aplicado pelo TJRJ se via completamente alheio à situação fática narrada e comprovada no processo.

No entanto, a decisão do tribunal fluminense não ignorou nenhum dos fatos apontados pelo ministro João Otávio de Noronha na afirmação de que o ato teve caráter político-partidário.

⁴⁹⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Decisão monocrática no Mandado de Segurança nº 35434**. Brasília, 19 de dezembro de 2017, p. 2.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 7.

⁴⁹⁸ Segundo o referido art. 83, a revisão de processos disciplinares será admitida quando a decisão de origem for contrária a texto expresso da lei, à evidência dos autos ou a ato normativo do CNJ; quando a decisão se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; ou quando, após a decisão, surgirem fatos novos ou novas provas ou circunstâncias que determinem ou autorizem modificação da decisão proferida pelo órgão de origem.

⁴⁹⁹ Cf., por exemplo, Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão na Revisão Disciplinar nº 0004248-72.2019.2.00.0000**. Brasília, 29 de julho de 2020.

Para concluir pelo arquivamento do processo administrativo, os desembargadores examinaram e valoraram os mesmos acontecimentos analisados, mais tarde, pelo CNJ. Ou seja, o entendimento do TJRJ foi construído tendo em vista a evidência dos autos; o que aconteceu, na verdade, foi que, reanalisando a ocorrência, o Conselho Nacional de Justiça entendeu que a interpretação feita pelo tribunal do Rio estava errada.

Em sua decisão monocrática no Mandado de Segurança nº 35434, impetrado por Rubens Casara contra o julgamento no Conselho, o ministro Ricardo Lewandowski pontuou que o simples fato de os conselheiros discordarem do juízo fático ou jurídico lançado pelo órgão de origem não era suficiente para autorizar a instauração de revisão disciplinar. Segundo ele, “os fatos não foram desconsiderados pelo tribunal fluminense que, todavia, não os enquadrava no conceito de atividade político-partidária vedada ao juiz. Dessa maneira, não poderia o CNJ instaurar a revisão disciplinar sob pena de inaugurar verdadeira instância recursal, inexistente pelo regimento e, como visto, pela própria jurisprudência.” Com essas razões, Lewandowski concedeu a segurança, determinando a anulação da decisão revisional.

Embora a decisão do Supremo tenha fechado as portas do procedimento disciplinar contra os quatro de Copacabana, ela é para nós como uma janela aberta à reflexão. Não exatamente pelo que foi dito, mas por todas as coisas que ficaram por examinar. Por exemplo, em reportagem do jornal *El País* de 4 de novembro de 2017, foi noticiado que, no ano anterior ao julgamento no CNJ, João Otávio de Noronha oferecera um jantar em sua residência ao então vice-presidente Michel Temer e aos senadores Aécio Neves e José Serra. Além de iluminar esse ato possivelmente político-partidário praticado pelo relator da revisão, o *El País* mapeou casos de juízes que, na mesma época do ocorrido em Copacabana, participaram de manifestações públicas de apoio ao *impeachment* de Dilma Rousseff. “Um foi o desembargador Newton de Lucca, do Tribunal Regional Federal da Terceira Região”, conta a reportagem. “Outro foi o juiz Itagiba Catta Preta, que ficou nacionalmente conhecido por suspender a posse de Luiz Inácio Lula da Silva como ministro da Casa Civil da gestão Dilma.”⁵⁰⁰ Diferentemente do que aconteceu com Nicolitt, Nacif, Cordeiro e Casara, no entanto, nenhum dos magistrados que expressaram publicamente sua concordância com o processo que depôs Rousseff foi processado disciplinarmente pelo Conselho Nacional de Justiça.

No Capítulo 2, escrevemos que a indiscrição do juiz que expressa indevidamente seu pensamento em público, adiantando seu entendimento a respeito de questão sobre a qual poderá

⁵⁰⁰ BENITES, Afonso. Justiça persegue juízes por protestar contra o *impeachment*, mas esquece os que foram a favor. *El País*. Matéria de 4 de novembro de 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/30/politica/1509403952_011836.html. Acesso em 26 de abril de 2022.

ser chamado a exercer jurisdição, prejudica a integridade da contribuição que o Poder Judiciário fornece à governança democrática. Essa indiscrição é um problema grave, porque ela implica um esvaziamento do potencial deliberativo-decisório do processo jurisdicional, dificultando que o juiz desempenhe a incumbência de construir, em articulação ativa e efetiva com as partes, um provimento que ao mesmo tempo reflita a atividade processual e traduza a única solução correta ao conflito apreciado.

Nada dissemos, porém, sobre a possibilidade de o próprio sistema exceder-se ou desviar-se em sua reação à temeridade judicial. Em regra, a reação é importante, pois, sem a devida sanção, a norma que proíbe ao juiz expressar-se em público corre o risco de ficar inócua. Todavia, precisamos examinar com cuidado qual punição aplicar contra o juiz indiscreto, para não acabarmos ministrando algum remédio cujos efeitos colaterais sejam, a contragosto, tão impactantes quanto os da indiscrição originária. Tal perigo, que é inerente ao jogo democrático, precisa ser neutralizado nas (e por meio das) próprias práticas institucionais, a partir de uma dinâmica que, para além de um regime frio e impositivo de regrinhas e limitações, fomente uma consciência coletiva sobre o valor da discricionariedade e do desassombro judiciais e cultive uma cultura escorada na imparcialidade decisória.

O caso dos quatro de Copacabana ilustra que a questão relativa à exposição indevida de juízes enceta ao mesmo tempo dois problemas. Tanto a indiscrição do juiz quanto a reação sistêmica a ela se inserem em um debate fervoroso e instigante sobre ativismo judicial, judicialização da política e erosão constitucional, debate no qual são novamente mobilizados os conceitos de separação dos poderes, independência do Poder Judiciário e processo constitucional-democrático. O objetivo deste terceiro capítulo é endereçar tal debate. Percorrer esse caminho implica realizar dois afazeres distintos, porém intimamente conectados: (i) esclarecer que a indiscrição judicial constitui hipótese gravosa de ativismo, tanto mais grave quanto mais elevada é a posição ocupada pelo juiz indiscreto na estrutura da jurisdição, e que, por isso, a exposição midiática e política de juízes, sobretudo os de postos mais altos, contribui para a erosão da identidade do sujeito constitucional; e (ii) indicar, de forma justificada, que sanção cabe aplicar contra o juiz que expressa indevidamente seu pensamento em público.

No nosso entender, apesar de o CNJ estar certo em qualificar as manifestações dos juízes André Nicolitt, Simone Nacif, Cristiana Cordeiro e Rubens Casara como sendo atividade político-partidária, a pretensão de puni-los disciplinarmente viola o estatuto da liberdade de expressão judicial instituído pela Constituição de 1988. Isso é assim, porque, apesar de a indiscrição judicial ser uma questão perturbadora do ponto de vista constitucional, é igualmente inquietante o problema da reação seletiva do sistema punitivo-disciplinar.

3.1 O quão grave é a indiscrição judicial?

3.1.1 *Ativismo judicial e judicialização da política*

Ativismo judicial e judicialização da política são temas comumente tratados no Brasil de maneira indistinta. Em estudos variados sobre a temática – estudos que buscam entender o alargamento do papel desempenhado pelo Poder Judiciário na vida pública do país, investigando suas causas históricas, políticas e sociais e apontando suas consequências para o funcionamento das instituições –,⁵⁰¹ muitos autores acabam por tratar o ativismo e a judicialização como sinônimos e, desse modo, falham em identificar adequadamente o problema.⁵⁰²

Em primeiro lugar, é fundamental que a discussão sobre ativismo judicial pressuponha uma compreensão da tensão entre duas exigências democráticas: o controle judicial de atos inconstitucionais ou ilegais, de um lado, e a autocontenção do Judiciário face ao direito e à representação política, de outro.⁵⁰³ A dificuldade de equacionar essa tensão é precisamente o que provoca a falta de clareza no emprego do conceito. Há quem diga que os tribunais praticam ativismo quando fiscalizam a constitucionalidade de uma decisão tomada pelo Poder Legislativo, ao argumento de que o poder de decidir deve caber aos representantes diretos do povo. Há, ainda, quem defenda uma postura ativista por parte de juízes, entendendo-se como ativismo um certo protagonismo judicial na busca por um processo mais célere e eficiente ou por uma suposta verdade real. Nesse jogo de palavras, ativismo se tornou um termo fluido, insípido, escorregadio, de utilização profusa, indiscriminada e, em razão disso, vazia de qualquer utilidade prática.

O conceito de ativismo tem origem na prática judicial do *common law*, sobretudo nos Estados Unidos. Apesar de o uso da palavra ter, desde o início, comportado significados

⁵⁰¹ Ver, por exemplo, AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa. **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013; POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

⁵⁰² Ver, por exemplo, RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. São Paulo: FGV, 2013, pp. 183-186.

⁵⁰³ ABBOUD, Georges. *Op. cit.*, 2021b, p. 1.483.

múltiplos,⁵⁰⁴ as conversas mais sérias sobre ativismo começaram quando ganhou força a crítica originalista contra uma leitura progressista dos direitos fundamentais. No direito norte-americano, o contexto remonta aos anos 1950 e 1960, época em que a Suprema Corte deu uma guinada em sua jurisprudência sobre igualdade racial e de gênero. A expressão havia sido introduzida na década anterior, em artigo publicado pelo historiador Arthur Schlesinger Jr. sobre as atividades da Corte no ano de 1947,⁵⁰⁵ mas foi sobretudo com o julgamento do caso *Brown v. Board of Education*, em 1954, que o conceito foi incorporado a uma arena mais ampla de debate público. Em *Brown*, a Suprema Corte entendeu, superando sua antiga jurisprudência sobre o assunto, que a segregação racial nas escolas públicas contraria a cláusula de igual proteção contida na Décima Quarta Emenda à Constituição de 1787.⁵⁰⁶ Discordando da decisão, alguns estudiosos alegaram que o julgamento havia consistido em um ato de ativismo judicial. Segundo eles, ao julgar nesse sentido, a Corte desrespeitou o sentido originário do texto constitucional, não só por conta de a decisão ter ignorado a intenção dos políticos que, no século XIX, promoveram a reforma constitucional e introduziram a cláusula de igual proteção, mas também em vista de uma suposta dificuldade de se justificar a proibição da separação escolar por critério racial simplesmente à luz do que está previsto na Décima Quarta Emenda.⁵⁰⁷

Nas décadas seguintes, a crítica ao ativismo da Corte adquiriu fôlego. Decisões expansivas sobre o direito ao aborto, a inclusão de minorias no mercado de trabalho, os direitos de migrantes, a pena de morte e outros direitos e interesses controvertidos levaram a um aumento de trabalhos e manifestações questionando a legitimidade do Poder Judiciário na democracia. No ambiente acadêmico norte-americano, um dos maiores críticos ao progressismo judicial foi o juiz da Suprema Corte Antonin Scalia, um famoso defensor do originalismo constitucional. Em 2005, por exemplo, a Corte julgou o caso *Roper v. Simmons* e declarou a inconstitucionalidade da pena de morte quando o crime é cometido por alguém com menos de dezoito anos de idade. Uma maioria apertada de cinco juízes entendeu que, à luz da Oitava Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que proíbe punições cruéis, a pena de morte não pode ser aplicada para delitos perpetrados por menores de dezoito anos, já que se trata de infratores que ainda não completaram seu tempo de amadurecimento emocional, cognitivo e

⁵⁰⁴ KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of ‘judicial activism’. *California Law Review*, v. 92, n. 5, 2004, pp. 1.443-1.444.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 1.450.

⁵⁰⁶ Cf. Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483.** Washington/DC, 1954. A jurisprudência anterior se baseava sobretudo no precedente *Plessy v. Ferguson*. Ver em Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537.** Washington/DC, 1896.

⁵⁰⁷ Nesse sentido, ver BERGER, Raoul. **Government by Judiciary: the transformation of the Fourteenth Amendment.** New York: Liberty Fund, 1997.

sensorial. A decisão, para o alarme dos quatro juízes que ficaram vencidos, fez referência a precedentes de tribunais internacionais e estrangeiros. Em seu voto divergente, Scalia escreveu que a leitura proposta pela maioria implicava uma traição da confiança que os pais fundadores da Constituição tinham depositado na autocontenção do Judiciário, e que os dispositivos constitucionais não podem ter seu significado definido por juízes. Quando a Corte passa por cima do sentido originário da Constituição, de acordo com ele, ela pratica ativismo.⁵⁰⁸

Rory Leishman é outro célebre crítico de decisões judiciais que promovam, para além do texto legal, uma expansão do âmbito protetivo dos direitos fundamentais. Defensor de uma visão originalista do direito, Leishman examina a atuação da Suprema Corte do Canadá após a adoção da Carta de Direitos e Liberdades de 1982 e sustenta que, sob o pretexto de salvaguardar direitos, as inovações implementadas acabaram minando a autonomia política do Parlamento e das assembleias legislativas provinciais. Aludindo ao caso *Vriend v. Alberta*, julgado pela Suprema Corte canadense em 1998, Leishman reputa como ativista a perspectiva assentada pela Corte de que omissões legislativas podem configurar violações à Carta de Direitos e Liberdades.⁵⁰⁹ No caso, o professor Delwin Vriend foi demitido pela instituição onde trabalhava, uma universidade privada religiosa em Alberta, em virtude de ser homossexual. Vriend tentou protocolar uma reclamação contra a instituição perante a Comissão de Direitos Humanos de Alberta, mas foi informado de que a legislação sobre proteção de direitos individuais da província não contemplava a hipótese de discriminação por orientação sexual. Diante disso, ele ingressou em juízo buscando o reconhecimento de que a omissão da lei de Alberta representava uma violação à Carta de Direitos e Liberdades do Canadá, e a Suprema Corte julgou procedente seu pedido. Para Leishman, em decidindo em choque frontal com a vontade declarada dos representantes do povo de Alberta – que haviam deliberadamente excluído da legislação o caso da discriminação por orientação sexual –, a Corte transgrediu os limites da separação dos poderes, arvorando-se na posição de legislador político – situação que, no seu entender, caracteriza um ativismo imoral e abusivo.⁵¹⁰

O caso brasileiro é, como já dissemos outras vezes, bastante peculiar. Por um lado, o Judiciário no Brasil é frequentemente acionado para enfrentar as mesmas controvérsias nas quais os juízes e tribunais de democracias mais antigas se veem envolvidos, a exemplo das

⁵⁰⁸ Cf. Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Roper v. Simmons*, 543 U. S. 551.** Washington/DC, 2005. Para uma crítica a essa decisão, ver WALPIN, Gerald. **The Supreme Court vs. the Constitution.** New York: Significance Press, 2013, caps. IX e X.

⁵⁰⁹ LEISHMAN, Rory. **Against judicial activism: the decline of freedom and democracy in Canada.** Montreal: McGill-Queen's University Press, 2006, p. 4.

⁵¹⁰ *Ibid.*, pp. 4-5 e 28-29. Para uma exposição dos argumentos de Leishman, ver ABOUD, Georges. *Op. cit.*, 2021b, pp. 1.485-1.488.

discussões sobre liberdade sexual, direito ao aborto e regulação do discurso de ódio. Por outro lado, nossa realidade social, baseada em uma acentuada desigualdade de oportunidades, impõe ao sistema de justiça uma gama de desafios que, pelo menos em uma leitura superficial, os juízes em lugares como os Estados Unidos e o Canadá não são comumente chamados a dirimir. Problemas como, por exemplo, o do fornecimento de medicamentos pelo poder público, quando pensados em vista do contexto de extrema pobreza em que vivem tantas pessoas no Brasil, forçam o Judiciário a buscar soluções que tangenciam o espaço tradicionalmente reservado aos fóruns políticos. Como raciocinar o ativismo judicial em uma conjuntura dessa natureza?

Georges Abboud sustenta que o ativismo é a atitude do juiz de suspender seus pré-compromissos constitucionais e substituí-los por sua própria subjetividade. O ativismo acontece, assim, quando o juiz ignora seu dever de decidir com base no direito, deixando de buscar a única resposta correta para cada conflito, e permite aflorar sua discricionariedade.⁵¹¹

A primeira conclusão a que chegamos, nesse sentido, é que não existe bom ativismo. O ativismo é sempre prejudicial à democracia, porque ele implica um desequilíbrio na separação dos poderes e, por consequência, um ataque à legitimidade do Estado e do direito. Quando o juiz despreza seu compromisso de interpretar e aplicar a Constituição e, permitindo-se dominar por suas próprias preferências e vontades, toma decisões em dissonância com o direito e a razão, ele desnatura não só o lugar institucional do Judiciário, esvaziando a contribuição especial que os juízes têm a oferecer para a governança democrática, mas também os espaços comunicativo-decisórios do Poder Executivo e do Poder Legislativo, minando, da mesma forma, as contribuições específicas que tais instituições proporcionam à democracia. O ativismo é um atentado contra o Estado de Direito. Não pode haver bom ativismo, pois, independentemente das motivações do juiz, ou dos resultados obtidos em sua atuação, a postura de menosprezo para com sua missão institucional de deslindar conflitos à luz do direito importa, para o sistema constitucional, em uma rachadura intransponível.

Para elucidar esse ponto, tendo como referência a experiência constitucional brasileira, lembremos dois casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

Na Reclamação nº 4335, o Supremo estabeleceu que suas decisões de inconstitucionalidade no controle difuso têm eficácia *ultra partes*. No julgamento do *Habeas Corpus* nº 82959, o tribunal havia decidido que o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, de 1990, que proibia a progressão do regime da pena para condenados por crimes hediondos, era

⁵¹¹ ABBOUD, Georges. *Op. cit.*, 2021b, pp. 1.492 e 1.520-1.531. No mesmo sentido, ver ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos Tribunais**, v. 1.008, 2019, pp. 1-9.

incompatível com a Constituição. A partir dessa orientação, um grupo de pessoas cumprindo pena por terem cometido crimes hediondos, que tiveram seu pedido de progressão de regime indeferido pelo juiz da execução penal, moveram reclamação constitucional perante o STF, buscando o reconhecimento da aplicabilidade obrigatória da decisão pretérita. A princípio, a reclamação não poderia prosperar. Quando o Supremo Tribunal Federal realiza controle difuso de constitucionalidade, isto é, quando a fiscalização da constitucionalidade da lei é uma etapa incidental na análise de um caso concreto, a decisão que ele profere é de efeito *inter partes*. É evidente que, em se tratando da jurisprudência do Supremo sobre determinado assunto, devem os juízes e tribunais observá-la e aplicá-la tanto quanto possível, mesmo que não concordem com ela. Entretanto, na eventualidade de o juiz decidir contra essa jurisprudência, o caminho correto a ser percorrido é a interposição de recurso perante o tribunal imediatamente superior. O Supremo até pode ser alcançado, mas isso deve acontecer, invariavelmente, segundo o percurso recursal previsto na Constituição e na legislação processual. Quando os ministros decidem, desprezando o que o direito estabelece, que suas orientações no controle difuso têm efeito *ultra partes* e que, sempre que algum juiz desconsidera a jurisprudência do STF, a reclamação constitucional pode ser manejada, eles deixam de lado seu compromisso de aplicar a Constituição e se permitem guiar por sua própria visão, sua própria subjetividade. Na ocasião, o ministro Gilmar Mendes chegou ao extremo de defender que o art. 52, inciso X, da Constituição, que diz competir ao Senado Federal suspender, no todo ou em parte, a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal – dispositivo que só faz sentido se partimos do pressuposto de que a decisão do Supremo no controle difuso não leva automaticamente à suspensão da execução da lei declarada inconstitucional –, havia sofrido mutação constitucional e, assim, se metamorfoseado em uma regra distinta – a regra de que, se o Supremo decidiu, a lei não vale mais. Essa linha de pensamento, não é difícil perceber, evidencia um caso claro de ativismo judicial.⁵¹² Sem adentrar em pormenores da argumentação, parece-nos mais acertado o encaminhamento, sugerido pelos ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, de não conhecer da reclamação, mas conceder *habeas corpus* de ofício.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4227, o Supremo deu ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para reconhecer a união estável entre

⁵¹² Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Reclamação nº 4335**. Brasília, 20 de março de 2014. Para uma crítica a essa decisão, ver PEDRON, Flávio Quinaud; SILVA, João Paulo Soares e. **Mutação constitucional: história e crítica do conceito**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020; FERNANDES, Bernardo Gonçalves A. *Op. cit.*, 2022, pp. 541-549; STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Forense, 2023, pp. 186-196.

pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, estendendo ao casal homoafetivo todos os direitos e prerrogativas inerentes à união heteroafetiva.⁵¹³ Ocorre que a Constituição reconhece expressamente apenas a união entre o homem e a mulher. Seria possível, ante esse cenário, decidir “contra” o texto constitucional? Parte importante da doutrina entende que não, apontando o julgamento do STF como um exemplo de ativismo.⁵¹⁴ Entretanto, essa visão é contestável. O § 3º do art. 226 da Constituição dispõe que, para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável heteroafetiva como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Os críticos à decisão do Supremo alegam que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo viola a literalidade gramatical desse dispositivo, e que, ao decidir dessa maneira, o Judiciário arvorou-se em uma posição criativa que, na democracia, cabe exclusivamente ao Poder Legislativo. Essa suposição tem dois problemas. Primeiro, interpretar adequadamente o direito nem sempre implica subordinar-se ao sentido denotativo das palavras, porque, como vimos, a interpretação ao mesmo tempo descreve e cria o direito, e ao juiz cumpre não só resgatar a história institucional da comunidade soberana, mas também atualizá-la segundo os princípios que dão inteligibilidade às práticas sociais. É evidente que o juiz não pode menosprezar o significado semântico do texto constitucional, e que, quando ele faz isso – tal qual aconteceu na Reclamação nº 4335 –, ocorre uma possível suspensão de seu compromisso com o direito, substituindo-o por sua visão subjetiva. Mas, embora a semântica deva ser invariavelmente considerada, ela nem sempre traz a resposta correta ao problema analisado. No caso da união homoafetiva, a interpretação pressuposta por aqueles que discordam do julgamento do STF é de que o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo está expressamente excluído do suporte fático do direito fundamental ao reconhecimento da união estável. Porém, mesmo que essa exclusão estivesse clara no texto constitucional (o que, no nosso entender, não se verifica), uma decisão indo além dos limites semânticos não seria necessariamente problemática nem invasiva das competências do Legislativo, pois seu propósito, antes de inovar no ordenamento, é sobretudo ampliar o campo protetivo do direito, e o § 2º do art. 5º diz que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.⁵¹⁵ Há, entretanto, um segundo

⁵¹³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4227 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**. Brasília, 5 de maio de 2011.

⁵¹⁴ ABOUD, Georges. *Op. cit.*, 2021b, p. 1.502. Georges Abboud escreve que “a Corte poderia ter reconhecido a legitimidade das uniões entre pessoas do mesmo sexo, conferindo-lhes, inclusive via efeito aditivo, toda gama de direitos, em especial civis e previdenciários, decorrentes dessa modalidade de união e, em seguida, fazer uma decisão de apelo ao Legislador (...)”.

⁵¹⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Breves notas à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 132. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão; OMMATI, José Emilio Medauar;

problema na crítica ao reconhecimento da união homoafetiva, que é a premissa, quase nunca questionada, de que a Constituição limita o suporte fático do direito à relação entre o homem e a mulher. O § 3º do art. 226, por outro lado, não estabelece que é reconhecida *apenas* a união heteroafetiva. A menção ao homem e à mulher, que certamente tem razão histórica, não pode ser vista como taxativa; uma coisa é falar que, para fins de proteção, o Estado está obrigado a reconhecer a união entre homem e mulher, outra muito distinta é assumir que, em razão dessa obrigatoriedade, a união entre pessoas do mesmo sexo está excluída do suporte fático do direito. A Constituição não promove essa exclusão – até porque união estável é um instituto cuja operacionalização dependeria, em todo caso, de regulamentação infraconstitucional –, uma vez que, embora seu texto não faça referência expressa à relação homoafetiva, ele não se opõe abertamente a ela, e existem direitos não expressamente contemplados que, decorrendo de outros princípios constitucionais (como, por exemplo, a igualdade), servem de limite à atuação do legislador. A exclusão da união homoafetiva da esfera protetiva do reconhecimento constava, na verdade, do Código Civil, e, diante disso, a decisão do Supremo interpretando a lei conforme a Constituição nada mais fez do que adequar a regulamentação infraconstitucional da união estável à proibição constitucional da discriminação. Segundo nos parece, não há que se falar em ativismo.

Esses dois julgados são interessantes, de toda maneira, porque, a despeito de eventuais divergências doutrinárias sobre decisões específicas no controle de constitucionalidade, eles reforçam a ideia de que o ativismo judicial é um vício na interpretação que o juiz faz do direito. O juiz ativista é aquele que usurpa as atribuições das outras instituições do Estado,⁵¹⁶ desnaturando a tarefa de *aplicar* a norma.⁵¹⁷ Nesse sentido, “é impossível caracterizar uma decisão judicial que utiliza efeito aditivo, que implementa política pública ou, ainda, que anula ato administrativo, como ativista sem realizar uma análise conteudística da decisão em si”.⁵¹⁸ O ativismo acontece quando o juiz assume uma postura de desconsiderar o direito, trocando-o por sua própria subjetividade. Ou seja, ativista é o juiz que abandona o direito na formação da decisão, substituindo a razão jurídica (e, conseqüentemente, a argumentação por princípios) por sua opinião pessoal, e que, fazendo “acrobacias interpretativas”, se utiliza preponderantemente de argumentos de política para justificar seu pronunciamento, o que implica uma atuação

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti (orgs.). **Diferentes, mas iguais**: estudos sobre a decisão do STF sobre a união homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017a, pp. 259-267.

⁵¹⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 117.

⁵¹⁷ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. São Paulo: Livraria do Advogado, 2013, pp. 33-35. Ver, ainda, ABBOUD, Georges. *Op. cit.*, 2021b, p. 1.507 e nota de rodapé nº 85.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 1.508.

insidiosa frente aos demais poderes do Estado – atuação que, a médio prazo, leva a uma degeneração não só da justiça, mas da própria democracia.⁵¹⁹ A prática de ativismo é, portanto, um ato contrário ao direito.

A judicialização, por outro lado, é um fenômeno institucional. Ela acontece quando uma questão em debate político acaba solucionada no âmbito judicial. Em sendo assim, a judicialização não é ontologicamente nem boa nem ruim; e é sempre contingencial, pois tanto sua ocorrência quanto sua intensidade dependem de aspectos sociais e institucionais externos à disposição ou à vontade dos juízes. A maturidade da cultura democrática, a permeabilidade da imprensa e da opinião pública, a dinâmica de separação e interação dos poderes, tudo isso influi em *quanto, quando e como* o Judiciário decide, mas, de toda forma, nas democracias constitucionais contemporâneas, em que os direitos fundamentais e a organização do Estado estão previstos em Constituições escritas e rígidas, algum grau de judicialização da vida pública é inevitável.⁵²⁰ Quando os juízes intervêm no campo político para assegurar a proteção dos direitos e a atenção ao devido processo legislativo e ao devido processo constitucional, e quando, ao fazer isso, eles decidem de acordo com as regras e o procedimento adequados, garantindo a participação e a influência das partes na construção do provimento e buscando a única resposta correta à controvérsia examinada, a judicialização acontece, mas ela é boa e necessária.⁵²¹ Contudo, quando os juízes praticam ativismo, decidindo com base em suas próprias ideias e perspectivas, em detrimento do que estabelece o direito, a judicialização também acontece, mas ela é ruim e degenerativa da democracia.

A judicialização nem sempre resulta em um prejuízo à governança democrática. Confundi-la com o ativismo, lembra Georges Abboud, “nos impede de verificar o (des)acerto de uma decisão judicial, na medida em que, se todo ativismo é judicialização, nenhum ativismo poderia ser condenado como um agir interpretativo sem limites”.⁵²² O fato de determinado conflito ter sido decidido pelo Poder Judiciário não permite a conclusão de que houve alguma

⁵¹⁹ *Ibid.*, pp. 1.508-1.528. Para um estudo sobre o ativismo judicial e a degeneração do direito, tendo como pano de fundo a experiência político-jurídico da Alemanha nazista, ver ABOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021a, parte 1, sobretudo pp. 151-163.

⁵²⁰ STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Revista Espaço Jurídico**, v. 17, 2016b, pp. 723-726. Cf. também STRECK, Lenio Luiz. A efetividade dos direitos fundamentais no Brasil: entre judicialização da política e ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; GUIMARÃES FILHO, Gilberto; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (orgs.). **Supremacia constitucional e políticas públicas: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Fi, 2016a, pp. 42-64.

⁵²¹ Cf. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

⁵²² ABOUD, Georges. *Op. cit.*, 2021b, p. 1.530.

afronta à institucionalidade da democracia, pois os juízes devem decidir conforme o direito, e isso às vezes significa decidir contra a opinião pública ou a maioria política sazonal. O ativismo, por outro lado, é um problema de postura institucional. O juiz ativista assume um comportamento incompatível com a Constituição, um comportamento de negação do balizamento jurídico e de menosprezo a seu compromisso com o direito.

No Brasil, a Constituição de 1988 mudou o cenário da judicialização. Seu texto abrangente, com conteúdo amplo, detalhista e dirigente, levou a uma ampliação do direito constitucional; a Constituição passou a tratar de matérias as mais diversas, algumas delas com elevado grau de meticulosidade, o que ensejou um aumento expressivo tanto no número quanto na complexidade das chamadas “questões judicializáveis”.⁵²³ Em paralelo, o sistema de justiça foi profundamente redesenhado, em especial (mas não apenas) no que toca à jurisdição constitucional: o alargamento das competências e atribuições do Ministério Público possibilitou que novos conflitos e controvérsias fossem levados à apreciação do Poder Judiciário; o alongamento do rol de legitimados para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e arguições de descumprimento de preceito fundamental, com a entrada sobretudo dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, das confederações sindicais e das entidades de classe de âmbito nacional, fez com que praticamente quaisquer debates no ambiente político pudessem não só ser submetidos à revisão judicial, mas ao controle de constitucionalidade por via principal no Supremo Tribunal Federal, em que se constroem provimentos de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Judiciário e à administração pública; o aumento e a complexificação das hipóteses e ferramentas de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis forçaram uma ampliação dos casos constitucionais decididos pelo Judiciário em geral e pelo Supremo em particular. Em acréscimo, com o passar do tempo e a consolidação do projeto de Estado Democrático de Direito no país, enraizou-se entre nós, lentamente, uma cultura de atenção à atuação judicial, com um crescente interesse da mídia e da opinião pública sobre assuntos relacionados à magistratura, à prestação da justiça e ao STF.⁵²⁴ Tudo isso provocou um aumento importante da judicialização da agenda pública, às vezes para o bem, outras vezes para o mal.

⁵²³ Para essa expressão, ver BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 46.

⁵²⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves A. *Op. cit.*, 2022, pp. 181-182.

3.1.2 Indiscrição judicial é hipótese de ativismo?

A indiscrição judicial é hipótese de ativismo, porque, em expressando publicamente seus pensamentos e opiniões – adiantando entendimentos que decerto orientarão a maneira como decidirá em casos futuros –, o juiz esvazia o potencial deliberativo do processo jurisdicional democrático e, dessa maneira, desnatura a tarefa de aplicar a norma. Falar o magistrado em público sobre suas visões e ideias implica ignorar que o provimento judicial é um ato decisório construído processualmente, com a participação e a influência das partes, já que o direito é interpretado face a fatos, e a compreensão de qualquer conflito social submetido à apreciação da jurisdição precisa ser *coletiva*. Ao lançar-se ao debate público, dele tomando parte como um cidadão comum, o juiz invade esferas alheias de atuação, usurpando as atribuições das outras instituições do Estado e minando a razão de existir do Poder Judiciário.

No exercício da competência de controlar o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, prevista no art. 103-B, § 4º, da Constituição da República, o Conselho Nacional de Justiça tem se insurgido, com assertividade crescente, contra o ativismo consubstanciado em indiscrição. Magistrados que falam a jornalistas, participam de manifestações públicas ou fazem postagens de teor politicamente controvertido nas redes sociais são hoje alvo da ação categórica e diuturna da Corregedoria Nacional de Justiça, e a cominação de punições severas tem se mostrado cada vez menos fortuita.

Isso nem sempre foi assim. Em processos administrativos instaurados perante o CNJ em reação a falas publicizadas por juízes, resultados de cunho punitivo-disciplinar eram até pouco tempo atrás vistos como excessivos e desproporcionais. Nos primeiros anos de vigência do Provimento nº 71 e da Resolução nº 305, a Corregedoria Nacional e o próprio Conselho estabeleceram o entendimento de que a penalização de magistrados indiscretos, sobretudo nas redes sociais, não poderia acontecer, uma vez que a repercussão de manifestações na *Internet* constituía “matéria relativamente nova”, sendo compreensível que muitos juízes não houvessem ainda compreendido os limites de sua liberdade de expressão on-line. Essa orientação foi utilizada, por um longo tempo, a título de fundamentação para decisões determinando o arquivamento de pedidos de providências e reclamações disciplinares movidas à luz do art. 95, parágrafo único, III, da Constituição da República, e do art. 36, III, da LOMAN, a exemplo dos procedimentos abertos para tratar das seguintes situações:

- (i) O ministro Ives Gandra Filho, do Tribunal Superior do Trabalho, esteve no Rio de Janeiro e foi convidado para ir à residência de Jair Bolsonaro, então candidato

à Presidência da República. Ao sair do encontro, que qualificou de muito positivo, Gandra fez comentários à imprensa sobre suas preocupações para com o Poder Judiciário.⁵²⁵

- (ii) Em sua página no Twitter, o juiz federal Marcelo Bretas parabenizou Flavio Bolsonaro e Arolde de Oliveira por terem sido eleitos senadores.⁵²⁶
- (iii) Segundo notícia propagada pela Revista Veja (cuja veracidade é questionada pela demandada no procedimento perante o CNJ), a desembargadora Ângela Catão, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, compareceu ao trabalho trajando sob a toga uma camiseta com o rosto de Jair Bolsonaro.⁵²⁷
- (iv) O juiz Paulo Abiguenem Abib, do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, fez a seguinte postagem em sua página no Facebook: “O cidadão de bem acordou, não aceita mais esse mimimi... podem espernear à vontade! Dia 28 é 17!”.⁵²⁸
- (v) Na foto de perfil no Facebook do juiz Ivan Ricardo Garísio Sartori, do Tribunal de Justiça de São Paulo, estava a frase “Brasil acima de tudo, Deus acima de todos”.⁵²⁹
- (vi) A juíza Isabele Papafanurakis Ferreira Noronha, do Tribunal de Justiça do Paraná, postou em suas páginas nas redes sociais o seguinte texto de apoio à candidatura de Jair Bolsonaro à Presidência da República nas eleições de 2018:

Que sua rejeição por ele não seja maior que sua rejeição pela corrupção.
Que sua rejeição por ele não seja maior que sua rejeição de ver o país governado de dentro da prisão pelos comandos de um candidato condenado em duplo grau de jurisdição, assim como ocorre com os líderes das facções criminosas já tão conhecidas.

Que a sua rejeição por ele não seja maior que os ensinamentos que você recebeu de seus pais sobre não subtrair aquilo que é dos outros.

Que sua rejeição por ele não seja maior que os princípios de educação, moral e cívica que você aprendeu quando criança nos bancos das escolas, na época em que escola ensinava o que, realmente, era papel da escola.

Que sua rejeição por ele não seja maior do que sua indignação com a inversão de valores existentes em nossa sociedade atual.

⁵²⁵ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Pedido de Providências nº 0009542-42.2018.2.00.0000**. Brasília, 11 de dezembro de 2018.

⁵²⁶ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Pedido de Providências nº 0009118-97.2018.2.00.0000**. Brasília, 11 de dezembro de 2018.

⁵²⁷ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Pedido de Providências nº 0009116-30.2018.2.00.0000**. Brasília, 11 de dezembro de 2018.

⁵²⁸ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Pedido de Providências nº 0009287-84.2018.2.00.0000**. Brasília, 11 de dezembro de 2018.

⁵²⁹ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Pedido de Providências nº 0009119-82.2018.2.00.0000**. Brasília, 11 de dezembro de 2018.

Que sua rejeição por ele não seja maior do que seu medo de viver o que já está vivendo a população dos países “amigos deles”, tais como, Venezuela, Bolívia e Cuba.

Que sua rejeição por ele não seja maior que sua indignação com cada escândalo de corrupção e desonestidade revelados na lava a jato.

Que sua rejeição por ele não seja maior do que seu pânico de viver numa sociedade tão insegura, onde pais de família são mortos diariamente e audiências de custódias são criadas para soltar aqueles que deveriam pagar por seus crimes.

Que sua rejeição por ele não o leve ao grave erro de demonizar a polícia e santificar bandido.

Que sua rejeição por ele não seja maior que sua defesa pelo fortalecimento da família, como estrutura básica da sociedade.

Que sua rejeição por ele não seja maior do que sua repulsa pelo mal que as drogas têm causado em nossas famílias.

Que sua rejeição por ele não seja maior que sua esperança de ter um país melhor para viver.

Que sua rejeição por ele não tire sua capacidade crítica de apurar tudo que é tendencioso na mídia.

Enfim, que sua rejeição por ele não o deixe cego a ponto de não enxergar que, neste momento, o Brasil está numa UTI e seu voto deve ser ÚTIL para salvá-lo. Não brinque com isso, não se iluda com a maquiagem dos discursos bonitos. A situação do Brasil é séria.

Na hora de votar, lembre-se de sua essência e do que, realmente, sempre foi importante para você.⁵³⁰

- (vii) Em sua página no Facebook, a desembargadora Kenarik Boujikian fez a seguinte postagem: “Eu estou do lado de quem apoia a educação. Querido governador Flávio Dino, do Maranhão, foi reeleito! Muito feliz!!!”.⁵³¹
- (viii) O juiz Gervásio Protásio dos Santos Júnior, do Tribunal de Justiça do Maranhão, fez uma série de postagens em sua página no Twitter elogiando o então governador Flávio Dino e afirmando que “[a] opção pela extrema-direita tem um preço alto”.⁵³²
- (ix) A juíza Márcia Simões Costa, do Tribunal de Justiça da Bahia, postou, em sua página no Instagram, uma fotografia trajando uma camiseta com o rosto de Jair Bolsonaro e escreveu, na legenda dessa fotografia, “[o] soldado que vai à guerra

⁵³⁰ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão na Reclamação Disciplinar nº 0009071-26.2018.2.00.0000**. Brasília, 11 de dezembro de 2018.

⁵³¹ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Pedido de Providências nº 0009184-77.2018.2.00.0000**. Brasília, 11 de dezembro de 2018.

⁵³² Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Pedido de Providências nº 0009252-27.2018.2.00.0000**. Brasília, 11 de dezembro de 2018.

e tem medo de morrer é um covarde” e “Brasil acima de tudo, Deus acima de todos!”.⁵³³

- (x) O desembargador Luiz Alberto de Vargas, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em postagem feita em sua página no Facebook, escreveu, dias antes do primeiro turno das eleições de 2018: “Agora é plebiscito! Democracia é 13. Ditadura é 17. A escolha é sua!”.⁵³⁴
- (xi) Conforme reclamação disciplinar apresentada pelo ex-governador do Rio de Janeiro Anthony Garotinho, o desembargador Marcello Ferreira de Souza Granado, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, fez uma série de postagens em sua página no Facebook declarando apoio ao então candidato Wilson Witzel nas eleições de 2018.⁵³⁵

Em todos esses casos, a Corregedoria Nacional de Justiça opinou pelo arquivamento do procedimento, fosse pedido de providências ou reclamação disciplinar, entendendo que a proibição do uso da *Internet* e das redes sociais para veicular manifestações de teor político era ainda incipiente à época dos fatos. Embora a solução por não aplicar nenhuma punição aos juízes nos pareça, a princípio, correta, a fundamentação desse entendimento do CNJ é muito problemática, porque, além de impor uma reação homogeneizada a infrações éticas de natureza e intensidade extremamente diferentes, ignora por inteiro o fato de que o regime restritivo da liberdade de expressão judicial tem base não em atos normativos instituídos pelo Conselho, mas na Constituição da República. Ou seja, a vedação a que juízes se pronunciem publicamente a respeito de quaisquer questões polêmicas, sobretudo quando se trata de opiniões político-partidárias veiculadas nas redes sociais, é da própria gênese do Estado Democrático de Direito, não se podendo dizer, por isso, que sua vigência teve início com a adoção de provimentos de âmbito administrativo-regulamentar.

Na Reclamação Disciplinar nº 0009885-72.2017.2.00.0000, movida contra o desembargador Cláudio Santos, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, por ter se posicionado, nas redes sociais e em entrevistas concedidas a jornalistas, contrariamente a ação civil pública manejada pelo Ministério Público do Trabalho no Município de São José do Seridó, o ministro Humberto Martins votou pelo arquivamento do feito, argumentando que a

⁵³³ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Pedido de Providências nº 0009120-67.2018.2.00.0000**. Brasília, 11 de dezembro de 2018.

⁵³⁴ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Pedido de Providências nº 0009321-59.2018.2.00.0000**. Brasília, 11 de dezembro de 2018.

⁵³⁵ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão na Reclamação Disciplinar nº 0008542-07.2018.2.00.0000**. Brasília, 11 de dezembro de 2018.

conduta apontada como delitiva era isolada e “em favor da garantia de trabalho de comunidade com a qual [o juiz] mantém vínculos de afetividade”, pelo que não caracterizava juízo depreciativo. Em interpretação divergente dos fatos, o conselheiro Luciano Frota asseverou que as falas feitas pelo magistrado demandado constituíam quebra de decoro e violação de deveres ético-disciplinares, “seja pela acidez ofensiva das palavras utilizadas, seja pela manifestação de crítica, pública e depreciativa, dirigida ao Ministério Público do Trabalho, seja, ainda, por outras referências injuriosas ao Parquet, em ato público de protesto, de conotação flagrantemente política”.⁵³⁶ Embora tal posicionamento tenha restado vencido, prevalecendo a conclusão pelo arquivamento, o debate nesse julgamento foi uma primeira sinalização de que, em episódios de exposição midiática ou política exagerada por parte de juízes, o tempo da impunidade se estava esgotando.

Essa tendência avançou a partir de 2020. Na Reclamação Disciplinar nº 0006010-89.2020.2.00.0000, em que se debateu fala jocosa feita pelo desembargador José Ernesto Manzi, do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, durante sessão de julgamento da turma julgadora de que faz parte,⁵³⁷ e na Reclamação Disciplinar nº 0006120-88.2020.2.00.0000, instaurada contra o juiz Cláudio Ferreira Rodrigues, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por ter formulado pronunciamento, no curso de ação de indenização sob sua coordenação, utilizando-se de expressões irônicas e sarcásticas,⁵³⁸ o CNJ pontuou que as palavras empregadas por magistrado no exercício da jurisdição podem redundar em violação aos deveres de decoro, integridade, reserva e temperança. Seja no caso de interpelação, ainda que inadvertida, com insinuação sexista e depreciativa da mulher, seja na hipótese de despacho contendo termos que demonstrem os sentimentos de desinteresse, desprezo e enfado que o juiz tem com relação à causa, é certo, decidiu o Conselho, que a utilização adequada e sóbria do vernáculo constitui obrigação profissional do juiz. Segundo anotou a ministra Maria Thereza de Assis Moura, então corregedora nacional de Justiça, “não se pode deixar que a linguagem cortês, respeitosa e polida caia em desuso, pois sua obsolescência pode, aos poucos, menoscar o Poder Judiciário enquanto instituição perante os jurisdicionados”.

Entretanto, a inclinação a uma postura condescendente com a indiscrição judicial na *Internet* só mudou de fato, embora em uma direção igualmente problemática, a contar de agosto

⁵³⁶ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão na Reclamação Disciplinar nº 0006010-89.2020.2.00.0000**. Brasília, 28 de setembro de 2021.

⁵³⁷ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão na Reclamação Disciplinar nº 0009885-72.2017.2.00.0000**. Brasília, 28 de setembro de 2021.

⁵³⁸ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão na Reclamação Disciplinar nº 0006120-88.2020.2.00.0000**. Brasília, 5 de outubro de 2021.

de 2022, com a posse do ministro Luís Felipe Salomão como corregedor nacional. O CNJ assumiu nesse momento uma postura mais ativa, em termos tanto fiscalizatórios quanto punitivos, haja vista o intuito de impedir que a magistratura se deixasse contaminar pela radicalização política, o que poderia, em consequência, minar a legitimidade da atuação jurisdicional na gestão do pleito eleitoral de 2022 e no arbitramento dos conflitos políticos e institucionais que dele emergissem.⁵³⁹

No Pedido de Providências nº 0000630-17.2022.2.00.000, deflagrado em novembro de 2022, apurou-se que o desembargador Luiz Alberto de Vargas, do TRT da 4ª Região, mesmo após recomendação de uso mais parcimonioso das redes sociais, havia feito diversas postagens no Facebook em tom crítico ao então presidente Jair Bolsonaro. Foram compartilhados, em nome do magistrado, um cartaz dizendo “Bolsonaro genocida”, fotografias de Bolsonaro com as legendas “fogo nos fascistas” e “chupa gado”, um texto humorístico ridicularizando os eleitores “bolsonaristas”, uma notícia de que Bolsonaro havia prometido sair do país, caso o candidato Luiz Inácio Lula da Silva se sagsse vencedor nas eleições presidenciais, à qual se acrescentou o comentário “Não sai, não! Vai ser preso antes”, entre outros textos e imagens. Em seu voto, Luís Felipe Salomão explica que, apesar da importância da liberdade de expressão na democracia, o desempenho de determinados cargos públicos, a exemplo da judicatura, exige estabelecer algum tipo de limite. O posicionamento de Salomão é digno de nota, não exatamente por aplicar ao caso os dispositivos proibitivos previstos na LOMAN, no Provimento nº 71 e na Resolução nº 305, mas em virtude de explicar o porquê de o juiz não ser livre para manifestar sua opinião política. De acordo com ele, “[a]os juízes é entregue a tarefa de aplicar o direito, a partir de uma posição imparcial. Para em nome do povo, desempenhar sua tarefa de resolução de disputas, os magistrados precisam demonstrar em sua conduta a aptidão para ouvir e compreender os diversos pontos de vista em uma sociedade plural”.⁵⁴⁰ Esse esclarecimento toma como norte o mesmo raciocínio que desenvolvemos nesta tese: a discricão judicial é condição para que o juiz exerça a contento o mister de julgar com imparcialidade, coordenando a construção de uma decisão oriunda da interlocução e da comparticipação das partes no processo.

Em caso similar, referente a processo administrativo disciplinar movido contra a juíza Regiane Tonet dos Santos, do Tribunal de Justiça do Paraná, foi sublinhado o fato de, à época

⁵³⁹ Esse intuito fica claro nos discursos proferidos pela ministra Rosa Weber após assumir a presidência do STF e do CNJ.

⁵⁴⁰ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Pedido de Providências nº 0000630-17.2022.2.00.0000**. Brasília, 8 de novembro de 2022.

das postagens de cunho político feitas pela magistrada em suas redes sociais, ela desempenhar posição eleitoral. Em publicações realizadas entre 2018 e 2022, a juíza propalou uma sequência de mensagens com críticas ao Supremo Tribunal Federal e ao Partido dos Trabalhadores e elogios ao ex-juiz federal Sérgio Moro e aos desembargadores do TRF da 4ª Região que compunham a turma responsável por processar e julgar os casos da “operação lava-jato”. Segundo ressaltou a conselheira Salise Sanchotene, “o elemento de distinção consiste exatamente na circunstância de a requerida exercer função eleitoral em comarca de vara única do interior do Estado, o que torna a figura do magistrado ainda mais representativa do Poder Judiciário, que não se dilui entre outras autoridades da Justiça na mesma localidade”. Tendo em vista a gravidade das infrações, a maioria delas cometida durante o período eleitoral, o CNJ aplicou à magistrada a pena de censura.⁵⁴¹

Mais tarde, no julgamento do Processo Administrativo Disciplinar nº 0003280-37.2022.2.00.0000, manejado contra o juiz Antonio Cláudio Macedo da Silva, do TRF da 1ª Região, o Conselho estabeleceu que a publicização de comentários depreciativos à imagem de ministros dos tribunais superiores – em especial, no caso em questão, do ministro Gilmar Mendes –, ainda que restrita a ambientes precipuamente (porém não totalmente) particulares, feria os deveres de reserva e discrição que a Constituição e as leis impõem à magistratura. Nesse julgado, é expressiva a consideração de que a vida privada do juiz importa, uma vez que afeta a credibilidade de todo o sistema de justiça. Nas palavras da conselheira Jane Granzoto, que votou pela cominação da pena de censura, “o juiz processado não agiu em consonância com o ordenamento jurídico, nem tampouco com os princípios éticos que devem pautar a conduta de todo magistrado, inclusive fora do exercício da judicatura, (...) distanciando-se da prudência e da cautela que deveriam nortear as suas manifestações, ainda que de índole privada”.⁵⁴²

Em seguida aos atentados de 8 de janeiro de 2023, o CNJ intensificou o rigor da reação sistêmica a discursos politizados de juízes, mesmo em contextos sem relação direta com o golpismo de extrema-direita.⁵⁴³ Dois casos merecem nossa atenção.

Na Reclamação Disciplinar nº 0006108-11.2019.2.00.0000, discutiu-se a situação do juiz Luís Carlos de Valois, do Tribunal de Justiça do Amazonas. Conforme consta na decisão do corregedor nacional, o magistrado se valeu de suas redes sociais, com recorrência

⁵⁴¹ Brasília. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Processo Administrativo Disciplinar nº 0003379-07.2022.2.00.0000**. Brasília, 29 de novembro de 2022.

⁵⁴² Brasília. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Processo Administrativo Disciplinar nº 0003280-37.2022.2.00.0000**. Brasília, 11 de abril de 2023.

⁵⁴³ Ver, por exemplo, MENDES, Lucas. Especialistas questionam derrubada de perfis de juízes pelo CNJ. **Poder 360**. Matéria de 17 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/especialistas-quest-ionam-derrubada-de-perfis-de-juizes-pelo-cnj/>. Acesso em 9 de maio de 2023.

significativa entre 2017 e 2019, para enaltecer posicionamentos à esquerda do espectro político, bem como denunciar a existência de um esquema institucionalizado de perseguição contra o PT e o presidente Lula. Por ocasião da divulgação de combinados e avenças realizadas via mensagens trocadas entre o juiz Sérgio Moro e a equipe do Ministério Público Federal encarregada dos processos relativos à operação “lava-jato” – escândalo chamado pela mídia de “vaza-jato” –, Valois publicou textos com críticas duras ao Supremo Tribunal Federal, à Procuradoria-Geral da República e à magistratura como todo. Apesar do reconhecimento de que tais condutas eram gravosas, o CNJ determinou o arquivamento da reclamação, por entender que, como os delitos analisados haviam acontecido antes da entrada em vigência do Provimento nº 71 e da Reclamação nº 305, não se poderia punir o juiz por tê-los perpetrado.⁵⁴⁴ Não obstante isso, foram instaurados (pelo menos) outros dois procedimentos disciplinares contra o magistrado. Em decisão proferida em janeiro de 2023, a Corregedoria Nacional de Justiça mapeou uma nova série de publicações e postagens nas redes sociais de Valois contendo comentários críticos à atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público, e, a partir disso, determinou a suspensão de seus perfis no Instagram, no Twitter e no Facebook. Em uma dessas postagens, o juiz se perguntou o seguinte, em referência irônica à depredação causada em Brasília pelos atos de vandalismo de 8 de janeiro de 2023: “Invadiram e destruíram documentos do CNJ também? É um estagiário que quer saber!”.⁵⁴⁵

O segundo caso merecedor de destaque é o da juíza Ludmila Lins Grilo, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Entre 2017 e 2022, a magistrada promoveu publicações nas redes sociais, divulgou vídeos em plataformas na *Internet* e participou de entrevistas com jornalistas em que expressou suas opiniões a respeito de uma variedade de temas politicamente controvertidos. Ganharam notoriedade, por exemplo, os discursos divulgados por Grilo em crítica às determinações de fechamento do comércio e às recomendações sanitárias de isolamento social durante a pandemia de Covid-19. Em entrevista à emissora de rádio Jovem Pan, a magistrada sugeriu o *impeachment* de ministros do Supremo Tribunal Federal. Em outros momentos, novamente se opondo à atuação do STF, divulgou mensagens tachando de “absurdo” e “grotesco” o inquérito das *fake news*, xingando o ministro Alexandre de Moraes de “canalha” e de “perseguidor geral da República”, e afirmando, de maneira sempre agressiva,

⁵⁴⁴ Brasília. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Processo Administrativo Disciplinar nº 0006108-11.2019.2.00.0000**. Brasília, 22 de novembro de 2022.

⁵⁴⁵ Cf. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. **Decisão de abertura de processo administrativo disciplinar contra Luís Carlos Honório de Valois Coêlho**. Brasília, 19 de janeiro de 2023. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2023/01/09B1B334FB9503_decisaoCNJ.pdf. Acesso em 9 de maio de 2023.

que não cumpriria determinações judiciais de caráter autoritário. Na Reclamação Disciplinar nº 0006242-33.2022.2.00.0000, aberta no segundo semestre de 2022, o CNJ levou adiante inspeção correcional e apurou que, “enquanto exerce inúmeras atividades extrajudiciais (como a de professora, sócia de empresa, participação em audiências públicas, congressos de cunho político e em entrevistas em canais na internet), a unidade judicial da juíza Ludmila Lins Grilo é a terceira menos produtiva no Estado de Minas Gerais”. Ainda, aludindo a respostas deixadas pela juíza em comentários feitos por usuários em suas páginas nas redes sociais, as quais contam com centenas de milhares de seguidores, a Corregedoria Nacional de Justiça escreveu que “[a] permeabilidade do magistrado a influxos emanados de possível reconhecimento pessoal significa nada menos que a sucumbência da judicatura à própria vaidade do juiz”.⁵⁴⁶ Essa ponderação é interessante, uma vez que aproxima a caracterização do exibicionismo público do juiz à ideia de ativismo judicial: trabalhar o juiz em prol de uma busca por popularidade é substituir a incumbência de aplicar o direito por ações pautadas pela vaidade e pelo subjetivismo. Grilo foi afastada do exercício de seu cargo judicial em 14 de fevereiro de 2023, e, em 25 de maio do mesmo ano, o Órgão Especial do TJMG decidiu aplicar a ela a pena de aposentadoria compulsória.⁵⁴⁷

Esses exemplos mostram que a indiscrição judicial é uma afronta grave à integridade da jurisdição. Nesse prisma, o Conselho Nacional de Justiça vem, em reiteradas oportunidades, sedimentando a compreensão de que a verborragia de juízes, mediante exposição midiática ou política, constitui violação aos deveres funcionais da magistratura, revelando-se hipótese de ativismo judicial. Trata-se de entendimento que vai ao encontro da lógica que sustentamos neste trabalho, no sentido de que, permitindo-se participar, de modo desregrado, do debate que acontece na praça, o juiz acaba por desnaturar a higidez da corte, comprometendo a integridade de todo o sistema de justiça.

Salta aos olhos, no entanto, que, enquanto magistrados de piso se sujeitem a um aparato cada vez mais rígido de vigilância e punição, os ministros dos tribunais superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal, permaneçam praticamente imunes a qualquer tipo de responsabilização. A atuação do CNJ é seletiva, na medida em que deixa descobertas inúmeras violações e desvios perpetrados por juízes que ocupam posição mais elevada na estrutura do Poder Judiciário. Esse cenário causa perplexidade, porque, apesar do entendimento duvidoso

⁵⁴⁶ Brasília. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão na Reclamação Disciplinar nº 0006242-33.2022.2.00.0000**. Brasília, 14 de fevereiro de 2023.

⁵⁴⁷ Ver em CASTRO, Grasielle. Ludmila Lins Grilo é punida com aposentadoria compulsória pelo TJMG. **Jota**. Matéria de 25 de maio de 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/ludmila-lins-grilo-e-punida-com-aposentadoria-compulsoria-pelo-tjmg-25052023>. Acesso em 8 de junho de 2023.

do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367, parece-nos correto que a esses magistrados – ocupantes dos mais altos postos da jurisdição –, em vista de sua representatividade simbólica e do impacto jurídico, político e social de suas decisões, seja aplicado um regime, ao invés de *menos, mais* restritivo e rigoroso.

3.2 A posição ocupada pelo juiz na estrutura da jurisdição faz alguma diferença?

Na Introdução e no fim do Capítulo 2, contamos a história de um comentário crítico que a desembargadora paulista Kenarik Boujikian fez a respeito de uma fala do ministro Dias Toffoli, que ocupava a posição de presidente do Supremo Tribunal Federal. Dentre os inúmeros aspectos dignos de nota nesse episódio, sobressai o fato de a Corregedoria Nacional de Justiça ter deflagrado um expediente de fiscalização sobre a manifestação de Kenarik, mas poupado o discurso de Toffoli.

Estabelecemos até aqui que, no direito brasileiro, a expressão do juiz é proibida nas hipóteses de atividade político-partidária, manifestação sobre processo pendente de julgamento, juízo depreciativo acerca de decisão alheia, ou pronunciamento a respeito de questão sobre a qual o juiz foi, será ou poderá ser chamado a exercer jurisdição. Tais vedações ao discurso judicial acontecem quando a fala do juiz é realizada fora do ambiente processual-decisório ou quando, não obstante o contexto, ela resulta em um *obiter dictum* abusivo. Estipulamos, ainda, que a liberdade acadêmica é uma exceção ao estatuto rigoroso da liberdade de expressão judicial, desde que o discurso proferido pelo juiz, especialmente quanto a manifestações extramuros, seja a tradução de um argumento embasado na ciência e comprometido com a complexidade do saber e o multilateralismo do debate. A atividade acadêmica do juiz, assim esclarecemos, só é autorizada na medida em que contribui com o desempenho da jurisdição. Por fim, definimos que a indiscrição judicial consiste em uma hipótese de ativismo, razão pela qual constitui um problema grave – um problema de natureza constitucional, na medida em que implica desnaturar o papel do juiz na democracia.

Resta agora questionarmos em que medida (ou até que ponto) a posição ocupada pelo juiz na estrutura da jurisdição afeta sua liberdade de expressão. No exemplo da discussão entre Boujikian e Toffoli, embora ambos os magistrados hajam se pronunciado, em ambiente externo ao processo, a respeito de questão sobre a qual poderiam ser chamados a decidir, suas diferentes posições no Poder Judiciário fizeram com que as reações sistêmicas às suas expressões fossem,

também, distintas. Sabemos que as incumbências e prerrogativas de uma desembargadora e do presidente do STF são (e precisam ser) muito diferentes, tendo em vista as particularidades (tão díspares) de cada posto jurisdicional. Todavia, se tanto ela quanto ele exerciam jurisdição, por que motivo o sistema tomou apenas a fala de Kenarik como problemática? Considerando que Toffoli ocupava posição de representatividade e visibilidade mais elevadas, e que a repercussão jurídica, política e social de suas decisões era muito maior do que a das lavradas por Boujikian, não seria mais correto atribuir a ele – justamente a ele, que presidia o órgão de cúpula na estrutura da jurisdição – um dever mais rigoroso de atenção aos deveres e às limitações inerentes à função judicial?

3.2.1 O juiz é agente político?

No direito administrativo brasileiro, autores relevantes defendem que o juiz é um servidor público. De acordo com essa visão, os magistrados não integram a categoria de agentes políticos, porque não ocupam cargos da estrutura político-organizacional do Estado, nem participam da formulação das estratégias políticas para a realização dos objetivos da Constituição.⁵⁴⁸ Embora sejam agentes públicos com elevado grau de autonomia, e não obstante a instituição que compõem tenha independência face aos fóruns políticos tradicionais, nomeadamente o Poder Executivo e o Poder Legislativo, os juízes figuram, segundo essa corrente doutrinária, como servidores públicos, na medida em que desempenham atividades em nome do Estado que não têm natureza política. Uma ação estatal não política constitui, nesse entendimento, uma providência no âmbito do Estado, realizada em nome dele, que se fundamenta em uma justificativa não política. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, “o que caracteriza o agente político não é o só fato de serem mencionados na Constituição, mas sim o de exercerem efetivamente (e não eventualmente) função política, de governo e administração, de comando e, sobretudo, de fixação das estratégias de ação, ou seja, aos agentes políticos é que cabe realmente traçar os destinos do país”.⁵⁴⁹

⁵⁴⁸ Nesse sentido, ver BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 205; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2021, pp. 602-603; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Forense, 2021, pp. 676-677.

⁵⁴⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, 2021, p. 602.

Apesar de nenhum dos autores administrativistas que pregam essa perspectiva mencionar nem Ronald Dworkin nem Klaus Günther, a conclusão de que os juízes não são agentes políticos se alinha tanto à distinção dworkiniana entre argumento de princípio e argumento de política quanto à separação guntheriana entre discurso de fundamentação e discurso de aplicação. O juiz desempenha tarefas e toma decisões que se fundamentam no direito. Por conseguinte, todo ato por ele praticado depende de uma explicação lógico-racional que, como vimos, Dworkin chama de argumentação de princípio: uma construção narrativa que justifica a decisão tomada a partir do ângulo de que ela *realiza* o direito, no sentido de proteger o devido processo constitucional e os direitos fundamentais. A argumentação de princípio não é privativa do Poder Judiciário, podendo as instituições políticas dela também lançar mão, porém, diferentemente do legislador e do administrador público, o juiz deve decidir exclusivamente com base nela. Ao magistrado não é permitido decidir tendo como fundamento um argumento de política, que é, ao contrário, uma justificativa baseada na promoção de um fim coletivo, em prol do bem-estar da comunidade, a partir da alocação ou da distribuição dos recursos sociais.⁵⁵⁰ No mesmo sentido, conforme aponta Günther, a decisão judicial parte de um discurso de aplicação do direito, pois o juiz não pode, ao decidir, elaborar uma narrativa que fundamente algum entendimento sobre como o direito *deve ser*, devendo se ater a uma interpretação do que o direito *é*.⁵⁵¹ Quem faz isso – tomar decisões articulando tanto uma interpretação da Constituição e das leis quanto uma visão sobre como os recursos da sociedade devem ser organizados – é apenas o agente político, que é quem detém um mandato outorgado pelo povo (ou auxilia diretamente alguém que detenha esse mandato) e, em razão disso, presta periodicamente contas à opinião pública.

Corrente em sentido diverso defende que os juízes são agentes políticos, uma vez que possuem “plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais”.⁵⁵² Sob esse ponto de vista, a ampla autonomia conferida à magistratura – autonomia que decorre da exigência de o Poder Judiciário ser independente – embasa a inclusão dos juízes na categoria de agentes políticos, não podendo eles ser vistos como “meros” servidores públicos.

O Supremo Tribunal Federal parece compartilhar dessa segunda leitura. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 228977, ocorrido em 2002, o plenário do Supremo fixou o entendimento de que a ação visando à reparação civil de dano provocado por ato judicial não

⁵⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1985, pp. 35-37 e 77-80.

⁵⁵¹ GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, 1988, pp. 66-69 e 120-ss.

⁵⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 69.

pode ser ajuizada contra o próprio juiz, mas contra a Fazenda Pública, que poderá mais tarde, se assim entender cabível, buscar em face do magistrado, em ação de regresso, a compensação do prejuízo financeiro eventualmente ocasionado. No caso, o prefeito do Município de Serra Negra, em São Paulo, ingressara em juízo pedindo indenização por danos morais que, no seu entender, lhe haviam sido causados por falas de tom deprecativo, relativamente à sua imagem, feitas pelo juiz da respectiva comarca, em decisão proferida em ação popular e em manifestação pública quando da diplomação dos eleitos no pleito de 1992. A ação foi inicialmente extinta em primeira instância, ao entendimento de que o magistrado era ilegítimo para figurar como parte no processo, mas tal decisão foi reformada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual, em sede recursal, asseverou que, “pelos atos imputados ao juiz demandado – quer pelas expressões consideradas ofensivas à honra do autor, usadas em decisão prolatada em diplomação, quer em discurso proferido quando da diplomação dos candidatos eleitos no pleito realizado em 1992 – a responsabilidade direta não pode ser obliterada”.⁵⁵³

No recurso extraordinário, interposto contra o acórdão do TJSP, a Procuradoria-Geral da República opinou que o juiz não poderia ser diretamente demandado pelo particular supostamente lesado por sua decisão, já que, “embora sejam considerados agentes públicos – que são todas as pessoas físicas que exercem alguma função estatal, em caráter definitivo ou transitório, os magistrados se inserem na espécie agente político”, sendo “investidos para o exercício de atribuições constitucionais” e “dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica, requisitos, aliás, indispensáveis ao exercício de suas funções decisórias”. Ainda, o Ministério Público pontua que, em realizando suas atividades jurisdicionais, os juízes “não agem em nome próprio, mas em nome do Estado, exercendo função eminentemente pública, de modo que não há como lhes atribuir responsabilidade direta por eventuais danos causados a terceiros no desempenho de suas funções”.⁵⁵⁴ A decisão do STF sinaliza na mesma direção, limitando-se a transcrever um longo excerto do parecer da PGR e, com base nele, dar provimento ao recurso. Como a fundamentação do voto do relator, ministro Néri da Silveira, praticamente não contém palavras escritas pelo próprio juiz – quem, após páginas e mais páginas de uma citação direta do pronunciamento do MP, escreve apenas que “[a]colhendo os fundamentos desse bem lançado pronunciamento da Procuradoria-Geral da República, conheço do recurso extraordinário e lhe

⁵⁵³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Recurso Extraordinário nº 228977**. Brasília, 5 de março de 2002, p. 830.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 831.

dou provimento” –,⁵⁵⁵ somos forçados a extrair a *ratio decidendi* desse julgamento da ementa do acórdão, na qual se lê que “[o]s magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica”, e que a ação “deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual – responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições –, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa”.

Tanto a discussão doutrinária quanto a jurisprudência sobre esse assunto são profundamente estranhas. A discussão na doutrina é estranha, porque não existe divergência genuína. Apesar de os autores discordarem quanto à qualificação dos juízes como agentes políticos ou servidores públicos, as duas correntes defendem visões complementares, na medida que pressupõem conceitos diferentes de agente político. Para aqueles que pregam que o juiz é um servidor público, agente político é o agente público cujas ações se justificam por argumentos de política; como os atos praticados pelo juiz se baseiam em um discurso de aplicação do direito, exclusivamente fundamentados em argumentos de princípio, a judicatura não consiste em hipótese de função política. Por outro lado, aqueles que sustentam que o juiz é um agente político concebem como agente político o agente público com liberdade funcional no exercício de suas atividades; em assim sendo, os magistrados são agentes políticos, já que atuam com ampla liberdade de função, detendo prerrogativas e garantias próprias, segundo legislação específica. Ou seja, as duas perspectivas não são incompatíveis, não podendo ser postas em comparação, tendo em vista que se baseiam em ideias distintas do que significa ser um agente político. Ainda, é importante perceber que a discussão doutrinária é não apenas vazia de sentido, mas também inútil, porque, a rigor, nenhum dos lados parece verdadeiramente rejeitar a noção básica de que o juiz tanto tem poderes e aptidões próprias, inerentes à independência que o cargo exige, quanto devem agir segundo o direito, decidindo com base em um discurso de aplicação normativa e a partir de uma argumentação de princípios. Trata-se de um dentre inúmeros exemplos de debates sem nenhuma relevância prática que decorrem de classificações semanticamente confusas e hermeneuticamente duvidosas.⁵⁵⁶

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 837. Para uma crítica a decisões construídas sem fundamentação suficiente, ver, por todos, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, 2022, sobretudo cap. 4.

⁵⁵⁶ Para outros exemplos de debates desse tipo, ver FERNANDES, Bernardo Gonçalves A. *Op. cit.*, 2022, pp. 71-82 e 135-137.

Na jurisprudência, contudo, a situação é mais do que simplesmente estranha. Em primeiro lugar, porque, no enfrentamento da questão, o Supremo Tribunal Federal tem fabricado conclusões que não derivam logicamente da premissa de que o juiz é um agente político em razão de desempenhar suas atividades com ampla liberdade funcional. No Recurso Extraordinário nº 228977, por exemplo, o fato de o juiz ser um agente público muito autônomo, tendo prerrogativas próprias, não explica a interpretação de que, caso alguém se sinta lesado por um ato judicial, deve ingressar em juízo contra a Fazenda Pública, a qual terá, futura e eventualmente, o direito de demandar compensação em face do magistrado. A regra de que a ação de indenização dessa natureza deve ser ajuizada contra o Estado, e não contra o agente público, decorre do fato de que, na hipótese, o ato causador de dano é realizado em nome do poder público, nada tendo que ver com o grau de autonomia e de independência do agente responsável. Tanto é assim que, também no caso de atos praticados por servidores públicos comuns, a medida judicial é cabível contra a Fazenda Pública, não podendo o particular demandar diretamente contra o agente causador do dano. Além disso, é notadamente esquisito que o STF tenha tratado as duas manifestações por conta das quais o magistrado foi demandado como atos de natureza equivalente: conforme narrou Néri da Silveira em seu voto, a ação foi ajuizada pelo prefeito de Serra Negra contra o juiz da comarca em virtude de falas pejorativas lançadas em decisão proferida em ação popular e em discurso realizado na diplomação dos eleitos no pleito de 1992, mas, a despeito da enorme diferença de contexto entre os dois atos, o ministro em nenhum momento explicou o porquê de seu entendimento aplicar-se igualmente aos dois discursos. Essa diferença é particularmente significativa, porque a decisão do Supremo foi no sentido de que juízes não podem ser diretamente acionados na justiça para reparar danos por eles causados no exercício da jurisdição, e, embora o primeiro ato (decisão em ação popular) esteja inequivocamente abarcado pela ideia de jurisdição, não está suficientemente claro que uma fala depreciativa em solenidade de diplomação de eleitos em um pleito eleitoral é realizada pelo juiz no desempenho de sua função jurisdicional.

O pior, no entanto, é que, a contar desse julgamento confuso e questionável, o STF vem produzindo uma longa sequência de julgados que, além de não desatarem os nós contidos no acórdão do RE nº 228977, extraem desse suposto “precedente” um conjunto de conclusões que, sob um ponto de vista lógico, não advêm do que foi de fato decidido. Como vimos, o que se estabeleceu no RE nº 228977, não obstante a fundamentação insatisfatória, foi o entendimento de que o juiz não pode figurar no polo passivo de ações que visem à reparação de danos causados por atos jurisdicionais. Sem oferecer uma explicação minimamente convincente, o Supremo tem usado esse caso como argumento na fundamentação de decisões muito diferentes:

com base nele são justificados os entendimentos de que “somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros”;⁵⁵⁷ o sistema constitucional não restringiu a responsabilidade estatal aos atos praticados por servidores públicos, abarcando todas as possíveis ações realizadas por agentes públicos,⁵⁵⁸ mas “[a] responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei”;⁵⁵⁹ e “a Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos”,⁵⁶⁰ sendo necessário distinguir “o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos”.⁵⁶¹ A leitura dessas decisões confirma o diagnóstico de que “não há, na prática forense brasileira, uma cultura de emprego do precedente como *principium* argumentativo”.⁵⁶²

É expressivo, ademais, que a classificação do juiz como um agente político tenha implicado, na jurisprudência, uma distorção da própria categoria classificatória. Conforme se verifica dos julgados citados, a ideia de que o juiz é um agente político é tão somente evocada para justificar a assunção e a manutenção de prerrogativas funcionais. No entanto, ao invés de raciocinar com base em rotulagens estanques, seria mais lógico, coerente e efetivo pensar o papel do juiz a partir de suas competências constitucionais: as incumbências, obrigações e tarefas inerentes à preservação da imparcialidade e à realização do contraditório no processo, assim como as garantias necessárias ao desempenho independente da função jurisdicional.

Esclarecer que tipo de agente o juiz é constitui uma tarefa inócua, porque a própria categorização que separa os agentes públicos em agentes políticos e servidores públicos não tem – ou, melhor dizendo, não deveria ter – nenhuma repercussão prática. A perspectiva de que os juízes são agentes políticos, embora não sejam eleitos, reforça a visão, tanto na sociedade quanto entre os próprios juízes, de que a magistratura é um segmento fechado, elitista e privilegiado que, apesar de exercer um enorme poder, influenciando no modo com as pessoas vivem suas vidas, não se sujeita a nenhuma instância externa de controle, nem, tampouco, ao escrutínio da opinião pública – visão que, sobretudo quando formulada genericamente, é não apenas falsa,

⁵⁵⁷ Cf. Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 991086**. Brasília, 6 de março de 2018.

⁵⁵⁸ Cf. Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 518278**. Brasília, 31 de março de 2009.

⁵⁵⁹ Cf. Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 228035**. Brasília, 10 de fevereiro de 2004.

⁵⁶⁰ Cf. Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 579799**. Brasília, 2 de dezembro de 2008.

⁵⁶¹ Cf. Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Reclamação nº 2138**. Brasília, 13 de junho de 2007.

⁵⁶² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, 2022, p. 145.

mas prejudicial à governança democrática. Por outro lado, não nos parece inteiramente acertado considerar os magistrados como servidores públicos. Não porque eles não sejam de fato; a rigor, juízes *são* servidores públicos, pois desempenham atividades em nome do Estado e a serviço do público. Mas é impossível ignorar o prisma, enraizado no vocabulário das práticas sociais e institucionais, de que os juízes (e outras categorias de agentes públicos dotados de maior autonomia funcional) têm prerrogativas e incumbências muito distintas das assumidas pelos servidores públicos tidos por “comuns”.

Nesse sentido, a classificação tradicional dos agentes públicos, amplamente reproduzida pela doutrina administrativista brasileira, é imprestável na caracterização dos juízes. É preciso olhar ao mesmo tempo por trás e para além dessa classificação, de maneira a refletir sobre o papel judicial sob um viés focado menos na liberdade funcional do agente e mais na sua responsabilidade *na e perante a* democracia.⁵⁶³ Embora não possam decidir com base em argumentos de política, os juízes têm uma *responsabilidade política*, isto é, uma responsabilidade para com o funcionamento adequado do Estado e da sociedade. Os magistrados devem trabalhar no sentido de ao mesmo tempo proteger e plenipotencializar a contribuição especial que o Poder Judiciário fornece à governança democrática: decisões construídas no processo, a partir de um contraditório substancial, que interpretem o direito à sua melhor luz, buscando a única solução correta ao conflito analisado. Ao desempenhar esse trabalho, os juízes devem se preocupar tanto com a operação do sistema de justiça – colaborando para que a jurisdição seja exercida de forma clara, justa e eficiente, a partir de uma estrutura acessível e democrática e com vistas à produção de padrões decisórios inteligíveis, coesos e confiáveis – quanto com a qualidade do debate público – oferecendo um olhar principiológico, de fidelidade para com a história institucional do direito, que possa enriquecer a deliberação na esfera pública e nos espaços políticos formais.

⁵⁶³ Para uma análise das possibilidades e dos limites da atuação dos juízes na democracia, ver DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1985, pp. 43-56; DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 2006b, pp. 127-158; DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Cambridge: Belknap, 2006c; WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, 2006, pp. 1.346-1.406; WALDRON, Jeremy. Do judges reason morally? In: HUSCROFT, Grant. **Expounding the Constitution: essays in constitutional theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008a, pp. 38-64; FERNANDES, Bernardo Gonçalves A.; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) crise**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2008, pp. 65-148; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. The ongoing search for legitimacy: can a ‘pragmatic yet principled’ deliberative model justify the authority of constitutional courts? **The Modern Law Review**, v. 78, 2015, pp. 372-393; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Op. cit.*, 2016, pp. 29-69; DILLY PATRUS, Rafael; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Do governo dos cenáculos ao governo do povo?: a jurisdição constitucional nos vinte e cinco anos da Constituição da República. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (org.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 791-816.

Isso significa que a responsabilidade do juiz na democracia é dupla: ele deve atuar para preservar a *corte* como um lugar discursivo hígido, efetivo e continuamente comprometido com a imparcialidade, o contraditório e a fundamentação das decisões com base no direito, mas também para catalisar e melhorar o debate que acontece na *praça*. A responsabilidade para com a corte diz respeito sobretudo à manutenção pelos tribunais de uma jurisprudência hígida, estável e coesa, uma jurisprudência capaz de oferecer um conjunto claro e objetivo de padrões decisórios que possam garantir alguma uniformidade na interpretação do direito. A responsabilidade para com a praça, por sua vez, refere-se à intervenção construtiva dos tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal, na deliberação que acontece no Poder Legislativo, no Poder Executivo e na sociedade. Tal numa como noutra hipótese, a responsabilidade do magistrado será tanto maior quanto mais elevada for sua posição na estrutura da jurisdição.

3.2.2 *Observação sobre o art. 927 do Código de Processo Civil*

O art. 927 do Código de Processo Civil estabelece que os juízes e tribunais do país, ao decidirem os casos submetidos à sua apreciação, observarão as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício de controle de constitucionalidade por via principal;⁵⁶⁴ os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos prolatados em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e a orientação do plenário ou do órgão especial do tribunal ao qual estiverem vinculados. Essas decisões contêm orientações, diretrizes, nortes interpretativos e maneiras de compreender e aplicar o direito que devem ser consideradas por quaisquer juízes ou tribunais no exercício da jurisdição. Em outras palavras, os *padrões decisórios* fixados pelo Supremo, pelos tribunais superiores e pelos demais tribunais nacionais precisam ser levados em conta no proferimento posterior de decisões que lidem com questões de fato ou de direito idênticas ou similares.⁵⁶⁵

⁵⁶⁴ Sobre a opção pela expressão “controle de constitucionalidade por via principal”, no lugar das variáveis “controle concentrado de constitucionalidade” e “controle abstrato de constitucionalidade”, ver MEYER, Emilio Peluso Neder; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; RODRIGUES, Éder Bomfim. **Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil**: volume 2. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

⁵⁶⁵ Utilizamos a expressão “padrões decisórios” para designar os referenciais decisórios expressos em precedentes jurisprudenciais e súmulas de jurisprudência dos tribunais. Essa nomenclatura segue a opção feita por Alexandre

O art. 927 do CPC traz uma lista dos padrões decisórios que não podem ser ignorados no dia a dia da justiça. Entretanto, nem todos esses padrões são vinculantes. Ou seja, existem padrões decisórios vinculantes, por expressa previsão na Constituição da República ou no próprio Código de Processo Civil, e existem padrões decisórios que, apesar de serem relevantes do ponto de vista argumentativo, não são vinculantes. Quaisquer desses padrões, vinculantes ou não, projetam uma grande força argumentativa sobre a operação do sistema de justiça, exercendo uma inevitável influência no funcionamento dos órgãos jurisdicionais. Os padrões vinculantes, por sua vez, exigem um processo diferenciado de deliberação decisória, um processo suficientemente rico em debate e atividade discursiva, de maneira a justificar que, embora nem todas as pessoas tenham podido participar da discussão originadora do padrão decisório, e apesar de os julgadores responsáveis por produzir tal padrão não haverem sido eleitos pelos jurisdicionados, o precedente ou a súmula de jurisprudência sejam obrigatoriamente seguidos, sem isso implicar nenhum prejuízo à essência da política democrática.⁵⁶⁶ Ou seja, padrões decisórios, em especial quando são vinculantes (embora não apenas), reclamam, para sua legitimação, um processo de formação substancialmente deliberativo. A deliberação é importante, sobretudo para instituições decisórias cujos integrantes não são eleitos, porque é por meio delas que, compartilhando informações e promovendo um esclarecimento recíproco, provimentos baseados em argumentos de princípios são legitimamente construídos.⁵⁶⁷

Segundo defende Alexandre Freitas Câmara, a maneira como se realiza o contraditório no processo e o modo como os integrantes do tribunal dialogam ao construírem sua decisão constituem fatores relevantes na justificação do caráter vinculante atribuído a um precedente ou a uma súmula de jurisprudência. Isso quer dizer que, nos casos de padrões decisórios aos quais a Constituição ou o CPC tenham expressamente conferido caráter vinculante, é indispensável observar tanto um contraditório efetivo e material, com aquilo que Câmara chama de “comparticipação subjetivamente ampliada”, quanto uma colegialidade ampla e autêntica, para que a vinculatividade do padrão formado – a obrigatoriedade de ele ser respeitado e seguido pelos demais órgãos da jurisdição no julgamento de casos futuros – seja devidamente

Freitas Câmara, à luz do art. 966, § 5º, do Código de Processo Civil, conforme explicado em CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, 2022, p. 1.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, pp. 174-175. Cf., ainda, NUNES, Dierle José Coelho. *Op. cit.*, 2008a, pp. 225-229.

⁵⁶⁷ Sobre as razões para deliberar, ver SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, i. 3, 2013, pp. 560-562; SILVA, Virgílio Afonso da. Do we deliberate? If so, how? **European Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 2, 2017, pp. 216-218. Para uma defesa da deliberação no Poder Judiciário, especialmente em cortes supremas e tribunais constitucionais, cf., por todos, MENDES, Conrado Hübner. *Op. cit.*, 2013, pp. 142-175.

justificada. Nesses casos, o contraditório exige uma interlocução genuína entre os sujeitos processuais – uma interlocução, portanto, entre as partes, entre elas e os terceiros que colaboram com o desenlace do processo, entre esses atores e o tribunal, e entre os julgadores que integram o colegiado. É somente por meio dessa interlocução que os precedentes e as súmulas de jurisprudência de caráter vinculante se legitimam.⁵⁶⁸

O art. 927 enumera referências decisórias que são por si só muito importantes. Os precedentes mencionados ali, senão estritamente vinculantes, são fatalmente persuasivos – ou, para dizer de um jeito melhor, *argumentativos*.⁵⁶⁹ Por essa razão, sua formação exigirá do tribunal prolator, em todo caso, o atendimento a um rigoroso ônus de justificação, ônus do qual o órgão só verdadeiramente se desincumbe quando lastreia sua decisão na atividade deliberativa das partes, coordenando, com imparcialidade e independência, o debate no processo e construindo, a partir desse debate, uma decisão fundamentada no direito, fiel à história institucional da comunidade política e comprometida com a busca da melhor resposta ao problema examinado. Esse ônus de justificação, do qual já falamos longamente, é a principal razão pela qual o juiz, seja ele responsável por decidir monocraticamente ou votar em uma decisão colegiada, deve observar um parâmetro rígido e limitativo de comportamento, portando-se no cumprimento de sua função com reserva, temperança, prudência e discrição, e recusando-se, em regra, a emitir suas opiniões em público. A antecipação pública do entendimento do juiz, de maneira desregrada e não mediada, desnatura o potencial do processo como locus de construção coletiva do provimento estatal. Essa antecipação é mais grave no caso dos juízes que participam dos processos decisórios nos quais são formados os precedentes e as súmulas de jurisprudência, ainda que se trate de padrões unicamente argumentativos.

O que Freitas Câmara pontua, entretanto, é que existem padrões decisórios ainda mais sensíveis, do ponto de vista da necessidade de legitimação democrática, em virtude de seu caráter vinculante. O contraditório material é uma exigência em todo e qualquer processo que se volte à elaboração de um juízo impositivo, sobretudo nas hipóteses em que, tal qual ocorre com os padrões argumentativos, a orientação construída, além de resolver a demanda imediata, serve também como um guia para solucionar futuros conflitos. Ocorre que, para além dessa exigência que acompanha ininterruptamente a atividade jurisdicional, a Constituição e o CPC imputaram a decisões judiciais específicas um predicado adicional: a qualidade de vinculantes,

⁵⁶⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, 2022, pp. 181-182.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 183 e nota de rodapé nº 20. Sobre a diferença entre precedente vinculante e precedente persuasivo, ver BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Op. cit.*, 2012, p. 301. Para uma categorização distinta, que concebe os precedentes como sendo de eficácia absolutamente vinculante, de eficácia normalmente vinculante e de eficácia persuasiva, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2022, pp. 221-222.

isto é, de peremptórias, inafastáveis, cogentes, impreteríveis – qualidade que as torna de observância obrigatória, quer o intérprete ulterior concorde com seu conteúdo ou não. Isso gera um problema. O fato de determinados padrões decisórios serem vinculantes exclui do processo futuro – e, por consequência, retira tanto do juiz quanto das partes nesse processo – o total domínio sobre o debate a respeito da questão controvertida, reduzindo as possibilidades atinentes à decisão-solução. Embora nem o precedente nem, tampouco, a súmula, mesmo quando vinculantes, sejam aplicados mediante simples subsunção, sendo indispensável que, no processo posterior, o juiz, em articulação com as partes, demonstre a compatibilidade da situação fática prévia com a situação fática presente,⁵⁷⁰ ainda assim é certo que a obrigatoriedade de considerar determinado padrão decisório como norte na construção da solução impõe uma limitação tanto deliberativa quanto argumentativa. O ordenamento tem boas razões para instituir a vinculatividade dos precedentes em determinados casos, dentre elas a promoção da segurança jurídica, a realização da igualdade na prestação da justiça, a preservação da coerência e da coesão do sistema jurídico, a estabilização das expectativas sobre o direito, a redução da desconfiança sistêmica, o controle da litigância excessiva, a atenuação da jurisdição “lotérica”, a garantia da economia processual e a efetivação da duração razoável do processo.⁵⁷¹ Contudo, não obstante essas razões, cuja procedência não refutamos, a imposição de padrões decisórios definidos no passado como vinculantes relativamente a decisões por vir exige uma justificação contínua, porque, nesse modelo, pessoas que não participaram da construção de um entendimento decisório terão seus casos julgados segundo ele – conjuntura que, a princípio, implica certo prejuízo ao contraditório. Disso resulta a exigência de o processo de formação de precedentes e súmulas vinculantes ser *diferenciado*. Nas palavras de Câmara, há “uma necessidade de compensação sistêmica, consistente em abrir-se espaço para uma maior participação da sociedade no procedimento de construção desses padrões decisórios”.⁵⁷²

O ordenamento brasileiro menciona expressamente cinco hipóteses de padrões vinculantes. O § 2º do art. 102 da Constituição da República estabelece que as decisões

⁵⁷⁰ Sobre a importância do contraditório material no processo de aplicação de precedentes e súmulas de jurisprudência, ver CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, 2022, pp. 287-347. Em sentido similar, cf., ainda, MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2022, pp. 325-456; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Juspodivm, 2017, pp. 309-380; STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Juspodivm, 2022, pp. 59-86. Alexandre Freitas Câmara tem razão no diagnóstico de que, na temática dos precedentes, os processualistas nacionais têm sobretudo duas preocupações: o conceito de precedente e seu modo de aplicação. Segundo Câmara, “[n]ão se observa, porém, qualquer preocupação na doutrina brasileira em se determinar as técnicas empregadas pelo ordenamento jurídico pátrio para estabelecer como são formadas as decisões que terão eficácia vinculante sobre futuros julgamentos” (2022, p. 141).

⁵⁷¹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2022, pp. 118-188.

⁵⁷² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, 2022, p. 184.

definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Nesses termos, no exercício do controle de constitucionalidade por via principal, o STF profere decisões com eficácia *erga omnes*, de observância obrigatória pela administração pública e pelo restante do sistema de justiça. Ademais, o art. 103-A prevê que o Supremo poderá, de ofício ou por provocação, exarar súmula que traduza o teor de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, a qual, se aprovada por dois terços dos membros do tribunal, adquire, após sua publicação na imprensa oficial, efeito vinculante em relação ao restante do Judiciário e à administração pública. No Código de Processo Civil, adicionalmente, encontram-se três casos de precedentes que declaradamente vinculam todos os juízes e órgãos jurisdicionais fracionários: o acórdão proferido em assunção de competência (§ 3º do art. 947), a decisão prolatada no julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 985) e a decisão prolatada no julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (inciso III do art. 1.040). Em todos esses julgados, a orientação ou tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo tribunal responsável afeta o julgamento de conflitos futuros, sem que as partes de tais conflitos tenham tido oportunidade de influir na construção do provimento-padrão.

Face a tal dilema, a proposta de conferir maior amplitude ao contraditório na formação dos precedentes e das súmulas de caráter vinculante constitui decerto a melhor – e possivelmente a única – maneira de garantir, mesmo que sob constante tensão, um mínimo de legitimidade democrática a esses padrões decisórios. De acordo com Freitas Câmara, a participação ativa, dialética e dialógica de *amici curiae* nos processos,⁵⁷³ a realização de audiências públicas com amplo envolvimento de entidades e especialistas,⁵⁷⁴ e a adoção de um modelo de deliberação colegiada que proporcione uma interlocução transparente entre os membros do tribunal e produza uma decisão coesa e inteligível⁵⁷⁵ constituem elementos catalisadores do contraditório na formação de um padrão decisório, elementos capazes de, em respeito a um processo cooperativo e participativo, alargar os limites subjetivos da dialética processual. Evidentemente, a essas técnicas procedimentais, que visam a ampliar a abertura cognitiva e o escopo deliberativo do tribunal, deve-se somar um ânimo autêntico de realizar um

⁵⁷³ *Ibid.*, pp. 185-196

⁵⁷⁴ *Ibid.*, pp. 196-204.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, pp. 256-268.

processo multilateral e policêntrico, no qual os sujeitos possam conduzir em conjunto a construção do provimento, afetando e influenciando o conteúdo da solução final.⁵⁷⁶

Esse raciocínio é especialmente oportuno, pois permite lançar luzes sobre a deliberação democrática que se exige na formação de um padrão decisório vinculante e, por consequência, esclarecer o compromisso que os juízes nos tribunais precisam firmar e manter no sentido de promover um contraditório amplificado.⁵⁷⁷ Para que esse contraditório genuinamente aconteça, é indispensável que o Supremo, os tribunais superiores e os demais tribunais nacionais observem um regime comportamental rigoroso, sobretudo quanto ao exercício de sua liberdade de expressão, de forma a garantir a preservação da imparcialidade de seus membros na condução de processos decisórios nos quais, mediante um diálogo ativo entre os sujeitos, sejam produzidas orientações claras e legítimas. Ou seja, a proibição de o juiz expressar sua opinião em público, antecipando seu entendimento sobre um dado assunto e, com isso, rompendo a higidez da interlocução processual, é mais relevante com relação a magistrados que ocupam posições elevadas na estrutura da jurisdição, pois a eles cabe produzir padrões decisórios destinados a orientar deliberações jurisdicionais futuras. A representatividade, a abrangência e o impacto das decisões proferidas pelo STF e pelos tribunais superiores são comparativamente muito maiores. Por conta disso, o contraditório exigido para a legitimação dos padrões decisórios produzidos por tais órgãos é mais amplo e exigente. Se um ministro do Supremo concede uma entrevista a um jornal e adianta sua visão a respeito de um tema polêmico – um tema a respeito do qual o tribunal venha, depois, a estabelecer algum padrão decisório –, o prejuízo potencialmente provocado à integridade da contribuição do Judiciário para a governança democrática é significativa e preocupantemente maior do que quaisquer danos que eventuais falas de um juiz de primeira instância possam causar à credibilidade do sistema de justiça. Isso significa, em síntese, que, quanto mais alta a posição do tribunal na estrutura do Poder Judiciário – com destaque para cortes supremas e tribunais constitucionais –, mais valioso é o silêncio dos juízes que o integram, e, por isso, mais atentos devem eles estar quanto aos deveres de reserva, temperança, comedimento e discrição.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 204.

⁵⁷⁷ Essa lógica se aplica, *mutatis mutandis*, a outros processos, os quais, embora não estejam necessariamente direcionados à produção de padrões decisórios, exigem um contraditório qualificado e, nesse sentido, impõem ao juiz responsável que observe, com rigor, o estatuto especial da liberdade de expressão judicial. É o caso, por exemplo, dos processos estruturais. Sobre o tema, ver, sobretudo, VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. São Paulo: Juspodivm, 2023. Segundo Vitorelli, processos estruturais são “demandas judiciais nas quais se busca reestruturar uma instituição pública ou privada cujo comportamento causa, fomenta ou viabiliza um litígio estrutural”, sendo litígios estruturais “os litígios coletivos irradiados, decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, pública ou privada, com significativa penetração social, opera” (p. 102).

3.2.3 Observação sobre a teoria dos diálogos institucionais e a tese do constitucionalismo democrático

A teoria dos diálogos institucionais indica que as instituições democráticas, em especial o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, devem estabelecer uma interlocução colaborativa na interpretação da Constituição, de modo a evitar que uma delas assuma (e monopolize) a posição de dar a última palavra sobre o significado das normas constitucionais.

Diálogo é uma ideia que sugere abertura, humildade, honestidade e disposição à compreensão mútua e à cooperação. Dialogar é uma ação que pressupõe igualdade, horizontalidade e reciprocidade, que implica rejeitar tanto a passividade quanto a subordinação hierárquica.⁵⁷⁸ Nesse sentido, a promoção do diálogo é um expediente que, por essência, agrega valor à dinâmica democrática; o diálogo entre pessoas e entre o Estado e a sociedade, a toda evidência, constitui elemento indispensável a um projeto sério de democracia.

No entanto, a perspectiva doutrinária de que as instituições devem dialogar tem lugar em um debate específico. Embora a teoria aponte o caráter valoroso e profícuo de um debate público para o qual cada instituição contribua com um ponto de vista singular e distinto (prisma o qual buscamos enfocar neste trabalho), o que os defensores do diálogo interinstitucional almejam, em primeiro lugar, é encarar o problema da (falta de) legitimidade democrática da jurisdição constitucional e do controle judicial de constitucionalidade das leis.⁵⁷⁹ Esse é um debate particularmente importante, não apenas em razão da centralidade que vem ocupando na teoria constitucional das últimas décadas, mas sobretudo porque nele se articulam, com uma profundidade possivelmente não repetível, as tensões elementares entre soberania popular e Constituição, entre política democrática e direitos fundamentais.⁵⁸⁰ Quando falamos que os juízes devem colaborar com a higidez da praça, agindo no sentido de preservar e catalisar a deliberação pública, nossa intenção é responder exatamente à indagação sobre o propósito democrático da interpretação judicial da Constituição. Para que serve a leitura que juízes e tribunais fazem da Constituição? Qual é o papel democrático das decisões tomadas pelo

⁵⁷⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 105.

⁵⁷⁹ Segundo explica Luís Roberto Barroso, a jurisdição constitucional é a atividade desempenhada por um juiz na interpretação e na aplicação da Constituição, não obstante o caso, o método ou a razão de decidir, ao passo que o controle judicial de constitucionalidade constitui a tarefa de, no exercício da jurisdição constitucional, fiscalizar a compatibilidade dos atos infraconstitucionais com a Constituição. Ver em BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 22.

⁵⁸⁰ Ver MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. São Paulo: Elsevier, 2007.

Judiciário em geral e por cortes supremas e tribunais constitucionais em particular no exercício do controle de constitucionalidade das leis?

Há quem entenda que os parlamentos são as instituições mais legitimadas para interpretar a Constituição, uma vez que representam a pluralidade de interesses, reivindicações e temas que constitui a sociedade. Sob esse modo de pensar, a decisão do parlamento seria, na impossibilidade de o povo decidir ele mesmo, a representação mais fiel da vontade popular: a escolha assumida pelos representantes diretos do povo corresponderia, embora indiretamente, a uma escolha do próprio povo. O fato de essa escolha implicar uma opção majoritária, tendo em vista o fato de os parlamentos decidirem segundo a regra da maioria, não implicaria nenhum prejuízo à legitimidade democrática da decisão. Ao contrário, decidir de acordo com a maioria constitui o único método efetivamente democrático de formular escolhas coletivas, o único que de fato materializa a premissa de que se devem atribuir a cada pessoa o mesmo valor e, por consequência, o mesmo poder decisório.⁵⁸¹ Ademais, o processo decisório que toma corpo nos parlamentos é mais adequado à canalização das demandas e preferências coletivas, porque incentiva a negociação e o compromisso, propicia o aprimoramento de pontos de vista unilaterais e apazigua extremismos, fomentando o consenso em detrimento da polarização.⁵⁸² Segundo prega essa corrente, não faz nenhum sentido atribuir ao Poder Judiciário a última palavra sobre o significado da Constituição, pois, além de não serem eleitos e, por isso, não agirem com sensibilidade à opinião pública, não há nenhuma evidência de que juízes e tribunais estejam em melhores condições de proteger os pré-compromissos da democracia, pois seu desempenho é igualmente balizado pela realidade política e, nesse sentido, sujeita-se, na mesma medida, ao cometimento de desvios e erros.⁵⁸³ Os críticos do controle judicial de constitucionalidade lembram, ainda, que as decisões dos tribunais são tomadas, também, segundo a regra da maioria, podendo ecoar os mesmos desentendimentos que perpassam pelo ambiente social; em sendo assim, ressaltam eles, não existe nenhuma justificativa plausível para substituir a decisão majoritária construída, mediante a acomodação das desavenças, por um colegiado numericamente expressivo de representantes diretamente eleitos pelo povo pela decisão majoritária encaminhada, de acordo com a lógica binária do direito (baseada na dicotomia entre o sim e o não, o lícito e o ilícito, o procedente e o improcedente), por um colegiado numericamente reduzido de juízes.⁵⁸⁴

⁵⁸¹ WALDRON, Jeremy. *Op. cit.*, 1999a, pp. 109 e 113-118. Cf., ainda, WALDRON, Jeremy. A majority in the lifeboat. **Boston University Law Review**, v. 90, 2010, pp. 1.043-1.057.

⁵⁸² MENDES, Conrado Hübner. *Op. cit.*, 2011, p. 94.

⁵⁸³ *Ibid.*, pp. 96-103.

⁵⁸⁴ WALDRON, Jeremy. *Op. cit.*, 2006, pp. 1.346-1.406; WALDRON, Jeremy. *Op. cit.*, 2016, pp. 246-273.

Em oposição a esse entendimento, argumenta-se que a atuação do Judiciário não visa a suplantar a atividade política, mas garantir as condições necessárias a que a deliberação pública aconteça de maneira hígida. No exercício da jurisdição constitucional, especialmente na fiscalização da constitucionalidade das leis, juízes e tribunais intervêm não para dizer o que as instituições políticas devem materialmente fazer, e sim com vistas a assegurar que o processo de formação da escolha coletiva – a ser gerido, invariavelmente, no seio das instituições representativas – seja democrático, não se podendo permitir nem a monopolização do jogo de ideias por majorias efêmeras, nem, tampouco, o silenciamento de vozes minoritárias marginalizadas.⁵⁸⁵ Isso sinaliza que a jurisdição se presta a salvaguardar as pré-condições da deliberação política.⁵⁸⁶ De mais a mais, além de preservar a higidez do processo político, o Poder Judiciário ocupa uma posição importante na proteção dos direitos fundamentais e na preservação da materialidade democrática, uma vez que, isolando-se das intempéries e sazonalidades da atividade político-partidária, mostra-se melhor equipado para produzir decisões exclusivamente lastreadas em argumentos de princípio, decisões que, voltando-se a um exercício da razão humana, detêm maior aptidão à busca honesta pela resposta correta ao dilema público.⁵⁸⁷ Apesar de os juízes não serem mágicos, estando, de fato, sujeitos a deslizos e equívocos, existe um valor democrático na existência de uma instituição autônoma encarregada de decidir com base em princípios.⁵⁸⁸

Isso não significa, porém, que tal instituição possa funcionar de qualquer maneira. Vimos que a responsabilidade de um juiz pelo funcionamento adequado do sistema de justiça será tanto maior quanto mais elevada for sua posição na estrutura da jurisdição. Os entendimentos fixados por tribunais de caráter superior são, no que se refere à operação da jurisdição, mais impactantes e influentes do que as interpretações feitas por juízes e tribunais de piso, haja vista sua força argumentativa, sua amplitude político-simbólica e, a depender do tipo de decisão, seu caráter formalmente vinculante. Considerando o contraditório especial de

⁵⁸⁵ ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980, pp. 105-179.

⁵⁸⁶ Ver FREEMAN, Samuel. Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review. **Law and philosophy**, v. 9, n. 4, 1990, pp. 327-370; HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (eds.). **Constitutionalism and democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, pp. 195-240.

⁵⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1985, pp. 33-71. Em sentido semelhante, cf. RAWLS, John. *Op. cit.*, 2005, pp. 212-ss; WALUCHOW, Wil J. **A common law theory of judicial review: the living tree**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 216-ss; ZURN, Christopher F. **Deliberative democracy and the institutions of judicial review**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 253-ss; DYZENHAUS, David. The incoherence of constitutional positivism. In: HUSCROFT, Grant. **Expounding the Constitution**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 138-160. Para um apanhado das teorias tanto favoráveis quanto contrárias ao controle judicial de constitucionalidade das leis, ver MENDES, Conrado Hübner. *Op. cit.*, 2011, caps. 2 e 3.

⁵⁸⁸ MICHELMAN, Frank I. **Brennan and democracy**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 59.

que depende a legitimação dos padrões decisórios produzidos por órgãos jurisdicionais de posição elevada, a exposição e a indiscrição midiáticas de seus membros são mais nocivas à democracia do que a exposição e a indiscrição de quaisquer outros juízes, uma vez que causam um prejuízo mais profundo e duradouro à integridade da contribuição específica que a jurisdição fornece à governança democrática. Essa ideia se aplica, igualmente, à responsabilidade do Judiciário para com a abertura e o pluralismo da deliberação pública. Decisões de cortes supremas e tribunais constitucionais são comparativamente mais impactantes e influentes no debate público, uma vez que traduzem a última palavra jurisdicional sobre o sentido da Constituição. Quando uma corte suprema ou um tribunal constitucional profere uma decisão sobre a Constituição, sua orientação afeta o debate político de modo direto e decisivo. Diante disso, a pergunta que fica – que é precisamente a pergunta de que a teoria constitucional tem tão diligentemente se ocupado nas últimas décadas – é se existe algum expediente ou raciocínio capaz de tornar mais democrática a intervenção judicial na deliberação coletiva. Ou, em outras palavras, se o controle judicial de constitucionalidade das leis pode ser pensado e colocado em prática sem necessariamente atentar contra a democracia.⁵⁸⁹

As respostas são múltiplas e plurifacetadas, porém a maioria delas gira em torno da ideia de diálogo. Segundo esse prisma, as cortes dialogam com os parlamentos, de formas variadas, buscando a construção de um consenso (ou a estabilização de um dissenso saudável) a respeito do significado da Constituição. Esse diálogo possibilita que aspectos importantes sejam levados em consideração no processo de discussão e formação das escolhas da coletividade, ao mesmo tempo que evita que as instituições políticas sejam alijadas desse processo. Por um lado, a intervenção do Poder Judiciário, quando construtiva, possibilita que aspectos importantes relativos à história institucional do direito e aos princípios de justiça, justeza e devido processo que orientam e dão sentido às práticas sociais não sejam ignorados no debate político; por outro lado, a atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo, instituições respaldadas pelo voto e sujeitas ao escrutínio público e à responsividade eleitoral, promove a legitimidade democrática das decisões coletivas, desde que, obviamente, as condições necessárias à tomada adequada de tais decisões estejam garantidas. O diálogo fomenta a democracia e, por conseguinte, elimina (ou minimiza) o déficit democrático da jurisdição constitucional. Ou seja, a perspectiva de que parlamentos e tribunais devem dialogar consiste em uma tentativa teórica

⁵⁸⁹ Para diferentes versões dessa pergunta, ver MENDES, Conrado Hübner. *Op. cit.*, 2011, pp. 19-67. Sobre as possibilidades do controle de constitucionalidade no direito comparado, cf. CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1999.

de conjugar os diferentes posicionamentos na discussão sobre a última palavra na interpretação constitucional. Recusando tanto a inclinação cega pelo Poder Legislativo quanto a crença descréscita na capacidade do Poder Judiciário, a defesa do diálogo pressupõe que há um ganho para a democracia quando juízes e legisladores contribuem, cada qual à sua maneira, com o debate público sobre o significado da Constituição.⁵⁹⁰

A teoria remonta à obra de Alexander Bickel. Em seu livro *The least dangerous branch*, publicado em 1962, Bickel tenta clarificar o papel ativo que a Suprema Corte dos Estados Unidos vinha então desempenhando no assentamento social de uma visão mais igualitária e progressista sobre as liberdades e os direitos fundamentais. De acordo com ele, considerando a “dificuldade contramajoritária” inerente ao controle judicial de constitucionalidade das leis, para que o Poder Judiciário desempenhe a jurisdição constitucional de forma minimamente democrática, é fundamental que, além de realizar um processo adequado de interpretação e aplicação do direito, ele exercite suas virtudes políticas. Ao emitir suas decisões, a Suprema Corte deve sopesar tanto a dimensão de princípio quanto os aspectos de conveniência e oportunidade de seu provimento, agindo com prudência e cautela. Embora seja necessário priorizar a dimensão de princípio da decisão, a Corte pode, a depender das circunstâncias, ficar passiva, isto é, decidir não decidir, possibilitando o prosseguimento orgânico do colóquio público entre as instituições políticas e a sociedade. Ao fazer isso, a Corte desempenha suas virtudes políticas, prestigiando a deliberação política, sem, no entanto, demonstrar nenhuma aquiescência com o conteúdo da escolha eventualmente construída, e, assim, dialoga com os fóruns políticos, ainda que participando do diálogo com seu silêncio.⁵⁹¹

Cass Sunstein atualiza essa perspectiva, dando a ela um contorno mais refinado,⁵⁹² ao defender a tese de que, no exercício da jurisdição, juízes e tribunais devem decidir dizendo apenas o estritamente necessário para embasar a solução do problema submetido à sua apreciação. Esse modo de desempenhar a função judicial implica, na visão de Sunstein, uma postura ético-interpretativa frente à realidade política, postura essa que, sem negar a exigência de o Judiciário prover a pacificação dos conflitos sociais e garantir alguma uniformização no deslinde das controvérsias jurídicas, mantém-se atenta aos limites do lugar institucional ocupado pela jurisdição na democracia. Apesar de seguir a lógica de Bickel, reconhecendo a

⁵⁹⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Op. cit.*, 2011, pp. 106-107.

⁵⁹¹ BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. New Haven: Yale University Press, 1986, pp. 15-18, 22-28, 63-71, 113-198. Cf., ainda, MENDES, Conrado Hübner. *Op. cit.*, 2011, pp. 108-119; GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 114-118.

⁵⁹² MENDES, Conrado Hübner. *Op. cit.*, 2011, p. 119.

necessidade de o Judiciário em geral e a Suprema Corte em particular exercerem suas virtudes políticas, Sunstein atenua os problemas que poderiam ser causados por uma tendência excessivamente deferente da Corte. Para ele, a Corte não deve *não decidir*, e sim decidir o *mínimo possível*; trata-se, portanto, de uma defesa teórica direcionada não à passividade, mas ao minimalismo. Em se limitando a endereçar o justamente indispensável, deixando deliberadamente inúmeras coisas por dizer, a Corte neutraliza o perigo de erros em suas intervenções no campo político, assim como, por consequência, minimiza o déficit democrático de suas decisões. Esse “uso construtivo do silêncio”, todavia, não importa em uma negativa de prestação jurisdicional, já que, ainda que de forma muito restrita, buscando sempre um acordo teórico incompleto, a Corte deve apresentar, de um jeito ou de outro, alguma resposta ao problema analisado.⁵⁹³ Ademais, Sunstein sustenta que, em conjunturas específicas, quando o minimalismo se mostrar evidentemente desnecessário ou prejudicial, a Corte pode assumir um comportamento maximalista, dando substância à sua intervenção, com vistas a proteger os pré-compromissos básicos da democracia ou evitar inseguranças na aplicação futura do padrão decisório definido.⁵⁹⁴

Com Adrian Vermeule, Sunstein ressalta, ainda, dois aspectos definidores de como os juízes e tribunais devem decidir: as capacidades institucionais do Poder Judiciário e os efeitos sistêmicos das decisões judiciais. Segundo eles, os juízes precisam conhecer e reconhecer as possibilidades e os limites discursivo-institucionais da posição que ocupam na estrutura do Estado. Juízes são seres humanos e, por conseguinte, suscetíveis a falhas. Ao decidir sobre determinada questão, eles devem ter em mente suas próprias limitações cognitivas, admitindo (perante si próprios, em primeiro lugar, mas perante também as partes do processo e os atores políticos externos) que não sabem tudo, nem são plenamente capazes de antecipar as consequências de seus provimentos, pois seu viés é reduzido pelo tecnicismo jurídico e pelo distanciamento que precisam manter com relação ao mundo político. Por outro lado, o lugar institucional do Poder Judiciário – no qual se insere o que chamamos aqui de *corte*, que é o lugar de fala institucional dos juízes – possibilita a ele fornecer uma contribuição singular à democracia, baseada na construção de decisões comprometidas com o direito e a razão, lastreadas na atividade processual e construídas sob a coordenação de um agente público

⁵⁹³ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001, pp. 3-17 e 40-44. Sobre o conceito de acordos teóricos incompletos e suas vantagens na dinâmica da jurisdição constitucional, ver SUNSTEIN, Cass. *Incompletely theorized agreements*. **Harvard Law Review**, v. 108, n. 7, 1995, pp. 1.733-1.772; GODOY, Miguel Gualano de. *Op. cit.*, 2017, pp. 125-126.

⁵⁹⁴ SUNSTEIN, Cass. *Op. cit.*, 2001, p. 57. Cf. também MENDES, Conrado Hübner. *Op. cit.*, 2011, pp. 122-123; GODOY, Miguel Gualano de. *Op. cit.*, 2017, p. 127.

independente e imparcial. Essa *situação institucional* da jurisdição dá a ela ferramentas valiosas, o que não significa, naturalmente, que os juízes estejam aptos a se pronunciar sobre qualquer coisa, em qualquer sentido, porque a eles faltam outras ferramentas igualmente valiosas. Juízes não têm aptidão, por exemplo, para lançar uma visão sistêmica e responsável sobre o todo da máquina pública (capacidade que é própria do Poder Executivo), nem, tampouco, para assimilar as nuances e complexidades do pluralismo social, acomodando-as de modo a preservar as diferenças em suas mais variadas facetas (competência que cabe, em regra, ao Poder Legislativo). Mas juízes têm um papel fundamental a desempenhar. O exercício adequado da função judicial pode repercutir muito positivamente na dinâmica da democracia, desde que, ao decidir, os julgadores, ao invés de reivindicar um poder que não têm condições de exercer a contento, assumam as fronteiras impostas por suas capacidades institucionais.⁵⁹⁵

No Brasil, a teoria de Sunstein e Vermeule é frequentemente utilizada como uma referência meramente retórica, sem nenhuma clareza com relação às suas possibilidades e aos seus limites argumentativos.⁵⁹⁶ Na verdade, o que a proposta das capacidades institucionais visa a estabelecer é uma estratégia de raciocínio a respeito do processo decisório levado a cabo por cada instituição. Essa estratégia pressupõe que a separação dos poderes seja compreendida a partir de uma especialização funcional, devendo cada função ser atribuída à esfera de Estado mais bem equipada para desempenhá-la; ainda, que existe sempre um grau de incerteza na distribuição e no exercício dessas funções, e que qualquer tentativa de realizar os fins traçados na Constituição, independentemente da instituição, está sujeita a falhas e desvios, tendo em vista os vieses cognitivos e as limitações de atuação inerentes à realidade institucional; e, por fim, que a escolha da melhor alternativa de decisão para determinado problema seja feita, haja vista o ideal da especialização funcional e o caráter variável e falível das capacidades de cada instituição, à luz das consequências que tal decisão pode produzir. Com essas premissas, Sunstein e Vermeule pregam que, em raciocinando sobre a melhor decisão a ser tomada em determinado caso, os agentes institucionais optem não pela decisão ideal, mas pela melhor decisão possível tendo em conta os custos e os efeitos de cada uma das alternativas de resposta.⁵⁹⁷

⁵⁹⁵ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, 2003, pp. 885-951.

⁵⁹⁶ Ver, por exemplo, o argumento desenvolvido pelo ministro Luiz Fux em Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5468**. Brasília, 30 de junho de 2016.

⁵⁹⁷ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, 2011, pp. 6-50. Ver, ainda, GODOY, Miguel Gualano de. *Op. cit.*, 2017, pp. 139-149; ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”. **Revista Estudos Institucionais**, vol. 2, n. 1, 2016, pp. 192-213.

Essas teorias defendem que os juízes e tribunais devem cumprir suas atividades com *cuidado*, tomando como valiosa uma atuação politicamente estratégica, não no sentido de negar seus objetivos constitucionais, mas no de realizar tais objetivos de modo adequado e efetivo. Lidas à sua melhor luz, tais abordagens buscam otimizar a contribuição do Poder Judiciário à democracia, na medida em que apregoam a necessidade de diálogos interinstitucionais direcionados à realização dos fins da Constituição. Nesse sentido, o aporte de Bickel, Sunstein e Vermeule pode fundamentar práticas dialógicas muito salutares ao funcionamento de órgãos como o Supremo Tribunal Federal.⁵⁹⁸ É interessante perceber, também, como a ideia de que os juízes devem às vezes silenciar, às vezes decidir o mínimo possível e, em todo caso, agir tendo em vista suas capacidades e limitações institucionais pressupõe uma interpretação substancializada da separação dos poderes, uma interpretação muito próxima (apesar de não idêntica) à que adotamos como marco desta tese. Por causa disso, seria perfeitamente viável, mantido o referencial eleito neste trabalho, evocar qualquer uma dessas sugestões teóricas para explicar a responsabilidade do Poder Judiciário para com a deliberação pública e, assim, justificar que a exigência democrática de um estatuto diferenciado e rigoroso da liberdade de expressão judicial é tanto maior quanto mais elevada a posição ocupada pelo juiz na estrutura da jurisdição.

Entretanto, embora sejam úteis à compreensão do problema identificado e da solução proposta neste estudo, as teorias de Bickel, Sunstein e Vermeule não conseguem elucidar por completo a legitimidade das intervenções materiais que o Judiciário, muitas vezes, precisa fazer no debate político. Ainda que Sunstein reconheça a possibilidade de um maximalismo decisório em determinados contextos, sua explanação redundaria em um consequencialismo perigoso – prisma que é incompatível com a premissa de que os juízes devem decidir a partir de um discurso de aplicação do direito, utilizando-se tão somente de argumentos de princípio. Na verdade, é preciso apostar na atitude interpretativa do juiz, tal qual faz Dworkin, pois só assim se torna verdadeiramente possível esclarecer a razão de existência da jurisdição na democracia.⁵⁹⁹ ⁶⁰⁰ Como vimos, a jurisdição existe porque fornece à governança democrática

⁵⁹⁸ Cf., por todos, GODOY, Miguel Gualano de. *Op. cit.*, 2017, cap. 3.

⁵⁹⁹ No mesmo sentido, ver BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Op. cit.*, 2016, pp. 29-69.

⁶⁰⁰ Em razão disso, discordamos da defesa de Miguel de Godoy de que a “perspectiva idealizada do juiz Hércules” deve ser substituída por “outra que leve em conta as reais capacidades de juízes e cortes, bem como os efeitos sistêmicos de sua interpretação e decisão” (2017, p. 143). Na verdade, a perspectiva de Dworkin, embora seja normativa, não é idealizada, porque não implica uma teoria sobre um mundo ideal e fantasioso, mas uma tese de postura interpretativa. Ou seja, Dworkin não defende que o juiz deva sempre, não obstante suas limitações, encontrar a única resposta moralmente correta ao problema analisado, e sim que ao juiz cumpre, invariavelmente, assumir a atitude de alguém que lê o problema concreto a ele submetido em busca de tal resposta. Dizer que Dworkin prega que o juiz precisa ser Hércules constitui uma má compreensão da metáfora – vale frisar, trata-se de uma *metáfora*, isto é, de uma figura de linguagem baseada em uma imagem *contrafactual*. Nenhum juiz é

uma contribuição singular e insubstituível: decisões construídas em um processo orientado pelo contraditório material, fundamentadas na história institucional do direito e na comunidade de princípios, e proferidas por um agente independente e imparcial.

Ocorre que a formulação de Dworkin não se preocupa tanto com o valor de uma articulação dialógica entre o Poder Judiciário e as instituições políticas. Alinhada com a compreensão do direito como integridade, essa preocupação está, no nosso entender, na tese do constitucionalismo democrático, de Reva Siegel e Robert Post.

O argumento de Siegel e Post parte da crítica que a corrente do constitucionalismo popular faz à ideia de supremacia judicial. Segundo os defensores do constitucionalismo popular, a interpretação dos elementos mais fundamentais da Constituição – aquilo que Mark Tushnet chama de “Constituição fina” (*thin Constitution*), que se refere ao conjunto de compromissos básicos que formam um projeto constituinte – só pode ser realizada pelo povo, em um ambiente radicalmente democrático. Caso haja algum desentendimento sobre o significado das normas constitucionais essenciais, é preciso estabilizá-lo e resolvê-lo em um debate aberto com a participação do povo, e não por meio da intermediação especializada de juízes e tribunais. Essa intermediação, embora relevante, não pode implicar a imposição de uma palavra final sobre o sentido da Constituição. A interpretação judicial é mais uma dentre muitas que compõem a discussão pública.⁶⁰¹

Nesses termos, a teoria do constitucionalismo popular oferece uma ressalva poderosa à lógica da supremacia judicial. Todavia, ela se equivoca ao ignorar que o ambiente “radicalmente democrático” em que suas conclusões se baseiam consiste, a rigor, em uma ficção. No mundo contemporâneo, composto por sociedades largas, plurais e complexas, nenhuma maioria é plenamente estável ou mesmo identificável. Assim, nem a decisão tomada pelo Poder Legislativo (ou pelo próprio eleitorado, via plebiscito ou referendo) é propriamente majoritária, nem, tampouco, o provimento do Poder Judiciário é exatamente contramajoritário; ao contrário, o que há é um debate contínuo e multifacetado, uma “babel” de inúmeras vozes que ora se chocam, outrora se acomodam, e assim sucessivamente, ininterruptamente, sem que nenhuma instituição tenha a última palavra sobre a Constituição. Como pontua Barry Friedman, as normas constitucionais são fluidas, e seu texto é aberto e versátil, pelo que toda interpretação

Hércules. Todo juiz é um ser humano, um alguém “de carne e osso”. Dworkin em nenhum momento nega isso. Ao contrário, sua tese é que juízes reais – “de carne e osso” – devem decidir adotando o comportamento de um intérprete que, com honestidade cognitiva, ao mesmo tempo resgatando a história institucional do direito e relendo-a à sua melhor luz, procura a única solução correta para cada controvérsia examinada. Para uma análise da tese de Dworkin, ver FERNANDES, Bernardo Gonçalves A. *Op. cit.*, 2022, pp. 136-138.

⁶⁰¹ TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999, pp. 9-12, 30-31 e 180-ss. Ver também GODOY, Miguel Gualano de. *Op. cit.*, 2017, pp. 98-104.

dessas normas é, necessariamente, contingencial e sujeita a disputas políticas e modificações futuras. Nesse cenário, o que cabe ao Poder Judiciário é *interagir* com os demais atores no debate. Trata-se de um papel importante, pois, empregando as ferramentas que o ordenamento põe à sua disposição, os juízes, especialmente no âmbito de uma corte suprema ou de um tribunal constitucional, podem levantar e conformar argumentos, enfatizar pontos de vista, direcionar, catalisar ou frear inclinações ou tendências discursivas, bem como incluir e chamar a atenção para questões, fomentando a discussão sobre elas.⁶⁰²

Com isso em mente, Siegel e Post sublinham a importância de as instituições do Estado alimentarem, ao invés de esvaziarem, o diálogo sobre a compreensão e a densificação da Constituição. Nessa linha de pensamento, o constitucionalismo democrático traduz uma sugestão de equacionamento institucional da tensão entre uma Constituição rígida e o autogoverno do povo, entre a previsão do devido processo legislativo e dos direitos fundamentais como exigências da democracia e a ideia de que as decisões públicas devem emanar da soberania popular. Levando a sério as ressalvas do constitucionalismo popular à supremacia judicial, porém avançando no sentido de reconhecer ao Poder Judiciário um lugar de mediação entre a vontade do povo e a institucionalidade democrática, Siegel e Post entendem que os juízes têm a função de assegurar, proteger e realizar as condições da democracia, sem poderem, no entanto, encerrar ou esvaziar o lócus de debate coletivo sobre o significado da Constituição. Conforme esclarecem, não existe uma relação de exclusão entre a primazia da soberania popular e uma atuação ativa e substancializada da jurisdição. Quando decide a respeito de determinada questão constitucional, a corte suprema ou o tribunal constitucional lança um *olhar* sobre o tema em jogo – um olhar embasado em argumentos de princípio e, portanto, eloquente e influente, mas um olhar que, uma vez posto no mundo, passa a sujeitar-se a um processo aberto e contínuo de escrutínio e correção. Logo, não há necessariamente um conflito entre o exercício da jurisdição e o funcionamento da política democrática, já que, embora o Judiciário tenha uma voz poderosa e importante no processo de interpretação da Constituição, suas decisões se veem, inevitavelmente, imersas em um ambiente de incessante revisão, podendo ser mudadas no futuro.⁶⁰³

⁶⁰² Cf. FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review*, v. 91, i. 4, 1993, pp. 577-682. Para uma análise dessa teoria, denominada de “constitucionalismo popular mediado”, ver MENDES, Conrado Hübner. *Op. cit.*, 2011, pp. 138-148; FERNANDES, Bernardo Gonçalves A. *Op. cit.*, 2022, pp. 147-151.

⁶⁰³ SIEGEL, Reva; POST, Robert. Democratic constitutionalism. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 25-35. Para uma síntese dos principais argumentos da teoria, ver, ainda, GODOY, Miguel Gualano de. *Op. cit.*, 2017, pp. 128-139; FERNANDES, Bernardo Gonçalves A.; DANTAS, Ingrid Cunha. Constitucionalismo democrático: entre as teorias populares do constitucionalismo e um novo aporte do papel das cortes na democracia. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 64, n. 2, 2019, pp. 61-88.

Em referência ao famoso caso *Roe v. Wade*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a Constituição norte-americana protege o direito da mulher ao aborto,⁶⁰⁴ Siegel e Post argumentam que existe uma interdependência inevitável entre o direito constitucional e a política. O exemplo de *Roe* é emblemático, uma vez que, após a decisão, grupos críticos ao entendimento da Corte passaram a se mobilizar, em níveis múltiplos da política dos Estados Unidos, em busca de estratégias que viabilizassem, inicialmente, desafiar o precedente e, a médio prazo, revertê-lo. De acordo com Siegel e Post, o constitucionalismo democrático sugere o que a vivência constitucional norte-americana tão vividamente demonstra: “que o direito constitucional é um *nomos*, e que a fidelidade a tal *nomos* exige uma articulação que é ao mesmo tempo jurídica e política”.⁶⁰⁵ Essa perspectiva robustece a ideia de que não existe a última palavra sobre o significado da Constituição, mas tão somente *uma* palavra que, interpretando o texto constitucional em dado sentido, põe fim a uma rodada deliberativa e, em havendo contestação, imediatamente inicia uma nova etapa de debate.⁶⁰⁶ A análise da reação política à decisão em *Roe*, publicada por Siegel e Post em 2007, já prenunciava a possibilidade de a Corte em algum momento adotar uma visão constitucional diametralmente oposta a respeito do direito ao aborto. Isso acabou acontecendo em 2022, quando o precedente estabelecido em *Roe* foi superado com o julgamento em *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*.⁶⁰⁷

Em síntese, o diálogo entre o Poder Judiciário e as instituições políticas é não apenas um fator de legitimação da atuação jurisdicional, mas também uma realidade institucional inevitável. Assim, o caráter democrático de uma decisão judicial não é medido pelo silêncio do juiz, nem pelo fato de ele dizer o mínimo possível. A intervenção do Judiciário no debate político é construtiva e democrática quando, enunciando uma resposta moralmente correta ao problema discutido, oferece uma contribuição a esse debate sem pretender encerrá-lo. A responsabilidade dos juízes para com a deliberação pública tem que ver exatamente com isso: o exercício da jurisdição precisa ser capaz de fornecer à democracia um ponto de vista diferenciado sobre as temáticas em disputa na esfera pública, um ponto de vista lastreado em argumentos de princípio, fiel à história institucional do direito e aos princípios de justiça,

⁶⁰⁴ Cf. Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113**. Washington/DC, 1973.

⁶⁰⁵ SIEGEL, Reva; POST, Robert. *Roe* rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, 2007, p. 433, tradução nossa. No original: “Democratic constitutionalism suggests what *Carhart* so vividly illustrates: Constitutional law embodies a *nomos*, and fidelity to that *nomos* demands engagement that is both legal and political.”

⁶⁰⁶ Esta é a tese defendida em MENDES, Conrado Hübner. *Op. cit.*, 2011, caps. 6 e 7.

⁶⁰⁷ Cf. Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U. S.** Washington/DC, 2022.

justeza e devido processo que dão sentido às práticas sociais e institucionais. Como a última palavra jurisdicional sobre o significado da Constituição é dada pela corte suprema ou pelo tribunal constitucional, a responsabilidade de tais órgãos é sensivelmente maior do que a de juízes e tribunais de piso, pois suas decisões afetam mais direta e profundamente o debate político. É justamente por isso que, tal qual escrevemos antes, a obrigação de preservar o contraditório, a imparcialidade e a fundamentação racional e principiológica é tanto maior quanto mais elevada for a posição do juiz na estrutura do sistema de justiça.

O que essa constatação nos diz a respeito do regime da liberdade de expressão judicial? Diz, sobretudo, que a indiscrição de um juiz que integra uma corte suprema ou um tribunal constitucional é mais prejudicial à dinâmica democrática do que a indiscrição de quaisquer outros juízes. Quando um membro da corte suprema ou do tribunal constitucional manifesta publicamente seu pensamento sobre determinado assunto, adiantando seu entendimento a respeito de uma questão constitucional controvertida e, com isso, tomando parte em uma discussão de natureza política, sem a mediação do processo jurisdicional democrático, ele não apenas rompe com o contraditório e a imparcialidade. Ele esvazia, também, o espaço de diálogo interinstitucional, minando a higidez do processo de escrutínio, revisão e correção da decisão da corte na esfera pública.

Vejamos um exemplo. Em 2013, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados entendeu ser constitucional a Proposta de Emenda à Constituição nº 33, a qual estabelecia que as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal seriam revistas pelo Congresso Nacional e, em caso de divergência entre os poderes, submetidas a consulta popular. Apesar desse pronunciamento da CCJ da Câmara, a proposição ainda se encontrava em uma fase relativamente incipiente de discussão e maturação no Congresso. Não obstante isso, o ministro Gilmar Mendes disse a jornalistas que, se a PEC fosse aprovada, seria melhor fechar o Supremo. “Não há nenhuma dúvida, ela é inconstitucional do começo ao fim, de Deus ao último constituinte que assinou a Constituição”, afirmou Mendes. “É evidente que é isso. Eles rasgaram a Constituição. Se um dia essa emenda vier a ser aprovada, é melhor que se feche o Supremo Tribunal Federal. É disso que se cuida.”⁶⁰⁸ Após essa fala (mas não necessariamente por causa dela), a tramitação legislativa da proposta estagnou.⁶⁰⁹

⁶⁰⁸ OLIVEIRA, Mariana. Se PEC 33 passar, “melhor que se feche o Supremo”, diz Gilmar Mendes. **G1 Política**. Matéria de 25 de abril de 2013. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/se-pec-33-passar-melhor-que-se-feche-o-supremo-diz-gilmar-mendes.html>. Acesso em 6 de outubro de 2021.

⁶⁰⁹ Diego Arguelhes e Leandro Ribeiro fazem referência a esse caso como sendo uma sinalização de decisão futura. Ver em ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Op. cit.*, 2015, pp. 133-134; ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o supremo tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. **Novos Estudos Cebrap**, v. 37, n. 1, 2018, p. 22.

O discurso de Gilmar Mendes não é problemático em razão de seu conteúdo crítico, até porque, na época, houve inúmeras vozes, dentro e fora da academia jurídica, que se levantaram em censura à PEC nº 33. O problema está no fato de o emissor da opinião ser ministro do STF. Como existia a possibilidade real de a proposta, uma vez aprovada, ser controlada no Supremo, a manifestação pública de Mendes implicou uma antecipação monológica do voto que ele decerto proferiria em um futuro julgamento. Só que, prolatado a jornalistas, esse voto foi exarado sem a mediação discursiva do processo, sem o constrangimento dos argumentos e contra-argumentos dos sujeitos processuais e sem o balanceamento da colegialidade. Quando Mendes decretou, solitariamente, que a PEC era inconstitucional, ele menosprezou tanto o potencial deliberativo do processo democrático de controle judicial de constitucionalidade, quanto as opiniões que os outros ministros do Supremo Tribunal Federal construiriam no decorrer desse processo. Essa atitude prejudicou, de antemão, a abertura de um possível futuro pronunciamento do Supremo a respeito da matéria, esvaziando, por conseguinte, o diálogo institucional e social que talvez se estabelecesse a partir desse pronunciamento. Fosse a PEC nº 33 constitucional ou não, estorvar o debate público sobre ela significou trilhar um caminho nocivo à democracia.

A fala de um ministro do STF tem um impacto maior e mais longo na deliberação política do que a de qualquer outro integrante do Poder Judiciário no Brasil. Os ministros não podem, portanto, opinar sobre problemas da realidade política como se fossem parlamentares ou jornalistas. Em publicizando livremente suas opiniões a respeito de fatos do cotidiano político, os juízes do Supremo acabam trazendo a praça para dentro da corte, embaçando a separação fundamental entre esses dois lugares de fala institucional. Isso desnatura a própria corte – o que é um problema enorme, pois, como já dissemos, a corte só existe como lugar discursivo autônomo na medida em que contribui, à sua maneira especial, com a deliberação que acontece na praça. Ao se transformar em uma nova praça, a corte perde não apenas sua capacidade de colaborar com o debate público, mas também, e sobretudo, sua razão de existir.

3.2.4 Observação sobre o acórdão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367, o Supremo declarou a constitucionalidade do CNJ, órgão estabelecido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004,

para fazer o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. A ação foi ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros sob a alegação de que a criação do Conselho, além de resultar de processo legislativo que não respeitou o rito especial para a aprovação de emendas constitucionais (art. 60, § 2º, da Constituição), violava as cláusulas pétreas da separação dos poderes e da forma federativa de Estado.

Em seu voto, o relator da matéria, ministro Cezar Peluso, explica que, não obstante suas próprias ressalvas pessoais com relação à concepção e à composição do CNJ,⁶¹⁰ não se vislumbrava nenhuma inconstitucionalidade na opção feita pelo legislador constituinte derivado. A explanação de Peluso centra-se na discussão sobre a possibilidade de um órgão de composição híbrida (isto é, composto de juízes e não juízes), cujos integrantes fossem, em sua maioria, nomeados pelo presidente da República, após aprovada a escolha pela maioria do Senado Federal, realizar o controle do Poder Judiciário.⁶¹¹ O estabelecimento de tal instituição representaria uma afronta à independência da jurisdição? Segundo Peluso, ser independente nunca significou estar imune de controle. Além disso, ao CNJ não foi dado desempenhar nenhuma função estritamente jurisdicional, circunstância que, no entender do ministro, assegura a preservação da independência dos juízes no desempenho da função para a qual se exige que eles sejam independentes: decidir os conflitos sociais que lhes são submetidos. Nesse ponto, Peluso desenvolve uma ideia interessante: a independência do Judiciário não se revela como um valor em si mesmo, mas um princípio instrumental que visa a propiciar a imparcialidade do juiz. Ou seja, o que de fato importa na democracia é o juiz ser imparcial – é ele decidir de modo isonômico, observando o princípio da igualdade, sem se deixar pender previamente para nenhum dos lados da demanda, tampouco se permitir conduzir, em sua análise do litígio, por sua própria subjetividade, por interesses, preferências, visões ou opiniões que

⁶¹⁰ É interessante a maneira como Cezar Peluso enuncia que, embora pessoalmente discorde dos contornos dados ao CNJ, sua decisão se pauta em uma interpretação da normativa constitucional: “Eu próprio jamais escondi oposição viva, menos à necessidade da ressurreição ou criação de um órgão incumbido do controle nacional da magistratura, do que ao perfil que se projetava ao Conselho e às prioridades de uma reforma que, a meu sentir, andava ao largo das duas mais candentes frustrações do sistema, a marginalização histórica das classes desfavorecidas no acesso à Jurisdição e a morosidade atávica dos processos. Não renuncio às minhas reservas cívicas, nem me retrato das críticas pré-jurídicas à extensão e à heterogeneidade da composição do Conselho. Mas isso não podia impedir-me, como meus sentimentos e predileções pessoais não me impediram nunca, em quatro lustros de ofício jurisdicional, de, atento à velha observação de Cardozo, ter “aberto os ouvidos sacerdotais ao apelo de outras vozes”, ciente de que “as palavras mágicas e as encantações são tão fatais à nossa ciência quanto a quaisquer outras”. Julgo a causa perante a Constituição da República”. Ver em Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367**. Brasília, 13 de abril de 2005, p. 8.

⁶¹¹ As alegações de inconstitucionalidade formal e de violação à forma federativa do Estado são, igualmente, rejeitadas pelo ministro. Todavia, dado o escopo deste trabalho, nossa análise se limita à discussão sobre separação dos poderes e independência do Poder Judiciário.

não decorram de sua leitura do direito e da busca pela única resposta correta ao problema examinado. A independência da justiça é um postulado de importância inestimável, mas não por traduzir ela mesma um fim da democracia; isso é assim, na verdade, tão somente porque é de importância inestimável a imparcialidade judicial, a qual a independência proporciona e assegura. De acordo com Peluso, “[e]stá nisso, no valor político supremo da imparcialidade dos juízes e tribunais, o critério decisivo da estima da compatibilidade do Conselho Nacional de Justiça com todas as provisões constitucionais de um Judiciário independente”.⁶¹²

Esse é um argumento que interessa muito a esta tese, na medida em que possibilita olhar as garantias e prerrogativas da magistratura como instrumentos próprios ao cargo judicial, e não como direitos inerentes às pessoas dos juízes. O juiz não é vitalício e inamovível, nem faz jus a um subsídio irredutível, ao fato de essas coisas lhe *pertencerem*; quando é aprovado em concurso público de provas e títulos e, em sendo nomeado, é empossado como magistrado, o sujeito não *conquista*, como direito *seu*, um *status* que lhe dê acesso às garantias que acompanham o ofício judicial. Na verdade, a vitaliciedade, a inamovibilidade, a irredutibilidade de subsídio e quaisquer outras regras que, protegendo interesses do juiz, visem a estabelecer sua independência face a interferências externas constituem mecanismos de realização da sua imparcialidade, os quais têm por objetivo não atender a interesses subjetivos, e sim promover um processo jurisdicional participativo, efetivo e justo. Qual pontua Mauro Cappelletti, “a independência não é senão o meio dirigido a salvaguardar outro valor – conexo certamente, mas diverso e bem mais importante do que o primeiro – ou seja, a imparcialidade do juiz”. Isso significa que o valor verdadeiro, o valor a que a Constituição da República de fato aspira, o “valor final – a essência ou a natureza, por assim dizer – da função judiciária é, portanto, que a decisão seja tomada por um terceiro imparcial, *tertius super partes*, depois que as partes tenham tido a possibilidade de apresentar e defender o seu caso”.⁶¹³

No tocante à fiscalização do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, competência que a EC nº 45 conferiu também ao CNJ, Cezar Peluso assevera que não existe nenhuma incompatibilidade entre a independência da jurisdição e a necessidade de os magistrados, na qualidade de agentes públicos, prestarem contas de sua atuação. O Poder Judiciário independente não pode ser uma instituição insular, isolada da realidade político-democrática. É essencial que os juízes se sujeitem a um controle mínimo de seus atos, até

⁶¹² Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367**. Brasília, 13 de abril de 2005, p. 30.

⁶¹³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 32.

porque, no regime republicano, a autonomia funcional da magistratura deve implicar, em primeiro lugar, um lugar de responsabilidade. Ademais, instrumentos de responsabilização, quando acionados, precisam ser mais do que uma mera formalidade. A esse respeito, Peluso afirma, de forma surpreendente, que “é coisa notória que os atuais instrumentos orgânicos de controle ético-disciplinar dos juízes, porque praticamente circunscritos às corregedorias, não são de todo eficientes, sobretudo nos graus superiores de jurisdição”.⁶¹⁴ Nesse sentido, face à ineficiência dos expedientes então existentes para a responsabilização de juízes por desvios ético-profissionais, mostrava-se não apenas constitucionalmente viável como politicamente meritório reforçar o ferramental de controle do cumprimento pela magistratura de seus deveres funcionais.

Dizemos, no entanto, que a fala de Cezar Peluso é surpreendente, vez que, apesar de reconhecer que a responsabilização ética é ineficiente sobretudo quanto a juízes de posição mais elevada, ele acrescenta, no fim de seu voto, uma conclusão decisória que é, no nosso entender, inconciliável com esse reconhecimento. Entre diversas mudanças na estrutura do Poder Judiciário, a EC nº 45 estabeleceu que compete ao Supremo processar e julgar, originariamente, as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público. Falando sobre o STF, Peluso escreve que não se pode “alimentar nenhuma dúvida a respeito da posição constitucional de superioridade absoluta desta Corte, como órgão supremo do Judiciário e, como tal, armado de preeminência hierárquica sobre o Conselho, cujos atos e decisões, todos de natureza só administrativa, estão sujeitos a seu incontestável controle jurisdicional”.⁶¹⁵ Com base nisso, citando um comentário doutrinário feito por Sérgio Bermudes, Peluso conclui que, como o Supremo é controlador do CNJ, não pode ser controlado por ele. Na ementa do acórdão, a tese sobre esse aspecto da decisão ficou redigida da seguinte maneira: “O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito”.

Ou seja, o entendimento fixado é de que o CNJ é constitucional, porém não exerce nenhum controle sobre o STF.

Uma segunda prova de fogo por que o Conselho precisou passar se deu com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4638, em que se debateu a constitucionalidade de inúmeros dispositivos da Resolução nº 135 do CNJ, de 2011, que dispõe

⁶¹⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367**. Brasília, 13 de abril de 2005, p. 33.

⁶¹⁵ *Ibid.*, p. 58.

sobre o procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados, acerca do rito e das penalidades. Novamente por iniciativa da AMB, a ação foi proposta contra a interpretação dada pelo Conselho à sua competência de fiscalizar o comportamento ético-disciplinar dos magistrados. Para pessoas que acompanham a atuação do CNJ, a discussão travada nessa ADI, mais até do que o debate sobre a constitucionalidade da criação do órgão, representou o desafio mais importante da história da instituição.⁶¹⁶ No fim das contas, o Supremo decidiu favoravelmente à maioria das compreensões que embasam os dispositivos da Resolução nº 135, inclusive o art. 12, que estabelece a competência originária e concorrente do Conselho para instaurar processos administrativos disciplinares e aplicar quaisquer penalidades previstas em lei contra membros do Poder Judiciário. Isso quer dizer que, na avaliação do STF, o Conselho pode, originariamente, abrir inquéritos e deflagrar procedimentos disciplinares contra juiz, ainda que a corregedoria do tribunal a que o magistrado esteja vinculado tenha permanecido inerte.⁶¹⁷

Ao confirmar a autonomia do CNJ, o STF interpretou o art. 103-B da Constituição da República à sua melhor luz, sinalizando que há um valor autônomo, que o constituinte derivado escolheu realizar, na existência de uma instituição independente de controle do desempenho financeiro, administrativo e ético do Poder Judiciário. Entretanto, a compreensão de que o Supremo está fora da órbita de fiscalização do Conselho é de todo questionável. Sob o ponto de vista semântico, ainda que o STF tenha competência para revisar os atos e as decisões exaradas pelo CNJ, nada no texto da Constituição aponta que os ministros devam ficar à margem do sistema de responsabilidade ético-disciplinar. Peluso diz que, se o Supremo controla o Conselho, não pode ser controlado por ele, mas tal raciocínio está equivocado, pois é perfeitamente possível que as instituições se controlem mutuamente. Qual é, afinal, o impedimento constitucional de o CNJ controlar a atividade de um ministro, no que diz respeito ao cumprimento de seus deveres funcionais, e de esse ministro, caso o queira, levar a decisão de controle à apreciação ulterior do STF? Ainda que o Supremo tenha a última palavra sobre o expediente de controle, a atuação do Conselho na vigilância dos ministros pode funcionar como um fator de fortalecimento da institucionalidade democrática, constringendo o tribunal a dispensar mais respeito à colegialidade e à discricção.

⁶¹⁶ Cf. MELO, Jeferson; HERCULANO, Lenir Camimura; MONTENEGRO, Manuel Carlos. Em 2012, CNJ superou teste de constitucionalidade no STF. **Agência CNJ de Notícias**. Matéria de 8 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/em-2012-cnj-superou-teste-de-constitucionalidade-no-stf/>. Acesso em 26 de abril de 2022.

⁶¹⁷

Ademais, o descumprimento de deveres éticos é um problema tanto maior quanto mais elevada é a posição jurisdicional ocupada pelo juiz transgressor. Em sua decisão na ADI nº 3367, o STF chancela um cenário injusto, pois sujeita os juízes e tribunais nacionais ao escrutínio do CNJ, porém poupa justamente os magistrados que mais atenção devem ter quanto a suas obrigações especiais: seus próprios ministros.

3.3 Poder Judiciário e erosão constitucional

Se a posição do juiz na estrutura da jurisdição faz diferença, sendo tanto mais grave o impacto negativo da indiscrição quanto mais elevado o posto ocupado pelo magistrado indiscreto, então o cenário brasileiro de controle da verborragia judicial evidencia um sério problema. Além do fato de os juízes brasileiros estarem demasiado expostos às intempéries midiáticas e às sazonalidades políticas, é igualmente problemática a circunstância de o sistema punitivo-disciplinar dispensar um tratamento muito seletivo à indiscrição judicial. Aqueles que mais deveriam se comportar com cautela, reserva e temperança, que são os ministros dos tribunais superiores, especialmente do STF, são precisamente os que, embora estejam a todo tempo dando entrevistas, participando de programas jornalísticos ou simplesmente opinando sobre fatos da vida política, seguem imunes a qualquer tipo de responsabilização. Ou seja, os juízes que mais devem são exatamente os que menos pagam. Embora essa conjuntura não seja uma peculiaridade brasileira, existindo também (e com intensidade equivalente) em sistemas tidos por “desenvolvidos”, causa espanto o fato de nenhum ordenamento ter até hoje buscado alguma maneira de equacionar essa seletividade qualificada com que se aplica o código ético-comportamental da judicatura.

Dizemos que a seletividade é *qualificada*, porque a forma como o CNJ enfrenta a indiscrição dos juízes brasileiros é seletiva não só sob um ponto de vista político-ideológico. A seletividade segundo a ideologia política existe, variando de grau a depender do contexto, porém o que mais perturba a higidez constitucional da jurisdição é a seletividade posicional da reação sistêmica, uma seletividade que é qualificada, pois visa a garantir a manutenção de um *status quo* baseado em relações de poder. Tal qual está posto, o sistema perpetua injustiças, uma vez que autoriza os mais poderosos (que, precisamente por conta do poder que possuem, têm uma responsabilidade ético-profissional maior) a interagirem com a mídia e a participarem da arena política com liberdade (quase) total, ao passo que impõe aos juízes de posição menos

elevada – ao “chão de fábrica” da jurisdição – um estatuto limitativo e rígido de expectativas de conduta.

Isso aumenta a gravidade do problema. Um quadro institucional de intensa exposição pública por parte dos magistrados é por natureza um desvio no projeto plasmado na Constituição da República. Todavia, quando aqueles que ocupam as posições mais elevadas na estrutura da jurisdição – responsáveis últimos pela integridade da contribuição especial que o Poder Judiciário fornece à governança democrática – são os que mais se envolvem com a mídia e a política, e ainda por cima impunemente, é maior o risco de o sistema sofrer, mesmo sem perpassar por nenhuma crise, um apodrecimento paulatino de seus padrões constitucionais. Isso acontece, porque uma realidade institucional marcada pela indiscrição judicial crônica – uma indiscrição que, nas esferas mais poderosas, é *cronicamente* autorizada – leva a um esvaziamento, ainda que gradual, das particularidades discursivas que fundamentam a existência do Poder Judiciário como núcleo decisório independente no Estado Democrático de Direito, resultando em um aminguamento da confiabilidade da instituição – e, por consequência, de sua legitimidade.

3.3.1 Emilio Meyer e a erosão constitucional no Brasil

Na última década, o tema da corrosão da democracia tem despertado uma atenção crescente. Estudos recentes apontam que, desde meados dos anos 2000, inúmeros Estados vêm experimentando um retrocesso de seus padrões democráticos para práticas de inclinação autoritária. Em sistemas não democráticos, o diagnóstico indica uma intensificação do autoritarismo e uma aceleração do desfazimento de tentativas de implantação da democracia. A tendência foi captada, também, em regimes considerados democráticos, pois se verificou um declínio da qualidade democrática tanto em democracias mais jovens quanto em regimes já consolidados.⁶¹⁸ A essa inclinação de perda da estabilidade e do vigor da democracia em Estados nos quais o sistema se via ou em sedimentação ou já sedimentado deu-se o nome de “decadência democrática”.⁶¹⁹

⁶¹⁸ DIAMOND, Larry. Facing up to the democratic recession. **Journal of Democracy**, vol. 26, n. 1, 2015, pp. 141-142.

⁶¹⁹ DALY, Tom G. Diagnosing democratic decay. In: Gilbert & Tobin Centre of Public Law. **Comparative Constitutional Law Roundtable**. Sidney: University of New South Wales, 2017, p. 2. Ver, ainda, DALY, Tom G. Democratic decay: conceptualising an emerging research field. **Hague Journal on the Rule of Law**, vol. 11, 2019, pp. 9-36.

Larry Diamond escreve que, após muitos anos de ampliação e aprofundamento dos padrões democráticos em inúmeros lugares do mundo, teve início um processo de regressão autoritária. Segundo ele, “a democracia tem estado em recessão global desde 2006, e existe um elevado perigo de essa recessão intensificar-se, culminando em algo pior”.⁶²⁰ Entretanto, o diagnóstico não revela uma quebra irreversível, pois, dentre as características dessa nova tendência de perda da vitalidade democrática, sobressai o fato de os processos regressivos serem lentos, graduais e cumulativos, levando a um apodrecimento paulatino dos parâmetros democráticos, mas sem um rompimento drástico ou definitivo com a democracia. Isso permite a conclusão de que a onda democratizante deflagrada nos anos 1970 não se reverteu por completo. De acordo com Diamond, é especialmente significativo o fato de, na maior parte dos Estados em recessão democrática, o apoio ao ideal democrático permanecer forte. Ademais, as alternativas autoritárias veem-se igualmente mergulhadas em instabilidades e crises. Nas palavras de Diamond, “[a] democracia pode estar regredindo na prática, mas continua globalmente ascendente como um valor e uma aspiração. Isso cria novas oportunidades para o crescimento democrático.”⁶²¹

Não obstante esse otimismo, após a publicação do trabalho seminal de Diamond em 2015, a recessão democrática recrudesceu tanto em escala quanto em grau. Em 2018, foram publicados os livros *How democracies die*, de Steven Levitsky e Daniel Ziblatt,⁶²² *The road to unfreedom*, de Timothy Snyder,⁶²³ e *How fascism works*, de Jason Stanley,⁶²⁴ todos contendo análises sobre o enfraquecimento da democracia no mundo, os quais se tornaram muito populares junto a um público não especializado e, assim, ajudaram a disseminar a perspectiva da decadência democrática em uma esfera mais ampla de debate. A eleição de Donald Trump como presidente dos Estados Unidos, a decisão do Reino Unido de sair da União Europeia e a ascensão do conservadorismo e da extrema direita em países da Europa e da América Latina fizeram despertar o interesse de estudiosos e cidadãos, em variadas partes do globo, por examinar as nuances, possibilidades e limitações desse novo momento de alastramento da mentalidade autoritária.

⁶²⁰ DIAMOND, Larry. *Op. cit.*, p. 153, tradução nossa. No original: “Democracy has been in a global recession for most of the last decade, and there is a growing danger that the recession could deepen and tip over into something much worse.”

⁶²¹ *Ibid.*, p. 154, tradução nossa. No original: “Democracy may be receding somewhat in practice, but it is still globally ascendant in peoples’ values and aspirations. This creates significant new opportunities for democratic growth.”

⁶²² LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **How democracies die**. New York: Crown, 2018.

⁶²³ SNYDER, Timothy. **The road to unfreedom: Russia, Europe, America**. New York: Tim Duggan Books, 2018.

⁶²⁴ STANLEY, Jason. **How fascism works**. New York: Random House, 2018.

Uma preocupação importante dos autores empenhados em dar prosseguimento à discussão foi, já no princípio, delimitar um conceito minimamente abrangente de democracia. Essa inquietude fica clara na obra *How to save a constitutional democracy*, de Tom Ginsburg e Aziz Huq, em que se esclarece como democrático o regime no qual são praticadas eleições periódicas, universais e justas; estão protegidos direitos e liberdades básicas; funcionam autonomamente instituições de representação da pluralidade popular e de controle das atividades políticas; e o respeito à Constituição e às leis assegura que as ações do Estado sejam públicas, estáveis e previsíveis.⁶²⁵ Essa concepção supõe a democracia para além de uma perspectiva substancial reduzida à regra da maioria ou de uma visão procedimental encerrada na ocorrência de pleitos eleitorais.⁶²⁶ Não basta que eleições sejam regularmente realizadas, nem, tampouco, que as decisões coletivas sigam o princípio majoritário; é essencial, em acréscimo a esses elementos, que as minorias sociais e políticas sejam protegidas e respeitadas, e que os direitos fundamentais, os processos representativos e as práticas institucionais garantam a cada minoria a possibilidade de quem sabe um dia se tornar a maioria.⁶²⁷

Para Ginsburg e Huq, do ponto de vista da ordem constitucional, o declínio democrático pode acontecer de duas maneiras distintas: via “reversão autoritária”, o que se dá quando, por meio de um golpe de Estado, o sistema democrático é rapidamente desfeito, ou por meio de um “retrocesso constitucional”, que corresponde a um processo incremental e progressivo de esfacelamento e deterioração dos predicados básicos da democracia. Esses predicados são a realização de pleitos eleitorais competitivos, a proteção das liberdades de expressão e associação e a preservação do Estado de Direito e do devido processo legal. Em democracias consolidadas ou em consolidação que apresentem algum grau de estabilidade institucional, ainda que o risco de uma reversão autoritária seja baixo, o retrocesso constitucional constitui um perigo real, podendo se dar de maneiras muito variadas e sutis, seja por meio de emendas constitucionais, pela eliminação de pequenos mecanismos de controle do poder, mediante o fortalecimento contingencial do Poder Executivo, por meio do esvaziamento ou da manipulação da esfera de debate público, ou pela redução da competitividade política.⁶²⁸ O desgaste lento e sequencial dos padrões constitucionais é um processo baseado em um acúmulo de perdas: ainda que a maioria da sociedade não sinta cada passo dado para trás, o percurso trilhado em

⁶²⁵ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. **How to save a constitutional democracy**. Chicago: The University of Chicago Press, 2020, pp. 6-33.

⁶²⁶ DALY, Tom G. *Op. cit.*, 2017, p. 3.

⁶²⁷ Ver a fala de Emilio Meyer em RIBEIRO, Deivide; VIANA, Igor; MEYER, Emilio Peluso Neder; PAULINO, Lucas Azevedo. **Podcast Mas e se? #5: erosão democrática**. Belo Horizonte, 27 de junho de 2019.

⁶²⁸ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. *How to lose a constitutional democracy*. **University of California Los Angeles Law Review**, n. 65, 2018, pp. 113-114.

retrocesso pode significar um recuo importante para parâmetros menos democráticos, com prejuízos significativos a práticas institucionais e direitos básicos anteriormente conquistados.

Segundo Tom Daly, o modelo analítico proposto por Ginsburg e Huq é útil, uma vez que possibilita analisar os caminhos da decadência democrática em suas mais variadas nuances e sutilezas. Por exemplo, diferentemente da reversão autoritária, o retrocesso constitucional não almeja a implementação de um regime ditatorial, mas um sistema híbrido que, embora institucionalize ferramentas de cunho autoritário, mantém uma estrutura e um funcionamento de aparência democrática, para fins de legitimação do arbítrio. Nesse sentido, processos de retrocesso constitucional podem ser mais atrativos a governantes de índole autoritária, já que propiciam a conservação de uma imagem palatável ao regime híbrido e ao mesmo tempo promovem mudanças potencialmente drásticas contra as quais os segmentos sociais têm menos condições de oferecer alguma resistência.⁶²⁹

Tal processo de degradação, compreendido como um apodrecimento paulatino do arquétipo constitucional, é deflagrado e catalisado sobretudo por quatro ocorrências: a polarização política exagerada, o esvaziamento da confiança nas instituições democráticas, a acentuação da desigualdade econômico-social e a emergência de eventos desastrosos na administração da coisa pública.⁶³⁰ Diferentemente de crises pontuais, a erosão dos padrões constitucionais se dá em uma perspectiva de médio prazo, uma vez que traduz um encadeamento de fatores que se somam, culminando em um progressivo esgotamento da fidelidade e da fé na narrativa e nos compromissos constitucionais.⁶³¹

Partindo de um ponto de vista similar, Emilio Meyer se propõe a analisar o processo de esgarçamento e deterioração dos padrões constitucionais no Brasil recente.⁶³² Seu estudo começa diferenciando os conceitos de crise constitucional e de erosão constitucional – diferenciação que ecoa a distinção concebida por Ginsburg e Huq entre reversão autoritária e retrocesso constitucional, porém avança na assimilação da teoria da identidade do sujeito constitucional, de Michel Rosenfeld. Segundo Meyer, a crise constitucional é um episódio ou contexto de inflexão em uma Constituição, o qual resulta ou em um rompimento com o sistema

⁶²⁹ DALY, Tom G. *Op. cit.*, 2017, pp. 4-5.

⁶³⁰ BALKIN, Jack. *Op. cit.*, 2018a, pp. 13-28; BALKIN, Jack. Constitutional rot. In: SUNSTEIN, Cass (ed.). **Can it happen here?: authoritarianism in America**. New York: Dey Street Books, 2018b.

⁶³¹ BALKIN, Jack. The recent unpleasantness: understanding the cycles of constitutional time. **Indiana Law Journal**, n. 94, 2019, pp. 253-330. Ver também: BALKIN, Jack; LEVINSON, Sanford. **Democracy and dysfunction**. Chicago: University of Chicago Press, 2019, sobretudo capítulos 3 e 4.

⁶³² Além do livro *Constitutional erosion in Brazil*, o raciocínio que desenvolvemos neste ponto da tese se aproveita, ainda, das resenhas elaboradas por David Gomes e Tom Daly. Cf. GOMES, David Francisco Lopes. Emilio Meyer, constitucionalismo e autoritarismo: sobre *Constitutional Erosion in Brazil*. **Cadernos da Escola do Legislativo**, v. 23, n. 40, 2021, pp. 201-222; DALY, Tom G. Capturing the complexity of constitutional erosion and resilience in Brazil. **Suprema – Revista de Estudos Constitucionais**, v. 2, n. 1, 2022, pp. 479-494.

vigente, ou em uma completa transformação da dinâmica constitucional até então praticada. Erosão constitucional, por outro lado, é um processo temporalmente mais longo de tensionamento de um projeto constitucional, a partir de conjunturas sobrepostas de enfrentamento da institucionalidade que, embora não culminem em uma ruptura com a ordem em vigor, minam, paulatinamente, a capacidade da Constituição de canalizar as contendas políticas e de realizar seus objetivos básicos.⁶³³

A perspectiva de conjugar a categorização pensada por Ginsburg e Huq à ideia de identidade do sujeito constitucional é interessante, porque, qual pretende Meyer, ela permite pensar a potencialidade analítica das categorias (crise constitucional e erosão constitucional) sem forçar às diferentes realidades institucionais um modelo estanque e monolítico. A ideia de erosão – que, mais do que democrática, é constitucional, já que atrelada a uma experiência constitucional específica – não pode ser pensada como uma “receita de bolo”. Muitos estudiosos, olhando para o que se passava em outros lugares, diziam que o Brasil não vivia o mesmo processo de decadência democrática. O problema desse raciocínio é que ele pressupõe uma ideia homogênea de democracia liberal, sem levar em conta as particularidades inerentes a cada sistema constitucional. Analisar a erosão constitucional é uma tarefa complexa, porque exige examinar uma série de fatores, inclusive históricos; daí a opção por raciocinar os processos de deterioração dos padrões constitucionais de um dado sistema à luz da sua identidade constitucional – da identidade do sujeito constitucional que, como explica Rosenfeld, é um sujeito desenhado, moldado e reconstruído na história constitucional, o qual estabelece, no marco de um constitucionalismo conectado ao pluralismo que constitui a sociedade, relações múltiplas, complexas e complementares com outras identidades sociais.⁶³⁴

Tendo isso em vista, Emilio Meyer defende a tese de que, a partir de 2014, o Brasil tem vivido um processo gradual e acumulativo de erosão da sua identidade constitucional. A lógica de um sujeito constitucional brasileiro (ou de um constitucionalismo brasileiro) é apresentada como uma ideia em aberto, lastreada na tensão entre experiência e expectativa, a qual evoca ao mesmo tempo violência e esperança, autoritarismo e emancipação. Meyer sustenta que, afetado pelas manifestações populares que arrastaram o país em 2013, o sistema político-constitucional no Brasil passou a caminhar, alimentado por fatores diversos, na contramão do projeto constituinte de estabilidade institucional e justiça social. São eventos marcantes nesse caminho: a contestação judicial apresentada pelo PSDB contra o resultado das eleições presidenciais de 2014, o *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, uma série de decisões tomadas pelo

⁶³³ MEYER, Emilio Peluso Neder. *Op. cit.*, 2021, pp. 6-10.

⁶³⁴ ROSENFELD, Michel. *Op. cit.*, 2010, pp. 18-27.

Supremo Tribunal Federal decretando a perda do mandato ou a prisão de parlamentares, os processos na operação “lava-jato”, e a vitória de Jair Bolsonaro no pleito eleitoral de 2018. Durante o governo Bolsonaro, a narrativa do autoritarismo – uma narrativa contrária à institucionalidade democrática construída à luz da Constituição de 1988 – é recolocada no epicentro da arena política nacional; os militares retornam à cúpula do Estado, passando a ocupar posições de liderança estratégica, e os embates contínuos e crescentes entre os poderes, sobretudo entre o Palácio do Planalto e o Supremo Tribunal Federal, põem à prova a capacidade da ordem constitucional de conter e canalizar os conflitos políticos.⁶³⁵

Esse percurso mostra um avanço progressivo da corrosão dos padrões constitucionais. Contudo, embora o início dos eventos erosivos remonte à última década, as origens da desconfiança autoritária para com a democracia brasileira são mais antigas. Meyer explica que o fim da ditadura civil-militar que vigorou no país entre 1964 e 1985 levou a uma transição incompleta para a democracia, sobretudo em razão de a Lei de Anistia de 1979 (que, segundo entendeu o STF em 2010, foi recepcionada pela Constituição) ter, durante todo esse tempo, impossibilitado que os agentes do regime autoritário responsáveis por graves violações de direitos fossem devidamente responsabilizados. A perpetuação da impunidade, com a chancela do Supremo, foi o que viabilizou o regresso dos militares ao governo federal – ou seja, a ratificação judicial da interpretação de que a anistia de 1979 foi ampla, geral e irrestrita constituiu um elemento crucial na preservação, na esfera pública pós-1988, de práticas e inclinações antidemocráticas.⁶³⁶

O papel do Poder Judiciário na erosão constitucional é um aspecto central da descrição que Meyer faz da realidade político-jurídica no Brasil recente. Nesse ponto, sua análise se divide em dois principais argumentos. Meyer sustenta, primeiro, que, embora a Constituição da República reconheça a importância de uma magistratura forte e independente, conferindo aos juízes uma série de garantias e prerrogativas indispensáveis ao exercício efetivo da jurisdição democrática, esse reconhecimento acaba por colateralmente alimentar tendências de autopromoção clientelista e patrimonialista da corporação judicial, cenário que tem criado um abismo social, econômico e cultural entre a “casta” dos magistrados e a população brasileira – abismo que repercute no modo como os juízes decidem.⁶³⁷ Adicionalmente, Meyer argumenta que os juízes e tribunais brasileiros, ao mesmo tempo que contribuíram para um número de avanços na proteção dos direitos fundamentais e na realização do projeto de Estado Social

⁶³⁵ MEYER, Emilio Peluso Neder. *Op. cit.*, 2021, pp. 14-20.

⁶³⁶ *Ibid.*, pp. 24-51.

⁶³⁷ *Ibid.*, pp. 79-102.

instituído na Constituição, têm fomentado crises político-institucionais e degradado o devido processo legal ao proferir decisões que, ignorando a incumbência de estabelecer soluções em atenção à história institucional do direito e aos princípios que orientam as práticas sociais, baseiam-se em argumentos de política, violando frontalmente o texto constitucional. Isso significa que a magistratura brasileira tem atuado, de forma determinante, em prol do embaçamento da separação entre direito e política.⁶³⁸

Com relação a esse segundo argumento, é relevante sublinhar a ênfase que Meyer atribui à politização da justiça, fenômeno que, segundo ele, se evidencia tanto na invasão ativista de espaços anteriormente ocupados pelas instituições políticas, quanto na maneira omissa e condescendente com que o Judiciário muitas vezes permite a continuidade de situações flagrantemente inconstitucionais. Sobre a hipótese da usurpação judicial da esfera de outros poderes, Meyer cita o caso da prisão do senador Delcídio do Amaral, decretada pelo STF a despeito do previsto no § 2º do art. 53 da Constituição da República, que estabelece que, desde a diplomação, os membros do Congresso Nacional só poderão ser presos em flagrante de crime inafiançável.⁶³⁹ Quanto aos casos de inação do Judiciário frente a práticas de violação contra o espírito constitucional, é citado como principal exemplo o *impeachment* de Rouseff: nas palavras de Meyer, “não houve nenhuma preocupação [por parte sobretudo do Supremo Tribunal Federal] com relação ao fato de o processo de *impeachment* estar sendo distorcido para funcionar como uma moção de desconfiança, borrando as distinções entre direito e política e entre os sistemas presidencialista e parlamentarista”.⁶⁴⁰ Ou seja, ao deixar que um processo tão gravosamente desviado do arranjo institucional previsto na Constituição acontecesse, o Supremo contribuiu com o agravamento do declínio democrático. Para Meyer, ambas as formas de deturpação da atividade jurisdicional, uma ativa e outra passiva, colaboram para a corrosão da confiança nas instituições democráticas e para o comprometimento da higidez e da operabilidade dos postulados da separação dos poderes, do Estado de Direito e dos direitos fundamentais.

Não discordamos desse rico diagnóstico, porém entendemos que ele está incompleto. Isso porque, segundo nos parece, é plenamente possível que os juízes alimentem a erosão constitucional não apenas quando decidem ou deixam de decidir, mas também ao se exporem

⁶³⁸ *Ibid.*, pp. 103-128. Ver também MEYER, Emilio Peluso Neder. Judges and courts destabilizing constitutionalism. **German Law Journal**, v. 19, n. 4, 2018, pp. 727-768.

⁶³⁹ *Ibid.*, pp. 737-745. Para a decisão que decretou a prisão do senador, ver Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Decisão monocrática na Ação Cautelar nº 4039**. Brasília, 24 de novembro de 2015.

⁶⁴⁰ MEYER, Emilio Peluso Neder. *Op. cit.*, 2018, p. 737, tradução nossa. No original: “(...), there was no concern that the impeachment process was being misused as a vote of non-confidence, blurring the distinctions between law and politics and between presidential and parliamentary systems”.

à mídia, ao pautarem suas ações na vida privada e na vida pública em busca de popularidade e apoio público, e ao se arvorarem na posição de comentaristas de acontecimentos políticos. Meyer trata indiretamente dessa exposição, apontando como nociva a prática de juízes e tribunais de proferirem decisões tendo em conta propósitos de natureza política, o que torna nebulosa a separação, na construção dos provimentos decisórios, entre argumentos de princípio e argumentos de política. No entanto, sua análise não distingue o problema – que, no nosso entender, é autônomo – da indiscricção judicial, em especial quando perpetrada por ministros do Supremo Tribunal Federal. A normalidade com que alguns integrantes do STF falam com jornalistas, concedem entrevistas em programas de rádio ou televisão, participam de mesas-redondas e outros eventos de caráter jornalístico, entre outros hábitos, tem qual significado para a preservação da democracia constitucional no Brasil? Essa é uma pergunta que merece ser respondida em separado. De todo modo, o raciocínio construído por Meyer é inteiramente aplicável ao tratamento da questão, uma vez que oferece os instrumentos necessários para dizer que, sim, o exibicionismo midiático de juízes, sobretudo no caso de ministros dos mais elevados tribunais do país, é um fator agravante da corrosão dos padrões constitucionais.

3.3.2 Poder Judiciário e mídia: uma relação tensa

A relação entre Poder Judiciário e mídia é marcada por um equilíbrio instável. Como os tribunais precisam manter sua legitimidade pública, é crucial que os cidadãos tenham alguma confiança na capacidade da justiça; vimos que essa confiança cresceu muito desde o fim da Segunda Guerra Mundial, porém isso não ocorreu de maneira linear, nem, tampouco, a ponto de as pessoas aceitarem a politização da jurisdição. A imagem pública do Judiciário como uma instituição independente e imparcial, com aptidão para resolver os conflitos sociais com base no direito e na razão, precisa ser continuamente alimentada – necessidade para a qual o apoio da mídia se mostra indispensável.⁶⁴¹ Em sua cobertura das atividades da justiça, os veículos de comunicação traduzem aos cidadãos o que é e como se dá o trabalho dos juízes, tornando-o

⁶⁴¹ Cf. MURPHY, Walter F.; TANENHAUS, Joseph. Public opinion and the United States Supreme Court: mapping of some prerequisites for court legitimation of regime changes. **Law & Society Review**, vol. 2, n. 3, 1968, pp. 357-384.

mais palatável, e assim fortalecendo a confiança na jurisdição. Em outras palavras, a mídia explica o Judiciário à sociedade, aproximando-o das pessoas comuns.⁶⁴²

Ao fazer isso, no entanto, os jornalistas se permitem criticar a justiça. Desvios, excessos e erros cometidos por juízes e tribunais, quando iluminados pelos holofotes da mídia, podem produzir o efeito de minar a imagem do Poder Judiciário e reduzir a confiança das pessoas na capacidade da jurisdição.⁶⁴³ Além disso, e esse é um ponto especialmente delicado, a exposição midiática dos magistrados pode influenciar a interpretação e a aplicação do direito, contaminando o ambiente deliberativo-decisório do processo judicial. Embora a relação do Judiciário com a mídia seja inevitável e, até certo ponto, necessária, um desequilíbrio na interação entre atividade judicial e opinião pública alimenta, senão o descrédito do sistema de justiça, ao menos uma desconfiança e um desconforto sistêmicos com relação à idoneidade dos juízes e à higidez da prestação jurisdicional.⁶⁴⁴

Essa interação está hoje em crise. Isso se dá não só em razão de dificuldades no funcionamento do Poder Judiciário, mas também por conta de alterações drásticas no formato da comunicação midiática.

No início do século XX, sedimentou-se a mentalidade de que a imprensa digna e o bom jornalismo eram aqueles que buscassem a propagação “objetiva” de fatos e informações. Tal ideia surgiu em resposta a um ceticismo crescente, a contar dos anos 1880 nos Estados Unidos e na Europa Ocidental, quanto à possibilidade de existirem “grandes verdades” estáveis, sobretudo quando patrocinadas pelo Estado. Assim, consolidou-se a ideia de que a mídia livre, independente e justa era o único meio possível para a obtenção da verdade.⁶⁴⁵ Porém, a perspectiva da objetividade jornalística, que embasava essa visão, nasceu já como um conceito problemático, pois, desde seu início, provavelmente em virtude do pensamento cético que provinha do século XIX, ela precisou conviver com a compreensão de que nem mesmo os fatos seriam completamente confiáveis. Não à toa, a aspiração por uma leitura “objetiva” da realidade sempre contou com certa dose de cinismo – até porque, antes de ser um serviço social, o jornalismo foi estabelecido como um negócio visando ao lucro.⁶⁴⁶ Nos Estados Unidos, por

⁶⁴² DAVIS, Richard. **Justices and journalists: the U.S. Supreme Court and the media**. Nova York: Cambridge University Press, 2011, pp. 28-33.

⁶⁴³ *Ibid.*, p. 37.

⁶⁴⁴ *Ibid.*, pp. 38-41. Em sentido similar, ver CALDEIRA, Gregory A.; GIBSON, James L. The etiology of public support for the Supreme Court. **American Journal of Political Science**, v. 36, n. 3, 1992, pp. 635-664.

⁶⁴⁵ SCHUDSON, Michael. **Discovering the news: a social history of American newspapers**. New York: Basic Books, 1973, pp. 121-ss.

⁶⁴⁶ LIPPMAN, Walter. **Public opinion**. New York: Adansonia, 2018, p. 138.

exemplo,⁶⁴⁷ ainda que o discurso oficial adotado pelo governo nem sempre traduzisse a verdade, a mídia optou, até pelo menos a eclosão da Guerra do Vietnã, em meados dos anos 1960, por noticiar a política externa de Washington com bons olhos. Isso aconteceu, porque os jornalistas da época eram tudo menos “objetivos”: guiados por sua fé em valores liberais, eles compartilhavam o entendimento – não só tácito, mas deliberado e negociado – de que a atuação internacional dos Estados Unidos implicava a defesa de um “mundo livre e justo”, o mesmo mundo em prol do qual os norte-americanos haviam ingressado na Segunda Guerra Mundial. Defender esse mundo, o mundo da democracia e dos direitos individuais, constituía, segundo se compreendia então, uma tarefa não apenas do governo, mas também da mídia.⁶⁴⁸

Esse cenário mudou em 1968.⁶⁴⁹ Durante a convenção nacional do Partido Democrata, ocorrida em Chicago, uma manifestação contrária à Guerra do Vietnã foi duramente reprimida pelas forças policiais locais. Na época, os principais jornais e emissoras de televisão dos Estados Unidos já se viam inclinados a romper a “aliança de cavalheiros” que haviam por muitos anos mantido com o governo. A efervescência política das lutas por igualdade, potencializada pela campanha desastrosa no Vietnã e pelos assassinatos, naquele mesmo ano, do ativista Martin Luther King Jr. e do senador Robert Kennedy, tornava insustentável a manutenção de um modelo de apatia jornalística. Apesar disso, a cobertura que a imprensa fez da repressão policial aos protestos em Chicago – repressão que, conforme foi documentado mais tarde, atingiu também os jornalistas que estavam na cidade para acompanhar a convenção do Partido Democrata – foi pouco (ou nada) emotiva: os jornais se limitaram a noticiar o ocorrido, sem enfatizar nem o excesso de violência, nem o debate sobre o fracasso da empreitada militar norte-americana no Vietnã. Essa timidez – que, principalmente naquela época, muitos decerto chamariam de “objetividade” – não impediu, contudo, que o Partido Democrata e o prefeito de Chicago, Richard Daley, iniciassem uma campanha feroz contra a narrativa estabelecida pela mídia. Só que, ao invés de tachar essa narrativa de subjetiva ou tendenciosa, os democratas a denunciaram como sendo *mentirosa*, isto é, divorciada da verdade fática e, por isso, maliciosamente simulada. Essa nova maneira de criticar o jornalismo teve

⁶⁴⁷ O exemplo da mídia norte-americana é merecedor de nota, tendo em vista o fato de ela ter fixado, entre os anos 1920 e 1950, um papel de influência global. O peso dos veículos de comunicação dos Estados Unidos sobre o jornalismo produzido no mundo ocidental chegou a ser de tal repercussão, em especial após o fim da Segunda Guerra Mundial, que as ondas vividas por tais veículos acabaram por projetar inclinações e mudanças no espaço midiático de praticamente todos os países do Oeste Global.

⁶⁴⁸ Cf. MCGARR, Kathryn J. **City of newsmen: public lies and professional secrets in Cold War Washington**. Chicago: University of Chicago Press, 2022, caps. 4 e 5.

⁶⁴⁹ Sobre essa mudança, ver MENAND, Louis. When Americans lost faith in the news. **The New Yorker**. Artigo de 6 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://www.newyorker.com/magazine/2023/02/06/when-americans-lost-faith-in-the-news>. Acesso em 11 de maio de 2023.

grande ressonância junto ao público, e a crise de confiança na idoneidade da mídia – que cresceu face ao ambiente fértil da polarização do debate político em torno da Guerra do Vietnã – funcionou como uma janela de oportunidade para o Partido Republicano e a campanha de Richard Nixon à Presidência dos Estados Unidos.⁶⁵⁰

Essa transformação no modo de pensar a mídia e a opinião pública chegou ao extremo de subsidiar questionamentos contra a própria democracia. No Brasil, tal processo envolveu diretamente o Poder Judiciário.

A ascensão de juízes e tribunais é um fenômeno de alcance global. De acordo com Ran Hirschl, após o fim da Segunda Guerra Mundial, as elites políticas e econômicas passaram a apostar na atuação do Judiciário como espaço de contenção da efervescência social. Vendo-se ameaçadas por movimentos que buscavam modificar a estrutura da sociedade e sentindo-se, ao mesmo tempo, inseguras quanto aos processos políticos de decisão, tais elites outorgaram à magistratura uma gama extensa de incumbências e prerrogativas, visando a garantir, por meio do sistema de justiça, a manutenção de seu *status quo*. Essa expansão do papel do Judiciário acompanhou, ainda, o aumento do sistema globalizado de mercado. A fiscalização dos tribunais, em detrimento da atuação dos parlamentos, que são instituições mais propensas a ceder a pressões sociais por gastos públicos e redistribuição de renda, mostrou-se mais atraente ao modelo de circulação de investimentos a nível internacional. Em síntese, o alargamento do Poder Judiciário e a emergência de cortes supremas e tribunais constitucionais superpoderosos, na segunda metade do século XX, inseriu-se, segundo Hirschl, em uma lógica de articulação do social – lógica que partiu de um viés essencialmente conservador, em atendimento aos interesses das elites locais e da economia globalizada.⁶⁵¹

Com o aumento da importância do Judiciário, cresceu também sua visibilidade midiática. No Brasil, até os anos 1990, a atividade dos juízes e tribunais ficou praticamente fora do noticiário político nacional, sendo vista pela maioria da sociedade como uma realidade complexa, burocrática e misteriosa. Até mesmo o Supremo Tribunal Federal, a despeito do papel relevante que há muito desempenhava no cenário político, era para a maior parte das pessoas uma instituição exótica e nebulosa, um “outro desconhecido”, na famosa expressão de Aliomar Baleeiro.⁶⁵² Nos anos 1980, sob a presidência do ministro Xavier de Albuquerque,

⁶⁵⁰ Trata-se do argumento defendido em HENDERSHOT, Heather. **When the news broke: Chicago 1968 and the polarizing of America**. Chicago: University of Chicago Press, 2023.

⁶⁵¹ HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

⁶⁵² Ver em BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

foram realizadas tentativas de se melhorar o retrato do STF na imprensa, com vistas a promover uma aproximação entre o tribunal e os cidadãos comuns,⁶⁵³ porém a cultura de ignorância a respeito do Judiciário só veio efetivamente a se transformar no início dos anos 2000. Isso aconteceu por uma confluência de fatores. Em cerca de uma década de performance sob a égide da Constituição de 1988, o Supremo passou a ser chamado, com frequência e intensidade crescentes, a se pronunciar sobre problemas sociais, políticos e jurídicos sensíveis e polêmicos, contexto que decorreu da implementação de um novo modelo de fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos, de um redimensionamento do papel do Ministério Público na defesa da ordem constitucional e de um aumento expressivo do rol de legitimados para a propositura de ações de controle por via principal – novidades que levaram a uma ampliação da agenda temática do STF. Adicionalmente, com a criação da TV Justiça, iniciativa deflagrada pelo próprio Judiciário,⁶⁵⁴ estabeleceram-se o televisoramento das sessões plenárias do Supremo e uma programação de comunicação oficial para a cobertura de suas atividades, providências que implicaram um aumento inédito tanto na visibilidade das ações dos ministros quanto, dado o contexto de elevada participação do STF na vida política do país, no interesse do público pelas coisas ditas e feitas no âmbito do tribunal. Ainda, a instituição do Conselho Nacional de Justiça, órgão ao qual, como vimos, foram reconhecidas as prerrogativas de controlar a gestão administrativa do Poder Judiciário e de fiscalizar e punir a atuação dos magistrados, fez crescer a atenção da sociedade para o comportamento ético de juízes e servidores na prestação da jurisdição.⁶⁵⁵ Por fim, a ocorrência de julgamentos com grande apelo midiático, começando com o “caso do mensalão” e culminando na operação “lava-jato”, colocou os membros do Judiciário no epicentro de debates e polêmicas de natureza política, ampliando desmesuradamente sua exposição às intermitências da opinião pública e, por consequência, alimentando uma desconfiança contra a legitimidade do Supremo e do sistema de justiça.⁶⁵⁶

Na visão de Oscar Vilhena Vieira, o Supremo se arvorou, nas últimas décadas, em uma posição de poder que vai além da função de guardião da Constituição. Para ele, os poderes do STF têm sido fortalecidos por uma certa conjuntura social e institucional. A abrangência analítica do texto da Constituição, a profusão de mecanismos e ferramentas para o controle

⁶⁵³ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **STF: do autoritarismo à democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 128.

⁶⁵⁴ A TV Justiça foi criada por força da Lei nº 10.461, de 2002, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, a qual acrescentou dispositivo à Lei nº 8.977, de 1995, que dispõe sobre o Serviço de TV a Cabo, para incluir na lista de canais televisivos básicos de utilização gratuita um canal reservado ao Supremo.

⁶⁵⁵ FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Op. cit.*, 2012, pp. 439-447.

⁶⁵⁶ Sobre isso, ver FALCÃO, Joaquim. Direito, mídia e opinião pública. In: FALCÃO, Joaquim (org.) **Mensalão: diário de um julgamento**. São Paulo: Campus, 2013, pp. 7-13.

judicial de constitucionalidade das leis, a possibilidade de decisões monocráticas suspendendo a aplicação de qualquer ato legal ou infralegal, a pouca disposição do tribunal a decidir de acordo com os pedidos feitos pelas partes, tudo isso corrobora com a construção de um lugar decisório individualista e subjetivista. Vieira chama de supremocracia o arranjo institucional no qual o tribunal tem, senão a última palavra, decerto a autoridade de pronunciar-se com um peso quase definitivo sobre assuntos de elevado interesse da sociedade e do Estado – um poder sem precedentes, que inclui até mesmo a possibilidade de revisão de emendas constitucionais. Nesse sentido, a supremocracia traduz um fenômeno de crescente concentração de poder político-decisório no STF. Trata-se de conjuntura que, assim como sua visão extremada, a ministrocracia, decorre da conjugação entre a ousadia constituinte, o modelo arquitetônico de organização dos poderes e a postura dos ministros.⁶⁵⁷

Até meados dos anos 2010, a intervenção do Supremo na vida pública brasileira seguiu um percurso de ascensão. A contar de 2013, no entanto, o tribunal parece ter sido tragado pela ebulição política, vendo-se, daí em diante, incapaz de manter uma postura de sobriedade frente às intermitências do debate público. Conforme explica Oscar Vieira, isso se deu por inúmeras razões, porém chama a atenção o fato de os ministros terem trazido a praça para dentro da corte, permitindo que o espaço deliberativo-processual se contaminasse com as instabilidades e vicissitudes da vida política. Isso não significa que o STF tenha se furtado a tomar decisões de repercussão para a sociedade. Entretanto, ficou tão acentuado o caráter político-midiático de algumas de suas ações, sobretudo nas polêmicas envolvendo a suspensão da nomeação de Lula para o Ministério da Casa Civil no governo Dilma e, mais tarde, a confirmação da prisão do então ex-presidente, em um longo e indeciso debate sobre a possibilidade de cumprimento antecipado da pena em seguida à condenação criminal em segunda instância, que a imagem pública do Supremo passou a ser, negativamente, confundida com as intempéries do ambiente político.⁶⁵⁸ Diante desse diagnóstico, Vieira faz uma sugestão de aprimoramento do tribunal que ecoa muitas das ideias defendidas nesta tese:

(...), os ministros precisariam se submeter a uma espécie de protocolo mais rigoroso, o que é imperativo para o bom desempenho da função de julgar dentro da mais alta corte de justiça de uma democracia constitucional. A constante interferência no debate público e a ausência de uma postura rígida em relação a conflitos de interesses têm contribuído para a erosão da autoridade do Supremo. Se os ministros estiverem dispostos a buscar reconstruir o capital reputacional do STF,

⁶⁵⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, 2008, pp. 441-464.

⁶⁵⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.*, 2018, cap. 4.

têm que se empenhar em agir de forma mais colegiada, imparcial e com certa discrição.⁶⁵⁹

Com relação à TV Justiça, apesar de sua criação ter logrado aproximar as pessoas comuns à realidade da jurisdição, é inegável, por outro lado, que o aparecimento contínuo em rede nacional estimulou os ministros do STF a assumirem atitudes consideradas “exibicionistas”. Estudos empíricos demonstram que, a partir do início do televisionamento das sessões plenárias do Supremo, os votos proferidos pelos ministros ficaram mais longos, o que sinaliza uma inclinação por posturas mais monológicas e menos deliberativas nos pronunciamentos feitos durante os julgamentos. Esses estudos comprovam, em acréscimo, que embates acalorados entre ministros, até então raríssimos, tornaram-se mais usuais.⁶⁶⁰ Lembremos, a título exemplificativo, as brigas e os bate-bocas sobre o “mensalão”, ocorridos tanto no curso das sessões quanto em falas feitas à imprensa, envolvendo o ministro Joaquim Barbosa e outros integrantes do tribunal. Aliás, o caso de Barbosa é significativo: arvorando-se na posição de um herói nacional (a ponto de inspirar a feitura de máscaras e fantasias de carnaval), o ministro utilizou a palavra, em diferentes episódios de divergência com seus colegas, para interpelá-los de modo violento e depreciativo. Nessas interpelações, ele empregou substantivos como “jeitinho”, “chicana”, “politicagem” e “deslealdade” para se referir ao comportamento de outros ministros, e adjetivos como “brega”, “caipira”, “corporativista” e “tirano” para caracterizar o perfil de alguns de seus pares.⁶⁶¹ Se, por um lado, o julgamento do “mensalão” propiciou à jurisdição deixar de ser um assunto privativo de juristas, por outro lado, a maneira como o funcionamento da justiça passou a ser acompanhado pela mídia lançou as bases para uma espetacularização da atividade judicial. O “teatro da justiça” permitiu uma “revolução judiciarista” que, tanto em sua ascensão quanto em seu declínio, fomentou um enorme e duradouro desequilíbrio na equação Judiciário-opinião pública.⁶⁶²

Nesse contexto, é importante mencionar a ideia de “capitalismo da vigilância”, popularizada com a obra de Shoshana Zuboff. O capitalismo da vigilância é um sistema

⁶⁵⁹ *Ibid.*, pp. 213-214.

⁶⁶⁰ HARTMANN, Ivar Alberto *et al.* A influência da TV Justiça no processo decisório no STF. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 4, n. 3, 2017, pp. 38-56.

⁶⁶¹ COSTA, Fabiano; NÉRI, Felipe. Relembre as polêmicas de Joaquim Barbosa como ministro do Supremo. **G1 Política**. Matéria de 31 de maio de 2014. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2014/05/relembre-polêmicas-de-joaquim-barbosa-como-ministro-do-supremo.html>. Acesso em 6 de outubro de 2021.

⁶⁶² Segundo explica Christian Lynch, a “revolução judiciarista” ascendeu, forçando-se contra as bases do processo democrático, por meio de manobras insidiosas adotadas por personalidades da magistratura e do Ministério Público que, respaldadas pela Procuradoria-Geral da República e pelo próprio STF, lançaram-se em uma busca pelo apoio da opinião pública. No entanto, o declínio da “revolução”, patrocinado por uma reação das oligarquias políticas, não levou a um reequilíbrio da relação entre o Poder Judiciário e a mídia. Cf. LYNCH, Christian. Ascensão, fastígio e declínio da “revolução judiciária”. **Insight Inteligência**, v. 79, 2017, pp. 158-180.

econômico baseado na autovalorização do capital como critério de organização da vida social – o sistema capitalista, portanto –, porém profundamente marcado e transformado pela ação de grandes empresas de tecnologia que, atuando em vigilância na rede mundial de computadores, coletam e monetizam dados pessoais de usuários. Essas empresas, como Google, Facebook, Amazon e outras, acumulam informações sobre as atividades que as pessoas desempenham online, mapeando suas preferências de consumo, suas tendências comportamentais e os caminhos de suas interações sociais. Com base nessas informações, as plataformas controladas por tais empresas direcionam anúncios personalizados, visando a influenciar nossas escolhas e até mesmo moldar nossos hábitos. O modelo de negócios dessas empresas – que, na tese defendida por Zuboff, tem redimensionado as bases econômicas em que o capitalismo se edifica – tem por norte a fabricação de lucros por meio da exploração de dados pessoais de usuários da *Internet*.⁶⁶³

Esse redimensionamento da economia capitalista é impactante para a relação entre os juízes e a mídia, uma vez que, em sendo os meios de comunicação empreendimentos que visam ao lucro, o ambiente comunicativo de hoje inclina-se, muito mais do que no passado, à formação de espaços gregários de troca e assimilação de notícias e informações. Ainda que segmentos e atores políticos defendam o “mercado” amplo, livre e plural de ideias, reclamando à imprensa que aja com objetividade, o que o público realmente deseja é a veiculação de fatos e opiniões que corroborem seus próprios pontos de vista. O capitalismo da vigilância é também, e sobretudo, de cunho informacional, e o Poder Judiciário deve se manter atento a isso, para que seu relacionamento com a mídia não degrida em um robustecimento da segregação comunicativa nas redes sociais (e na *Internet* como um todo).

É preciso atenção, ainda, para que a comunicação oficial de viés informativo – que, tal qual escrevemos no Capítulo 2, consiste em hipótese excepcional de manifestação pública legítima advinda do sistema de justiça – não simplifique o debate social. A simplificação é um dos maiores inimigos da democracia, já que o sistema democrático é naturalmente plural, fragmentado, multifacetado e complexo. Oriunda do Judiciário, a simplicidade é veiculada de maneira qualificada, aproveitando-se da eloquência do discurso do direito e da confiança na capacidade da justiça; sempre que os juízes, manifestando-se sobre temas quaisquer, contribuem para simplificar a discussão pública – e, é fundamental sublinhar, a expressão

⁶⁶³ ZUBOFF, Shoshana. **The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power**. New York: PublicAffairs, 2019, pp. 63-97. Para uma crítica à ideia de que o capitalismo da vigilância constitui um tipo novo (ou peculiar) de capitalismo, ver GOMES, David Francisco Lopes. *Op. cit.*, 2021, pp. 213-215.

judicial “descuidada” é, invariavelmente, simplista e simplificadora —, eles esvaziam a dimensão de que a democracia necessita para lidar com sua própria complexidade, fragilizando-a, e, assim, aumentando o perigo de ela ser degenerada pela estupidez.⁶⁶⁴

3.3.3 *O que é ministocracia?*

A indiscrição e a exposição midiática de juízes são problemas que podem fomentar a erosão da democracia constitucional. Ao expressar seu pensamento em público, o juiz se imiscui no debate político, fazendo recair sobre si as críticas, insatisfações e oscilações inerentes à vida política. Isso torna ainda mais instável a relação entre o Poder Judiciário e a mídia.

Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro argumentam que ações individuais de ministros do Supremo Tribunal Federal podem impactar o processo de decisão política. Decisões liminares, pedidos de vistas e outros mecanismos de atuação individual constituem recursos decisórios pelos quais um único ministro, agindo o mais isolada e solitariamente possível, pode mudar drasticamente o rumo de uma tendência social ou de um debate público. No mesmo sentido, declarações ou comentários públicos feitos por ministros a respeito de fatos da vida política ou de temas controvertidos são fatores potencialmente transformadores da esfera de deliberação pública. Como dizem Arguelhes e Ribeiro, relativamente a episódios recentes envolvendo integrantes do STF, “[s]eja controlando a agenda do tribunal, seja com simples declarações públicas sobre potenciais decisões futuras, a ação individual de ministros dissuadiu, encorajou ou até viabilizou algumas estratégias de atores políticos”.⁶⁶⁵

Analisando o Supremo como uma instituição, a partir de sua atuação colegiada, Oscar Vilhena Vieira diagnostica a existência de um quadro de concentração de poderes no tribunal, quadro ao qual dá o nome, como vimos, de supremocracia. Entretanto, segundo defendem Arguelhes e Ribeiro, o enfoque em uma perspectiva institucional é insuficiente para explicar o papel do Poder Judiciário na vida política do país. Assim, eles propõem um olhar sobre a ação individual dos ministros do STF. Seu mapeamento analítico evidencia que há uma tendência de centralização de poderes no âmbito individual: ministros individualmente considerados podem

⁶⁶⁴ ABBoud, Georges. *Op. cit.*, 2021b, pp. 1.460-1.461.

⁶⁶⁵ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Op. cit.*, 2018, p. 14.

afetar diretamente o espaço público por meio de ações que, a princípio, deveriam ser de incumbência exclusiva do fórum colegiado. A esse fenômeno os autores dão o nome de *ministocracia*.⁶⁶⁶

Cortes supremas e tribunais constitucionais são órgãos jurisdicionais qualificados, uma vez que suas decisões têm impacto no debate político, podendo funcionar como mecanismos de “veto”.⁶⁶⁷ Isso faz com que os atores políticos prestem atenção nas ações do tribunal e promovam cálculos de comportamento com base nelas. A influência do tribunal na dinâmica política pode se dar de três maneiras distintas: pela tomada efetiva de decisões, mediante a sinalização de decisões futuras, ou a partir da definição da agenda decisória. Cada uma dessas ações pode ser praticada ou colegiadamente (que é, em regra, o modo correto de agir) ou individualmente. No campo individual, a ação pode ser realizada tanto por alguém que atua em nome da instituição (o presidente ou o decano do colegiado), quanto por um membro do tribunal que, atuando individualmente, tem influência no jogo colegiado.⁶⁶⁸

A nós interessam, sobretudo, os atos que os ministros praticam para sinalizar decisões futuras. Embora seja possível que essa sinalização aconteça por meio de um pronunciamento oficial do tribunal, que antecipa a forma como a instituição enfrentará determinada questão, antes mesmo de ela ser submetida à sua apreciação, os casos mais comuns são as declarações esparsas, esporádicas e individualizadas que os ministros dão, em contato com jornalistas ou em eventos públicos, a respeito de questões sobre as quais poderão ser chamados a proferir decisão. Já escrevemos que esse tipo de conduta é vedado pelo direito brasileiro, e que realizá-lo implica, além de um desequilíbrio perigoso na relação entre Poder Judiciário e mídia, uma exposição do magistrado que, em especial quando se trata de um ministro do STF, mina a legitimidade da jurisdição, fomentando a erosão da identidade do sujeito constitucional. A análise de Arguelhes e Ribeiro, em identificando tal prática como hipótese de *ministocracia*, acrescenta o diagnóstico de que, ao se utilizar desse seu poder individual de sinalizar o entendimento que possivelmente adotará em alguma decisão futura, o ministro influencia os comportamentos dos atores e das instituições políticas, forçando mudanças nos cálculos referentes à sua organização e ao seu planejamento. Falas as mais sutis – como, por exemplo, uma advertência, uma ênfase ou uma anedota em uma palestra ou em uma entrevista – podem ser interpretadas como sinais de preferência por determinada visão ou de rejeição a alguma

⁶⁶⁶ *Ibid.*, p. 15.

⁶⁶⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Op. cit.*, 2013, p. 142.

⁶⁶⁸ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Op. cit.*, 2018, pp. 16-20. Sobre o funcionamento operacional do STF, ver VITORELLI, Edilson. **Que ministro eu sou?** Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, pp. 51-98.

corrente de pensamento. Tendo em vista a representatividade simbólica e o impacto decisório da atuação dos ministros, manifestações singelas são suficientes para estimular ou desestimular a propositura de ações, a interposição de recursos ou a encampação de iniciativas variadas: apresentar um projeto de lei, celebrar um contrato, investir recursos em uma política pública.⁶⁶⁹

Arguelhes e Ribeiro aludem a dois exemplos. Em 2016, durante aula ministrada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o ministro Ricardo Lewandowski disse que o *impeachment* de Dilma Rousseff “encerra novamente um ciclo daqueles aos quais eu me referi. A cada vinte e cinco, trinta anos, no Brasil, nós temos um tropeço na nossa democracia”.⁶⁷⁰ Em 2017, a serviço de um grupo de lideranças empresariais, o ministro Gilmar Mendes participou de mesa de debate sobre o desenvolvimento econômico do país. Em sua palestra, Mendes fez a seguinte alegação: “O TST foi o laboratório do PT, foi onde deu certo. E o aparelhamento foi exitoso exatamente no âmbito do TST. Hoje, o tribunal é composto por muitos simpatizantes que foram indicados pela CUT. E nós temos um direito do trabalho engessado”.⁶⁷¹ Esses dois episódios são mencionados pelos autores como casos em que, pela antecipação de seu entendimento a respeito de determinada questão, o ministro encorajou, ainda que involuntariamente, uma série de cálculos e adaptações comportamentais. Se considerarmos a fala de Gilmar Mendes, por exemplo, podemos imaginar que sua aversão declarada às inclinações do Tribunal Superior do Trabalho tenha incentivado os jurisdicionados a recorrer das decisões do TST, buscando reformá-las no STF.⁶⁷²

Para os autores, “[e]ssas formas de sinalização têm pesos e alcances distintos, mas, em alguma medida, sempre tomam de empréstimo a autoridade da decisão futura para informar (e influenciar) hoje os cálculos dos atores políticos”. Qual escrevemos, o poder de sinalizar o teor de um futuro pronunciamento decisório pode ser alocado no Supremo de maneira coletiva ou individual, e, em sendo individual, a alocação pode estar centralizada em alguma figura institucional fixa, a exemplo do presidente ou do decano, ou descentralizada entre os ministros, quando os poderes exercidos estão disponíveis a qualquer ministro simplesmente pelo fato de ele ser um ministro.⁶⁷³ Embora o direito proíba que qualquer juiz se manifeste sobre

⁶⁶⁹ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Op. cit.*, 2018, p. 17.

⁶⁷⁰ Cf. *Impeachment* foi “tropeço da democracia”, diz Lewandowski. **Folha de S.Paulo**. Matéria de 29 de setembro de 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/09/1817948-impeachment-foi-tro-peco-da-democracia-diz-lewandowski.shtml>. Acesso em 6 de outubro de 2021.

⁶⁷¹ Cf. CASEMIRO, Poliana. Gilmar Mendes chama Tribunal Superior do Trabalho de “laboratório do PT”. **G1 Política**. Matéria de 3 de abril de 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/gilmar-mendes-chama-tribunal-superior-do-trabalho-de-laboratorio-do-pt.ghtml>. Acesso em 6 de outubro de 2021.

⁶⁷² O exemplo relativo a Lewandowski, por outro lado, tem nuances próprias, pois a fala do ministro foi proferida em um ambiente preponderantemente acadêmico, circunstância que implica, pelo menos a princípio, que ela esteja protegida pela liberdade acadêmica.

⁶⁷³ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Op. cit.*, 2018, p. 19.

julgamentos pendentes ou em curso, ou de forma depreciativa a respeito de decisão proferida por outro magistrado – ou, na linha do que defendemos nesta tese, acerca de questões sobre as quais poderá ser chamado a exercer jurisdição –, os ministros do STF, na completa contramão das vedações previstas na Constituição e na LOMAN, têm se exposto à mídia com frequência cada vez maior, concedendo entrevistas, comparecendo a eventos empresariais, publicando textos de opinião em jornais, participando de programas de rádio ou televisão. Considerando o modo como o poder está hoje distribuído entre os órgãos da jurisdição, e tendo em vista o fato de que o Supremo decidiu, na ADI nº 3367, que ele e seus integrantes não estão sujeitos ao escrutínio do CNJ, não existe nenhum mecanismo institucional de estímulo ou constrangimento capaz de atenuar a sanha midiática dos ministros. Arguelhes e Ribeiro pontuam que, entre 2015, quando publicaram um primeiro trabalho sobre o tema,⁶⁷⁴ e 2018, ano de publicação da tese sobre o conceito de ministocracia, a tendência parece ter se intensificado.⁶⁷⁵ De 2018 para cá, a coisa sem dúvida seguiu a mesma inclinação de piora.

Embora os ministros tenham habilidades comunicativas variadas – sendo alguns deles claramente mais hábeis no tratamento com a mídia, na escolha dos veículos para estabelecer um diálogo e na definição da maneira de propagar sua opinião –, a prática de expressar publicamente entendimentos e preferências está tão arraigada e disseminada na realidade institucional do STF que é inevitável classificá-la como uma alocação descentralizada, repartida entre todos os membros do tribunal. Como não há mecanismos de centralização da vocalização de um ponto de vista da instituição – o que seria muito salutar, dado que, segundo dissemos no Capítulo 2, o Supremo tem a prerrogativa e o dever de se manifestar, institucionalmente, na defesa do Estado de Direito e da democracia –, o exercício do poder ministocrático de sinalizar futuras decisões, afetando o comportamento de agentes e instituições, é orientado pela discricionariedade de cada julgador.⁶⁷⁶

Isso mostra que a ministocracia é um defeito na dinâmica institucional. Apesar de alguns ministros serem mais virulentos no uso de seus poderes individuais, o problema está menos na propensão isolada de cada juiz e mais no desenho organizacional do Supremo Tribunal Federal. Tal desenho possibilita que indivíduos julgadores conduzam, orientem, influenciem, subvertam e até mesmo esvaziem a ação do colegiado, agindo em uma perspectiva

⁶⁷⁴ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Op. cit.*, 2015, pp. 121-155.

⁶⁷⁵ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Op. cit.*, 2018, nota de rodapé nº 23.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, pp. 22 e 26.

contramajoritária relativamente ao próprio tribunal. Daí a afirmação de que, “[d]iante de seus ministros, portanto, o Supremo não parece tão supremo assim”.⁶⁷⁷

A análise de Arguelhes e Ribeiro reforça a ideia de que a indiscrição judicial, particularmente no âmbito do STF, contribui para fazer esgarçar e, lentamente, erodir os padrões constitucionais de um Poder Judiciário imparcial e independente e de um processo jurisdicional democrático. Qual é o sentido, para a dinâmica da democracia, de um único agente público não eleito ter, utilizando-se da palavra, o poder de influir tão decisivamente nos procedimentos e atitudes da sociedade? Se esses indivíduos são assim tão poderosos, por que razão a institucionalidade democrática autoriza que eles se exponham tão abertamente à mídia e à arena política, capturando a ação colegiada? É evidente que não podemos abrir mão do Supremo Tribunal Federal – nem, tampouco, permitir que ele seja transformado, na mentalidade política, em um inimigo da democracia –, porque é dele o papel insubstituível de zelar, em última instância jurisdicional, pela defesa da Constituição, colaborando com a democracia por meio da construção de decisões baseadas em um discurso de aplicação do direito e lastreadas em argumentos de princípio. Mas será que o modo como o Supremo tem agido ultimamente é o melhor possível? Seria esse o projeto da Constituição da República para a performance de uma justiça democrática?

Essas interrogações estão em aberto. São parte constitutiva de um debate contínuo sobre a justiça e a democracia, sobre o que elas são, como funcionam e em que medida podem ser corrigidas e aprimoradas.

3.4 Que sanção cabe aplicar contra o juiz que expressa indevidamente seu pensamento em público?

Por força dos arts. 42 e seguintes da LOMAN, a indiscrição do juiz pode, em tese, ser punida com as penas disciplinares de advertência, no caso de negligência no cumprimento dos deveres do cargo; de censura, no caso de reiterada negligência no cumprimento de tais deveres, ou no de procedimento incorreto, se a infração não justificar punição mais grave; ou, em hipóteses mais gravosas, de remoção compulsória, disponibilidade com vencimentos

⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 27.

proporcionais ao tempo de serviço, aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, ou demissão.

A pergunta que fica é: em um cenário no qual a reação sistêmica à verborragia judicial é profunda e inevitavelmente seletiva, em benefício sobretudo dos magistrados que ocupam as posições mais elevadas na estrutura da jurisdição, a possibilidade de aplicar as mencionadas punições contra a fala de um juiz é compatível com a Constituição?

3.4.1 O dilema da sanção disciplinar

O instituto jurídico da sanção pode designar tanto o aceite dado pelo chefe do Poder Executivo à proposição aprovada pelo Poder Legislativo, quanto a consequência, prevista no ordenamento jurídico, de um ato praticado por alguém. Neste trabalho, quando falamos de sanção, queremos aludir à segunda ideia. O direito estabelece uma reação que é deflagrada diante da prática de determinada conduta; essa reação é a sanção.

Segundo Norberto Bobbio, embora exista uma relação indireta entre sanção e coação, a consequência sancionadora não precisa ser necessariamente punitiva ou negativa. Em sua análise do direito como produto social, Bobbio ressalta que a mudança de perspectiva sobre o Estado, do Estado negativo (no paradigma liberal) ao Estado positivo (no paradigma social), fez com que a sanção jurídica, antes baseada na lógica de proibir e punir, passasse a funcionar também segundo o prisma da colaboração social e do estímulo não interventivo ao cumprimento espontâneo da norma.⁶⁷⁸ Embora caracterizar o paradigma do Estado Liberal como sendo simplesmente negativo – sem uma explicação mais detalhada do que isso significa – possa implicar alguns equívocos de ordem histórica, a perspectiva de Bobbio nos ajuda a enxergar o instituto da sanção para além da lógica estrita da penalização.

A indiscrição judicial é uma infração grave. Por essa razão, ela merece uma reação sistêmica do direito (isto é, uma sanção) que se mostre adequada e efetiva. No ordenamento brasileiro, as sanções supostamente aplicáveis contra a indiscrição judicial, previstas na LOMAN, são todas de natureza disciplinar. Isso gera, porém, uma série de problemas, na medida em que, como a infração consiste em uma fala, a reação a ela acaba sendo sua negação, isto é, uma outra fala. Ecoando a lição de John Austin, de que nos valem no Capítulo 1,

⁶⁷⁸ Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Arani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: Edipro, 2016, cap. 5.

podemos dizer que, reagindo a um ato de fala realizado por um juiz, o sistema punitivo-disciplinar deve assumi-lo como impróprio e, por conseguinte, negá-lo; o problema é que, ao fazê-lo, tal sistema realiza um outro ato de fala. Considerando que a sanção disciplinar contra o juiz é aplicada pelo próprio Poder Judiciário, e que tal sanção, por ser punitiva, exige rejeitar (no sentido de censurar) o ato de fala impugnado, penalizar uma manifestação individualmente veiculada por um juiz importa em uma manifestação institucionalmente adotada pelo sistema de justiça.

Eis o dilema da sanção disciplinar contra a indiscrição judicial. Apesar da gravidade da ilicitude perpetrada por um juiz que expressa indevidamente uma opinião ou ideia em público, a cominação de penalidades de natureza administrativo-disciplinar é igualmente gravosa, já que qualquer resposta punitivo-institucional a uma manifestação judicial exageradamente politizada resulta, pela negação do discurso político impugnado, em outro ato de politização exagerada.

Essa circunstância é agravada por dois aspectos da realidade institucional. O primeiro é que, embora a indiscrição seja tanto mais gravosa quanto mais elevada a posição do juiz na estrutura da jurisdição, os ministros do Supremo Tribunal Federal, que ocupam os postos mais elevados do sistema de justiça brasileiro, são os juízes que mais livremente se expõem midiática e politicamente. Isso se dá, como vimos, pois, além de o arranjo organizacional do STF estimular a ação isolada e solitária de seus ministros, o Supremo está, como ele próprio entende, à margem da fiscalização do Conselho Nacional de Justiça, que é o órgão constitucional especificamente criado para controlar o cumprimento pelos juízes de seus deveres funcionais.

O segundo aspecto agravante é que, não obstante o modelo estrutural do sistema punitivo-disciplinar, ele terá sempre, invariavelmente, um caráter seletivo. Ou seja, mesmo que a conduta dos ministros do STF estivesse sob o escrutínio fiscalizatório do CNJ, ainda assim a imposição de penalidades de cunho disciplinar em face de juízes que “falam além da conta” seria uma atividade marcada pela seletividade, atingindo-se uns magistrados mais do que outros – ou, melhor dizendo, as *palavras e ideias* de uns magistrados mais do que as *palavras e ideias* de outros. Todo regime punitivo é inevitavelmente seletivo, e, embora isso seja problemático, em regra não se trata de um problema que por si só deslegitime o regime. Só que, no caso da reação disciplinar à fala de um juiz, esse problema se agiganta, em termos qualitativos, porque a sanção visa a responder a uma expressão e, por conta disso, elege como correta e oficial uma outra expressão: a expressão em sentido contrário. Ao fazer isso, embora involuntariamente, o Poder Judiciário incorpora uma voz sancionadora, uma voz que, dado o caráter seletivo do sistema, professa algumas ideias, visões e preferências em detrimento de outras – contexto que

fomenta a politização da jurisdição como um todo. Nesse cenário, o remédio acaba sendo pior do que a própria doença.

A sanção disciplinar é constitucionalmente inadequada, uma vez que estimula, ao invés de desencorajar, a captura política do sistema de justiça. Em sendo assim, porém, como devemos reagir à verborragia e à exposição midiática dos juízes?

3.4.2 Observação sobre a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos em López Lone e outros v. Honduras

Em *López Lone e outros v. Honduras*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos debruçou-se sobre o caso dos juízes hondurenhos Adán Guillermo López Lone, Luis Alonso Chévez de la Rocha e Ramón Enrique Barrios Maldonado, assim como da juíza de paz Tirza del Carmen Flores Lanza, todos membros da Associação de Juízes para a Democracia, os quais foram submetidos a procedimentos disciplinares e, ao fim, demitidos do Poder Judiciário de Honduras por conta de terem se manifestado publicamente contra a deposição do presidente Manuel Zelaya.⁶⁷⁹ Nos meses que antecederam a ocorrência, a referida associação havia divulgado uma série de notas e comunicados dizendo que a deposição de Zelaya fora um golpe de Estado, em contrariedade à versão oficial, chancelada pela Suprema Corte de Justiça de Honduras, de que se tinha tratado de uma sucessão constitucional.

Os eventos que levaram à saída de Manuel Zelaya da Presidência da República de Honduras, em 2009, foram considerados por inúmeros organismos internacionais como um golpe de Estado. Dentre esses organismos estão a Assembleia Geral e o Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos, bem como a Assembleia Geral das Nações Unidas. Na contramão dessa leitura, a Suprema Corte de Justiça de Honduras publicou alguns memorandos, nos dias seguintes à queda de Zelaya, em que referendou a ação das forças armadas do país na condução da sucessão constitucional e no controle da desordem social que

⁶⁷⁹ Na estrutura do Poder Judiciário de Honduras, os juízes de paz são magistrados responsáveis por processar e julgar causas cíveis e criminais de menor valor ou potencial punitivo. Para uma explicação das carreiras na justiça hondurenha, ver Comissão Internacional de Juristas. Centro para a Independência de Juízes e Advogados. **Perfil do Poder Judiciário de Honduras**. Genebra, 30 de outubro de 2014. Disponível em: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2015/04/CIJL-Country-Profile-Honduras-April-2015.pdf>. Acesso em 15 de fevereiro de 2023.

decorreu do episódio e afirmou estar em vigilância contra quaisquer pessoas que resistissem ao retorno do Estado de Direito.⁶⁸⁰

Adán López Lone era juiz da corte sentenciante de San Pedro Sula e presidente da Associação Juízes para a Democracia. Tirza Lanza, sua esposa, era juíza de paz na mesma corte. Luis Chévez de la Rocha atuava como juiz especial para casos de violência doméstica, e Ramón Barrios Maldonado era juiz da primeira câmara distrital, ambos em San Pedro Sula. Em seguida à deposição de Manuel Zelaya, López Lone participou de protestos em área próxima ao Aeroporto de Toncontin, os quais foram duramente reprimidos pelas forças de segurança. Lanza, por sua vez, ajuizou uma ação de amparo perante a Suprema Corte contra os atos das forças armadas e em favor de Zelaya, buscando sua libertação e seu retorno à Presidência. Chévez de la Rocha assistiu a um protesto nas imediações de um centro comercial em San Pedro Sula e, ao questionar a um policial a violência com que as tropas abordavam a multidão, foi detido, espancado e mantido preso por alguns dias, sem que sequer um registro de sua entrada fosse lavrado e uma explicação das razões de sua prisão fosse apresentada. Por fim, Barrios Maldonado – quem, além de juiz, era professor de direito constitucional – deu a estudantes e funcionários uma aula sobre a natureza dos acontecimentos políticos que tomavam corpo em Honduras; dias depois, foi publicado um artigo com o conteúdo de sua fala no jornal hondurenho *El Tiempo*, escrito por um colega acadêmico, mas assinado em nome do Barrios Maldonado, intitulado *No hubo sucesión constitucional*. Em virtude dessas ocorrências, as autoridades de Honduras abriram contra os quatro magistrados procedimentos disciplinares, ao entendimento de que suas ações haviam violado os deveres judiciais de cortesia, discrição e respeito às decisões dos tribunais superiores, e, ao fim de tais procedimentos – que correram sumariamente, com possibilidades reduzidas de defesa e produção de provas –, a Suprema Corte de Justiça hondurenha decretou a demissão de todos eles. Embora os quatro tenham recorrido ao Conselho do Serviço Judicial, órgão de composição mista responsável pela gestão administrativa do Poder Judiciário em Honduras, a pena de demissão foi revertida apenas em favor de Barrios Maldonado. A reversão se deu porque, segundo o Conselho, Barrios Maldonado conseguiu demonstrar que não era o verdadeiro autor do artigo jornalístico publicado em seu nome.⁶⁸¹

Em sua apreciação do caso, a Corte Interamericana apontou que, à luz das evidências coletadas na instrução do processo, as vítimas foram processadas e punidas, sendo excluídas

⁶⁸⁰ Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Sentença em López Lone e outros v. Honduras**. San José, 5 de outubro de 2015, pp. 17-22.

⁶⁸¹ *Ibid.*, pp. 28-ss.

dos quadros da jurisdição hondurenha, em razão de terem realizado ações em defesa da democracia. Nas palavras da Corte, “tais ações corresponderam não só ao exercício de um direito, mas também ao cumprimento da obrigação de defender a democracia, baseada nas disposições da Convenção Americana, e estabelecida internacionalmente por força de instrumentos aos quais Honduras se submeteu ao se tornar parte da Convenção, a exemplo da Carta Democrática Interamericana”.⁶⁸² Tendo em vista que a comunidade internacional reputou a deposição forçada do presidente Manuel Zelaya como sendo um golpe de Estado, as manifestações de crítica e repúdio a tal deposição por parte de juízes hondurenhos – manifestações que, conforme frisa a Corte, limitaram-se ao uso da palavra, isto é, à explicitação verbal de uma opinião política, sem que nenhum dos magistrado tenha em nenhum momento incorrido em ações de violência ou vandalismo – representaram uma afirmação pública da democracia e, nessa qualidade, não poderiam ter ensejado nenhum tipo de responsabilização disciplinar.⁶⁸³

Com relação aos direitos dos magistrados que o Estado de Honduras violou, a Corte desenvolve um raciocínio baseado na premissa de que, embora seja possível instituir limitações ao exercício da liberdade de expressão e dos direitos políticos de juízes, com vistas a assegurar que a justiça seja ministrada com imparcialidade, caso um juiz expresse seu pensamento em público, tanto o mérito das declarações promovidas (se seu teor implica uma defesa do Estado de Direito e da democracia, ou se, por outro lado, ele veicula outros interesses e ideias) quanto a proporcionalidade da punição imposta devem ser levados em conta. Para sua análise dos direitos e das liberdades dos juízes, a Corte solicitou à Comissão de Veneza a elaboração de um relatório contendo um estudo comparativo de como os países europeus e a Corte Europeia de Direitos Humanos entendem a matéria.⁶⁸⁴

A partir disso, e interpretando os fatos à luz de sua própria jurisprudência, a Corte Interamericana lembrou que as liberdades de expressão, reunião e associação e os direitos políticos em geral são condições de possibilidade do processo democrático, e que os cidadãos precisam ser livres para expressar suas opiniões, defender seus pontos de vista, vocalizar suas preferências e formular e expor suas críticas o mais abertamente possível, pois só assim as

⁶⁸² *Ibid.*, p. 48, tradução nossa. No original em inglês: “These actions corresponded not only to the exercise of a right, but also to compliance with the obligation to defend democracy, based on the provisions of the American Convention, and on the obligation under international law that the State of Honduras acquired by becoming a party to the American Convention and which is stipulated in instruments such as the Inter-American Democratic Charter”.

⁶⁸³ *Ibid.*, pp. 50-51.

⁶⁸⁴ Em resposta à solicitação da Corte Interamericana, a Comissão de Veneza elaborou e enviou o Relatório sobre Liberdade de Expressão de Juízes, adotado em 19 e 20 de junho de 2015. Qual informamos no Capítulo 2, elaboramos uma tradução de tal documento, a qual apresentamos em apêndice a esta tese.

escolhas coletivas poderão ser legitimamente construídas, e o governo estará efetivamente sujeito à vontade dos governados. *López Lone e outros v. Honduras* foi o primeiro caso, assim esclareceu a Corte, em que o órgão examinou as liberdades e os direitos políticos de membros do Poder Judiciário. Embora pontuando que a Convenção Americana garante tais liberdades e direitos a todas as pessoas, independentemente de elas integrarem algum grupo profissional, a Corte clarificou que nenhum dos direitos consagrados na Convenção é absoluto, e que quaisquer deles estão suscetíveis a restrições compatíveis com o direito internacional dos direitos humanos. “Em razão de suas funções na administração da justiça”, pontuou a Corte, “em condições de normalidade constitucional, juízes devem se subordinar a diferentes limitações, de múltiplas formas, que não sejam oponíveis a outros indivíduos, inclusive a outros agentes públicos”.⁶⁸⁵ No entanto, haja vista as circunstâncias específicas tanto do contexto político-institucional de Honduras a partir de 2008 quanto dos procedimentos levados a cabo pelo Poder Judiciário hondurenho contra Adán López Lone, Luis Alonso Chévez de la Rocha, Ramón Barrios Maldonado e Tirza Lanza, a Corte concluiu que, no caso concreto, o Estado violou os direitos políticos, o direito ao devido processo legal e à ampla defesa, e as liberdades de expressão, reunião e associação dos quatro juízes, bem como a liberdade de ir e vir de Chévez de la Rocha, e os postulados básicos da legalidade, da independência do Poder Judiciário, da imparcialidade judicial e do dever de adotar todas as medidas cabíveis para a promoção e a proteção dos direitos humanos.⁶⁸⁶ Assim, condenou Honduras a reinvestir as vítimas em seus cargos judiciais, reinstalando-as nos quadros do Poder Judiciário, e a compensá-las financeiramente por danos materiais e morais.

No mesmo ano desse julgamento, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos exarou o Informe nº 43/15, referente ao caso das juízas argentinas Adriana Gallo, Ana María Careaga e Silvia Maluf, que foram destituídas de seus postos judiciais na Província de San Luís, em virtude de terem subscrito um comunicado do Colégio de Advogados e Procuradores da cidade de Villa Mercedes que denunciava a situação de interferência política na administração judicial da referida província. Na mesma linha adotada pela Corte, a Comissão entendeu que a República da Argentina violou os direitos políticos, as garantias judiciais e as liberdades de expressão e pensamento de Gallo, Careaga e Maluf, bem como os princípios da legalidade e do

⁶⁸⁵ Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença em *López Lone e outros v. Honduras***. San José, 5 de outubro de 2015, p. 56, tradução nossa. No original em inglês: “Owing to their functions in the administration of justice, under normal conditions of the rule of law, judges may be subject to different restrictions, and in different ways, that would not affect other individuals, including other public officials”.

⁶⁸⁶ *Ibid.*, item VII.

devido processo, recomendando a reincorporação das vítimas ao Judiciário e o pagamento de indenização pelos prejuízos materiais e morais que lhes foram causados.⁶⁸⁷

Um aspecto fulcral da sentença da Corte Interamericana em *López Lone* é a análise que se faz da quebra da imparcialidade nos processos punitivo-disciplinares instaurados contra as vítimas. A Corte argumenta que o Poder Judiciário de Honduras tomou parte no golpe de Estado promovido contra Manuel Zelaya, ao estabelecer como narrativa oficial que a deposição do presidente consistiu em hipótese regular de sucessão constitucional. O mais importante, no entanto, é que, em fundamentando que o sistema judiciário hondurenho estava corrompido e, por isso, agiu como parcial nos procedimentos que resultaram na demissão dos quatro juízes, a Corte escreve que essa parcialidade decorreu não só do contexto prévio ao julgamento administrativo-disciplinar como do próprio julgamento. Ou seja, no entender da Corte Interamericana, o fato de o Poder Judiciário ter deflagrado processos e imposto punições contra magistrados simplesmente por eles terem expressado publicamente opiniões contrárias à interpretação adotada como oficial implicou por si só um ato de corrompimento do sistema, uma vez que importou, paradoxalmente, na assunção de uma fala da instituição, emitida em público, em favor de determinado ponto de vista político. Lembrando que, no caso *Apitz Barbera e outros v. Venezuela*, foi fixada a orientação de que “a imparcialidade exige que o juiz intervenha em uma disputa abordando os fatos objetivamente, sem nenhum preconceito, e ao mesmo tempo oferecendo garantias suficientemente objetivas que permitam eliminar qualquer dúvida que as partes ou a comunidade possam ter quanto à ausência de imparcialidade”,⁶⁸⁸ a Corte explica que, ao opor-se ao discurso de crítica de seus magistrados contra a deposição de Zelaya, o Poder Judiciário hondurenho reforçou seu caráter político, escolhendo como *lado oficial* – e, frise-se, sem processo, contraditório, interlocução, diálogo ou ampla defesa – o da versão favorável à intervenção militar que retirou forçosamente o presidente.

A Corte não dá a esse ponto uma dimensão de tese jurídica, pois sua análise da parcialidade do sistema judiciário de Honduras no tratamento punitivo-disciplinar que foi dado

⁶⁸⁷ Organização dos Estados Americanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Informe nº 43/15 referente ao caso 12.632 (Adriana Gallo e outras v. Argentina)**. Washington, 28 de julho de 2015.

⁶⁸⁸ Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença em López Lone e outros v. Honduras**. San José, 5 de outubro de 2015, p. 76, tradução nossa. No original em inglês: “This Court has indicated that impartiality requires that the judge who intervenes in a dispute must approach the facts of the case objectively, without any prejudice, and also offering sufficient guarantees of an objective nature that permit the elimination of any doubt that the defendant or the community could harbor as to the absence of impartiality.” Quanto ao caso em que o entendimento foi fixado, cf. Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença em Apitz Barbera e outros (“Primeira Corte do Contencioso Administrativo”) v. Venezuela**. San José, 5 de agosto de 2008.

às vítimas é realizada tendo em vista as peculiaridades e balizas do caso concreto. Há nessa consideração, todavia, um argumento poderoso. A reação disciplinar à indiscrição judicial é problemática, pois culmina em uma *contradição institucional*: ao punir um juiz que expressou um pensamento em público, em virtude de essa expressão minar sua imparcialidade, o Judiciário, ainda que indiretamente, opõe-se ao pensamento expresso e, com isso, expressa um outro pensamento (o pensamento oposto), circunstância que mina sua imparcialidade. Em outras palavras, buscando remediar a parcialidade de um juiz que manifestou publicamente uma ideia ou opinião, o sistema, ao puni-lo disciplinarmente, manifesta uma ideia ou opinião e, assim, perde sua imparcialidade.

3.4.3 Observação sobre a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos em Garcetti v. Ceballos e sobre a propositura, pela Presidência da República, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 774

A sanção de caráter punitivo-disciplinar é, em regra, inadequada ao tratamento da verborragia judicial, na medida em que revela, pela negação do discurso individual politizado, a assunção de um contradiscurso institucional igualmente politizado. Ainda que a indiscrição do juiz seja um problema grave, a merecer uma reação do sistema jurídico, a aplicação de penalização administrativa contra o magistrado indiscreto é um problema de gravidade equivalente ou até superior, pois implica uma contradita institucional – realizada, portanto, em nome do Poder Judiciário como instituição – do viés político-ideológico por trás da fala impugnada. Ao opor-se à manifestação do juiz, o sistema ele mesmo profere uma contramanifestação político-ideológica, circunstância que sombreia a avaliação do acerto ou do desacerto da punição aplicada. Punir disciplinarmente o juiz por falar algo em público é problemático, porque o próprio ato de punir representa falar algo em público – e, diferentemente da ação judicial individual, a ação de reação do sistema é de ordem institucional e, por conta disso, tem um impacto mais abrangente e profundo na dinâmica democrática.

Antes de explicar a sanção que, na nossa visão, cabe aplicar contra o juiz indiscreto, entendemos oportuno tecer duas considerações adicionais sobre as possibilidades de reação a falas judiciais. Primeiro, existe uma corrente doutrinária e jurisprudencial que defende que declarações feitas por funcionários públicos no exercício de suas obrigações de trabalho não estão protegidas pela liberdade de expressão. Essa compreensão foi adotada pela Suprema Corte

dos Estados Unidos no caso *Garcetti v. Ceballos*, julgado em 2006. Uma segunda corrente prega, em sentido oposto, que todos os pronunciamentos feitos por um juiz em sua decisão, não obstante consubstanciarem *obiter dicta*, devem estar imunes de qualquer tipo de responsabilização, inclusive na seara civil. Cuida-se da linha assumida pela Presidência da República ao propor a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 774, ajuizada em 2020, no bojo da qual o ministro André Mendonça concedeu medida liminar para suspender os processos que visam a condenar o poder público ao pagamento de indenizações com base no art. 37, § 6º, da Constituição, tendo como causa de pedir a impropriedade ou o excesso de linguagem empregado em decisão judicial. Entendemos pertinente analisar em conjunto essas duas correntes, que são antagônicas, porque, embora elas estejam baseadas em argumentos interessantes, nenhuma delas oferece um caminho democraticamente adequado.

Em *Garcetti v. Ceballos*, a Suprema Corte norte-americana decidiu que a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos não protege da sanção empregadora o discurso de um empregado público realizado no exercício de suas obrigações profissionais. Richard Ceballos trabalhou durante anos como promotor adjunto na Promotoria de Los Angeles, à época chefiada por Gil Garcetti. Em um caso criminal movido pela Promotoria, desconfiado da higidez de um depoimento colhido pela autoridade policial, Ceballos realizou uma investigação paralela a respeito da prova e, a partir dela, redigiu um memorando recomendando o encerramento do processo. Ceballos em seguida apresentou o memorando a seus superiores, que o desqualificaram. No curso do julgamento, a defesa do réu chamou-o a prestar depoimento, ocasião em que ele reiterou suas ressalvas e inquietudes relativamente ao depoimento que fora colhido no inquérito policial, porém a corte distrital rejeitou o pedido de anulação da prova. Posteriormente, segundo o aduzido por Ceballos, a chefia da Promotoria removeu-o de sua função no acompanhamento dos casos criminais e preteriu-o em sucessivas oportunidades de promoção. Ele, então, ajuizou uma ação de reparação de danos, buscando o reconhecimento de que a retaliação imposta por seus superiores violava sua liberdade de expressão.

Ao apreciar o caso, a Suprema Corte estabeleceu que, embora a Primeira Emenda proteja a fala de uma pessoa de censura, interferência ou punição por parte do Estado, tal proteção não se estende ao empregador, no caso de expressão emitida no exercício da profissão. Para a Corte, a possibilidade de o empregador controlar, revisar ou até mesmo punir um empregado por algo que ele tenha dito deve se estender ao poder público. Em primeiro lugar, porque, tal qual um empregado na iniciativa privada, o servidor público deve se sujeitar ao controle superior de suas atividades, sob pena de o trabalho do órgão como um todo ficar desordenado e ineficiente. Se o empregador não puder escrutinar o serviço desempenhado por

seu funcionário subordinado, penalizando tal funcionário, se assim for necessário, a própria ideia de hierarquia no ambiente de trabalho ficará esvaziada. O fato de a performance profissional do empregado envolver a elaboração de textos e a veiculação de manifestações não torna a necessidade de controle superior algo menos importante.

Ademais, ao ingressar no serviço público, o funcionário assume um regime diferenciado e rigoroso de atuação laboral. Segundo explicou a Suprema Corte, funcionários públicos ocupam posições de confiança e lidam, muitas vezes, com informações sensíveis e sigilosas. Quando se expressam, tais funcionários podem divulgar dados secretos ou emitir juízos impróprios, comprometendo o planejamento de trabalho que foi traçado pela chefia; se essas falas acontecessem sem que os superiores pudessem controlá-las ou puni-las de alguma maneira, o subordinado acabaria por assumir uma autoridade sobre seu chefe, podendo livremente romper com regras de desempenho, bem como trocar o plano de funcionamento estabelecido para a organização por outro plano definido em sua cabeça. Entender que a Primeira Emenda tutela a expressão veiculada por um funcionário público no exercício de sua função, e que, por isso, o empregador nada pode fazer contra ele, importaria em desfazer quaisquer laços de hierarquia e subordinação existentes na gestão da máquina pública.⁶⁸⁹

Nessa linha de ideias, a Suprema Corte decidiu que o memorando de Ceballos – que ele redigiu no desempenho de suas obrigações profissionais – não está protegido pela cláusula da liberdade de expressão. Portanto, seus superiores podem realocá-lo, adverti-lo ou preteri-lo em promoções com base em inúmeros aspectos, inclusive, e sobretudo, em uma avaliação da qualidade de seu trabalho. Nas palavras do juiz Anthony Kennedy, que elaborou o acórdão em nome da maioria, “o fato de os deveres do funcionário exigirem que ele às vezes fale ou escreva não pode impedir seu chefe de julgar sua performance”.⁶⁹⁰

Tal decisão causa espanto, uma vez que toma de empréstimo uma perspectiva (parcialmente) aplicável à iniciativa privada, sem, contudo, considerar ou enfrentar as particularidades inerentes à atividade dos servidores públicos. A rigor, embora existam níveis múltiplos de hierarquia funcional, os quais são indispensáveis à prestação organizada do serviço, o agente público não tem exatamente um empregador. Pessoas em posição de chefia detêm, evidentemente, a prerrogativa de traçar a estratégia de atuação da instituição sob sua responsabilidade, devendo os servidores subordinados trabalhar em prol dessa estratégia e

⁶⁸⁹ Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Garcetti v. Ceballos*, 547 U. S. 410**. Washington/DC, 2006, item II.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, item III, tradução nossa. No original: “The fact that his duties sometimes required him to speak or write does not mean his supervisors were prohibited from evaluating his performance”.

cumprir as obrigações que dela decorrem, porém, na administração pública, impera o interesse público, que se caracteriza por ser indisponível e superior aos interesses privados. O entendimento da Suprema Corte norte-americana parece confundir interesse público com interesse privado do Estado – recuperando, da pior maneira possível, a questionável dicotomia entre interesse público primário e interesse público secundário, porém não para defender, como querem o Superior Tribunal de Justiça⁶⁹¹ e parte da doutrina brasileira,⁶⁹² que o Estado tem vontades ou conveniências circunstanciais (o interesse secundário) que nem sempre estão conforme o bem-estar coletivo (o interesse primário), e sim para dizer que o interesse público está pressuposto na decisão do agente de posição hierárquica superior, e, por isso, a opção por punir um funcionário subordinado por conta de algo que ele tenha falado (contanto que a fala haja se dado no exercício da função), qual pode ocorrer em uma empresa privada, nunca vai de encontro aos objetivos constitucionais da administração pública. A lógica por trás da decisão beira o absurdo.

Ademais, e esse é um ponto importante, as consequências da tese arbitrada em *Garcetti* são imprevisíveis e perigosas, pois, ao invés de se ater à análise do caso concreto, a Suprema Corte dos Estados Unidos optou por fixar uma fórmula de aspiração generalizante, em um breve aceno ao universo, e, com isso, abriu as portas para hipóteses as mais extremas. Convencidos de que Richard Ceballos não fora injustamente prejudicado por seus superiores, os juízes poderiam ter decidido, simplesmente, que, naquela situação específica, a punição (ou o preterimento) que decorreria do memorando havia sido imposta nos limites do direito, não havendo que se falar em liberdade de expressão. No entanto, estipular, em um enunciado abstrato, que manifestações de funcionários públicos, desde que realizadas no desempenho de suas obrigações funcionais, não estão protegidas pela liberdade de expressão é ignorar a pluralidade de conjunturas potencialmente abarcadas por tal padrão decisório – é, como disseram os críticos da decisão, “desenhar linhas na areia”.⁶⁹³ Tal qual pontuaram os juízes que dissentiram, a distinção que a maioria da Corte tentou estabelecer entre falas no exercício profissional e falas na vida comum é arbitrária e insustentável. Sob um ponto de vista discursivo, é difícil diferenciar o profissional do cidadão; em sua literalidade, tal diferenciação

⁶⁹¹ Ver, por exemplo, em Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº 1356260**. Brasília, 7 de fevereiro de 2013; Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº 786328**. Brasília, 18 de outubro de 2007.

⁶⁹² Cf., por todos, BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, 2023, pp. 71-72.

⁶⁹³ Cf. LOPILATO, Krystal. *Garcetti v. Ceballos*: public employees lose first amendment protection for speech within their job duties. **Berkeley Journal of Employment and Labor Law**, v. 27, n. 2, 2006, pp. 537-544.

pode embasar a ideia de que a pessoa enquanto trabalha não é um sujeito pleno de direitos.⁶⁹⁴ Para o debate sobre liberdade acadêmica, a decisão em *Garcetti* assumiu um lugar de centralidade, tendo em vista o risco de a orientação, em sendo aplicada às manifestações de professores e pesquisadores, destruir as liberdades de ensinar, pesquisar e publicar.⁶⁹⁵

No nosso entender, contudo, o aspecto mais desastroso desse precedente é o fato de a Suprema Corte norte-americana ter perdido a oportunidade de, a partir de um diálogo mais cuidadoso com a filosofia moral e com a filosofia do direito, reconhecer a existência de obrigações de papel social. Ao contrário, a decisão endereça o problema de maneira tão simplória que, permitindo-se ser facilmente criticada em sua pretensão de singularizar o papel do servidor público, ela acaba por enfraquecer a perspectiva – essa, sim, importante e meritória – de que as pessoas podem assumir obrigações especiais, não oponíveis à sociedade como um todo, em virtude da função que desempenham. Ao invés de tratar o caso como uma hipótese geral de não incidência da liberdade de expressão, a Corte poderia ter decidido que Richard Ceballos tinha, como agente responsável pela acusação em um processo criminal, obrigações específicas não oponíveis a um cidadão comum.

Isso vale para os juízes. Dizer que as falas de um funcionário público, proferidas em sua rotina funcional, não estão protegidas pela liberdade de expressão, podendo seu superior puni-lo em razão de seu trabalho, significaria assumir, no caso da magistratura, que o Poder Judiciário possa, com base no conteúdo das decisões judiciais, preterir os juízes para promoções, ou até mesmo penalizá-los disciplinarmente. Na verdade, das expressões dos juízes, as falas que eles proferem no exercício de sua função – que são seus pronunciamentos nas decisões – são as que mais merecem a proteção do direito.

Por outro lado, o entendimento de que quaisquer manifestações veiculadas por juízes no desempenho de seu ofício profissional estejam cobertas pela liberdade – hipótese que representa o extremo oposto da tese fixada em *Garcetti v. Ceballos* – está igualmente equivocado. A prerrogativa de decidir não implica uma licença para insultar ou enganar. Se o magistrado diz algo que atenta contra a dignidade de alguém, ainda que sua fala seja a *ratio decidendi* do pronunciamento na solução do conflito submetido à apreciação da jurisdição, ele deve ser responsabilizado. Segundo nos parece, a perspectiva assumida pela Presidência da República com a propositura, em 2020, da ADPF nº 774 – na qual se busca uma declaração de que não se

⁶⁹⁴ GILMORE, Harvey. Has *Garcetti* destroyed academic freedom? **University of Massachusetts Law Review**, v. 6, n. 1, art. 4, 2011, pp. 87-89.

⁶⁹⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. *Op. cit.*, 2020, pp. 176-180.

pode pleitear em face do Estado indenização por palavras ou visões, ainda que ofensivas, contidas em decisão judicial – é incompatível com a Constituição da República, uma vez que parte da premissa absurda de que o juiz, em atuando como juiz, está livre para mentir, ofender, ultrajar, ridicularizar ou humilhar. Nesse sentido, a decisão liminar prolatada pelo ministro André Mendonça, que determinou a suspensão de quaisquer processos que visem a condenar o poder público ao pagamento de indenizações com base no art. 37, § 6º, da Constituição, tendo como causa de pedir a impropriedade ou o excesso de linguagem empregado em decisão judicial, encampa uma lógica obtusa, em inteira dissonância da interpretação adequada da liberdade de expressão – e também da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

3.4.4 Da sanção disciplinar à sanção processual

3.4.4.1 Juiz indiscreto é juiz suspeito

Qual é o problema do pensamento que o juiz expressa em público? O que de fato importa quando o juiz se manifesta, fora do processo, sobre alguma questão controvertida?

Embora a independência do Poder Judiciário seja importante, e a despeito do valor que existe na preservação de uma imagem de imparcialidade, o que importa, em primeiro lugar, é a imparcialidade em si – a imparcialidade subjetiva, para usar a expressão consagrada na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. A imparcialidade do juiz ao decidir a causa, sua equidistância respeitosa para com as partes, seu compromisso com a leitura objetiva dos fatos, sua abertura cognitiva e intelectual aos argumentos levantados no processo – é isso que importa. Disso decorre, evidentemente, a importância de o magistrado portar-se como imparcial, desempenhando suas tarefas profissionais e vivendo sua vida de forma a transparecer idoneidade, temperança, capacidade técnica e equidistância com relação às partes, aos fatos e aos argumentos debatidos no conflito submetido à sua apreciação. O problema de o juiz expressar seu pensamento em público, antecipando seu entendimento sobre determinada questão, está no fato de ele, ao falar, tornar-se alguém menos imparcial. É um problema, portanto, para o *processo*, um prejuízo à dinâmica participativa e policêntrica do processo democrático, um esvaziamento do contraditório material. É evidente que a reputação, o prestígio e a confiabilidade do Poder Judiciário como instituição têm um enorme valor na dinâmica da democracia, mas não porque a boa imagem da justiça seja um fim em si mesmo.

A boa imagem do Judiciário é um objetivo constitucional, porque ela revela (e alimenta) a capacidade dos juízes de decidirem de modo independente e imparcial, oferecendo sua contribuição especial à governança democrática.

Tendo isso em vista, entendemos que a sanção constitucionalmente adequada contra a indiscrição judicial é o reconhecimento da suspeição do juiz indiscreto.

A suspeição é o receio fundamentado de que, em virtude de determinada circunstância, o juiz não possa exercer a função jurisdicional com imparcialidade.⁶⁹⁶ Não obstante a clareza do conceito, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal entendem – simplistamente, na nossa visão – que os róis de hipóteses de suspeição previstos no Código de Processo Civil e no Código de Processo Penal são taxativos. Tanto o CPC, em seu art. 145, quanto o CPP, em seu art. 254, listam hipóteses de suspeição que dizem respeito apenas a relacionamentos, diretos ou indiretos, entre o juiz e as partes. Nenhum dos casos elencados na legislação contempla, portanto, a situação do juiz que, tendo explicitado dado ponto de vista, demonstra publicamente inclinar-se em determinada direção interpretativa.

Para o STJ, “deve ser rejeitada a exceção de suspeição que não indica nenhuma das hipóteses legais e taxativas do art. 145 do Código de Processo Civil”.⁶⁹⁷ Embora essa orientação reverbere em inúmeros julgados do tribunal, em nenhum dos pronunciamentos consta uma explicação fundamentada do porquê desse entendimento; os acórdãos e as decisões se limitam a citar a existência de uma jurisprudência, reproduzindo ementas passadas, em um movimento circular sem fim. No STF, em sentido similar, prevalece a perspectiva da taxatividade das hipóteses de impedimento e suspeição, porém a maioria dos casos resulta em negativa de seguimento do recurso interposto, com a prevalência do provimento dado pelo órgão jurisdicional inferior (em regra, o STJ). A rigor, não há uma consideração detida do Supremo acerca da matéria.⁶⁹⁸

Ao contrário, é necessário considerar que os róis previstos na legislação processual não são taxativos. A parcialidade do juiz não acontece apenas por conta de sua relação com as partes, podendo haver inúmeras conjunturas em que, por sua relação com a causa, o juiz esteja menos apto a decidir o conflito de modo isento, idôneo e imparcial. Limitar os casos de suspeição à lista instituída pelo legislador ordinário implicaria diminuir a importância da imparcialidade – a qual é uma exigência com *status* constitucional e, como tal, deve ser lida o

⁶⁹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, 2009, p. 211.

⁶⁹⁷ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Agravo Interno nos Embargos de Declaração na Exceção de Suspeição nº 211**. Brasília, 3 de maio de 2022.

⁶⁹⁸ Cf., por exemplo, Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Decisão no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1125457**. Brasília, 20 de abril de 2018.

mais amplamente possível, com vistas a promover uma atuação jurisdicional isonômica e justa. Isso não significa defender que o reconhecimento da suspeição do juiz deve acontecer com facilidade. Significa, na verdade, que as previsões dos arts. 145 do CPC e 254 do CPP não dão conta de enfrentar todas as situações nas quais a imparcialidade do juiz pode estar comprometida.

Diante disso, é preciso pontuar duas coisas.

Em primeiro lugar, não compactuamos com o prisma de que a declaração de suspeição corresponde a sanção punitiva, de cunho negativo, uma vez que importa em um prejuízo reputacional em desfavor do juiz. Ainda que possa haver dano à reputação do magistrado – conjectura que nos parece de todo duvidosa –, está claro que a suspeição, uma vez reconhecida, não leva à perda de nenhum direito subjetivo, nem, tampouco, à prática de nenhum ato indesejado. Essa explicação é relevante, porque a defesa doutrinária da taxatividade dos róis previstos no CPC e no CPP para as hipóteses de suspeição parece estar inteiramente centrada na perspectiva de que declarar um juiz como suspeito importa em ferir sua honra. Segundo Guilherme Nucci, por exemplo, apontar a suspeição de um juiz implica, em regra, uma acusação grave, razão pela qual “vincula o seu autor às alegações formuladas, de caráter pessoal, à autoridade judiciária, podendo representar crime contra a honra”.⁶⁹⁹ Essa visão é infundada e precisa ser desconstruída. Dizer que o juiz é suspeito não significa qualificá-lo de inidôneo ou corrupto. A suspeição é um elemento inerente ao caráter humano do julgador. Reconhecê-la é assumir que, para determinado conflito, é melhor que um dado ser humano, que é naturalmente orientado por vontades e preferências, não figure como juiz. De todo modo, é inequívoco que eventual dano à imagem do magistrado – se houver – é expressivamente menor do que o abalo causado ao processo democrático pela circunstância de atuar como julgador alguém incapaz de exercer a função com imparcialidade, tanto subjetiva quanto objetivamente.

Segundo, não nos parece correta a suposição de que considerar o rol de casos de suspeição como sendo exemplificativo aumentará as possibilidades de protelação estratégica do deslinde processual. O uso indevido de expedientes processuais, mediante afirmações improcedentes, com o único propósito de adiar o proferimento da decisão de mérito é um risco inerente ao processo democrático – um risco que o Poder Judiciário deve gerenciar, e para o qual precisa buscar soluções efetivas e inteligentes, sem que isso importe em uma redução do contraditório. Esse risco existe hoje, mesmo sob o entendimento de que a lista de hipóteses de suspeição é taxativa, e, embora ele seja merecedor de atenção, eventuais dificuldades no

⁶⁹⁹ NUCCI, Guilherme. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Forense, 2015, p. 301.

tratamento da protelação abusiva não podem servir como fundamento para cancelar a permanência de um juiz parcial.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu, em um passado não distante, que, diferentemente da listagem relativa aos impedimentos, o rol de casos de suspeição seria exemplificativo. No julgamento do *Habeas Corpus* nº 146796, o STJ asseverou que “[t]anto o impedimento quanto a suspeição buscam garantir a imparcialidade do magistrado (...), porém, diferentemente do primeiro, cujas hipóteses podem ser facilmente pré-definidas, seria difícil, quiçá impossível, ao legislador ordinário prever todas as possibilidades de vínculos subjetivos (juiz e partes) susceptíveis de comprometer a sua imparcialidade” – entendimento que, conforme defendemos neste trabalho, deve valer também para os casos em que o magistrado tenha externado publicamente seu juízo sobre a questão a respeito da qual é chamado a proferir decisão.⁷⁰⁰ Tudo indica que essa orientação foi superada pela jurisprudência mais recente do tribunal – que hoje sinaliza, sem divergências aparentes, que o rol de suspeições é taxativo –, porém o fato de o STJ já ter entendido que existem hipóteses de suspeição não expressamente contempladas no CPC e no CPP reforça o argumento de que a imparcialidade, por ser uma exigência constitucional, não pode estar reduzida a listas pré-concebidas pelo legislador ordinário.

Ou seja, a sanção aplicável contra o juiz indiscreto deve ser, exclusivamente, o reconhecimento de sua suspeição para decidir sobre o objeto de sua manifestação indevida, a despeito de a indiscrição não constar nas listas de hipóteses de suspeição previstas na legislação processual.

Assentado isso, é importante frisar que, no nosso entender, as falas de um juiz que tenham conteúdo ilícito – a exemplo de notícias falsas, discursos de ódio e afrontas contra a democracia – devem seguir o mesmo caminho aplicável a falas desse tipo proferidas por cidadãos comuns. A tese de que a sanção constitucionalmente adequada para enfrentar a verborragia judicial limita-se ao reconhecimento da suspeição do juiz só faz sentido para o discurso que é ilegal simplesmente por ser judicial. Ou seja, a tese não se aplica ao problema do discurso que é ilegal por outras razões – como o discurso que produz ou encoraja a violência imediata ou outras ações ilegais iminentes, assim como, em muitos sistemas jurídicos, o discurso de ódio contra minorias étnicas, religiosas e sexuais, ou a expressão que veicula notícias falsas –, porque a ilegalidade desse discurso não diz respeito ao fato de ele ter sido proferido por um juiz. Em se tratando de um discurso que, para o sistema jurídico no qual ele é

⁷⁰⁰ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Habeas Corpus nº 146796**. Brasília, 4 de março de 2010.

assimilado, é encarado como ilegal por razões variadas, mas não por conta de ter sido veiculado por um juiz, tanto a caracterização da ilegalidade – a discussão sobre se a expressão é ou não protegida, se sua proibição viola ou não a liberdade de expressão – quanto a configuração da sanção a ela acoplada – o debate, que é distinto da discussão anterior, embora esteja conectado a ela, sobre se a expressão pode ou não ser criminalizada, ou sobre se alguém que tenha se ofendido ou se sentido lesado por ela merece ser indenizado – independentemente de uma aferição do papel social ocupado pelo falante. Outros elementos estarão em jogo, outras perguntas precisarão ser respondidas, e em alguns casos a conclusão será pela liberdade de expressão, e em outros pela proibição do discurso. O que podemos dizer de antemão é que, nessas hipóteses, o discurso será considerado ilegal tenha ele sido proferido por um juiz ou não.

O juiz não é inviolável por suas palavras, opiniões e votos. Caso ele profira algum discurso que encoraje a violência, ou diga palavras de cunho racista, antissemita ou homofóbico, ou contribua para a circulação de notícias inverídicas, é perfeitamente possível que, aplicando-se o disposto na LOMAN, a ele seja aplicada alguma penalidade de natureza administrativo-disciplinar. Isso é assim – e precisa ser assim –, porque, segundo todo o raciocínio que construímos até aqui, o juiz não pode ser mais livre para expressar-se em público do que o cidadão comum. Se o cidadão comum estiver sujeito à responsabilização por proferir determinadas palavras ou opiniões, não fará sentido assumir que o juiz não deva também estar, nem, tampouco, que essa responsabilização, no caso do juiz, não possa ser disciplinar. Não há dúvida de que o cometimento de crimes ou ilícitos civis, inclusive nos casos em que a conduta consiste em proferir um discurso, possa resultar na aplicação de alguma punição administrativa contra o juiz. As controvérsias a respeito da ilegalização do discurso – se as palavras de ódio ou as notícias falsas podem ser censuradas ou inibidas, quais medidas cabem em oposição a tais expressões, até onde vai o poder fiscalizatório e punitivo do Poder Executivo e do Poder Judiciário – são instigantes e complexas, mas, apesar de termos sinalizado no Capítulo 1 que a liberdade de expressão se presta a proteger não só o elemento individual como também a dimensão intersubjetiva da comunicação humana, encarar essas questões a fundo não constitui um objetivo deste trabalho.

O que esta tese busca equacionar, na verdade, é o problema do discurso que, a princípio, não se enquadra em nenhuma hipótese de ilegalidade, mas que se torna ilegal, em razão de ter sido proferido por um juiz. Nesse caso, segundo nos parece, a resposta do sistema deve se restringir à declaração de suspeição do juiz que emitiu o discurso, relativamente às causas que tratem do tema a respeito do qual ele tenha discursado.

Dois casos recentes ajudam a ilustrar essa perspectiva. O juiz federal Eduardo Appio, da Seção Judiciária do Paraná, que assumiu a condução dos processos referentes à operação “lava-jato”, endossou uma série de publicações favoráveis ao presidente Lula e ao Partido dos Trabalhadores nas redes sociais, bem como criticou, muitas vezes com veemência, os métodos até então empregados na operação. Diante disso, o Ministério Público Federal apresentou vinte e oito pedidos de reconhecimento da sua suspeição para julgar os casos, inicialmente perante o próprio juiz, mas em seguida ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por meio de recurso. Em um desses incidentes, o TRF declarou Appio suspeito, afastando-o da condução dos feitos da “lava-jato”.⁷⁰¹ Nesse episódio, o estatuto da liberdade de expressão judicial foi corretamente aplicado pelo Poder Judiciário: embora os discursos publicamente adotados não fossem, quanto ao seu conteúdo, contrários ao direito, as manifestações tornaram-se ilícitas, em razão de terem sido proferidas por um juiz; a ilicitude em comento foi adequadamente combatida pelo MPF, que buscou a incidência da sanção processual, de modo a impedir que um magistrado indiscreto decidisse sobre as questões a respeito das quais havia se pronunciado em público.

Situação distinta é a do juiz José Gilberto Alves Braga Júnior, do Tribunal de Justiça de São Paulo. Em decisão sobre um caso de furto, ele emitiu *obiter dictum* associando o presidente Lula a crimes contra o patrimônio, dizendo que sua eleição tem funcionado como um estímulo a delitos de tal natureza. Em reação a isso, o CNJ intimou-o para prestar esclarecimentos.⁷⁰² O caso é digno de nota, porque, diferentemente dos discursos proferidos por Eduardo Appio, a manifestação de Braga Júnior propaga insinuações sem nenhuma prova – as quais são, por esse motivo, inverídicas e atentatórias contra a honra objetiva do presidente da República. Na democracia brasileira, notícias falsas são expressões de teor ilícito e, assim, a sanção cabível contra a fala do juiz paulista não se pode cingir ao reconhecimento da sua suspeição para decidir sobre os fatos por ele mencionados. Dado o conteúdo antijurídico do discurso veiculado, é perfeitamente possível a cominação de punição administrativo-disciplinar.

⁷⁰¹ SCORTECCI, Catarina. Juiz afastado da Lava Jato foi alvo de 28 pedidos de suspeição do MPF. **Folha de S.Paulo**. Matéria de 7 de julho de 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2023/07/juiz-afastado-da-lava-jato-foi-alvo-de-28-pedidos-de-suspeicao-do-mpf.shtml>. Acesso em 7 de agosto de 2023.

⁷⁰² BERGAMO, Mônica. Conselho Nacional de Justiça decide intimar juiz que associou Lula a furtos. **Folha de S.Paulo**. Matéria de 1º de agosto de 2023. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2023/08/conselho-nacional-de-justica-decide-intimar-juiz-que-associou-lula-a-furtos.shtml?utm_source=what-sapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa. Acesso em 7 de agosto de 2023.

3.4.4.2 Quatro objeções à suspeição do juiz indiscreto

Em síntese, a sanção cabível contra a indiscrição judicial é o reconhecimento da suspeição do juiz para decidir sobre a questão a respeito da qual ele tenha se manifestado em público. Tal hipótese de suspeição, embora não conste nas listas exemplificativas previstas nos arts. 145 do CPC e 254 do CPP, deve ser reconhecida pelo próprio magistrado ou, em sendo necessário, pelo órgão jurisdicional imediatamente superior, pois a veiculação antecipada do entendimento do juiz a respeito de alguma questão revela uma carência de imparcialidade para decidir sobre tal questão.

Quatro objeções podem ser opostas a essa ideia.

Há quem diga, primeiro, que o reconhecimento da suspeição do juiz constitui medida ineficaz, haja vista a tendência corporativa de os integrantes do Poder Judiciário rejeitarem as arguições de suspeição. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, estudos empíricos deixam clara a existência de uma jurisprudência criada para estabelecer meios de negar seguimento a essas arguições,⁷⁰³ inclinação que evidencia um pacto de silêncio entre os ministros a respeito de sua própria imparcialidade.⁷⁰⁴ De fato, é muito significativo que nenhuma arguição de suspeição tenha jamais sido julgada pelo plenário do Supremo.⁷⁰⁵ Contudo, o fato de as coisas serem feitas de modo errado não significa que o jeito correto tenha deixado de existir. A objeção de que a alternativa da suspeição está fadada a ser neutralizada pela indisposição do Judiciário parte do pressuposto falso de que a teoria normativa deve “abaixar a cabeça” para a realidade institucional, aceitando as coisas tais como elas são. Mas a verdade é que o modo como os tribunais lidam com questionamentos a respeito da parcialidade de seus membros, mesmo que se trate de prática introjetada na dinâmica das instituições, contraria frontalmente a Constituição. Diagnosticar isso é um primeiro passo em direção à revitalização do debate sobre a parcialidade judicial. Ainda, o corporativismo no tratamento das arguições poderia ser atenuado com a atribuição ao Conselho Nacional de Justiça da tarefa de avaliar a suspeição de juízes, inclusive – quem sabe – dos ministros do STF. Embora saibamos que o desempenho do CNJ jamais implicou a assunção genuína de um modelo de controle e

⁷⁰³ GLEZER, Rubens Eduardo et al. Fora dos holofotes: estudo empírico sobre o controle da imparcialidade dos ministros do STF. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 58, 2021, pp. 385-421.

⁷⁰⁴ CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. **Imagens da imparcialidade entre o discurso constitucional e a prática judicial**. Tese de doutorado. Brasília: Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, 2016, pp. 12-13.

⁷⁰⁵ Cf. GLEZER, Rubens Eduardo et al. *Op. cit.*, 2021, p. 390.

responsividade do Poder Judiciário,⁷⁰⁶ acreditamos que a possibilidade de a parcialidade dos juízes ser enfrentada por um fórum deliberativo externo e de composição mista implicaria, não sem problemas, um alargamento do debate sobre a discrição e o desassombro judiciais.

Segundo, é possível sustentar que o reconhecimento da suspeição do juiz constitui providência inefetiva, não logrando alcançar o objetivo de desestimular a indiscrição judicial. Sob essa perspectiva, reconhecer que o juiz indiscreto é suspeito e que, por conta disso, ele não pode julgar determinada causa não importa em punição suficiente, na medida em que não o constrange nem incomoda. Ter a suspeição reconhecida pode até ser um contratempo, um dissabor, mas tal ocorrência de nenhuma forma equivale ao impacto das penalidades disciplinares listadas na LOMAN. Tal constatação é verdadeira. Porém, diferentemente do que essa ressalva supõe, esta tese está menos preocupada com estimular a discrição do que com definir uma resposta sistêmica constitucionalmente adequada à exposição midiática e política do juiz. Isso é significativo, porque não afirmamos em nenhum momento que a suspeição do juiz consiste em uma solução para o problema da falta (ou da insuficiência) de uma cultura político-judicial de comedimento, reserva e imparcialidade. Outras medidas talvez possam funcionar nesse sentido, tais como cursos de formação direcionados para a magistratura e sanções premiais em favor de juízes com histórico de discrição.

Terceiro, há quem aduza que, a depender do caso, o reconhecimento da suspeição constitui sanção excessivamente gravosa. Falas sutis proferidas pelo juiz em um momento de descuido ensejariam, em uma reação agressiva e desproporcional, a impossibilidade de ele exercer jurisdição sobre a temática a respeito da qual tenha falado. Contra tal ressalva nada temos a replicar. Admitimos, de todo modo, que a perspectiva adotada neste trabalho é rigorosa quanto à ideia de que o juiz indiscreto é suspeito para decidir sobre o assunto de sua indiscrição. A existência de tal rigor não nos parece ontologicamente problemática.

E, quarto, pode-se argumentar que o reconhecimento da suspeição é capaz de provocar um problema ainda maior, no caso de a maioria dos integrantes de um colegiado ter se manifestado publicamente a respeito de determinada questão sobre a qual precisem decidir. Essa possibilidade é palpável quando se considera o Supremo Tribunal Federal, que é um órgão jurisdicional culturalmente indiscreto, que julga todo tipo de temática, composto por um número reduzido de juízes. Mais uma vez, no entanto, reputamos relevante atentar para o fato de que esta tese é normativa e, assim, aspira a uma conjuntura-meta na qual os ministros,

⁷⁰⁶ Sobre as disfuncionalidades e ineficiências do CNJ, ver, por todos, KERCHÉ, Fábio; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; COUTO, Cláudio Gonçalves. Os Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público no Brasil: instrumentos de *accountability*? **Revista de Administração Pública**, v. 54, n. 5, 2020, pp. 1.334-1.360.

conscientes de seu papel, espontaneamente se autocontenham, evitando quaisquer impugnações à sua imparcialidade. Embora esse quadro traduza como entendemos que as coisas devem ser, não se trata de um ideal descolado da realidade institucional. A autocontenção como prática enraizada na cultura institucional do Poder Judiciário é uma realidade concreta em inúmeros sistemas democráticos. Além disso, se a objeção parte do prisma de que o desenho proposto é ruim, porque o comportamento das pessoas pode miná-lo, então nenhum compromisso, arranjo, contrato ou planejamento, segundo essa linha, tem condições de se sustentar de pé, afinal tudo que somos e fazemos coletivamente depende de um alinhamento mínimo de expectativas. Se as pessoas quiserem acabar com o Poder Judiciário, o Poder Judiciário acabará. No entanto, como acreditamos na separação dos poderes, na jurisdição independente e no processo democrático, entendemos que a atitude das pessoas é uma grandeza na qual ainda vale a pena apostar.

3.4.5 O que falta para o estatuto brasileiro da liberdade de expressão judicial ser verdadeiramente cumprido?

Quando Rubens Casara diz que é bom olhar para a Avenida Atlântica e não ver “nenhum coxinha”, e que, se o Supremo Tribunal Federal estivesse funcionando, a “palhaçada do *impeachment*” teria sido barrada, ele comete alguma ilicitude? Nossa resposta é ao mesmo tempo *sim* e *não*. Ele comete um ato ilícito, pois é juiz e, como tal, está proibido de desempenhar atividade político-partidária, bem como de se manifestar sobre questão polêmica acerca da qual possa vir a exercer jurisdição. Podemos concordar com o teor de sua fala (ou não, tanto faz), mas não podemos negar que a ação de um magistrado expressando tão emotivamente uma opinião política em praça pública ultrapassa as fronteiras da discricção, da temperança e do comedimento – deveres que acompanham o ofício judicial, não porque ao juiz deva ser imposto algum tipo de claustro, e sim por conta da exigência de a justiça construir decisões no processo, observados os postulados do contraditório material, da imparcialidade efetiva e da fundamentação suficiente. Mas é igualmente possível dizer, ao contrário, que o ato por ele cometido *ainda* não é ilícito – ou seja, que existe, no máximo, uma ilicitude em perspectiva –, pois, quando o juiz expressa indevidamente seu pensamento em público, a violação ao direito só efetivamente acontece (podendo o magistrado ser punido com o reconhecimento de sua suspeição) quando há algum prejuízo à imparcialidade. No caso de Casara, isso somente

ocorreria se ele um dia fosse chamado a decidir sobre o assunto a respeito do qual emitiu seu discurso – cenário que, considerando a temática em debate, é praticamente irreál.

De toda maneira, está claro que seria melhor que ele não houvesse se expressado publicamente. O exercício de uma judicatura consciente e responsável, com cautela, autocontenção e reserva, alimenta uma cultura política da imparcialidade – uma cultura baseada na igualdade, no respeito às pessoas e no acesso livre a uma ordem jurídica justa. Embora punir o juiz disciplinarmente pelo pensamento que ele expressa em público seja errado, sobretudo em razão de existir uma seletividade inevitável no manejo do sistema punitivo, é sem dúvida valiosa – não só em termos morais, mas também políticos e jurídicos – a postura do juiz que, silenciando sempre que possível e manifestando-se sempre que necessário, colabora com a higidez e a credibilidade do sistema de justiça.

Mas, se essa higidez e essa credibilidade nem sempre são alcançáveis mediante a aplicação do elemento sancionador do estatuto jurídico da liberdade de expressão judicial, isto é, por meio do reconhecimento da suspeição do juiz indiscreto para decidir sobre o objeto de sua indiscrição – dificuldade que parece existir, por exemplo, no caso de Rubens Casara –, o que se pode fazer, ainda, para estimular entre os magistrados o respeito a suas obrigações de papel social? Em outras palavras: além de reconhecer que o juiz indiscreto é suspeito – situação que, em um número expressivo de casos, sequer chega a materializar-se –, o que falta para que o estatuto da liberdade de expressão judicial seja verdadeiramente cumprido?

Vimos que, na visão de Ronald Dworkin, a liberdade de expressão e a liberdade acadêmica são instrumentos necessários à preservação de uma cultura de independência intelectual, uma cultura em que as pessoas sejam livres para viverem de acordo com as ideias nas quais acreditam. Tal visão se insere em uma perspectiva teórica mais ampla, a qual reputa os direitos fundamentais como trunfos que demarcam e protegem interesses individuais relevantes face a argumentos e decisões de política – prisma que visa a impor limites ao juízo de conveniência e oportunidade que governos podem estabelecer na tentativa de alocar e distribuir os bens da sociedade.⁷⁰⁷ Nos anos 1980, essa abordagem foi criticada por menosprezar a importância dos deveres fundamentais. Segundo os autores que refutavam a tese de Dworkin, o discurso dos direitos – e da cultura de independência que eles se prestam a preservar – empobrece o debate político, na medida em que ignora que não podem existir direitos sem

⁷⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 269. A ideia foi posteriormente recapitulada em DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 2011b.

deveres.⁷⁰⁸ Ainda, a ênfase nos direitos como trunfos, de acordo com esses autores, prejudica a garantia efetiva da liberdade, já que dá pouca importância ao fato de que ser livre para agir significa assumir responsabilidade pelas próprias ações.⁷⁰⁹

Em *Life's dominion* – trabalho que citamos na Introdução para explicarmos nossa proposta de escrever um estudo de filosofia pública –, Dworkin apresenta uma resposta interessante a essa crítica. Ao examinar as controvérsias em torno do aborto e da eutanásia, sem renunciar à essência de seus estudos e reflexões anteriores, ele assume que o Estado pode estimular as pessoas a exercerem seus direitos com responsabilidade. Em outras palavras, a comunidade pode obrigar seus membros a levarem suas ações a sério e tratar algumas questões delicadas (como o exercício da liberdade de expressão) com premeditação e sobriedade, desde que se abstenha de forçá-los a seguir um caminho específico. O Estado não pode injetar nas deliberações de uma pessoa sua própria compreensão do que significa ser responsável e justo, porém pode informar, aconselhar e orientar.⁷¹⁰

É claro que existe uma linha tênue entre estimular a responsabilidade e impor o cumprimento. Para Dworkin, no entanto, não pode haver garantia de responsabilidade se o Estado não estiver disposto a respeitar o direito do indivíduo de fazer sua própria escolha final. Essa concepção toma a responsabilidade no sentido de *autonomia* – concepção que, tal qual o discurso dos direitos fundamentais, embasa a defesa de uma cultura de independência –: o indivíduo deve agir livremente, e o Estado, que não precisa ser neutro, pode incentivá-lo a decidir em plena consciência, mas esse ato de incentivo precisa reconhecer a independência do sujeito e, portanto, aceitar sua última palavra. A responsabilidade decorre da liberdade, pois apenas o sujeito que é livre pode ser verdadeiramente responsabilizado pelos atos que pratica. Ao envidar esforços para qualificar o exercício da liberdade, estabelecendo medidas que busquem dar ao indivíduo a percepção, a clarividência e o conteúdo informacional necessários para a prática consciente de determinadas ações, sem, todavia, coibir ou impor nenhum tipo de prática, o Estado fortalece a liberdade – e, por consequência, assegura a responsabilidade.⁷¹¹

Com essa abordagem, Dworkin sustenta que a defesa da centralidade dos direitos não impede que os deveres sejam levados a sério, nem, tampouco, inviabiliza iniciativas, por parte

⁷⁰⁸ GLENDON, Mary Ann. **Rights talk: the impoverishment of political discourse**. New York: The Free Press, 1993, pp. 76-108.

⁷⁰⁹ WEST, Robin. Foreword: taking freedom seriously. **Harvard Law Review**, n. 104, 1990, pp. 43-61. Ver também WEST, Robin. Integrity and universality: a comment on Ronald Dworkin's Freedom's Law. **Fordham Law Review**, n. 65, i. 4, 1997, pp. 1.313-1.334.

⁷¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1993, pp. 150-153.

⁷¹¹ Nesse sentido, ver MCCLAIN, Linda C. Rights and irresponsibility. **Duke Law Journal**, n. 43, 1994, pp. 989-1.088.

do Estado, de inspirar comedimento, temperança e consciência.⁷¹² Além disso, obrigar as pessoas a refletir sobre seus atos não nega a tese dos direitos como trunfos, porque, mesmo que sejam adotadas ações de formação, capacitação, educação e conscientização para o exercício dos direitos, a autonomia do sujeito deve ser, em todo caso, respeitada. Em razão disso, o discurso da responsabilidade não é incompatível com a afirmação de que a liberdade é violada sempre que o governo decide restringi-la com o objetivo de acabar com a independência intelectual e impor um juízo moral massificado.⁷¹³

Quando falamos que os juízes têm o dever de agir com discrição e desassombro, não queremos dizer que sua autonomia deve ser restringida, e sim que, no exercício livre e autônomo de sua profissão, é esperado que eles, conscientemente, ajam de modo a resguardar-se de um envolvimento político e uma exposição midiática exagerados. Esclarecer o regime da liberdade de expressão judicial, clarificando as possibilidades e os limites do discurso público do juiz e estabelecendo as balizas da reação estatal à indiscrição judicial, é fundamental para que o direito seja compreendido e aplicado de maneira correta – eis o objetivo principal desta tese. Entretanto, não podemos perder de vista que nenhum estatuto limitativo-sancionador é capaz de se sustentar frente a uma cultura de desdém para com o projeto de uma jurisdição democrática. Por trás de um sistema de justiça funcional, efetivo e justo e de uma magistratura consciente de suas obrigações especiais, existe (inevitavelmente) um ambiente de respeito ao processo democrático. Preservar e alimentar tal ambiente não são incumbências exclusivas do magistrado; para que a coisa funcione de verdade, é essencial que todos os atores envolvidos com a administração da justiça – advogados, membros do Ministério Público, servidores e assistentes técnicos, além, evidentemente, da própria sociedade – contribuam com a gestão democrática do processo. Entretanto, o papel judicial é, não à toa, ao mesmo tempo o começo e o fim desse itinerário.

Nesse sentido, o que falta para o estatuto brasileiro da liberdade de expressão judicial ser cumprido é a alimentação de uma cultura da imparcialidade do juiz – uma cultura baseada na autonomia, na ideia de que a liberdade deve ser exercida com responsabilidade, em prol da gestão e do avanço da democracia. Independentemente de o juiz ser chamado a decidir sobre quaisquer fatos ou questões, é fundamental que ele reconheça o valor da sua discrição – um valor para o processo, para a separação dos poderes, para o regime democrático. Mas, embora o compromisso com o desempenho consciente da liberdade de expressão seja uma responsabilidade de toda a magistratura, o exemplo inicial – que pode muito bem servir como

⁷¹² FLEMING, James E. *Op. cit.*, 2010, pp. 844-847.

⁷¹³ *Ibid.*, p. 851.

um “início de conversa”, um primeiro pontapé rumo à implementação de uma cultura da imparcialidade efetiva – deve, sem dúvida, partir do topo. Verdade seja dita: quem de fato boicota essa cultura no país não é Rubens Casara. Enquanto os ministros do Supremo Tribunal Federal – a quem a Constituição atribuiu a competência de verdadeiramente *decidir*, em caráter quase definitivo, a respeito dos temas debatidos pela sociedade – sentirem-se à vontade para colaborar com a mídia trabalhando como comentaristas da vida política nacional, a integridade da contribuição especial que o Poder Judiciário tem a oferecer para a governança democrática seguirá sob constante ameaça.

CONCLUSÃO

O quão livres são os juízes para expressarem seu pensamento em público? Em busca de uma resposta condizente com os pilares de uma democracia constitucional, percorremos um itinerário de três etapas, tendo como meta um raciocínio a respeito do direito brasileiro: esclarecer o significado da liberdade de expressão; estabelecer e fundamentar as hipóteses de proteção e de proibição da expressão judicial; e avaliar o quão grave é o problema da indiscrição judicial, para então identificar uma reação a ela que seja constitucionalmente adequada. Nesse percurso, foram defendidos três argumentos principais:

A liberdade de expressão é um direito complexo e multifacetado

A expressão é o produto vivo da atividade comunicativa, o resultado da interação humana por meio da linguagem. Considerando que a linguagem é um empreendimento coletivo, e todo discurso se transmite por meio dela, a comunicação implica necessariamente um *encontro*, isto é, uma interação intersubjetiva. Por causa disso, nenhuma expressão acontece no vácuo, pois a inteligibilidade comunicativa invariavelmente pressupõe uma gama de compreensões não enunciadas que são compartilhadas entre os agentes, compreensões que estão radicadas na cultura e na história. O mais importante, porém, é percebermos que, como o discurso que o sujeito lança *ao mundo* se faz presente *no mundo*, expressar-se significa agir.

Ao manifestar-se por meio de palavras, a pessoa *atua* no mundo, modificando a realidade ao seu redor. Ou seja, falar é fazer. Todo discurso é ao mesmo tempo retórico e performativo.

Existem razões fortes e complementares para a proteção especial que o direito reserva à expressão humana. A expressão livre possibilita alcançar a verdade, identificar a mentira, e produzir e propagar o conhecimento; propicia o autogoverno e impede a tirania; viabiliza a autoafirmação da identidade do sujeito de direitos e assegura a preservação de uma cultura de independência intelectual, em rejeição à imposição do pensamento monolítico; garante a legitimidade do processo de formulação das escolhas coletivas; e catalisa o pluralismo social, político, artístico, cultural e étnico. Em síntese, a liberdade de expressão importa, porque ela promove e garante a democracia.

No entanto, a liberdade também transforma a democracia, podendo prejudicá-la. Assim, nem toda expressão pode ser livre. Para entendermos a medida da liberdade de expressão, devemos nos perguntar *como e com base em quê* determinadas expressões são excluídas do campo de proteção do direito.

Naturalmente, a definição das hipóteses cobertas (e não cobertas) pelo âmbito protetivo de um direito fundamental exige interpretação. O suporte fático de um direito não pode ser abstrato, já que não existe significado antes da compreensão, e compreender o direito implica interpretá-lo e aplicá-lo. Os direitos fundamentais não têm um núcleo essencial ou absoluto, uma vez que seu conteúdo é determinado concretamente, cabendo ao juiz interpretar e aplicar o direito de modo a reconstruí-lo e atualizá-lo à sua melhor luz, a partir de uma leitura das circunstâncias do caso concreto analisado. Isso importa em assumir, de um lado, que o papel social, político e jurídico do juiz é muito importante e, de outro, que, no exercício da jurisdição, o juiz deve agir *balizado*.

Quanto à fundamentação da não proteção de determinadas expressões, é necessário estabelecer que a liberdade só é liberdade se for democrática. Dizer isso significa assumir que a liberdade de expressão é um direito complexo que visa a proteger tanto o elemento individual quanto a dimensão intersubjetiva da comunicação humana – um direito que se ampara em argumentos múltiplos, contundentes e complementares, mas que nem sempre resulta no desfazimento dos impedimentos opostos pelo Estado à ação do indivíduo, pois existem casos em que a livre circulação de uma expressão implica desnaturar a própria liberdade. Se o que justifica a proteção da expressão é a democracia, discursos que direta ou indiretamente prejudiquem o espírito democrático não podem ser livres.

O juiz deve ser discreto e desassombrado, nesta ordem de prioridade

Os juízes têm obrigações especiais que não são oponíveis aos cidadãos comuns.

Reconhecer a existência de obrigações especiais, que são deveres impostos a um grupo particular de indivíduos em virtude da posição que ocupam ou da função que desempenham, não implica assumir um relativismo moral. Isso porque as incomensurabilidades que emergem das múltiplas possíveis conexões entre valores e práticas sociais quase nunca afetam a essência de nossas obrigações morais. Nos poucos casos em que isso acontece, no entanto, é importante ter em mente duas coisas: que a objetividade da moral é a consequência lógica de uma atitude interpretativa em prol da integridade, da coerência e da justiça; e que, na base de qualquer incomensurabilidade, existe sempre uma escolha – particularmente no caso do estatuto comportamental da magistratura, um regime rigoroso de expectativas de conduta ética ao qual o indivíduo livremente escolhe se submeter.

O que fundamenta o plexo de obrigações especiais impostos aos juízes é a separação democrática dos poderes. De acordo com Jeremy Waldron, o princípio da separação sinaliza que existe tanto um valor específico no desempenho separado e autônomo do papel especial atribuído a cada instituição, quanto um valor, também específico, na articulação entre as contribuições institucionais no processo de elaboração da vontade coletiva. A contribuição específica que o Poder Judiciário oferece à governança democrática é a construção de decisões por um agente independente e imparcial, segundo um procedimento em contraditório, a partir de uma interpretação do direito que traduza a única resposta correta para o problema concreto analisado. Ou seja, para cumprir seu papel constitucional, colaborando com a governança democrática, o juiz deve assumir uma posição de abertura, franqueza e colaboração cognitivas, respeitando a institucionalidade democrático-constitucional e a atividade deliberativo-processual, garantindo às partes os meios necessários à efetiva participação na formulação do provimento estatal, e mantendo-se, tanto quanto possível, distante de opiniões públicas efêmeras e preferências políticas sazonais.

A expressão judicial é um problema à parte, e existem razões particulares para sua limitação. Em primeiro lugar, a descrição do juiz é relevante, porque contribui com a mitigação dos efeitos de seus vieses cognitivos e, por consequência, viabiliza que seus pronunciamentos sejam construídos no processo, em articulação com as partes, com imparcialidade e independência, e sempre em busca da única resposta correta (argumento da relevância). Ainda, a expressão judicial reclama um tratamento diferenciado do direito, não só porque a fala do juiz

pode antecipar a maneira como ele tomará futuras decisões, mas também em razão de o ofício judicante carregar uma autoridade qualificada, derivada tanto da plausibilidade do discurso do direito quanto da confiança que hoje se deposita na capacidade da justiça, sendo impossível dissociar a figura pública do juiz de sua pessoa privada (argumento da indissociabilidade). Ademais, se invertermos as justificativas para a proteção da expressão, chegaremos à conclusão de que, no que toca à expressão judicial, é impondo limites que os resultados indicados nas premissas das justificativas para a liberdade são alcançados (argumento da inversão).

No estudo da liberdade de expressão judicial, o direito brasileiro é um laboratório fervilhante. Tanto a conjuntura história e político-institucional da América Latina quanto a realidade peculiar do Poder Judiciário brasileiro, marcada por uma profunda exposição dos juízes à mídia e ao ambiente político, justificam a opção por investigar o Brasil.

Os juízes brasileiros não podem se dedicar a atividade político-partidária, nem opinar sobre processo pendente de julgamento, nem, tampouco, emitir juízo depreciativo sobre decisão alheia. Ainda, a eles é vedado manifestar-se a respeito de questão sobre a qual foi, será ou poderá ser chamado a exercer jurisdição. Para o exercício adequado de seu ofício, no que se refere às possibilidades comunicativas de sua atuação, o juiz deve se pronunciar no ambiente processual-decisório, sempre com clareza, objetividade e cortesia, evitando lançar mão de *obiter dicta* de caráter abusivo. Assim, ele não pode conceder entrevistas, participar de mesas-redondas ou de quaisquer outros eventos de natureza jornalística, nem proferir opiniões, considerações ou críticas na *Internet*. O uso do discurso no mundo on-line é particularmente sensível, pois nele circulam, muito livremente, expressões que um público enorme, em uma velocidade inédita, produz, propaga e absorve a nível global – é justamente em razão dessa sensibilidade que foram exarados o Provimento nº 71, da Corregedoria Nacional de Justiça, e a Resolução nº 305, do Conselho Nacional de Justiça.

A Constituição de 1988 reputa cumuláveis as atividades jurisdicional e acadêmica, motivo pelo qual a liberdade acadêmica constitui uma exceção ao regime restritivo da liberdade de expressão judicial. Juízes que são também professores ou pesquisadores gozam das liberdades de ensinar, pesquisar, publicar e manifestar-se tecnicamente no ambiente extramuros. No entanto, é fundamental sublinhar que a liberdade acadêmica de juízes não tem por finalidade servir aos interesses particulares de magistrados, e sim propiciar sua habilitação para o exercício ótimo da jurisdição.

Em resumo, os juízes precisam ser discretos. Entretanto, de modo a cultivar uma cultura escorada na imparcialidade decisória, os magistrados devem não só exercitar o comedimento, a autocontenção, a reserva e a discrição como também o desassombro. A discrição importa em

silenciar-se, ao passo que o desassombro implica falar o necessário, sempre que necessário. Há situações, portanto, em que a fala pública do juiz se mostra, mais do que juridicamente viável, institucionalmente valiosa e necessária.

A indiscrição judicial é um problema grave, sobretudo quando praticada por quem ocupa posição elevada na estrutura da jurisdição, e o juiz indiscreto é suspeito para decidir sobre o tema de sua indiscrição

A indiscrição judicial é um problema grave, porque ela implica um esvaziamento do potencial deliberativo-decisório do processo jurisdicional, dificultando que o juiz desempenhe a incumbência de construir, em articulação ativa e efetiva com as partes, um provimento que ao mesmo tempo reflita a atividade processual e traduza a única solução correta ao conflito apreciado.

Indiscrição judicial é hipótese de ativismo. O juiz ativista é aquele que usurpa as atribuições das outras instituições do Estado, desnaturando a tarefa de interpretar e aplicar a norma. O ativismo acontece quando o juiz assume uma postura de desconsiderar o direito, trocando-o por sua própria subjetividade – situação que não necessariamente se confunde com a judicialização, que é o fenômeno institucional em que uma questão em debate político acaba solucionada no âmbito judicial. Pensada nesses termos, a judicialização não é ontologicamente nem boa nem ruim, sendo sempre contingencial, pois tanto sua ocorrência quanto sua intensidade dependem de aspectos sociais e institucionais externos à disposição ou à vontade dos juízes. Quando os juízes praticam ativismo, agindo com base em suas próprias ideias e perspectivas, em detrimento do que estabelece o direito, a judicialização também acontece, mas, nesse caso, ela é ruim e degenerativa da democracia.

Na democracia, o juiz é duplamente responsável: ele deve atuar para preservar a corte como um lugar discursivo hígido, efetivo e continuamente comprometido com a imparcialidade, o contraditório e a fundamentação das decisões com base no direito, mas também para catalisar e melhorar o debate que acontece na praça. Em assim sendo, a responsabilidade do magistrado será tanto maior quanto mais elevada for sua posição na estrutura da jurisdição. Isso porque a fala de um ministro do STF, por exemplo, tem um impacto maior e mais longo na deliberação política do que a de qualquer outro integrante do Poder

Judiciário no Brasil. A despeito disso, o próprio Supremo entende que não é controlado pelo CNJ, órgão criado para fiscalizar o cumprimento pelos juízes de seus deveres funcionais.

A indiscrição e a exposição midiática de juízes são problemas que podem fomentar a erosão da democracia constitucional. Ao expressar seu pensamento em público, o juiz se imiscui no debate político, chamando para si as críticas, insatisfações e oscilações inerentes à vida política. Isso torna ainda mais instável a relação entre o Poder Judiciário e a mídia.

Por fim, é preciso examinar com cuidado qual punição aplicar contra o juiz indiscreto, para que não se acabe ministrando algum remédio cujos efeitos colaterais sejam, a contragosto, tão impactantes quanto os da indiscrição originária.

Buscando preservar a higidez do processo democrático, protegendo-a contra os efeitos de um apodrecimento dos padrões constitucionais, entendemos que, no caso de um juiz expressar indevidamente seu pensamento em público, deve-se, preferentemente, reconhecer sua suspeição para decidir a respeito das questões sobre as quais tenha se pronunciado. A cominação de penalidades de natureza administrativo-disciplinar é, em regra, constitucionalmente inadequada, já que qualquer resposta institucional a uma manifestação judicial exageradamente politizada resulta, pela negação do discurso político impugnado, em outro ato de politização exagerada.

De toda maneira, embora esclarecer o estatuto limitativo-sancionador da liberdade de expressão judicial seja essencial para o direito ser compreendido e aplicado de modo correto, o que falta para esse estatuto ser verdadeiramente cumprido no Brasil é a alimentação de uma cultura da imparcialidade do juiz – uma cultura baseada na ideia de autonomia, de liberdade exercida com responsabilidade.

Em um texto esquecido sobre interpretação jurídica, Helmut Coing, famoso historiador do direito alemão, sugere que os estudantes das ciências sociais aplicadas deixem sempre claro, no arremate de seus relatórios de pesquisa, quais são as perguntas que ficaram sem resposta.⁷¹⁴ A sugestão é inusitada. Afinal, é intuitivo ao estudante que seu trabalho tenha início, meio e fim. Seja por vergonha ou receio, ou talvez por conta da ideia – que está pressuposta no conceito

⁷¹⁴ COING, Helmut. **Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik**. Wiesbaden: Springer, 1959, p. 8. Na Alemanha, existe o hábito já difundido de, no fim de todo trabalho acadêmico, esclarecer os pontos não abordados, que são potenciais objetos para novas pesquisas.

de pesquisa – de que o ofício acadêmico é *responder* a perguntas, o estudante termina sua escrita com um *fechamento*, jamais uma *abertura*. É muito difícil, sobretudo no início de uma trajetória acadêmica, reconhecer que a investigação tem questões não resolvidas, e que, por isso, o trabalho não acabou. Como não acabou?, imagina-se que as pessoas indagarão. Mas que diabo você esteve fazendo todo esse tempo?⁷¹⁵

O fim de qualquer pesquisa é fabricado. Antes, o pesquisador planeja um fim em sua cabeça, quando define o recorte da investigação que quer realizar: o tema-problema, o marco teórico e a hipótese são guias para o trabalho, de maneira que a caminhada de leituras, diálogos e reflexões tenha algum rumo. Depois, o pesquisador adapta a estrutura de suas ideias, porque descobre coisas novas e, assim, repensa seus conceitos e revê suas expectativas; nessa calibragem constante de seus estudos, ele traça de novo – e sucessivas vezes – o início, o meio e o fim da pesquisa. O que então era o começo se transforma em um argumento no desenvolvimento do trabalho, e elementos do que seria o meio são distribuídos entre várias etapas do texto: há um novo início e, sobretudo, um novo fim. Terminar é mais *pôr um fim* do que efetivamente *chegar ao fim*. A investigação precisa encerrar, porque, se não, ela própria perde sua razão de ser. Mas o saber não tem fim. O que acaba somos nós.

Nesse raciocínio, a sugestão de Coing é pertinente. Mais do que isso, embora ele próprio não a tenha qualificado nesses termos, a ideia de explicitar as “pontas soltas” da pesquisa dá à jornada do estudante um significado especial, pois a situa em um processo reflexivo-contemplativo de longo prazo, um processo que requer maturação e descanso e que, por isso, não cabe no prazo de conclusão de um doutorado. Expor as dúvidas e os questionamentos que carecem de uma reflexão mais atenta é admitir que, embora a tese esteja terminada, e apesar de o trabalho estar pronto para ser defendido perante a comunidade científica e lançado à sua revisão crítica, o estudante pretende seguir pensando, investigando e escrevendo.

Nossa pesquisa teve por objetivo compreender e explicar o regime constitucional da liberdade de expressão judicial no direito brasileiro. A partir do trabalho que realizamos, podemos pensar os seguintes temas indicativos de novas frentes de investigação:

- (i) formação da magistratura brasileira, suas origens sociais e culturais e suas inclinações político-ideológicas;
- (ii) liberdade dos cidadãos de criticarem publicamente o desempenho de seus juízes;
- (iii) semelhanças e diferenças entre o modelo brasileiro e outros sistemas jurídicos no que diz respeito à liberdade acadêmica de juízes;

⁷¹⁵ Essa é a mesma pergunta que Umberto Eco faz ao pesquisador hesitante, sem coragem de afirmar as conclusões de sua pesquisa, a qual citamos nos agradecimentos. Ver em ECO, Umberto. *Op. cit.*, 2019, p. 171.

- (iv) TV Justiça e televisionamento das sessões plenárias do STF;
- (v) semelhanças e diferenças entre o modelo brasileiro e outros sistemas jurídicos no que diz respeito à sanção aplicada contra a indiscrição judicial;
- (vi) papel constitucional do Conselho Nacional de Justiça, suas possibilidades, limites e contradições; e
- (vii) jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre liberdades profissionais.

Fazemos a escolha de *finalizar* expondo novos *pontos de partida*, porque, em sendo este texto um relatório de pesquisa, entendemos necessário traduzir aqui toda a jornada investigativa, deixando claro que, a rigor, ela não *termina*, que seu arremate é para nós um fim-(re)começo. Essa escolha não significa ter medo de dizer o que se pensa, mas coragem de aceitar que o trabalho acadêmico é ininterrupto. Não é fazer pouco caso do compromisso com a tese. Pelo contrário, é comprometer-se *a fundo* com ela, de tal maneira a tratá-la como uma experiência completa de estudo, incluindo tanto as convicções que foram construídas quanto as inquietudes que surgiram no curso da pesquisa e que ainda não foram enfrentadas. Como escrevemos na Introdução, fazendo referência ao romance *Os detetives selvagens*, de Roberto Bolaño, a ciência deve sempre operar no sentido de abrir janelas. Janelas através das quais se vejam novos horizontes, que deflagrem novos caminhos, que funcionem como portas de entrada. No poema *A fábula de um arquiteto*, João Cabral de Mello Neto fala do arquiteto como alguém que abre portas, e a arquitetura como construir portas, construir o aberto, construir casas exclusivamente portas e teto, portas necessariamente por-onde, jamais portas-contra. No nosso entender, essa é justamente a função da pesquisa acadêmica:

A arquitetura como construir portas,
de abrir; ou como construir o aberto;
construir, não como ilhar e prender,
nem construir como fechar secretos;
construir portas abertas, em portas;
casas exclusivamente portas e teto.
O arquiteto: o que abre para o homem
(tudo se sanearia desde casas abertas)
portas por-onde, jamais portas-contra;
por onde, livres: ar luz razão certa.⁷¹⁶

⁷¹⁶ MELO NETO, João Cabral. **Poesia completa**. Rio de Janeiro: Alfaguara, 2021, p. 386. Agradecemos a Ana Martins Marques, colega servidora na Assembleia Legislativa de Minas Gerais, quem acreditamos ser a mais brilhante poeta da nova geração da poesia brasileira, pela indicação desse excelente poema de João Cabral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Matérias, colunas, artigos e outros aportes jornalísticos

ALENCAR, Caíque. Juíza de MG seguidora de Olavo de Carvalho é aposentada compulsoriamente. **Uol Notícias**. Matéria de 25 de maio de 2023. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2023/05/25/juiza-ludmila-lins-grilo-aposentada-compulsoriamente.htm>. Acesso em 8 de junho de 2023.

ALESSI, Gil. Secretário da Cultura de Bolsonaro imita fala de nazista Goebbels e é demitido. **El País**. Matéria de 17 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-01-17/secretario-da-cultura-de-bolsonaro-imita-discurso-de-nazista-goebbels-e-revolta-presidentes-da-camara-e-do-stf.html>. Acesso em 26 de abril de 2022.

AUGUSTO, Leonardo. Juiz que autorizou ato golpista em BH é afastado pelo CNJ. **Folha de S.Paulo**. Matéria de 10 de janeiro de 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/01/juiz-que-autorizou-ato-golpista-em-belo-horizonte-e-afastado-pelo-cnj.shtml>. Acesso em 11 de maio de 2023.

BATISTA, Everton Lopes; NEIVA, Leonardo. Rompimento com a democracia pode estar próximo, dizem especialistas. **Folha de S.Paulo**. Matéria de 15 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/rompimento-com-a-democracia-pode-estar-proximo-dizem-especialistas.shtml>. Acesso em 21 de novembro de 2018.

BENITES, Afonso. Justiça persegue juízes por protestar contra o *impeachment*, mas esquece os que foram a favor. **El País**. Matéria de 4 de novembro de 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/30/politica/1509403952_011836.html. Acesso em 26 de abril de 2022.

BERGAMO, Mônica. Celso de Mello compara Brasil à Alemanha de Hitler e diz que bolsonaristas querem “abjeta ditadura”. **Folha de S.Paulo**. Matéria de 31 de maio de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2020/05/celso-de->

[mello-compara-brasil-a-alemanha-de-hitler-e-diz-que-bolsonaristas-querem-abjeta-ditadura.shtml](#). Acesso em 6 de outubro de 2021.

BERGAMO, Mônica. Conselho Nacional de Justiça decide intimar juiz que associou Lula a furtos. **Folha de S.Paulo**. Matéria de 1º de agosto de 2023. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergam-o/2023/08/conselho-nacional-de-justica-decide-intimar-juiz-que-associou-lula-a-furtos.shtml?utm_source=what-sapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa. Acesso em 7 de agosto de 2023.

CASEMIRO, Poliana. Gilmar Mendes chama Tribunal Superior do Trabalho de “laboratório do PT”. **G1 Política**. Matéria de 3 de abril de 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/val-e-do-paraiba-regiao/noticia/gilmar-mendes-chama-tribunal-superior-do-trabalho-de-laboratorio-do-pt.ghml>. Acesso em 6 de outubro de 2021.

CASTRO, Grasielle. Ludmila Lins Grilo é punida com aposentadoria compulsória pelo TJMG. **Jota**. Matéria de 25 de maio de 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/ludmila-lins-grilo-e-punida-com-aposentadoria-compulsoria-pelo-tjmg-25052023>. Acesso em 8 de junho de 2023.

CARVALHO, Cleide. TRF-4 curte post do comandante do Exército no Twitter e atribui a erro de funcionário. **O Globo**. Matéria de 4 de abril de 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/trf-4-curte-post-do-comandante-do-exercito-no-twitter-atribui-erro-de-funcionario-22555593>. Acesso em 6 de outubro de 2021.

COSTA, Fabiano; NÉRI, Felipe. Relembre as polêmicas de Joaquim Barbosa como ministro do Supremo. **G1 Política**. Matéria de 31 de maio de 2014. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2014/05/relembre-polemicas-de-joaquim-barbosa-como-ministro-do-supremo.html>. Acesso em 6 de outubro de 2021.

COUTO, Marlen. Entenda os recados de Fux a Bolsonaro e leia a íntegra do discurso. **O Globo**. Matéria de 8 de setembro de 2021. Disponível: <https://oglobo.globo.com/politica/entenda-os-recados-de-fux-bolsonaro-leia-integra-do-discurso-1-25189666>. Acesso em 6 de outubro de 2021.

D’ÁVILA, Roberto. Entrevista com Luís Roberto Barroso, ministro do STF. **Globonews**. Programa de 29 de junho de 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/globo-news/noticia/20-16/06/roberto-davila-entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-do-stf.html>. Acesso em 12 de agosto de 2022.

GOMES, Wilson. Precisamos falar sobre o “lugar de fala”. **Revista Cult**. Coluna de 9 de agosto de 2019. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/precisamos-falar-sobre-o-lugar-de-fala/>. Acesso em 14 de março de 2023.

HOLANDA, Marianna. Bolsonaro baixa tom, responde a Fachin e agora diz que ninguém quer atacar urnas. **Folha de S.Paulo**. Matéria de 12 de maio de 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/05/bolsonaro-abaixa-tom-responde-a-fachin-e-agora-diz-que-ninguem-quer-atacar-urnas.shtml>. Acesso em 11 de maio de 2023.

Impeachment foi “tropeço da democracia”, diz Lewandowski. **Folha de S.Paulo**. Matéria de 29 de setembro de 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/09/18179->

[48-impeachment-foi-tropeco-da-democracia-diz-lewandowski.shtml](#). Acesso em 6 de outubro de 2021.

LUIZ, Washington. Juiz absolve assessor de Bolsonaro acusado de fazer gesto racista no Senado. **Folha de S.Paulo**. Matéria de 15 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2021/10/juiz-absolve-assessor-de-bolsonaro-acusado-de-fazer-gesto-racista-no-senado.shtml>. Acesso em 26 de abril de 2022.

Marco Aurélio diz que STF endossou “verdadeiro deboche institucional”. **O Globo**. Matéria de 8 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/marco-aurelio-diz-que-stf-endossou-verdadeiro-deboche-institucional-20610594>. Acesso em 6 de outubro de 2021.

Marco Aurélio Mello chama inquérito das *fake news* de “inquérito do fim do mundo”. **Uol Notícias**. Matéria de 21 de junho de 2021. Disponível em: https://cultura.uol.com.br/noticias/2-7092_marco-aurelio-mello-chama-inquerito-das-fake-news-de-inquerito-do-fim-do-mundo.html. Acesso em 6 de outubro de 2021.

MARQUES, José. Investigação faz juízes acusarem CNJ de “seletividade” em processos. **Folha de S.Paulo**. Matéria de 4 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/12/1940300-investigacao-faz-juizes-acusarem-cnj-de-seletividade-em-processos.shtml>. Acesso em 11 de maio de 2023.

MARQUES, José. CNJ suspende perfis de juízes favoráveis a Bolsonaro e Lula nas redes sociais. **Folha de S.Paulo**. Matéria de 28 de outubro de 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/10/cnj-suspende-perfis-de-juizes-favoraveis-a-bolsonaro-e-lula-na-s-redes-sociais.shtml>. Acesso em 11 de maio de 2023.

MARTINS, Gabriel. Ministro do STJ faz enquête polêmica no Twitter sobre intervenção militar. **O Globo**. Matéria de 29 de setembro de 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/ministro-do-stj-faz-enquete-polemica-no-twitter-sobre-intervencao-militar-218852-22>. Acesso em 6 de outubro de 2021.

MELLO, Igor. “Exército está se associando a genocídio” na pandemia do novo coronavírus, diz Gilmar Mendes. **Folha de S.Paulo**. Matéria de 11 de julho de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/07/exercito-esta-se-associando-a-genocidio-na-pandemia-do-novo-coronavirus-diz-gilmar-mendes.shtml>. Acesso em 6 de outubro de 2021.

MELO, Jeferson; HERCULANO, Lenir Camimura; MONTENEGRO, Manuel Carlos. Em 2012, CNJ superou teste de constitucionalidade no STF. **Agência CNJ de Notícias**. Matéria de 8 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/em-2012-cnj-superou-teste-de-constitucionalidade-no-stf/>. Acesso em 26 de abril de 2022.

MENAND, Louis. When Americans lost faith in the news. **The New Yorker**. Artigo de 6 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://www.newyorker.com/magazine/2023/02/06/when-americans-lost-faith-in-the-news>. Acesso em 11 de maio de 2023.

MENDES, Lucas. Especialistas questionam derrubada de perfis de juízes pelo CNJ. **Poder 360**. Matéria de 17 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/especialistas-questionam-derrubada-de-perfis-de-juizes-pelo-cnj/>. Acesso em 9 de maio de 2023.

MORRISON, Toni. The work you do, the person you are. **The New Yorker**. Artigo de 29 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.newyorker.com/magazine/2017/06/05/toni-morrison-on-the-work-you-do-the-person-you-are>. Acesso em 15 de agosto de 2020.

OLIVEIRA, Mariana. Se PEC 33 passar, “melhor que se feche o Supremo”, diz Gilmar Mendes. **G1 Política**. Matéria de 25 de abril de 2013. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/se-pec-33-passar-melhor-que-se-feche-o-supremo-diz-gilmar-mendes.html>. Acesso em 6 de outubro de 2021.

Presidente do TSE critica ameaças à democracia brasileira. **Tribunal Superior Eleitoral**. Matéria de 9 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2021/Setembro/presidente-do-tse-critica-ameacas-a-democracia-brasileira#:~:text=Ele%20ainda%20reafirmou%20que%20as,Dilma%20Rousseff%20e%20Jair%20Bolsonaro>. Acesso em 6 de outubro de 2021.

RECONDO, Felipe; ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. **Podcast Sem Precedentes #129**: o pragmatismo do STF nas ações penais, um novo capítulo. São Paulo: Jota, 26 de maio de 2023.

RIBEIRO, Deivide; VIANA, Igor; MEYER, Emilio Peluso Neder; PAULINO, Lucas Azevedo. **Podcast Mas e se? #5**: erosão democrática. Belo Horizonte, 27 de junho de 2019.

Saiba o que um ex, um atual e um futuro ministro do STF pensam sobre um plebiscito para a reforma política. **O Globo**. Matéria de 25 de junho de 2013. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2013/06/saiba-o-que-um-ex-um-atual-e-um-futuro-ministro-do-stf-pensam-sobre-um-plebiscito-para-reforma-politica.html>. Acesso em 12 de agosto de 2022.

SASSINE, Vinicius. Fala de Barroso sobre ataque a sistema eleitoral é “ofensa grave”, diz Defesa. **Folha de S.Paulo**. Matéria de 24 de abril de 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/04/fala-de-barroso-sobre-ataque-a-sistema-eleitoral-e-ofensa-grave-diz-defesa.shtml>. Acesso em 11 de maio de 2023.

SCORTECCI, Catarina. Juiz afastado da Lava Jato foi alvo de 28 pedidos de suspeição do MPF. **Folha de S.Paulo**. Matéria de 7 de julho de 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2023/07/juiz-afastado-da-lava-jato-foi-alvo-de-28-pedidos-de-suspeicao-do-mpf.shtml>. Acesso em 7 de agosto de 2023.

SERRA, Paolla; GULLINO, Daniel. Vinte juízes são alvos do CNJ por *fake news* e campanha nas redes. **O Globo**. Matéria de 14 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/noticia/2023/02/vinte-juizes-sao-alvos-do-cnj-por-fake-news-e-campanha-nas-redes.ghtml>. Acesso em 8 de junho de 2023.

SCOCUGLIA, Livia. Ives Gandra critica movimento contra reforma trabalhista. **Jota**. Matéria de 27 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/trabalho/ives-gandra-critica-movimento-contr-reforma-trabalhista-27102017>. Acesso em 6 de outubro de 2021.

VARGAS, Mateus; CHAIB, Julia. Desmentido pelo STF, Bolsonaro ataca e diz que corte cometeu crime por decisão na pandemia. **Folha de S.Paulo**. Matéria de 29 de julho de 2021.

Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/08/05/fux-anuncia-cancelamento-de-reuniao-dos-chefes-dos-poderes.ghtml>. Acesso em 6 de outubro de 2021.

VIVAS, Fernanda; FALCÃO, Márcio; D'AGOSTINO, Rosanne. Fux anuncia cancelamento da reunião dos chefes de poderes. **G1 Política**. Matéria de 5 de agosto de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/08/05/fux-anuncia-cancelamento-de-reuniao-dos-chefes-dos-poderes.ghtml>. Acesso em 6 de outubro de 2021.

Decisões judiciais e outros pronunciamentos institucionais

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Pedido de Providências nº 0002043-22.2009.2.00.0000**. Brasília, 17 de agosto de 2010.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Pedido de Providências nº 0009116-30.2018.2.00.0000**. Brasília, 11 de dezembro de 2018.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Pedido de Providências nº 0009118-97.2018.2.00.0000**. Brasília, 11 de dezembro de 2018.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Pedido de Providências nº 0009119-82.2018.2.00.0000**. Brasília, 11 de dezembro de 2018.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Pedido de Providências nº 0009120-67.2018.2.00.0000**. Brasília, 11 de dezembro de 2018.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Pedido de Providências nº 0009184-77.2018.2.00.0000**. Brasília, 11 de dezembro de 2018.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Pedido de Providências nº 0009252-27.2018.2.00.0000**. Brasília, 11 de dezembro de 2018.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Decisão no Pedido de Providências nº 0009260-04.2018.2.00.0000**. Brasília, 8 de novembro de 2018.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Pedido de Providências nº 0009287-84.2018.2.00.0000**. Brasília, 11 de dezembro de 2018.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Pedido de Providências nº 0009321-59.2018.2.00.0000**. Brasília, 11 de dezembro de 2018.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Pedido de Providências nº 0009542-42.2018.2.00.0000**. Brasília, 11 de dezembro de 2018.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão na Reclamação Disciplinar nº 0008542-07.2018.2.00.0000**. Brasília, 11 de dezembro de 2018.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão na Reclamação Disciplinar nº 0009071-26.2018.2.00.0000**. Brasília, 11 de dezembro de 2018.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão na Revisão Disciplinar nº 0004248-72.2019.2.00.0000**. Brasília, 29 de julho de 2020.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão na Reclamação Disciplinar nº 0006010-89.2020.2.00.0000**. Brasília, 28 de setembro de 2021.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão na Reclamação Disciplinar nº 0006120-88.2020.2.00.0000**. Brasília, 5 de outubro de 2021.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão na Reclamação Disciplinar nº 0009885-72.2017.2.00.0000**. Brasília, 28 de setembro de 2021.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Pedido de Providências nº 0000630-17.2022.2.00.0000**. Brasília, 8 de novembro de 2022.

Brasília. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Processo Administrativo Disciplinar nº 0003379-07.2022.2.00.0000**. Brasília, 29 de novembro de 2022.

Brasília. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Processo Administrativo Disciplinar nº 0006108-11.2019.2.00.0000**. Brasília, 22 de novembro de 2022.

Brasília. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão no Processo Administrativo Disciplinar nº 0003280-37.2022.2.00.0000**. Brasília, 11 de abril de 2023.

Brasília. Conselho Nacional de Justiça. **Acórdão na Reclamação Disciplinar nº 0006242-33.2022.2.00.0000**. Brasília, 14 de fevereiro de 2023.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. **Decisão de abertura de processo administrativo disciplinar contra Luís Carlos Honório de Valois Coêlho**. Brasília, 19 de janeiro de 2023. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2023/01/09B1B-334FB9503_decisaoCNPJ.pdf. Acesso em 9 de maio de 2023.

Brasil. Procuradoria-Geral da República. **Parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6293**. Brasília, 14 de agosto de 2020.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº 786328**. Brasília, 18 de outubro de 2007.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Habeas Corpus nº 146796**. Brasília, 4 de março de 2010.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº 1356260**. Brasília, 7 de fevereiro de 2013.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 38309**. Brasília, 7 de novembro de 2017.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1784037**. Brasília, 28 de setembro de 2021.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Agravo Interno nos Embargos de Declaração na Exceção de Suspeição nº 211**. Brasília, 3 de maio de 2022.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Recurso Extraordinário nº 127246**. Brasília, 10 de abril de 1991.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Recurso Extraordinário nº 228977**. Brasília, 5 de março de 2002.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Habeas Corpus nº 82424**. Brasília, 17 de setembro de 2003.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 228035**. Brasília, 10 de fevereiro de 2004.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Mandado de Segurança nº 24268**. Brasília, 5 de fevereiro de 2004.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3126**. Brasília, 17 de fevereiro de 2005.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367**. Brasília, 13 de abril de 2005.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Reclamação nº 2138**. Brasília, 13 de junho de 2007.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 579799**. Brasília, 2 de dezembro de 2008.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 518278**. Brasília, 31 de março de 2009.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130**. Brasília, 30 de abril de 2009.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em questão de ordem na Ação Penal nº 470**. Brasília, 8 de abril de 2010.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153**. Brasília, 29 de abril de 2010.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4227 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**. Brasília, 5 de maio de 2011.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Decisão liminar no Mandado de Segurança nº 31945**. Brasília, 8 de julho de 2013.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Reclamação nº 4335**. Brasília, 20 de março de 2014.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Decisão monocrática na Ação Cautelar nº 4039**. Brasília, 24 de novembro de 2015.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5468**. Brasília, 30 de junho de 2016.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão nos Embargos de Declaração na Ação Ordinária nº 2236**. Brasília, 22 de setembro de 2017.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Decisão monocrática no Mandado de Segurança nº 35434**. Brasília, 19 de dezembro de 2017.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 991086**. Brasília, 6 de março de 2018.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Decisão no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1125457**. Brasília, 20 de abril de 2018.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2566**. Brasília, 16 de maio de 2018.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 457**. Brasília, 27 de abril de 2020.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 467**. Brasília, 29 de maio de 2020.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 460**. Brasília, 29 de junho de 2020.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5537**. Brasília, 24 de agosto de 2020.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Decisão liminar no Mandado de Segurança nº 35793**. Brasília, 24 de novembro de 2021.

Comissão Internacional de Juristas. Centro para a Independência de Juízes e Advogados. **Perfil do Poder Judiciário de Honduras**. Genebra, 30 de outubro de 2014. Disponível em: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2015/04/CIJL-Country-Profile-Honduras-April-201-5.pdf>. Acesso em 15 de fevereiro de 2023.

Conselho da Europa. Comissão de Veneza. **Relatório sobre Liberdade de Expressão de Juízes**. Veneza, 23 de junho de 2015.

Conselho da Europa. Conselho Consultivo dos Juízes Europeus. **Opinião nº 25 sobre Liberdade de Expressão de Juízes**. Estrasburgo, 2 de dezembro de 2022.

Conselho da Europa. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Sentença em *Piersack v. Belgium***. Estrasburgo, 1982.

Conselho da Europa. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Sentença em *De Cubber v. Belgium***. Estrasburgo, 1984.

Conselho da Europa. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Sentença em *Sürek and Özdemir v. Turkey***. Estrasburgo, 1999.

Conselho da Europa. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Sentença em *Mehmet Ali Yilmaz v. Turkey***. Estrasburgo, 2001.

Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537**. Washington/DC, 1896.

Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Abrams v. United States*, 250 U. S. 616**. Washington/DC, 1919.

Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Schenck v. United States*, 249 U. S. 47**. Washington/DC, 1919.

Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Whitney v. California*, 274 U. S. 357**. Washington/DC, 1927.

Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *United States v. Carolene Products Company*, 304 U. S. 144**. Washington/DC, 1934.

Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Korematsu v. United States*, 323 U. S. 214**. Washington/DC, 1944.

Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483**. Washington/DC, 1954.

Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234**. Washington/DC, 1957.

Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254**. Washington/DC, 1964.

Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U. S. 130**. Washington/DC, 1967.

Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Brandenburg v. Ohio*, 395 U. S. 444**. Washington/DC, 1969.

Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Laird v. Tatum*, 408 U. S. 1**. Washington/DC, 1972.

Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Memorando de William Rehnquist em *Laird v. Tatum*, 408 U. S. 1.** Washington/DC, 1972.

Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113.** Washington/DC, 1973.

Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Smith v. Collin*, 439 U. S. 916.** Washington/DC, 1978.

Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Texas v. Johnson*, 491 U. S. 397.** Washington/DC, 1989.

Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U. S. 765.** Washington/DC, 2002.

Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Roper v. Simmons*, 543 U. S. 551.** Washington/DC, 2005.

Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Garcetti v. Ceballos*, 547 U. S. 410.** Washington/DC, 2006.

Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U. S. 310.** Washington/DC, 2010.

Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *United States v. Stevens*, 559 U. S. 460.** Washington/DC, 2010.

Estados Unidos da América. Suprema Corte. **Acórdão em *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U. S.** Washington/DC, 2022.

Organização das Nações Unidas. Conselho de Direitos Humanos. **Relatório sobre Independência de Juízes e Advogados.** Genebra, 24 de junho a 12 de julho de 2019.

Organização dos Estados Americanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Informe nº 43/15 referente ao caso 12.632 (*Adriana Gallo e outras v. Argentina*).** Washington, 28 de julho de 2015.

Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Parecer Consultivo nº 5: registro profissional obrigatório de jornalistas.** San José, 13 de novembro de 1985.

Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença em *Olmedo Bustos e outros v. Chile* (“*A última tentação de Cristo*”).** San José, 5 de fevereiro de 2001.

Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença em *Ivcher Bronstein v. Peru*.** San José, 6 de fevereiro de 2001.

Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença em *Herrera-Ulloa v. Costa Rica***. San José, 2 de julho de 2004.

Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença em *Ricardo Canese v. Paraguai***. San José, 31 de agosto de 2004.

Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença em *Palamara-Iribarne v. Chile***. San José, 22 de novembro de 2005.

Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença em *Claude Reyes e outros v. Chile***. San José, 19 de setembro de 2006.

Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença em *Kimel v. Argentina***. San José, 2 de maio de 2008.

Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença em *Apitz Barbera e outros (“Primeira Corte do Contencioso Administrativo”) v. Venezuela***. San José, 5 de agosto de 2008.

Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença em *Tristán Donoso v. Panamá***. San José, 27 de janeiro de 2009.

Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença em *Ríos e outros v. Venezuela***. San José, 28 de janeiro de 2009.

Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença em *Perozo e outros v. Venezuela***. San José, 28 de janeiro de 2009.

Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença em *López Lone e outros v. Honduras***. San José, 5 de outubro de 2015.

Livros, capítulos de livros, artigos em periódicos especializados e outros trabalhos acadêmicos

ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021a.

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021b.

ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. **Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea**. *Revista dos Tribunais*, v. 1.008, 2019, pp. 1-9.

ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. ***Fake news e regulação***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

ACKERMAN, Bruce. ***We the people: foundations***. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. ***O perigo de uma história única***. Trad. Júlia Romeu. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

ALEIKINOFF, T. Alexander. Constitutional law in the age of balancing. ***Yale Law Journal***, v. 96, n. 5, 1987, pp. 943-1005.

ALENCAR, Alanna Vieira de. ***Liberdade de expressão de juízes nas redes sociais: uma análise sob o viés constitucional do direito como integridade***. Trabalho de conclusão de curso (bacharelado em direito). Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2021.

ALEX, Robert. ***Teoria dos direitos fundamentais***. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMAR, Akhil Reed. The Bill of Rights as a Constitution. ***Yale Law Journal***, v. 100, 1991, pp. 1.131-1.210.

AMARAL, Márcia Franz. Lugares de fala: um conceito para abordar o segmento popular da grande imprensa. ***Contracampo***, n. 12, 2005, pp. 103-114.

AMORIM, Ana Paola de Moraes. ***Opinião pública democrática e soberania popular: por um paradigma republicano da liberdade de expressão***. Tese de doutorado. Belo Horizonte: Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais, 2013.

AMORIM, Ana Paola de Moraes; GUIMARÃES, Juarez. ***A corrupção da opinião pública: uma defesa republicana da liberdade de expressão***. São Paulo: Boitempo, 2013.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. ***Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976***. Coimbra: Almedina, 2019.

ANGELO, Tiago. Dever de imparcialidade limita liberdade de expressão de membros do Judiciário. ***Consultor Jurídico***, 6 de janeiro de 2021.

ARENDT, Hannah. ***On revolution***. New York: Penguin Classics, 2006.

ARENS, Peter; LÜKE, Wolfgang. ***Zivilprozessrecht I***. Berlin: C. H. Beck, 2019.

ARGUELHES, Diego Werneck; FALCÃO, Joaquim. Onze supremos, todos contra o plenário. In: ARGUELHES, Diego Werneck; FALCÃO, Joaquim; RECONDO, Felipe (org.). *Onze supremos: o Supremo em 2016*. Rio de Janeiro: FGV, 2017, pp. 20-29.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, 2011, pp. 6-50.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”. **Revista Estudos Institucionais**, vol. 2, n. 1, 2016, pp. 192-213.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Preferências, estratégias e motivações: pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. **Revista Direito e Práxis**, vol. 4, n. 7, 2013, pp. 85-121.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 46, 2015, pp. 121-155.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o supremo tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos Cebrap**, v. 37, n. 1, 2018, pp. 13-32.

ASH, Timothy Garton. **Free speech: ten principles for a connected world**. New Haven: Yale University Press, 2017.

AUSTIN, John L. Performative-constative. In: CATON, Charles E. (ed.). **Philosophy and ordinary language**. Chicago: University of Illinois Press, 1963, pp. 19-29.

AUSTIN, John L. **How to do things with words**. Oxford: Oxford University Press, 2018.

AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa. **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

BAILYN, Bernard. **The ideological origins of the American Revolution**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2017.

BAKER, C. Edwin. **Human liberty and freedom of speech**. Oxford: Oxford University Press, 1989.

BAKER, C. Edwin. Harm, liberty, and free speech. **Southern California Law Review**, N. 70, 1997, pp. 979-1027.

BAKER, C. Edwin. Autonomy and hate speech. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. **Extreme speech and democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BALKIN, Jack. The future of free expression in a digital age. **Pepperdine Law Review**, v. 36, i. 2, 2009, pp. 427-444.

BALKIN, Jack. Constitutional crisis and constitutional rot. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (eds.). **Constitutional democracy in crisis?** Oxford: Oxford University Press, 2018a, pp. 13-28.

BALKIN, Jack. Constitutional rot. In: SUNSTEIN, Cass (ed.). **Can it happen here?: authoritarianism in America.** New York: Dey Street Books, 2018b.

BALKIN, Jack. **The recent unpleasantness:** understanding the cycles of constitutional time. *Indiana Law Journal*, n. 94, 2019, pp. 253-330.

BALKIN, Jack; LEVINSON, Sanford. **Democracy and dysfunction.** Chicago: University of Chicago Press, 2019a.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo.** Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BARBOSA, Ruy. **A constituição e os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal.** Rio de Janeiro: Atlantida, 1893.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. **Revista de Processo**, v. 41, 1986, pp. 7-14.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil:** quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARENDT, Eric. Freedom of expression. In: ROSENFELD, Michel. SAJÓ, András. **The Oxford handbook of comparative constitutional law.** Oxford: Oxford Constitutional Press, 2012, pp. 891-908.

BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco; PELLIZZARI, Bruno Henrique Miniuchi. Bolhas sociais e seus efeitos na sociedade da informação: ditadura do algoritmo e entropia na Internet. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, v. 5, n. 2, 2019, pp. 57-73.

BARROS, José D’Assunção. A historiografia pós-moderna. **Ler História**, n. 61, 2011, pp. 147-167.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2023.

BARROSO, Luna van Brussel. **Liberdade de expressão e democracia na era digital:** o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

BAUR, Fritz. **Grundbegriffe des Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit.** Frankfurt: C. H. Beck, 1952.

BAUR, Fritz. **Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozess.** Frankfurt: C. H. Beck, 1957.

BAUR, Fritz; GRUNSKY, Wolfgang; JACOBY, Florian. **Zivilprozessrecht**. Frankfurt am Main: Vahlen, 2022.

BELLAMY, Richard. **Political constitutionalism**: a republican defence of the constitutionality of democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. “O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”: a persistência da estrutura administrativa de 1967. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). **O que resta da ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010, pp. 77-90.

BERGER, Raoul. **Government by Judiciary**: the transformation of the Fourteenth Amendment. New York: Liberty Fund, 1997.

BERLIN, Isaiah. **Two concepts of liberty**. Oxford: Clarendon, 1958.

BERLIN, Isaiah. **Four essays on liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969.

BEVIR, Mark. Governança democrática: uma genealogia. **Revista de Sociologia Política**, v. 19, n. 39, 2011, pp. 103-114.

BEZERRA, André Augusto Salvador; MORAIS, João Paulo da Silva. O interesse social e a liberdade de expressão de juízes: uma análise a partir de casos em Angola e Brasil. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, v. 10, n. 2, 2022, pp. 267-287.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. New Haven: Yale University Press, 1986.

BLOCH, Marc. **Apologia da história (ou o ofício de historiador)**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Arani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: Edipro, 2016.

BOLAÑO, Roberto. **Os detetives selvagens**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

BORGES, Jorge Luís; KODAMA, María. **Atlas**. Trad. Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

BREDIN, Jean-Denis. Un gouvernement des juges?, **Pouvoirs**, n. 68, 1994, pp. 77-85.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre a justificação e a aplicação das normas jurídicas: análise das críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy. **Revista de Informação Legislativa**, ano 43, n. 171, 2006, pp. 81-90.

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

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. The ongoing search for legitimacy: can a ‘pragmatic yet principled’ deliberative model justify the authority of constitutional courts? **The Modern Law Review**, v. 78, 2015, pp. 372-393.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. On the difficulty to ground the authority of constitutional courts: can strong judicial review be morally justified? In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; FERNANDES, Bernardo Gonçalves A. (org.). **Democratizing constitutional law: perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism**. Heidelberg: Springer International Publishing, 2016, pp. 29-69.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Obiter dicta* abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos. **Revista Direito GV**, v. 14, n. 2, 2018, pp. 707-745.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Values, objectivity and social practices: Ronald Dworkin and Joseph Raz on unity and incommensurability in ethics and morality. In: **11th Principia International Symposium: the quest for knowledge**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2019.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; DECAT, Thiago Lopes. Incommensurability, social practices and moral dilemmas: a rejoinder to Heidi Hurd’s anti-perspectivalism. **Problema – Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho**, v. 14, 2020, pp. 125-146.

BYRNE, Peter. Academic freedom: a special concern of the First Amendment. **Yale Law Journal**, v. 99, n. 2, 1989, pp. 251-340.

CALDEIRA, Gregory A.; GIBSON, James L. The etiology of public support for the Supreme Court. **American Journal of Political Science**, v. 36, n. 3, 1992, pp. 635-664.

CALVET, Otavio Torres. Liberdade de expressão da magistratura: censura nunca mais. **Consultor Jurídico**, 6 de abril de 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2022.

CAMPOS, Ricardo. **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. **Imagens da imparcialidade entre o discurso constitucional e a prática judicial**. Tese de doutorado. Brasília: Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2021.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Questão-de-facto, questão-de-direito, ou o problema metodológico da juridicidade**: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967.

CASTELLS, Manuel. **The rise of the network society**. New Jersey: Wiley-Blackwell, 2010.

CASTELLS, Manuel. **Communication power**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Uma crítica à ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: o HC n. 82.424-2. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda; MEZZAROBBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso (org.). **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2008, pp. 257-274.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2014.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Breves notas à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 132. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão; OMMATI, José Emilio Medauar; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti (orgs.). **Diferentes, mas iguais**: estudos sobre a decisão do STF sobre a união homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017a, pp. 259-267.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Contribuições para uma teoria crítica da Constituição**. Belo Horizonte: Arraes, 2017b.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Tempo cairológico do Constituição e *democracia sem espera*: uma reflexão a partir da crítica aos discursos sobre a transição política, do resgate da memória do processo constituinte e da legitimidade da Constituição brasileira trinta anos depois. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). **Constitucionalismo e história do direito**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020, pp. 381-413.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. **Liberdades comunicativas**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. Com, contra e além de Dworkin: diálogos sobre liberdade de expressão, discursos de ódio e os “custos” da democracia. In: OMMATI, José Emilio Medauar. **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021, pp. 325-358.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; STRECK, Lenio Luiz. Pode-se, em nome da democracia, propor a sua extinção? **Consultor Jurídico**, 22 de junho de 2020.

CHADWICK, Andrew. **The hybrid media system**: politics and power. Oxford: Oxford University Press, 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2009.

COING, Helmut. **Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik**. Wiesbaden: Springer, 1959.

CONSTANT, Benjamin. **De la liberté des anciens comparée à celle des modernes**. Paris: Fayard, 2010.

COSER, Ivo. Dois conceitos de liberdade 60 anos após sua publicação. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 34, n. 100, 2019, pp. 1-21.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Tese de doutorado. São Paulo: Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

CRARY, Alice. The happy truth: J. L. Austin's *How to do things with words*. **Inquiry**, n. 45, v. 1, 2002, pp. 59-80.

DALY, Tom G. Diagnosing democratic decay. In: Gilbert & Tobin Centre of Public Law. **Comparative Constitutional Law Roundtable**. Sidney: University of New South Wales, 2017, pp. 1-23.

DALY, Tom G. Democratic decay: conceptualising an emerging research field. **Hague Journal on the Rule of Law**, vol. 11, 2019, pp. 9-36.

DALY, Tom G. Capturing the complexity of constitutional erosion and resilience in Brazil. **Suprema – Revista de Estudos Constitucionais**, v. 2, n. 1, 2022, pp. 479-494.

DAVID, Nicholas. What is the fourth industrial revolution? **World Economic Forum**. Artigo de 19 de janeiro de 2016. Disponível em: <https://alejandroarbelaez.com/wp-content/uploads/2020/10/What-is-the-fourth-industrial-revolution-WEF.pdf>. Acesso em 2 de fevereiro de 2023.

DAVIS, Richard. **Justices and journalists**: the U.S. Supreme Court and the media. Nova York: Cambridge University Press, 2011.

DERRIDA, Jacques. Force of law: the “mystical foundation of authority”. In: ROSENFELD, Michel; CORNELL, Drucilla; CARLSON, David Gray (eds.). **Deconstruction and the possibility of justice**. New York: Routledge, 1992, pp. 3-67.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Forense, 2021.

DIAMOND, Larry. Facing up to the democratic recession. **Journal of Democracy**, vol. 26, n. 1, 2015, pp. 141-155.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista do Ministério Público**, n. 49, 2013, pp. 89-99.

DILLY PATRUS, Rafael. Controle preventivo de constitucionalidade e democracia: a Constituição de 1988 e as intervenções jurisdicionais destrutivas. In: XIMENES, Julia Maurmann; BARROS, Janete Ricken Lopes de (org.). **25 anos da Constituição**: influências jurídicas, atores políticos e contexto sociológico. Brasília: IDP, 2013, pp. 113-137.

DILLY PATRUS, Rafael. **Articulação constitucional e justiça de transição**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016a.

DILLY PATRUS, Rafael. Colegialidade, integridade e deliberação: os precedentes e o contraditório no novo CPC. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS**, v. 11, 2016b, pp. 268-298.

DILLY PATRUS, Rafael. A internacionalização do direito, o Poder Legislativo e o problema democrático: soberania, constituição e pluralismo na era pós-nacional. In: MOREIRA, Bernardo Motta; BERNARDES JÚNIOR, José Alcione (orgs.). **A elaboração legislativa em perspectiva crítica**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, 2020, pp. 323-365.

DILLY PATRUS, Rafael. **O manto diáfano da fantasia**: o discurso moderno da legalidade e o Brasil de João Goulart (1955, 1961 e 1964). Dissertação de mestrado. Belo Horizonte: Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal de Minas Gerais, 2022.

DILLY PATRUS, Rafael; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Do governo dos cenáculos ao governo do povo?: a jurisdição constitucional nos vinte e cinco anos da Constituição da República. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (org.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 791-816.

DILLY PATRUS, Rafael; FERNANDES, Bernardo Gonçalves A. “Se ergues da justiça a clava forte”: da Independência nacional ao Poder Judiciário independente. In: BERNARDES JÚNIOR, José Alcione; MOREIRA, Bernardo Motta. **Estudos sobre o bicentenário da Independência**: do Império ao Brasil contemporâneo. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, Escola do Legislativo Mineiro, Núcleo de Estudos e Pesquisas, 2022, pp. 201-228.

DIPP, Gilson. Prefácio da edição brasileira. In: Organização das Nações Unidas. Grupo de Integridade Judicial. **Comentários aos Princípios de Bangalore de Ética Judicial**. Trad. Marlon da Silva Malha e Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008, pp. 9-10.

DREIFUSS, René A. **1964**: a conquista do Estado. Petrópolis: Vozes, 1981.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Life's dominion**: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom. New York: Knopf, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law**: the moral reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996a.

DWORKIN, Ronald. Objectivity and truth: you'd better believe it. **Philosophy and Public Affairs**, n. 25, 1996b, pp. 87-139.

DWORKIN, Ronald. Philosophy and Monica Lewinski. **The New York Review of Books**, vol. 47, n. 4, 2000a.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign virtue**: the theory and practice of equality. Cambridge: Harvard University Press, 2000b.

DWORKIN, Ronald. A new map of censorship. **Index on censorship**, n. 35, 2006a, pp. 130-ss.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Princeton: Princeton University Press, 2006b.

DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Cambridge: Belknap, 2006c.

DWORKIN, Ronald. Foreword. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (eds.). **Extreme speech and democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2011a, p. v-vii.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011b.

DYZENHAUS, David. The incoherence of constitutional positivism. In: HUSCROFT, Grant. **Expounding the Constitution**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 138-160.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Trad. Gilson Cesar de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2019.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D. The Supreme Court as a strategic national policy maker. **Emory Law Journal**, n. 50, 2001, pp. 583-612.

FAGGION, Vinícius de Souza. **O que juízes devem fazer?**: uma análise do papel judicial. Dissertação de Mestrado em Direito. Rio de Janeiro: Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2016.

FARIA, José Eduardo (org.). **A liberdade de expressão e as novas mídias**. São Paulo: Perspectiva, 2020.

FALCÃO, Joaquim. Direito, mídia e opinião pública. In: FALCÃO, Joaquim (org.) **Mensalão**: diário de um julgamento. São Paulo: Campus, 2013, pp. 7-13.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a Supremo protagonista? **Lua Nova**, n. 87, 2012, pp. 429-469.

FALCÃO, Joaquim; OSÓRIO, Laura. A futura atividade político-partidária e a responsabilidade ética do magistrado. **Revista da Universidade de São Paulo**, n. 110, 2016, pp. 55-64.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. Padua: Cedam, 1996.

FERES JÚNIOR, João. **A história do conceito de *Latin America* nos Estados Unidos**. São Paulo: Edusc, 2005a.

FERES JÚNIOR, João. De Cambridge para o mundo, historicamente: revendo a contribuição metodológica de Quentin Skinner. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, 2005b, pp. 655-680.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves A. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2022.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves A.; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) crise**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves A.; DANTAS, Ingrid Cunha. Constitucionalismo democrático: entre as teorias populares do constitucionalismo e um novo aporte do papel das cortes na democracia. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 64, n. 2, 2019, pp. 61-88.

FISH, Stanley. **The First**: how to think about hate speech, campus speech, religious speech, fake news, post-truth, and Donald Trump. New York: Atria, 2019.

FISS, Owen. **Liberalism divided**: freedom of speech and the many uses of State power. New Haven: Westview Press, 1996a.

FISS, Owen. **The irony of free speech**. Cambridge: Harvard University Press, 1996b.

FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão**: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: FGV, 2022.

FLEMING, James E. Taking responsibilities as well as rights seriously. **Boston University Law Review**, n. 90, 2010, pp. 853-855.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 1996.

FREEMAN, Samuel. Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review. **Law and philosophy**, v. 9, n. 4, 1990, pp. 327-370.

FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, v. 40, n. 130, 2013, pp. 223-244.

FREITAS, Vladimir Passos de. O juiz entre os rigores da profissão e a liberdade de expressão. **Consultor Jurídico**, 29 de outubro de 2017.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. **Michigan Law Review**, v. 91, i. 4, 1993, pp. 577-682.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. **Texas Law Review**, vol. 84, issue 2, 2005, pp. 257-338.

GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode**: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. Heidelberg: Mohr Siebeck Verlag, 2010.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Trad. Sérgio Faraco. São Paulo: L&PM, 2010.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la constitución**: dos siglos de constitucionalismo en América Latina. Buenos Aires: Katz, 2014.

GEYH, Charles Gardner. **What's law got to do with it?**: what judges do, why they do it, and what's at stake. Palo Alto: Stanford University Press, 2011.

GEYH, Charles Gardner. The dimensions of judicial impartiality. **Florida Law Review**, vol. 65, n. 2, 2014, pp. 493-551.

GILMORE, Harvey. Has *Garcetti* destroyed academic freedom? **University of Massachusetts Law Review**, v. 6, n. 1, art. 4, 2011, pp. 79-103.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. How to lose a constitutional democracy. **University of California Los Angeles Law Review**, n. 65, 2018, pp. 78-169.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. **How to save a constitutional democracy**. Chicago: The University of Chicago Press, 2020.

GLENDON, Mary Ann. **Rights talk**: the impoverishment of political discourse. New York: The Free Press, 1993.

GLEZER, Rubens Eduardo et al. Fora dos holofotes: estudo empírico sobre o controle da imparcialidade dos ministros do STF. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 58, 2021, pp. 385-421.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GOLDSTEIN, Matthew; SHAFFER, Frederick. Academic freedom: some considerations. In: BILGRAMI, Akeel; COLE, Jonathan R (ed.). **Who's afraid of academic freedom?** New York: Columbia University Press, 2015, pp. 247-274.

GOMES, David Francisco Lopes. **O Brasil e o problema da modernidade:** uma abordagem a partir da história constitucional brasileira. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). **Constitucionalismo e história do direito.** Belo Horizonte: Conhecimento, 2020, pp. 259-267.

GOMES, David Francisco Lopes. Emilio Meyer, constitucionalismo e autoritarismo: sobre *Constitutional Erosion in Brazil*. **Cadernos da Escola do Legislativo**, v. 23, n. 40, 2021, pp. 201-222.

GOMES, Juliana Cesario Alvim; ARGUELHES, Diego Werneck; NOGUEIRA, Rafaela. Gênero e comportamento judicial no Supremo Tribunal Federal: os ministros confiam menos em relatoras mulheres? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, nº 2, 2018, pp. 854-876.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo.** Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GÜNTHER, Klaus. **Der Sinn für Angemessenheit:** Anwendungsdiskurse in Moral und Recht. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1988.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung:** Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1992.

HARDIMON, Michael. Role obligations. **Journal of Philosophy**, vol. 91, 1994, pp. 333-363.

HARTMANN, Ivar Alberto *et al.* A influência da TV Justiça no processo decisório no STF. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 4, n. 3, 2017, pp. 38-56.

HASEN, Richard L. First Amendment limits on regulating judicial campaigns. In: STREB, Matthew J. (ed.). **Running for judge:** the rising political, financial, and legal stakes of judicial elections. New York: New York University Press, 2007, pp. 15-33.

HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit.** Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 2006.

HEIDEMAN, Amanda J. Is it all about the money?: how campaigns spur participation in state court elections. **Justice System Journal**, v. 40, n. 3, 2019 pp. 221-237.

HENDERSHOT, Heather. **When the news broke:** Chicago 1968 and the polarizing of America. Chicago: University of Chicago Press, 2023.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy:** the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HIRSCHL, Ran. **Comparative matters:** the renaissance of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press, 2014.

HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (eds.). **Constitutionalism and democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, pp. 195-240.

HOWARD, Robert M. The limitations on judicial free speech. **Technology and Courts**, v. 27, n. 3, 2006, pp. 350-353.

HURD, Heidi. **Moral combat: the dilemma of legal perspectivalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

HYLAND, Ken. Authority and invisibility: authorial identity in academic writing. **Journal of Pragmatics**, v. 34, n. 8, 2002, pp. 1.091-1.112.

JACKSON, Vicki C. **Constitutional engagement in a transnational era**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

JAHANBEGLOO, Ramin. **Conversations with Isaiah Berlin**. Halban: London, 2010.

JESKE, Diane. Special obligations. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Spring Edition, 2014. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr20-14/entries/special-obligations/>. Acesso em 18 de jul. de 2020.

KALVEN JR., Harry. **A worthy tradition: freedom of speech in America**. New York: Harper & Row, 1988.

KANTOROWICZ, Ernst. **The king's two bodies: a study in medieval political theology**. Princeton: Princeton University Press, 2016.

KAUFMAN, Irving R. The essence of judicial independence. **Columbia Law Review**, vol. 80, n. 4, 1980, pp. 671-701.

KERCHE, Fábio; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; COUTO, Cláudio Gonçalves. Os Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público no Brasil: instrumentos de *accountability*? **Revista de Administração Pública**, v. 54, n. 5, 2020, pp. 1.334-1.360.

KETCHAM, Ralph. **James Madison: a biography**. Charlottesville: University of Virginia Press, 1990.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of 'judicial activism'. **California Law Review**, v. 92, n. 5, 2004, pp. 1.441-1.477.

KOSELLECK, Reinhart. A response to comments on the Geschichtliche Grundbegriffe. In: LEHMAN, Hartmut; RICHTER, Melvin (orgs.). **The meaning of historical terms and concepts: new studies on Begriffsgeschichte**. Washington: German Historical Institute, 1996.

KOSELLECK, Reinhart. **Vergangene Zukunft: zur Semantik geschichtlicher Zeiten**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2020.

KRAMER, Larry. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York: Oxford University Press, 2004.

LADEUR, Karl-Heinz. Globalization and the conversion of democracy to polycentric networks: can democracy survive the end of the nation State? In: LADEUR, Karl-Heinz (org.). **Public governance in the age of globalization**. London: Routledge, 2017, pp. 97-124.

LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. **La construction des savoirs**: manuel de méthodologie en sciences humaines. Québec: Cheneliere/McGraw-Hill, 1996.

LEGRAND, Pierre. Jameses at play: a tractation on the comparison of laws. **The American Journal of Comparative Law**, Oxford, v. 65, 2017, pp. 1-132.

LEISHMAN, Rory. **Against judicial activism**: the decline of freedom and democracy in Canada. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2006.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **How democracies die**. New York: Crown, 2018.

LEWIS, Anthony. **Make no law**: the Sullivan case and the First Amendment. New York: Vintage, 1992.

LEWIS, Anthony. **Freedom for the thought that we hate**: a biography of the First Amendment. New York: Basic Books, 2009.

LINTOTT, Andrew. **The constitution of the Roman Republic**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

LIPPMAN, Walter. **Public opinion**. New York: Adansonia, 2018.

LOUGHLIN, Martin. Constituent power subverted: from English constitutional argument to British constitutional practice. In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (ed.). **The paradox of constitutionalism**: constituent power and constitutional form. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 27-48.

LOPILATO, Krystal. *Garcetti v. Ceballos*: public employees lose first amendment protection for speech within their job duties. **Berkeley Journal of Employment and Labor Law**, v. 27, n. 2, 2006, pp. 537-544.

LYNCH, Christian. Ascensão, fastígio e declínio da “revolução judiciária”. **Insight Inteligência**, v. 79, 2017, pp. 158-180.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Freedom of expression: what lessons should we learn from US experience? **Revista Direito GV**, v. 13, n. 1, 2017, pp. 274-302.

MACFARLANE, L. J. On *Two concepts of liberty*. **Political Studies**, vol. 14, i. 1, 1966, pp. 77-81.

MACHADO, Jônatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002.

MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. **Ressurreição**. São Paulo: Lafonte, 2019.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **The federalist papers**. New York: The Tribeca Books, 2014.

MADISON, James; KETCHAM, Ralph (ed.). **Selected writings of James Madison**. London: Hackett Publishing, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

MARQUES, Ana Martins. **O livro das semelhanças**. São Paulo: Companhia das Letras.

MÁRQUEZ, Gabriel García. **Crônicas**: obra jornalística 5 (1961-1984). Trad. Léo Schlafman. Rio de Janeiro: Record, 2006.

MATTOS, Karina Denari Gomes de; DANTAS, Fernanda Lage Alves; VASCONCELOS, Vitor Jorge Gonçalves. Estimulando “super juízes”: a relação entre desenho institucional e comportamento judicial na América Latina. **Opinião Jurídica**, 20, v. 43, 2021, pp. 509-530.

MCCLAIN, Linda C. Rights and irresponsibility. **Duke Law Journal**, n. 43, 1994, pp. 989-1.088.

MCCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MCGARR, Kathryn J. **City of newsmen**: public lies and professional secrets in Cold War Washington. Chicago: University of Chicago Press, 2022.

MEIKLEJOHN, Alexander. **Political freedom**. New York: Galaxy Book, 1965.

MEIKLEJOHN, Alexander. **Free speech and its relation to self-government**. Clark: The Lawbook Exchange, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2020.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF**. São Paulo: Forense, 2017.

MELO, Demian Bezerra de. Revisão e revisionismo na historiografia contemporânea (introdução). In: MELO, Demian Bezerra de (org.). **A miséria da historiografia**: uma crítica ao revisionismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Consequência, 2014, pp. 17-49.

MELO NETO, João Cabral. **Poesia completa**. Rio de Janeiro: Alfaguara, 2021.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. São Paulo: Elsevier, 2007.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

METZGER, Walter P. Profession and constitution: two definitions of academic freedom in America. **Texas Law Review**, n. 66, 1988, pp. 1.265-1.322.

METZGER, Walter P. **Academic freedom in the age of the university**. New York: Columbia University Press, 2013.

MEYER, Emilio Peluso Neder. **Ditadura e responsabilização**: elementos para uma justiça de transição no Brasil. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Judges and courts destabilizing constitutionalism. **German Law Journal**, v. 19, n. 4, 2018, pp. 727-768.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Repensando o direito constitucional comparado no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 6, n. 2, 2019, pp. 479-502.

MEYER, Emilio Peluso Neder. **Constitutional erosion in Brazil**: progresses and failures of a constitutional project. Oxford: Hart Publishing, 2021.

MEYER, Emilio Peluso Neder; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; RODRIGUES, Éder Bomfim. **Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil**: volume 2. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

MICHELET, Jules. **Histoire de la Révolution Française**: Tome 1. Paris: Folio, 2007.

MICHELMAN, Frank I. **Brennan and democracy**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

MILL, John Stuart. **On liberty**. London: Penguin Classics, 2017.

MONTESQUIEU, Baron de. **The spirit of the laws**. Transl. Thomas Nugent. Guilford: Prometheus Books, 2002.

MORGAN, Robert J. **James Madison on the Constitution and the Bill of Rights**. Westport: Greenwood Press, 1988.

MORGAN, Edmund. **Inventing the people**: the rise of popular sovereignty in England and America. New York: W. W. Norton, 1989.

MÜLLER, Friedrich. **Die Positivität der Grundrechte**: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik. Berlin: Duncker & Humblot, 1990.

MÜLLER, Friedrich. **Strukturierende Rechtslehre**. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

MURPHY, Walter F.; TANENHAUS, Joseph. Public opinion and the United States Supreme Court: mapping of some prerequisites for court legitimation of regime changes. **Law & Society Review**, vol. 2, n. 3, 1968, pp. 357-384.

MURPHY, William. Academic freedom – an emerging constitutional right. **Law and Contemporary Problems**, n. 28, 1963, pp. 447-486.

NAGEL, Thomas. **Equality and partiality**. Oxford: Oxford University Press, 1991.

NETO, Lira. **Castello: a marcha para a ditadura**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

NEUMANN, Franz. **The rule of law**: political theory and the legal system in modern society. Oxford: Berg Publishers, 1986.

NEUMANN, Franz. The change in the function of law in modern society. In: SCHEUERMAN, William E. (ed.). **The rule of law under siege**: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer. Berkeley: University of California, 1996.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 2003.

NUCCI, Guilherme. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Forense, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008a.

NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, 2008b, pp. 13-29.

NUNES, Dierle José Coelho; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. Salvador: Juspodivm, 2018.

NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JR., Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, v. 168, 2009, pp. 107-141.

OLIVEIRA, Bruna Silveira Martins de; CAMELO, Pedro Henrique Bicalho; ORLANDINI, Maiara Garcia. Quem pode ser Jesus?: reflexões sobre o cultural *backlash* brasileiro a partir de censuras a manifestações artísticas. **Rumores**, v. 16, n. 32, 2022, pp. 129-148.

OLIVEIRA, Eduardo Perez; SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Livre expressão e a voz dos juízes: entre o silêncio e o carro de som. **Consultor Jurídico**, 16 de setembro de 2022.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **STF: do autoritarismo à democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Grupo de Integridade Judicial. **Comentários aos Princípios de Bangalore de Ética Judicial**. Trad. Marlon da Silva Malha e Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. Reflexões sobre o conceito de atividade político-partidária de juízes: inaugurações de obras públicas, atuações em redes sociais e participações em cultos religiosos. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região**, n. 16, 2020, pp. 109-125.

OTIS, James. The rights of the British Colonies asserted and proved. In: SAMUELSON, Richard. **Collected political writings of James Otis**. Washington, D. C.: Liberty Fund Inc., 2015, pp. 196-322.

PAPAYANNIS, Diego M. Independence, impartiality, and neutrality in legal adjudication. **Revus (online)**, n. 28, 2016, pp. 33-52.

PEDRON, Flávio Quinaud; SILVA, João Paulo Soares e. **Mutação constitucional: história e crítica do conceito**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020.

PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. Milano: Giuffrè, 2010.

PILDES, Richard; LEVINSON, Daryl. Separation of parties, not powers. **Harvard Law Review**, v. 119, n. 8, 2006, pp. 2311-2386.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: tomo III**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: volume I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

POPPER, Karl. **Objective knowledge: an evolutionary approach**. Oxford: Oxford University Press, 1972.

POPPER, Karl. **The logic of scientific discovery**. London: Routledge, 2002.

PORTO, Noemia; TREVISIO, Marco Aurélio. O uso de redes sociais por juízes e o dilema da liberdade de expressão. **Consultor Jurídico**, 26 de novembro de 2019.

POST, Robert. **Constitutional domains: democracy, community, management**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

POST, Robert. A progressive perspective on freedom of speech. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. **The Constitution in 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 179-186.

POST, Robert. **Democracy, expertise, and academic freedom: a First Amendment jurisprudence for the Modern State**. New Haven: Yale University Press, 2012.

POST, Robert. Why bother with academic freedom? **Florida International University Law Review**, v. 9, 2013, pp. 9-20.

POST, Robert. Academic freedom and legal scholarship. **Journal of Legal Education**, v. 64, n. 4, 2015a, pp. 530-541.

POST, Robert. Academic freedom and the Constitution. In: BILGRAMI, Akeel; COLE, Jonathan R. (eds.). **Who's afraid of academic freedom?** New York: Columbia University Press, 2015b, pp. 123-152.

POST, Robert; FINKIN, Matthew W. **For the common good: principles of American academic freedom.** New Haven: Yale University Press, 2009.

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

RABBAN, David M. A functional analysis of “individual” and “institutional” academic freedom under the First Amendment. **Law and Contemporary Problems**, v. 53, n. 3, 1990, pp. 227- 301.

RAMBO, Lynne H. When should the First Amendment protect judges from their unethical speech? **Ohio State Law Journal**, v. 79, n. 2, 2018, pp. 279-318.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2015.

RAWLS, John. **A theory of justice.** Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

RAWLS, John. **Political liberalism.** New York: Columbia University Press, 2005.

RAZ, Joseph. **The morality of freedom.** Oxford: Oxford University Press, 1988.

RAZ, Joseph. **Engaging reason.** Oxford: Oxford University Press, 1999.

RAZ, Joseph. **Value, respect, and attachment.** Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

RAZ, Joseph. **The practice of value.** Oxford: Oxford University Press, 2003.

RAZ, Joseph **The authority of law.** Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAZ, Joseph. A hedgehog's unity of value. In: WALUCHOW, Wil; SCIARAFFA, Stefan (eds.). **The legacy of Ronald Dworkin.** Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 3-23.

REICHELT, Luís Alberto. O direito fundamental das partes à imparcialidade do juiz no direito processual civil. **Revista de Processo**, vol. 227, 2014, pp. 105-122.

RIBEIRO, Djamila. **Lugar de fala.** São Paulo: Jandaíra, 2020.

RICOEUR, Paul. **Hermeneutics and the human sciences.** Cambridge: Cambridge University Press, 1981.

RICOEUR, Paul. **La mémoire, l'histoire, l'oubli.** Paris: Seuil, 2003.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva.** São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; OLIVEIRA, Amanda Muniz. A liberdade acadêmica no direito brasileiro: fundamentos e abrangência. **Revista Opinião Jurídica**, ano 17, n. 25, 2019, pp. 158-176.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?:** para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: FGV, 2013.

ROLLEMBERG, Denise; QUADRAT, Samantha Viz (orgs.). **A construção social dos regimes autoritários:** legitimidade, consenso e consentimento no século XX (Brasil e América Latina). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

ROSENFELD, Michel (ed.). **Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy:** theoretical perspectives. Durham: Duke University Press, 1994.

ROSENFELD, Michel. **Just interpretations.** Berkeley: University of California Press, 1998.

ROSENFELD, Michel. Derrida's ethical turn and America: looking back from the crossroads of global terrorism and the Enlightenment. **Cardozo Law School Review**, 27, n. 2, 2005, pp. 815-845.

ROSENFELD, Michel. Habermas's call for cosmopolitan constitutional patriotism in an age of global terror: a pluralist appraisal. **Constellations**, 14, n. 2, 2007, pp. 159-181.

ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject:** selfhood, citizenship, culture, and community. New York: Routledge, 2010.

ROSENFELD, Michel. **Law, justice, democracy, and the clash of cultures:** a pluralist account. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (orgs.). **The Oxford handbook of comparative constitutional law.** Oxford: Oxford University Press, 2012.

ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András; DORSEN, Norman; BAER, Susanne (orgs.). **Comparative constitutionalism:** cases and materials. New York: American Casebook Series, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social:** princípios do direito político. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça:** ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. Porto Alegre: Fabris, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang; TRAVINCAS, Amanda C. T. O direito fundamental à liberdade acadêmica – notas em torno de seu âmbito de proteção – a ação e a elocução extramuros. **Revista Espaço Jurídico**, v. 17, 2016, pp. 529-545.

SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e o “manual de comportamento” para magistrados. **Consultor Jurídico**, 21 de setembro de 2018.

SCANLON, Thomas Michael. A theory of freedom of expression. **Philosophy and Public Affairs**, 1(2), 1972, pp. 204-226.

SCANLON, Thomas Michael. Freedom of expression and categories of expression. **University of Pittsburgh Law Review**, v. 40, 1979, pp. 519-558.

SCANLON, Thomas Michael. Partisan for life. **New York Review Books**, 45, 1993.

SCHAUER, Frederick. **Freedom of speech: a philosophical enquiry**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford: Oxford University Press, 1991.

SCHAUER, Frederick. The First Amendment as ideology. **William and Mary Law Review**, 33, 1992, pp. 853-869.

SCHAUER, Frederick. Freedom of expression adjudication in Europe and the United States: a case study in comparative constitutional architecture. In: NOLTE, Georg (ed.). **European and US constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 49-69.

SCHUDSON, Michael. **Discovering the news: a social history of American newspapers**. New York: Basic Books, 1973.

SCHWAB, Klaus. **The fourth industrial revolution**. New York: Crown Business, 2016.

SEARLE, John. Indirect speech acts. In: SEARLE, John. **Expression and meaning: studies in the theory of speech acts**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979, pp. 30-57.

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

SHAPIRO, Martin. **Freedom of speech: the Supreme Court and judicial review**. New Orleans: Quid Pro Books, 2011.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2013.

SHETREET, Shimon; TURENNE, Sophie. **Judges on trial: the independence and accountability of the English Judiciary**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

SHILS, Edward. Do we still need academic freedom? **Minerva**, v. 32, n. 1, 1994. pp. 79-98.

SIEGEL, Reva; POST, Robert. *Roe* rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, 2007, pp. 373-433.

SIEGEL, Reva; POST, Robert. Democratic constitutionalism. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. **The Constitution in 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 25-35.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, i. 3, 2013, pp. 557–584.

SILVA, Virgílio Afonso da. Do we deliberate? If so, how? **European Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 2, 2017, pp. 209-240.

SIMON, Roberto. **O Brasil contra a democracia**: a ditadura, o golpe no Chile e a Guerra Fria na América do Sul. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

SKINNER, Quentin. Meaning and understanding in the History of Ideas. **History and Theory**, v. 8, n. 1, 1969, pp. 3-53.

SKINNER, Quentin. Conventions and the understanding of speech acts. **Philosophical Quarterly**, n. 20, v. 79, 1970, pp. 118-138.

SKINNER, Quentin. On performing and explaining linguistic actions. **Philosophical Quarterly**, v. 21, n. 82, 1971, pp. 1-21.

SMOLLA, Rodney. Regulating the speech of judges and lawyers: the First Amendment and the soul of the profession. **Florida Law Review**, vol. 66, i. 3, 2015, pp. 961-990.

SNYDER, Timothy. **The road to unfreedom**: Russia, Europe, America. New York: Tim Duggan Books, 2018.

SOUZA, Artur Cesar de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

STANLEY, Jason. **How fascism works**. New York: Random House, 2018.

SULLIVAN, Kathleen M. *Republican Party of Minnesota v. White*: what are the alternatives? **Georgetown Journal of Legal Ethics**, v. 21, 2008, pp. 1.327-1.351.

SUNSTEIN, Cass. Incompletely theorized agreements. **Harvard Law Review**, v. 108, n. 7, 1995, pp. 1.733-1.772.

SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, 2003, pp. 885-951.

STOLLEIS, Michael. Judicial interpretation in transition from the *Ancien Régime* to constitutionalism. In: STOLLEIS Michael; YASUMOTO, Morigiwa; HALPERIN, Jean-Louis

(orgs.). **Interpretation of law in the age of enlightenment**: from the rule of king to the rule of law. London: Springer, 2011, pp. 3-20.

STRECK, Lenio Luiz. A efetividade dos direitos fundamentais no Brasil: entre judicialização da política e ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; GUIMARÃES FILHO, Gilberto; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (orgs.). **Supremacia constitucional e políticas públicas**: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de direitos fundamentais. Porto Alegre: Editora Fi, 2016a, pp. 42-64.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Revista Espaço Jurídico**, v. 17, 2016b, pp. 721-732.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Juspodivm, 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Forense, 2023.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle José Coelho; LEITE, George Salomão. **O fim do livre convencimento motivado**. São Paulo: Tirant Brasil, 2018.

SWEET, Alec Stone. **Governing with judges**: constitutional politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. São Paulo: Livraria do Advogado, 2013.

TAYLOR, Charles. Interpretation and the sciences of man. **The Review of Metaphysics**, v. 25, n. 1, 1971, pp. 3-51.

TEIXEIRA, Alex Fabiane; GOMES, Ricardo Corrêa. Governança pública: uma revisão conceitual. **Revista do Serviço Público**, v. 70, n. 4, 2019, pp. 519-550.

TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). **O que resta da ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

TRAVINCAS, Amanda C. T. **A tutela jurídica da liberdade acadêmica no Brasil**: a liberdade de ensinar e seus limites. Tese de doutorado. Porto Alegre: Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2016.

TRIBE, Laurence. **American constitutional law**. Mineola: Foundation Press, 2000.

TRINDADE, Luiz Valério. **Discurso de ódio nas redes sociais**. São Paulo: Jandaíra, 2022.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

VAN ALSTYNE, William W. The specific theory of academic freedom and the general issue of civil liberty. In: PINCOFFS, Edmund L. **The concept of academic freedom**. Austin: University of Texas Press, 1975, pp. 59-85.

VLADECK, Stephen. **The shadow docket**: how the Supreme Court uses stealth rulings to amass power and undermine the republic. New York: Basic Books, 2023.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Desigualdad estructural y Estado de derecho. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). **El derecho en América Latina**: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, pp. 25-46.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VILE, Maurice J. C. **Constitutionalism and the separation of powers**. New York: Liberty Fund, 1998.

VITORELLI, Edilson. **Que ministro eu sou?** Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. São Paulo: Juspodivm, 2023.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999a.

WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999b.

WALDRON, Jeremy. Is the rule of law an essentially contested concept (in Florida)? **Law and Philosophy**, vol. 21, 2002, pp. 137-164.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, 2006, pp. 1.346-1.406.

WALDRON, Jeremy. Legislation and the rule of law. **Legisprudence**, v. 1, 2007, pp. 91-123.

WALDRON, Jeremy. Do judges reason morally? In: HUSCROFT, Grant. **Expounding the Constitution**: essays in constitutional theory. Cambridge: Cambridge University Press, 2008a, pp. 38-64.

WALDRON, Jeremy. The concept and the rule of law. **Georgia Law Review**, vol. 43, n. 1, 2008b, pp. 1-61.

WALDRON, Jeremy. A majority in the lifeboat. **Boston University Law Review**, v. 90, 2010, pp. 1.043-1.057.

WALDRON, Jeremy. The rule of law and the importance of procedure. In: FLEMING, James E. **Getting to the rule of law (Nomos L)**. New York: New York University Press, 2011a, pp. 3-31.

WALDRON, Jeremy. Thoughtfulness and the rule of law. **British Academy Review**, issue 18, 2011b, pp. 1-21.

WALDRON, Jeremy. Separation of powers or division of power? **New York University Public Law and Legal Theory Working Papers**, 329, No. 12-20, 2012a, pp. 1-33.

WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012b.

WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice. **Boston College Law Review**, Vol. 54, Issue 2, 2013, pp. 433-468.

WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

WALLACE, David Foster. **Ficando longe do fato de já estar meio que longe de tudo: ensaios**. Trad. Daniel Galera e Daniel Pellizzari. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

WALPIN, Gerald. **The Supreme Court vs. the Constitution**. New York: Significance Press, 2013.

WALUCHOW, Wil J. **A common law theory of judicial review: the living tree**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

WEST, Robin. Foreword: taking freedom seriously. **Harvard Law Review**, n. 104, 1990, pp. 43-61.

WEST, Robin. Integrity and universality: a comment on Ronald Dworkin's Freedom's Law. **Fordham Law Review**, n. 65, i. 4, 1997, pp. 1.313-1.334.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophische Untersuchungen**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Salvador: Lumen Juris, 2007.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: Juspodivm, 2017.

ZUBOFF, Shoshana. **The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power**. New York: PublicAffairs, 2019.

ZURN, Christopher F. **Deliberative democracy and the institutions of judicial review**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

APÊNDICES

Nestes apêndices à tese, apresentamos as traduções que elaboramos do Relatório sobre Liberdade de Expressão de Juízes, adotado pela Comissão de Veneza em 2015, do Relatório sobre Independência de Juízes e Advogados, estabelecido pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas em 2019, e da Opinião nº 25 sobre Liberdade de Expressão de Juízes, exarada pelo Conselho Consultivo de Juízes Europeus em 2022. Foram traduzidas para o português as versões oficiais publicadas em inglês. Entendemos relevante esse trabalho de tradução, pois se trata de relatórios adotados por órgãos internacionais de importância simbólica, os quais narram os resultados de pesquisas extensivas e abrangentes (embora em relatos superficiais, dada a limitação espacial) sobre a liberdade de expressão judicial. Além disso, considerando que não existiam versões dos documentos em língua portuguesa, a iniciativa de traduzi-los tornará seu conteúdo mais acessível a estudantes e operadores do direito no Brasil e em outros países lusófonos.

Quanto à qualificação destes pós-textos como apêndices, e não anexos, ressaltamos que, embora o teor dos documentos a seguir não tenha sido elaborado por nós, as traduções são de nossa autoria.⁷¹⁷ Assim, parece-nos mais correto identificar estes acréscimos como textos complementares em apêndice, e não em anexo, pois, nos termos do art. 7º, inciso XI, da Lei nº 9.610, de 1998, as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova, constituem obras autorais protegidas.⁷¹⁸

⁷¹⁷ Segundo a Associação Brasileira de Normas Técnicas, anexo é “o texto ou documento usado para complementar um trabalho, que não foi elaborado pelo próprio autor deste”, ao passo que apêndice é “o texto ou documento usado para complementar um trabalho, que foi elaborado pelo próprio autor deste”.

⁷¹⁸ Para ilustrar esse ponto, vale citar um trecho do poema *Tradução*, de Ana Martins Marques: “Este poema em outra língua seria outro poema / um relógio atrasado que marca a hora certa de algum outro lugar”. Cf. MARQUES, Ana Martins. **O livro das semelhanças**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 22.

Apêndice A – Tradução do Relatório sobre Liberdade de Expressão de Juízes, adotado pela Comissão de Veneza em 2015

Estrasburgo, 23 de junho de 2015

Opinião nº 806/2015

Comissão Europeia para a Democracia por meio do Direito
(Comissão de Veneza)

RELATÓRIO SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO DE JUÍZES

Adotado pela Comissão de Veneza
em sua 103^a sessão plenária
(Veneza, 19-20 de junho de 2015)

com base em comentários feitos por:

Sr. Johan HIRSCHFELDT (membro substituto, Suécia)

Sr. Milenko KRECA (membro, Sérvia)

Sr. Christoph GRABENWARTER (membro, Áustria)

(...)

I. Introdução

1. Por meio de uma carta datada de 14 de abril de 2015, o Sr. Humberto Antonio Sierra Porto, presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, solicitou o auxílio da Comissão de Veneza no desenvolvimento de uma pesquisa de direito comparado sobre restrições à liberdade de expressão, à liberdade de associação, ao direito de reunião pacífica e aos direitos políticos de juízes.

2. O Sr. Johan Hirschfeldt (Suécia), o Sr. Milenko Kreca (Sérvia) e o Sr. Christoph Grabenwarter (Áustria) foram nomeados como Relatores.

3. Este relatório, que foi elaborado com base nos comentários enviados pelos especialistas mencionados acima, foi adotado pela Comissão de Veneza em sua 103ª Sessão Plenária (Veneza, 19-20 de junho de 2015).

II. Contexto e Observações Preliminares

4. Conforme consta na carta do presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o pedido de pesquisa está relacionado a um caso pendente perante a Corte Interamericana, o caso *López Lone e outros v. Honduras*. O caso trata da demissão de quatro juízes que faziam parte de uma organização chamada Associação de Juízes pela Democracia (doravante “AJD”). A AJD considerou a destituição do presidente Zelaya (28 de junho de 2009) como um golpe de Estado, ao passo que a Suprema Corte de Honduras, em uma série de pronunciamentos feitos em 2009, considerou que se tratava de uma sucessão constitucional. Os quatro juízes foram removidos de seus cargos após a instauração de processos disciplinares contra eles por participarem de manifestações políticas, expressarem opiniões ou proferirem declarações contra o Poder Judiciário ou por terem ajuizado processos judiciais contra a alegada sucessão constitucional.

5. Com base nesse contexto, no pedido de auxílio para o desenvolvimento de uma pesquisa de direito constitucional, a Corte Interamericana levantou as seguintes questões:

a. Que tipo de restrições (constitucionais, legais ou regulamentares) podem ser encontradas no direito comparado no que diz respeito ao exercício do direito à liberdade de expressão, à liberdade de associação, ao direito de reunião pacífica e aos direitos políticos de juízes, à luz de suas funções e deveres como juízes?

b. Se existem restrições, qual escopo ou interpretação foi dada a essas restrições por tribunais constitucionais ou outros tribunais superiores nos Estados em que elas existem? Essas restrições dependem da posição e das questões sobre as quais o juiz tem jurisdição? Deve-se levar em conta o local ou a capacidade em que essas opiniões são expressas (se o juiz estava ou não exercendo seus deveres oficiais, ou se era ou não possível entender que ele estava exercendo seus deveres oficiais)? Deve-se levar em conta o propósito dessas opiniões ou manifestações?

c. Um contexto, como uma crise democrática ou uma ruptura da ordem constitucional, é relevante ao avaliar a aplicabilidade dessas restrições?

6. Neste relatório de pesquisa, a Comissão de Veneza, sem analisar o caso concreto pendente perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos e sem sugerir qualquer resultado

para o caso concreto, limitar-se-á à apresentação das disposições legislativas e constitucionais nacionais relativas à liberdade de expressão, à liberdade de associação, ao direito de reunião pacífica e aos direitos políticos de juízes, bem como a uma análise abstrata da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (doravante “CtEDH”) referente à liberdade de expressão dos juízes.

7. O prazo limitado para a elaboração deste relatório não permitiu uma pesquisa exaustiva do direito comparado. Foi dada atenção especial à análise das disposições legislativas e constitucionais suecas e à jurisprudência doméstica na Alemanha e na Áustria.

III. Direito comparado sobre a liberdade de expressão e associação dos juízes

8. O Parecer nº 3 do Conselho Consultivo dos Juízes Europeus afirma que “[o] sistema judicial só pode funcionar adequadamente se os juízes não estiverem isolados da sociedade em que vivem (...). Como cidadãos, os juízes desfrutam dos direitos e liberdades fundamentais protegidos, em particular, pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos (liberdade de opinião, liberdade religiosa etc) (...). No entanto, tais atividades podem comprometer sua imparcialidade ou até mesmo sua independência. Portanto, é necessário estabelecer um equilíbrio razoável entre o grau de envolvimento dos juízes na sociedade e a necessidade de serem (e de serem vistos como sendo) independentes e imparciais no exercício de suas funções”.

9. Os Estados membros do Conselho da Europa (doravante, “CoE”) estabeleceram restrições constitucionais (A) e/ou adotaram legislação relevante e códigos de conduta (B) para alcançar esse equilíbrio entre os requisitos de independência e imparcialidade da função judicial e os direitos fundamentais dos juízes.

A. Disposições constitucionais

10. Em Andorra, Áustria, Bélgica, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Croácia, Chipre, República Tcheca, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Geórgia, Alemanha, Grécia, Islândia, Irlanda, Itália, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Antiga República Iugoslava da Macedônia, Malta, República da Moldávia, Mônaco, Países Baixos, Noruega, Portugal, Rússia, San Marino, Eslovênia, Espanha, Suécia, Suíça e Turquia, não existem

disposições constitucionais específicas relacionadas à liberdade de expressão dos juízes nem à liberdade de associação dos juízes. Na Áustria, o artigo 11, parágrafo 2, da CEDH (Convenção Europeia dos Direitos Humanos) faz parte integrante da Constituição.

11. No que diz respeito à liberdade de expressão dos juízes, a Constituição da Albânia, em seu artigo 137, estipula que “um juiz do Supremo Tribunal goza de imunidade em relação às opiniões expressas ou decisões tomadas no exercício de suas funções”. O artigo 86 da Constituição de Montenegro estabelece que o Presidente do Supremo Tribunal, o Presidente e os juízes do Tribunal Constitucional e o Procurador-Geral do Estado gozam da mesma imunidade que os membros do Parlamento.

12. Além disso, parece que nenhuma das Constituições dos Estados membros do CoE prevê restrições específicas à liberdade de expressão dos juízes.

13. No que diz respeito à liberdade de associação, várias Constituições dos Estados membros do CoE estabelecem restrições específicas para os juízes. Quanto às atividades políticas, um juiz não pode ser membro ou se envolver em um partido político na Armênia, Azerbaijão, Hungria, Montenegro, Polônia, Romênia, Sérvia e Ucrânia. Com relação aos sindicatos, um juiz não pode ser membro deles na Polônia, Eslováquia e Ucrânia.

14. Finalmente, na Armênia, o direito à liberdade de reunião pacífica e desarmada é garantido pelo artigo 29 da Constituição. O mesmo dispositivo prevê que o exercício desse direito pelos juízes pode ser restrito, remetendo à legislação nacional para regulamentação adicional.

B. Disposições legislativas e códigos de conduta

15. Um estudo realizado pelo Conselho Consultivo de Juízes Europeus (CCJE) em 2002 sobre “os princípios e regras que regem a conduta profissional dos juízes, com referência especial à eficiência, ao comportamento incompatível e à imparcialidade” destacou que alguns países estabelecem obrigações legais para os juízes, enquanto outros têm um código de conduta judicial. As conclusões de tal estudo são utilizadas neste relatório de pesquisa.

- Obrigações legais

16. Existem obrigações legais para juízes em muitos Estados membros do CoE, incluindo Andorra, Áustria, Croácia, República Tcheca, Dinamarca, Estônia, França, Alemanha, Islândia, Liechtenstein, Lituânia, Malta, Moldávia, Noruega, Países Baixos, Polônia, Portugal, Eslováquia, Romênia, Federação Russa, Eslovênia, Turquia e Ucrânia. Essas obrigações legais impõem restrições de diferentes níveis de país para país à liberdade de expressão e associação dos juízes, incluindo suas atividades políticas. Algumas dessas obrigações legais para juízes são abordadas abaixo.

17. Na Croácia, as obrigações dos juízes são regulamentadas pelos artigos 92 a 98 da Lei dos Tribunais (conforme alterada em 2010). O comportamento de um juiz não deve ser prejudicial à dignidade do poder judicial e não deve questionar sua imparcialidade profissional e independência ou a independência do poder judiciário. Um juiz não deve divulgar informações sobre as partes em litígio, seus direitos, obrigações ou interesses legais, que tenham conhecimento no exercício de suas funções judiciais. Um juiz deve manter a confidencialidade de todas as informações que não foram divulgadas durante um julgamento. De acordo com o artigo 94, um juiz não pode ser membro de um partido político nem se envolver em atividade política. Os juízes podem se associar livremente em associações de juízes com o objetivo de proteger sua independência e interesses. Por fim, de acordo com a Lei do Conselho Superior de Justiça, a violação do segredo oficial relacionado ao desempenho das funções judiciais e a prejudicação da reputação do tribunal ou do cargo judicial são consideradas fundamentos disciplinares.

18. Na Alemanha, a Lei da Magistratura Alemã, na versão publicada em 19 de abril de 1972 (Bundesgesetzblatt), com a última alteração em 5 de fevereiro de 2009, estabelece obrigações especiais para os juízes e a “manutenção da independência” em sua Seção 39. Na prática, o princípio de moderação (“Mäßigungsgebot”) é principalmente relevante em relação à conduta fora do cargo. Declarações políticas públicas não são excluídas. Um juiz não deve mencionar seu cargo ao expressar opiniões políticas em público, exceto em relação a uma questão legal (como palestra e artigo de revisão jurídica). Um juiz deve preservar o sigilo em relação ao curso das deliberações. Os juízes podem ser membros de associações, incluindo sindicatos, e pertencer a um partido político. Eles podem se candidatar ao Parlamento. Se forem eleitos, o direito e o dever de exercer o cargo judicial são suspensos. Em caso de violação culposa do dever oficial, um juiz pode ser sujeito a processo disciplinar.

19. Na Romênia, de acordo com a Lei sobre o Estatuto dos Juízes (nº 303/2004), os juízes não podem ser membros de partidos políticos nem exercer atividades políticas. Eles são obrigados a se abster de expressar ou manifestar suas crenças políticas (Artigo 8). De acordo com o Artigo 9, os juízes não podem expressar publicamente sua opinião sobre processos em andamento e não estão autorizados a comentar ou justificar na imprensa ou em programas audiovisuais as sentenças nos casos que julgaram. De acordo com o Artigo 10, os juízes podem participar da elaboração de publicações ou estudos especializados de obras literárias ou científicas, exceto as políticas.

20. Na Turquia, as disposições do Artigo 4 da Lei nº 2802 sobre Juízes e Promotores são semelhantes às disposições do Artigo 138 da Constituição: os juízes devem ser independentes no desempenho de suas funções; devem proferir julgamentos de acordo com a Constituição, a lei e sua convicção pessoal em conformidade com a lei. De acordo com o Artigo 65 dessa lei, uma sanção disciplinar (repreensão) pode ser imposta aos juízes por terem realizado ações que possam prejudicar o respeito e a confiança na função judicial. No caso *Kayasu v. Turquia*, da Corte Europeia de Direitos Humanos, o requerente, que era promotor na época dos fatos, foi condenado a uma repreensão com base no Artigo 65 por uma decisão do Conselho Superior Judicial por ter apresentado uma queixa criminal, como cidadão, perante o Procurador do Tribunal de Segurança do Estado de Ancara contra os autores do golpe militar de 12 de setembro de 1980. Além disso, embora a última frase do Artigo 51 da Lei nº 2802, que impunha uma proibição de os juízes e promotores serem membros de partidos políticos, tenha sido abolida em março de 1995, a mesma proibição é mantida no Artigo 11 da Lei nº 2820 sobre Partidos Políticos.

21. Na Federação Russa, a Lei nº 3132-I, de 26 de junho de 1992, sobre o Estatuto dos Juízes na Federação Russa, estabelece que “um juiz deve abster-se de qualquer coisa que possa diminuir a autoridade do poder judicial ou a dignidade de um juiz ou lançar dúvidas sobre sua objetividade, imparcialidade e justiça”⁴³. Se ele ou ela cometer uma infração disciplinar, uma penalidade disciplinar será aplicada, ou seja, uma advertência ou, dependendo da gravidade de seu comportamento inadequado, uma cessação antecipada do cargo judicial⁴⁴. Uma infração disciplinar significa uma violação da Lei nº 3132-I ou do Código de Ética Judicial. A violação deve conter um elemento de “culpa” do juiz e levar à “diminuição da autoridade do poder judiciário” e “prejuízo à boa reputação do juiz”.

22. Na Áustria, a Lei sobre o Serviço de Juízes e Promotores (Lei nº 305/1961) regula os deveres oficiais dos juízes em vários pontos. A Seção 57 contém a obrigação mais relevante relacionada à Liberdade de Expressão dos Juízes: entre outros deveres oficiais, o parágrafo 1

dessa disposição inclui o compromisso de fidelidade ao Estado e à Lei. O descumprimento dessa disposição constitui uma infração disciplinar. Dependendo do grau de má conduta, a sanção disciplinar pode incluir advertência, multa financeira, transferência para outro cargo e até demissão. No entanto, assim como na Alemanha, a disposição em questão não exclui declarações políticas públicas. Uma jurisprudência abrangente lida com a admissibilidade de medidas disciplinares contra juízes, mas a Seção 57, parágrafo 1, raramente entra em jogo.

- Códigos de Conduta para Juízes

23. Vários países do Conselho da Europa adotaram “Códigos de Conduta” para juízes preparados e adotados geralmente por associações de juízes⁴⁵. Tais códigos de conduta para juízes podem fornecer orientações às autoridades disciplinares para suas decisões em questões disciplinares.

24. Na Federação Russa, o Código de Ética Judicial, adotado pela Conferência Pan-Russa de Juízes em 19 de dezembro de 2012, estabelece que o juiz deve cooperar (“interagir”) com a mídia para garantir uma cobertura adequada das atividades do tribunal (Artigo 13, parágrafo 1). Em seus contatos com a mídia, o juiz deve informar o público sobre o trabalho dos juízes, melhorar a compreensão da lei e o respeito pelos juízes (Artigo 13, parágrafo 2). No entanto, ao comentar com a imprensa, o juiz deve agir com diligência e não deve fazer comentários sobre o mérito de casos pendentes. Quando o caso é encerrado, o juiz pode explicar oralmente ou por escrito o significado da decisão judicial tomada (Artigo 13, parágrafo 3). Ao comentar as decisões de outros juízes, o juiz deve agir com moderação, precisão e respeito. O juiz tem o direito de comentar suas próprias decisões e expressar opiniões sobre a prática estabelecida da lei material ou processual (Artigo 13, parágrafo 4). Em discussões “dentro da comunidade judicial”, o juiz pode expressar discordância com as ações de outros juízes, visando melhorar o processo de julgamento (Artigo 13, parágrafo 4, parágrafo 2). Se as atividades do juiz forem distorcidas pela mídia, cabe ao juiz decidir como reagir e se ele deve usar os meios legais que tem à sua disposição “como um cidadão comum”. Aplicar às autoridades de aplicação da lei buscando proteção da honra e dignidade ou abordar diretamente a mídia é possível apenas quando outros meios legais de críticas injustas estão esgotados ou indisponíveis (Artigo 13, parágrafo 5). Ao responder a críticas públicas, o juiz deve agir com moderação e diligência. Quando a crítica pública afeta negativamente a imagem do poder judiciário, é preferível reagir a ela por meio de uma publicação na mídia do comentário preparado pelo

serviço de imprensa do tribunal, do Departamento Judicial ou dos órgãos de autogoverno judicial (Artigo 13, parágrafo 6).

25. Na Lituânia, a Seção 3 da Ética dos Juízes, adotada pela Assembleia Geral de Juízes em 18 de dezembro de 1998, declara que, mesmo durante o tempo de lazer, um juiz deve agir de maneira que não deprecie a função judicial. Esta seção também impede um juiz de dar consultas jurídicas, exige que evite discursos públicos sobre casos ouvidos por ele/ela ou seus colegas, evite quaisquer comentários relacionados ao assunto de um caso ao se comunicar com a sociedade e jornalistas, não declare publicamente suas opiniões políticas, evite qualquer atividade que possa dar a impressão de que um juiz é influenciado por qualquer ideologia política.

26. O Código de Ética Judicial da Ucrânia foi aprovado pelo XI Congresso de Juízes da Ucrânia em 22 de fevereiro de 2013 e estabelece diversas regras relacionadas ao uso da liberdade de expressão pelos juízes em diferentes contextos. De acordo com o Artigo 11, um juiz, dentro do procedimento estabelecido por lei, pode fornecer à mídia a possibilidade de obter informações, desde que não viole os direitos e liberdades dos cidadãos, danifique sua honra e dignidade ou a autoridade da justiça. No entanto, um juiz não deve fazer declarações públicas, comentar na mídia sobre casos pendentes ou colocar em dúvida as sentenças transitadas em julgado. Um juiz não deve divulgar informações que se tornaram conhecidas por ele/ela em conexão com a análise de um caso (Artigo 12), não pode pertencer a nenhum partido político, participar de qualquer atividade política ou ter um mandato representativo (Artigo 16). Os juízes têm o direito de participar de atividades da sociedade civil e eventos públicos, desde que não prejudiquem seu *status* e a autoridade do poder judiciário (Artigo 17). De acordo com o Artigo 17, é aceitável que um juiz tenha uma conta em uma rede social, use fóruns da Internet e outras formas de comunicação on-line, no entanto, um juiz só pode publicar e comentar informações que não prejudiquem a autoridade de um juiz e do poder judiciário.

27. O Código de Ética para Membros do Judiciário de Malta (conforme emendado em 8 de fevereiro de 2010), em seu Artigo 12, declara que os membros do Judiciário não devem se juntar a organizações, associações ou entidades com inclinações políticas. Os membros do Judiciário não devem discutir fora dos tribunais casos pendentes em julgamento. Em pleno respeito à liberdade de expressão, os membros do Judiciário devem desencorajar as pessoas de discutirem, na presença deles, casos que estão sub judice (Artigo 13). Por último, os membros do Judiciário não devem, quer em sua vida privada ou pública, agir de forma que possa implicar parcialidade política (Artigo 25).

28. O Código de Ética Judicial da Croácia (2005), em seu Artigo 5, estabelece que um juiz deve abster-se de fazer declarações ou comentários que possam perturbar a imparcialidade da decisão no âmbito do procedimento e criar uma impressão de parcialidade. Ele/ela não deve divulgar informações confidenciais de que tenha tomado conhecimento no exercício de suas funções e não deve expressar opiniões sobre processos judiciais pendentes. Os juízes podem participar de discussões públicas sobre a lei, o sistema jurídico e o funcionamento do sistema de justiça. No entanto, ao comparecer em público ou ao comentar fenômenos sociais através dos meios de comunicação públicos, eles devem se esforçar para garantir que as opiniões que expressam e sua conduta geral estejam em conformidade com as disposições deste Código (Artigo 12). Por fim, os juízes têm o direito de estabelecer associações profissionais e participar do trabalho dessas associações que defendem seus interesses e protegem sua independência e o *status* do poder judiciário.

IV. Restrições à liberdade de expressão, liberdade de associação e reunião dos juízes nas disposições constitucionais e legislativas suecas

A. Estrutura constitucional

29. Todos os juízes, assim como os funcionários públicos, desfrutam da mesma liberdade de expressão, liberdade de associação e direito de reunião política que todos os cidadãos. Isso inclui o direito de ser membro de partidos políticos e exercer um mandato representativo no Parlamento e nos governos locais. Esses direitos estão estabelecidos na constituição sueca.

30. A constituição sueca é composta por quatro leis fundamentais. De particular relevância para o presente estudo estão: o Instrumento de Governo (Regeringsformen), a Lei de Liberdade de Imprensa (Tryckfrihetsförordningen) e a Lei de Liberdade de Expressão (Yttrandefrihetsgrundlagen).

31. O Instrumento de Governo (“IG”) trata dos direitos e liberdades humanos em seu Capítulo 2 e garante a liberdade de expressão (liberdade de comunicar informações e expressar pensamentos, opiniões, sentimentos e ideias, por meios pictóricos, escritos ou de qualquer outra forma) (IG Capítulo 2, Artigo 1, parágrafo 1, ponto 1); liberdade de reunião (liberdade de organizar e participar de reuniões para informação, expressão de opinião ou outros fins semelhantes, ou para apresentação de trabalho artístico) (IG Capítulo 2, Artigo 1, parágrafo 1,

ponto 3); liberdade de manifestação (liberdade de organizar e participar de manifestações em locais públicos) (IG Capítulo 2, Artigo 1, parágrafo 1, ponto 4); liberdade de associação (liberdade de associar-se a outros para fins públicos ou privados, incluindo também filiação a um partido político) (IG Capítulo 2, Artigo 1, parágrafo 1, ponto 5).

32. De acordo com o Artigo 20, esses direitos e liberdades podem ser limitados por meio da lei e estão sujeitos a regras processuais qualificadas.

B. Garantias constitucionais referentes à liberdade de expressão

33. A Constituição da Suécia prevê uma série de princípios de salvaguarda para garantir a proteção efetiva da liberdade de expressão. Essas salvaguardas também se aplicam a funcionários públicos, incluindo juízes.

34. A Lei de Liberdade de Imprensa, assim como a Lei de Liberdade de Expressão, é caracterizada pelo princípio da responsabilidade exclusiva. Isso é particularmente significativo no caso da imprensa diária e de outras publicações periódicas, bem como do rádio e da televisão, onde vários contribuintes diferentes podem estar envolvidos. Um único indivíduo é registrado como editor responsável e é responsável por quaisquer infrações. Outras pessoas, como jornalistas, equipe técnica, colaboradores externos e fontes, estão isentas de responsabilidade e, portanto, podem permanecer anônimas.

35. A proteção também abrange fornecedores de informações, incluindo informações que foram destinadas à publicação, mas nunca foram publicadas. Esse direito legal individual ao anonimato na publicação de informações é protegido por uma proibição de busca de fontes, que é considerada um crime, abuso de cargo.

36. Em terceiro lugar, a noção de “proibição de represálias” foi desenvolvida na prática jurídica, especialmente pelo Provedor de Justiça Parlamentar. Isso se refere à proibição de qualquer medida que acarrete consequências negativas para os funcionários do setor público (funcionários públicos e juízes) decorrentes de sua assistência na publicação de informações em um meio protegido constitucionalmente. Essa proibição agora está presente na Lei de Liberdade de Imprensa e na Lei de Liberdade de Expressão e é considerada um crime, abuso de cargo. Mas a proibição tem um impacto protetor geral também em situações em que a expressão não está abrangida pela proteção constitucional para certas mídias.

37. Consequentemente, caso um juiz forneça informações para publicação em um jornal de forma anônima, ele ou ela estará protegido contra autoridades públicas (incluindo

autoridades judiciais) pela proibição de busca de fontes. Se o juiz fornecer as informações para publicação abertamente sob seu nome completo, ele ou ela estará protegido contra represálias de autoridades públicas (incluindo autoridades judiciais) pela proibição de represálias.

38. Por último, para que haja responsabilidade criminal para o autor de um livro ou o editor de uma publicação, as informações devem constituir um crime proibido tanto pela Lei de Liberdade de Imprensa quanto pelo Código Penal.

C. Aplicação das garantias constitucionais de liberdade de expressão a funcionários públicos e juízes

39. É importante ressaltar que, caso um juiz apresente informações ou emita opiniões ou comentários no exercício de suas funções oficiais e seja considerado como atuando dentro de sua capacidade como juiz ou como representante oficial do tribunal ao qual pertence, as proteções constitucionais mencionadas acima não são aplicáveis. Em vez disso, o juiz, nessa situação, é totalmente responsável de acordo com as disposições legais comuns, e a obrigação dos juízes de considerar, no desempenho de suas funções, a igualdade de todos perante a lei e de observar a imparcialidade e objetividade deve ser levada em conta. Em outras palavras, o requisito de imparcialidade deve ser ponderado em relação à proteção da liberdade de expressão.

40. Por exemplo, expressões públicas de um juiz que estão obviamente relacionadas com a administração da justiça em um caso específico tratado pelo mesmo juiz podem suscitar questionamentos públicos sobre se o juiz deve ser impedido de julgar o caso. Tais expressões podem minar a confiança que os tribunais devem inspirar em uma sociedade democrática. No Código de Processo Sueco, existem disposições sobre as situações em que um juiz deve ser impedido devido a conflito de interesses.

41. Para que as garantias constitucionais de liberdade de expressão sejam afastadas, a conexão entre as opiniões expressas e as tarefas dentro da administração da justiça deve ser óbvia. Caso a conexão não seja óbvia, os tribunais e órgãos de supervisão devem dar prioridade à liberdade de expressão de um juiz, e nenhuma ação contra o juiz é permitida.

42. É difícil traçar a linha na prática entre expressões protegidas pelas liberdades constitucionais, por um lado, e expressões que devem ser consideradas como estando relacionadas às funções judiciais, por outro. Além disso, poderia ser argumentado que, em alguns casos, embora as declarações de um juiz não estejam obviamente relacionadas a suas

funções oficiais, suas opiniões pessoais podem ser motivo para considerar que o juiz em questão não é adequado para lidar com determinados tipos de casos. No contexto de declarações públicas por um funcionário público, o Provedor de Justiça Parlamentar sueco considerou que:

“O princípio de que as opiniões publicamente expressas por um funcionário público são uma questão privada não pode ser totalmente mantido sem exceção. Deve-se presumir que, por exemplo, um tomador de decisão, cujas opiniões pessoais atraíram a atenção pública, pode parecer menos adequado para lidar com certos tipos de casos e que isso às vezes pode dar à autoridade pública o direito de tomar medidas. É uma questão de prevenir danos à confiança semelhantes aos que podem surgir de conflitos de interesse. (...) Medidas podem, portanto, ser justificadas mesmo quando não há, em si, motivo real para desconfiar da capacidade do tomador de decisões relevante no serviço.

A exigência de que as autoridades devem ser imparciais, assim como a proteção da liberdade de expressão, está incluída na Constituição. Portanto, há um conflito em que diferentes disposições constitucionais devem ser ponderadas umas contra as outras. Se tal equilíbrio resultar em uma declaração pública de um funcionário devendo gerar ações pela autoridade empregadora, essas ações não podem ser mais restritivas do que estritamente necessário para lidar com o conflito de interesse.”

43. Consequentemente, por meio de certas atividades, incluindo certas expressões relacionadas aos deveres judiciais, um juiz pode colocar a si mesmo em uma situação em que “se mostrou, por meio de negligência grave ou repetida de suas obrigações oficiais, manifestamente inadequado para ocupar o cargo (...)” (Artigo 7, Capítulo 11 do Instrumento de Governo). Sob tais condições muito estritas e de acordo com a referida disposição constitucional, é possível, como medida extrema, remover um juiz da Suprema Corte ou outro juiz permanente por decisão judicial.

44. No entanto, a Comissão de Veneza não tem conhecimento de qualquer precedente desse tipo na jurisprudência doméstica sueca. Há apenas algumas decisões e declarações em certa conexão com a questão do Provedor de Justiça Parlamentar e do Chanceler de Justiça. Em um caso ocorrido em setembro de 2011, um funcionário público expressou opiniões privadas sobre o Islã e o nazismo e, posteriormente, tornou-se responsável por questões de integração de refugiados em um órgão ministerial. Nesse caso, o Chanceler de Justiça, referindo-se também à decisão mencionada do Provedor de Justiça, considerou que, embora o ponto de partida seja que um funcionário público não deva sofrer represálias por ter expressado suas opiniões privadas (veja o parágrafo 36 do presente relatório - Proibição de represálias), o requisito de imparcialidade deve ser ponderado em relação à proteção da liberdade de expressão. Em

conclusão, foi justificado que o funcionário público em questão fosse removido do órgão de integração de refugiados e recebesse outra função dentro do ministério em questão, o que foi considerado pelo Chanceler de Justiça como uma “solução de consenso” entre o princípio da proibição de represálias e o requisito de imparcialidade do funcionário público em relação a suas obrigações.

V. Jurisprudência comparada: Alemanha e Áustria

45. A seguinte pesquisa de jurisprudência selecionada relacionada às atividades políticas de juízes trata de decisões de tribunais (superiores) alemães e austríacos. Existem pouquíssimas decisões relativas a essa questão, porque, em geral, a liberdade de expressão, a liberdade de associação e a liberdade de reunião de juízes são garantidas da mesma forma que para todos os outros cidadãos, tanto na Constituição alemã quanto na austríaca. A pesquisa se concentra nos poucos casos em que os direitos fundamentais mencionados acima são aplicados de forma diferente quando um juiz está envolvido na questão.

A. Alemanha

46. Tanto o Tribunal Constitucional Federal quanto o Tribunal Administrativo Federal estabeleceram alguns princípios gerais em sua jurisprudência sobre a liberdade de atividades políticas dos juízes. Nesse aspecto, os tribunais tiveram que lidar principalmente com sanções disciplinares impostas a juízes que estavam envolvidos em atividades políticas.

- Estrutura geral

47. Como princípio geral, um juiz pode expressar sua opinião política como qualquer outro cidadão e também pode se envolver em atividades políticas. Ele pode se filiar a um partido político, participar de campanhas eleitorais ou até mesmo se envolver como operador de um partido político. Em geral, um juiz pode registrar sua posição oficial nessas questões. O Tribunal Administrativo Federal afirmou que o Estado e a sociedade não deveriam ter interesse em juízes não críticos.

48. No entanto, a liberdade de expressão política dos juízes deve ser lida em conjunto com os princípios tradicionais do serviço civil. O Tribunal Constitucional destacou que um juiz é obrigado a exercer seu cargo de maneira imparcial em relação a questões políticas; ele deve servir apenas a lei. Portanto, um juiz pode se envolver em atividades políticas apenas na medida em que sejam compatíveis com a confiança do público na administração imparcial e neutra de seu cargo. Isso ocorre também porque um juiz possivelmente tem que decidir em casos de natureza política que frequentemente estão relacionados a controvérsias públicas. As atividades políticas dos juízes não devem dar a impressão de que o juiz em questão não é leal à ordem jurídica e neutro em relação às partes perante o tribunal. A confiança do público na imparcialidade do poder judiciário é baseada (entre outras coisas) na ideia de que os juízes se distanciem visivelmente dos debates políticos atuais. O fato de que a confiança do público na imparcialidade e independência do poder judiciário é abalada por certas atividades políticas dos juízes não está de acordo com o conceito de um juiz imparcial e independente, conforme prescrito pela Constituição alemã. É irrelevante que um certo juiz se considere independente. Como já foi destacado, um juiz pode mencionar sua posição oficial no contexto do debate político, mas ele deve estabelecer uma linha entre sua função oficial como juiz e sua contribuição para as controvérsias políticas. Em outras palavras, a expressão de uma opinião política de um juiz deve ser distinguível de uma declaração oficial. Além disso, um juiz não tem permissão para impor suas opiniões políticas enfatizando sua posição oficial.

- Jurisprudência

49. As seguintes decisões foram selecionadas considerando sua relevância geral para o assunto em questão.

a. Tribunal Constitucional Federal, 30 de agosto de 1983, 2 BvR 1334/82

50. Um juiz foi sujeito a uma sanção disciplinar imposta pelo presidente do tribunal regional superior por ter participado de um anúncio de jornal que tratava de um professor que havia sido proibido de exercer sua profissão por causa de sua candidatura ao DKP (Partido Comunista Alemão). Os signatários do anúncio, entre eles o respectivo juiz, manifestaram solidariedade com a pessoa afetada pela proibição ocupacional e solicitaram aos tribunais

competentes que fizessem valer a Lei Fundamental e reintegrassem o professor. O juiz também adicionou sua posição oficial à sua assinatura no anúncio.

51. O Tribunal Constitucional Federal concluiu que o juiz em questão infringiu sua obrigação de participar de controvérsias políticas de maneira comedida. Em particular, o Tribunal Constitucional Federal mencionou o fato de que o juiz participou de um anúncio público relativo a um caso pendente; que o anúncio foi projetado de forma impactante e continha uma reivindicação totalmente unilateral. Além disso, o Tribunal Constitucional Federal apontou que o objetivo do anúncio deveria ter sido influenciar os juízes leigos do tribunal trabalhista perante o qual o caso estava pendente. Por fim, o Tribunal Constitucional Federal referiu-se à exibição da posição oficial do juiz sob sua assinatura no anúncio.

52. Por esses motivos, o Tribunal Constitucional considerou que, ao impor uma sanção disciplinar ao juiz, não houve violação de sua liberdade de expressão consagrada no Artigo 5 da Lei Fundamental.

b. Tribunal Constitucional Federal, 6 de junho de 1988, 2 BvR 111/88; Tribunal Administrativo Federal, 29 de outubro de 1987, 2 C 72/86

53. Um juiz e um promotor foram sujeitos a uma sanção disciplinar imposta pelo presidente do tribunal. O juiz e o promotor disciplinados haviam participado de um anúncio de jornal que tratava do planejamento do uso de mísseis em solo alemão com o objetivo de proteção contra a antiga União Soviética. O texto do anúncio declarava expressamente que o planejamento do uso dos mísseis era inconstitucional. O anúncio foi assinado por 35 juízes e promotores de uma região do norte da Alemanha. Eles adicionaram sua posição oficial aos seus nomes no anúncio.

54. O Tribunal Administrativo Federal destacou que tanto o juiz quanto o promotor utilizaram sua posição oficial para reforçar sua opinião política; eles implicaram em sua declaração uma referência oficial e, portanto, vincularam sua atividade política privada ao seu cargo, o que era incompatível com as regras que regem seus deveres oficiais. O Tribunal Administrativo Federal enfatizou que o juiz e o promotor enfatizaram sua autopercepção oficial e que a confiança do público na administração independente de seu cargo é minada por essa conduta. O Tribunal Administrativo Federal considerou que a imposição de uma sanção disciplinar estava de acordo com a lei.

55. Pelas mesmas razões, o Tribunal Constitucional Federal considerou que, ao impor uma sanção disciplinar ao juiz e ao promotor, não houve violação de seu direito à liberdade de expressão consagrado no Artigo 5 da Lei Fundamental.

c. Tribunal Disciplinar da Baixa Saxônia, 14 de setembro de 1989, DGH 1/89

56. Neste caso, embora nenhuma sanção disciplinar tenha sido imposta ao juiz, seu juiz superior o notificou de que ele havia cometido uma violação do dever. O juiz em questão foi um dos signatários de um anúncio de jornal, juntamente com outros 554 juizes e promotores. O anúncio tratava de um bloqueio de uma estrada de acesso a um depósito de mísseis em solo alemão administrado pelos Estados Unidos da América. O bloqueio foi realizado por juizes. O anúncio criticou as condenações dos manifestantes e expressou solidariedade aos juizes condenados.

57. O Tribunal Disciplinar da Baixa Saxônia decidiu que o anúncio expressa uma aprovação inaceitável do comportamento ilegal dos manifestantes. O texto do anúncio sugere que o bloqueio é um ato legítimo e legal protegido pela liberdade de expressão. De acordo com o Tribunal Disciplinar, não importava que o anúncio fosse publicado em um jornal lido principalmente por pessoas bem-educadas, pois, apesar disso, elas não eram advogadas e, portanto, eram suscetíveis de serem influenciadas pelas declarações dos juizes. Era incompatível com os deveres oficiais de um juiz prestar publicamente homenagem à conduta ilegal de seus colegas.

58. O Tribunal Disciplinar da Baixa Saxônia concluiu que o juiz havia violado seus deveres oficiais ao participar desse tipo de atividade política.

B. Áustria

59. Apenas alguns poucos casos foram decididos na Áustria referentes a atividades políticas de juizes. Ao contrário da Alemanha, não há um quadro geral estabelecido pelo Tribunal Supremo em casos civis ou criminais, pelo Tribunal Administrativo Supremo e pelo Tribunal Constitucional relacionado a essa questão.

60. A fundamentação das decisões relevantes, na medida em que foi publicada, é relativamente curta:

- O fato de um juiz advogar a monarquia como forma de governo ao cantar o hino dos imperadores constitui uma violação dos deveres oficiais (Tribunal Supremo, 7 de outubro de 1921, Ds 24/21).

- Constitui uma violação dos deveres oficiais de um juiz solicitar implicitamente a comissão de crimes, acusar o Presidente Federal de exercer seu poder de indulto de maneira parcial e incentivar (de forma irônica) criminosos a cometerem seus delitos de maneira impiedosa (Tribunal Supremo, 20 de dezembro de 1976, Ds 8/76).

- Abala a confiança do público no sistema judiciário se um juiz insinua que o judiciário como um todo ou certos juízes são subornáveis ao citar Charles Maurice de Talleyrand: “O judiciário é uma prostituta da política” (Tribunal Supremo, 1º de julho de 1994, Ds 1/94).

VI. Jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos

61. A jurisprudência consolidada da Corte Europeia de Direitos Humanos (doravante “CtEDH”) sugere que as garantias previstas no Artigo 10 (Liberdade de Expressão) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (“CEDH”) se estendem às relações de emprego em geral e aos funcionários públicos em particular. Os Artigos 1 e 14 da CEDH estipulam que “todos dentro [da] jurisdição” dos Estados Contratantes devem desfrutar dos direitos e liberdades da Seção I [da CEDH] “sem discriminação por qualquer motivo”. O parágrafo 2 do Artigo 10, que estabelece as condições estritas de acordo com as quais a liberdade de expressão pode ser sujeita a restrições, não se refere a nenhuma categoria de pessoas (sem restrições *ratione personae*), mas a uma série de objetivos legítimos (restrições *ratione materiae*), permitindo que a liberdade de expressão seja interferida, desde que a interferência esteja de acordo com a lei e seja necessária em uma sociedade democrática. O Artigo 11 § 2 (Liberdade de Reunião e Associação) permite que os Estados Contratantes imponham restrições especiais ao exercício das liberdades de reunião e associação por “membros das forças armadas, da polícia ou da administração dos Estados” e confirma que, como regra geral, as garantias da Convenção se estendem aos funcionários públicos, que não estão, portanto, excluídos do âmbito de aplicação da CEDH.

62. Assim, no caso *Vogt v. Alemanha*, que tratava da demissão do requerente, um professor de ensino secundário, do serviço público devido às suas atividades políticas como membro do Partido Comunista Alemão, o Tribunal considerou que os princípios fundamentais no campo da liberdade de expressão estabelecidos na jurisprudência também se aplicam aos

funcionários públicos. O Tribunal adotou a mesma abordagem em relação à proibição de funcionários do governo local participarem de atividades políticas, demissão do Chefe do Departamento de Imprensa do Escritório do Procurador-Geral da Moldávia por divulgar documentos que revelavam interferência de um político de alto escalão em processos criminais pendentes, proibição de publicação e distribuição por soldados de um jornal que criticava certos oficiais superiores, ou a condenação criminal e demissão de um promotor público por abuso de autoridade e insulto às forças armadas.

63. No entanto, também está estabelecido na jurisprudência que a frase “acarreta deveres e responsabilidades” no parágrafo 2 do Artigo 10 sugere que restrições específicas à liberdade dos funcionários públicos podem ser justificadas devido às especificidades de sua função. Em outras palavras, o *status* específico dos funcionários públicos os coloca em uma posição menos vantajosa do que outras pessoas no que diz respeito à justificação de restrições impostas à sua liberdade de expressão. No caso *Handyside v. Reino Unido*, a Comissão Europeia de Direitos Humanos considerou em seu relatório de 30 de setembro de 1975 que, ao avaliar os motivos para restringir a liberdade de expressão, a Comissão deve levar em conta a situação particular da pessoa que exerce a liberdade de expressão e os deveres e responsabilidades que lhe incumbem em razão dessa situação. Assim, padrões diferentes podem ser aplicáveis a diferentes categorias de pessoas, como funcionários públicos, soldados, policiais, jornalistas, editores, políticos, cujos deveres e responsabilidades devem ser vistos em relação à sua função na sociedade. Essa natureza específica do serviço público exige que um funcionário público esteja vinculado a um dever de lealdade e discrição que deve ser levado em consideração ao avaliar a extensão da liberdade de expressão dos funcionários públicos.

64. A CtEDH considera, portanto, que é dever dos tribunais determinar, levando em consideração as circunstâncias específicas de cada caso, “se um equilíbrio justo foi alcançado entre o direito fundamental do indivíduo à liberdade de expressão e o interesse legítimo de um Estado democrático em garantir que seu serviço público promova adequadamente os propósitos enumerados no Artigo 10, parágrafo 2”. As restrições impostas à liberdade de expressão de um funcionário público não devem afetar o conteúdo desse direito.

A. Liberdade de expressão dos juízes

65. O *status* deles não priva os juízes da proteção do Artigo 10 da CEDH. Além disso, a CtEDH considerou no caso *Harabin v. Eslováquia* que, levando em consideração a

importância crescente atribuída à separação dos poderes e à salvaguarda da independência do judiciário, qualquer interferência na liberdade de expressão de um juiz requer uma análise minuciosa.

66. É importante destacar que os “deveres e responsabilidades” mencionados no Artigo 10 (2) têm um significado especial nos casos que envolvem a liberdade de expressão dos juízes, uma vez que se espera que os funcionários públicos que atuam no judiciário demonstrem restrição no exercício de sua liberdade de expressão em todos os casos em que a autoridade e imparcialidade do judiciário possam ser questionadas. A discrição especialmente devida ao judiciário exige que a divulgação de informações precisas seja feita com moderação e propriedade.

67. Ao avaliar se uma interferência no direito à liberdade de expressão de um juiz corresponde a uma “necessidade social premente” e “foi proporcional ao objetivo legítimo perseguido”, a CtEDH considera a declaração impugnada à luz de todas as circunstâncias concretas do caso como um todo. Nesse contexto, é atribuída uma importância particular ao cargo ocupado pelo requerente, ao conteúdo da declaração impugnada, ao contexto em que a declaração foi feita e à natureza e gravidade das penalidades impostas. A imparcialidade dos procedimentos e as garantias processuais concedidas também estão entre os fatores a serem levados em consideração ao avaliar a proporcionalidade de uma interferência na liberdade de expressão.

B. Cargo judicial ocupado pelo requerente

68. O *status* judicial detido por um requerente é um dos fatores essenciais levados em consideração pela CtEDH ao examinar se, tendo em vista os deveres e responsabilidades específicos inerentes a esse *status*, o requerente infringiu seu dever de lealdade e discrição por meio da opinião expressa.

69. No caso *Baka v. Hungria*, o requerente, na qualidade de Presidente do Tribunal Supremo e do Conselho Nacional de Justiça, expressou suas opiniões sobre várias reformas legislativas e constitucionais que afetavam o judiciário. Posteriormente, um projeto de lei sobre as disposições transitórias da Lei Fundamental, prevendo que os mandatos do Presidente do Tribunal Supremo, bem como do Presidente e dos membros do Conselho Nacional de Justiça, seriam encerrados com a entrada em vigor da Lei Fundamental, foi adotado pelo Parlamento da

Hungria. Como consequência, o mandato do requerente como Presidente do Tribunal Supremo terminou em 1º de janeiro de 2012.

70. Ao chegar à conclusão de que o encerramento prematuro do mandato do requerente foi resultado de suas opiniões expressas publicamente em sua capacidade profissional e que esse encerramento violou o direito do requerente à liberdade de expressão, a CtEDH atribuiu uma importância especial ao cargo ocupado pelo requerente e considerou que, na qualidade de Presidente do Conselho Nacional de Justiça, o requerente tem não apenas o direito, mas também o dever de expressar sua opinião sobre reformas legislativas que afetam o judiciário, após ter recolhido as opiniões de diferentes tribunais.

71. No caso *Wille v. Liechtenstein*, a CtEDH examinou se a recusa do Príncipe de Liechtenstein em reconvocar o requerente como Presidente do Tribunal Supremo foi consequência de suas opiniões expressas durante uma série de palestras em um instituto de pesquisa sobre questões de direito constitucional e se essa interferência correspondia a uma “necessidade social premente”. Nesse caso, tendo em vista o *status* do requerente (um juiz de alto escalão), a CtEDH reiterou o significado especial dos “deveres e responsabilidades” mencionados no Artigo 10(2) e que os funcionários públicos que atuam no judiciário devem mostrar restrição no exercício de sua liberdade de expressão em todos os casos em que a autoridade e imparcialidade do judiciário possam ser questionadas. Ao mesmo tempo, o tribunal também considerou que uma interferência na liberdade de expressão de um juiz em uma posição como a do requerente exige uma análise minuciosa.

C. Conteúdo da declaração impugnada

72. De acordo com a jurisprudência, mesmo que uma questão em debate tenha implicações políticas, isso por si só não é suficiente para impedir um juiz de fazer uma declaração sobre o assunto. O fato de haver pouco espaço, nos termos do Artigo 10(2) da Convenção, para restrições ao discurso político ou ao debate de questões de interesse público também é considerado pela CtEDH em casos relacionados à liberdade de expressão dos juízes. Além disso, se a expressão de opinião contribuiu ou não para um “debate de interesse público” também é um fator importante para a CtEDH ao avaliar a proporcionalidade da interferência na liberdade de expressão dos juízes.

73. No caso *Wille v. Liechtenstein*, o tribunal considerou que, embora a palestra proferida pelo requerente (Presidente do Tribunal Supremo) em um instituto de pesquisa

tratasse de questões de direito constitucional que inevitavelmente tinham implicações políticas, esse elemento por si só não deveria ter impedido o requerente de fazer qualquer declaração sobre o assunto. A palestra em questão tratava da questão de saber se um dos soberanos do Estado (o Príncipe de Liechtenstein) estava sujeito à jurisdição do Tribunal Constitucional.

74. Da mesma forma, no caso Kudeshkina v. Rússia, as entrevistas concedidas pelo requerente, uma juíza do Tribunal da Cidade de Moscou, referiam-se a uma situação preocupante no judiciário e alegavam que “casos de pressão sobre juízes eram comuns” e afirmavam que “esse problema deveria ser tratado seriamente se o sistema judiciário fosse manter sua independência e desfrutar da confiança pública”. A CtEDH concluiu que o direito à liberdade de expressão do requerente foi violado devido à sua demissão como resultado de suas opiniões expressas durante as entrevistas. Na visão do tribunal, o requerente havia levantado uma questão muito importante de interesse público, que deveria ser objeto de livre debate em uma sociedade democrática. É lembrado que o discurso político “goza de proteção especial nos termos do Artigo 10”.

75. O motivo de fazer uma declaração também é relevante na avaliação feita pelo tribunal em relação à proporcionalidade da interferência. O tribunal reiterou que “um ato motivado por uma queixa pessoal ou por um antagonismo pessoal ou pela expectativa de vantagem pessoal, incluindo ganho pecuniário, não justificaria um nível particularmente alto de proteção” de acordo com o Artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. No caso Wille, ao constatar uma violação do direito à liberdade de expressão do requerente, o tribunal levou em consideração, em particular, que a palestra proferida pelo requerente não continha observações sobre casos pendentes, críticas severas a pessoas ou instituições públicas ou insultos a altos funcionários ou ao Príncipe. Consequentemente, o tribunal concluiu que a palestra em questão não teve impacto em seu desempenho como Presidente do Tribunal Administrativo ou em qualquer outro processo pendente ou iminente.

76. O caso de Albayrak v. Turquia é outro exemplo em que a questão de saber se a declaração impugnada ou a conduta do requerente teve impacto em seu desempenho como juiz é examinada pelo tribunal para avaliar a proporcionalidade da interferência. A CtEDH considerou que não havia nenhuma referência no processo a qualquer incidente conhecido que “sugerisse que a conduta impugnada do requerente, incluindo o acompanhamento de mídias relacionadas ao PKK, teve impacto em seu desempenho como juiz e, especialmente, durante quaisquer processos anteriores, pendentes ou iminentes”.

D. Contexto em que a declaração é feita

77. Como mencionado anteriormente, a CtEDH considera as declarações impugnadas à luz de todas as circunstâncias concretas do caso como um todo, incluindo o contexto em que essas declarações são feitas. Em particular, ao avaliar medidas de natureza penal no contexto de um debate político, o contexto político interno da discussão é de particular importância.

78. No caso Kudeshkina, o fato de a requerente ter feito as declarações impugnadas no contexto de sua campanha eleitoral como candidata nas eleições gerais para a Duma Estatal da Federação Russa foi considerado pela CtEDH como um elemento que amplia o âmbito da liberdade de expressão da requerente. O tribunal lembrou que, em sua jurisprudência, atribuiu importância especial ao exercício irrestrito da liberdade de expressão por candidatos no contexto do debate eleitoral.

E. Natureza e gravidade das penalidades impostas

79. A natureza e gravidade das penalidades impostas são fatores a serem levados em conta ao avaliar a proporcionalidade de uma interferência na liberdade de expressão garantida pelo Artigo 10, em particular ao avaliar se a penalidade poderia desencorajar outros juízes no futuro de fazer declarações críticas sobre instituições públicas ou políticas. Conforme afirmado pelo tribunal, a penalidade imposta a um juiz por ter expressado suas opiniões deve levar adequadamente em conta a gravidade da infração e o objetivo legítimo buscado ao restringir a liberdade de expressão.

VII. Conclusão

80. As disposições legislativas e constitucionais europeias e a jurisprudência relevante mostram que as garantias da liberdade de expressão se estendem também a servidores públicos, incluindo juízes. No entanto, a especificidade dos deveres e responsabilidades impostos aos juízes e a necessidade de garantir a imparcialidade e independência do poder judiciário são consideradas como objetivos legítimos para impor restrições específicas à liberdade de expressão, associação e reunião de juízes, incluindo suas atividades políticas.

81. No entanto, a CtEDH considerou que, tendo em conta, em particular, a crescente importância atribuída à separação dos poderes e à importância de preservar a independência do poder judiciário, qualquer interferência na liberdade de expressão de um juiz requer uma análise minuciosa.

82. No direito comparado, o nível de restrição ao exercício das liberdades acima mencionadas para juízes varia de país para país, de acordo com suas respectivas culturas jurídicas. Embora juízes possam ser membros de um partido político na Alemanha e na Áustria, isso é proibido na Turquia, Croácia ou na Romênia. Enquanto na Lituânia os juízes devem evitar declarar publicamente suas opiniões políticas e na Ucrânia eles não devem participar de qualquer atividade política, há muito menos restrições a discursos políticos de juízes na Suécia, também como consequência do princípio de “proibição de represálias”. Na Alemanha, embora declarações políticas de juízes não sejam descartadas, espera-se que eles não as enfatizem em sua posição oficial.

83. Em sua avaliação da proporcionalidade de uma interferência na liberdade de expressão de um juiz em relação a seus deveres e responsabilidades específicos, a CtEDH considera a declaração impugnada à luz de todas as circunstâncias concretas do caso, incluindo o cargo ocupado pelo requerente, o conteúdo da declaração impugnada, o contexto em que a declaração foi feita e a natureza e gravidade das penalidades impostas. Nesse contexto, a posição ocupada por um juiz específico e os assuntos sobre os quais ele tem jurisdição ou o local ou capacidade em que um juiz expressa suas opiniões são levados em consideração e aparecem como fatores importantes para avaliar se a interferência foi proporcional. Na Suécia, por exemplo, é especialmente relevante, ao expressar suas opiniões, se o juiz em questão está atuando dentro de sua capacidade como juiz ou não, como um fator que determina a aplicabilidade de amplas garantias da liberdade de expressão previstas na Constituição.

84. No contexto de um debate político em que um juiz participa, o contexto político nacional desse debate também é um fator importante a ser considerado ao avaliar a extensão permitida da liberdade dos juízes. Por exemplo, o contexto histórico, político e legal do debate, se a discussão inclui ou não um assunto de interesse público ou se a declaração impugnada é feita no contexto de uma campanha eleitoral são de particular importância. Uma crise democrática ou uma ruptura da ordem constitucional devem ser consideradas como elementos importantes do contexto concreto de um caso, essenciais para determinar o alcance das liberdades fundamentais dos juízes.

**Apêndice B – Tradução do Relatório sobre Independência de Juízes e Advogados,
estabelecido pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas em 2019**

Conselho de Direitos Humanos

Quadragésima primeira sessão

24 de junho a 12 de julho de 2019

Item da agenda 3

Promoção e proteção de todos os direitos humanos, direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, incluindo o direito ao desenvolvimento

Independência de juízes e advogados

**Relatório do Relator Especial sobre a independência de juízes e
advogados**

Resumo

No presente relatório, apresentado de acordo com a resolução 35/11 do Conselho de Direitos Humanos, o Relator Especial sobre a independência de juízes e advogados concentra-se no exercício dos direitos à liberdade de expressão, associação e reunião pacífica por parte de juízes e promotores, tanto offline quanto on-line. Embora juízes e promotores desfrutem dos direitos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos de direitos humanos, como funcionários públicos, eles têm deveres e responsabilidades especiais que justificam a introdução de restrições específicas às suas liberdades fundamentais. A chave está em encontrar um equilíbrio adequado entre os direitos de juízes e promotores e o interesse legítimo das autoridades nacionais em proteger a independência, imparcialidade e autoridade de suas instituições.

Ao longo do relatório, o Relator Especial documenta diversas formas de interferência no exercício das liberdades fundamentais por parte de juízes e promotores. Nem todas as medidas disciplinares adotadas contra juízes e promotores nesses casos podem ser consideradas

necessárias em uma sociedade democrática para manter a confiança do público no sistema judiciário ou na promotoria pública. Em alguns casos, essas sanções parecem ser um expediente para punir o juiz ou promotor individual pelas opiniões expressas ou ações tomadas no exercício de suas funções. Em outros casos, a severidade da sanção também tem um “efeito inibidor” sobre outros membros do judiciário ou da promotoria pública, que podem ser desencorajados a expressar opiniões críticas por medo de sofrer medidas punitivas.

À luz das normas internacionais e regionais existentes e da jurisprudência dos tribunais e mecanismos regionais, o Relator Especial oferece algumas recomendações às autoridades estatais sobre como encontrar um equilíbrio justo entre os direitos fundamentais de juízes e promotores individuais e os interesses legítimos do Estado. As recomendações também fornecem orientações a juízes e promotores individuais sobre como exercer suas liberdades fundamentais de maneira consistente com a dignidade de sua profissão e a independência e imparcialidade de seu cargo.

(...)

I. Introdução

1. Este é o terceiro relatório apresentado pelo Relator Especial sobre a independência de juízes e advogados, Diego García-Sayán, em conformidade com a resolução 35/11 do Conselho de Direitos Humanos.

2. No presente relatório, o Relator Especial concentra-se no exercício dos direitos à liberdade de expressão, associação e reunião pacífica por parte de juízes e promotores, tanto offline quanto on-line, e tem como objetivo identificar os tipos de restrições às quais juízes e promotores podem legitimamente estar sujeitos em uma sociedade democrática para alcançar uma finalidade legítima, como manter a autoridade de seus cargos e a independência e imparcialidade do judiciário.

3. Ao preparar o presente relatório, o Relator Especial enviou um questionário, solicitando contribuições de Estados, mecanismos internacionais e regionais de direitos humanos, associações profissionais de juízes e promotores e sociedade civil. No momento da redação, o Relator Especial recebeu 43 respostas. Ele expressa sua gratidão a todos os Estados e atores não estatais que contribuíram para a elaboração do relatório (veja o anexo para obter a

lista de respondentes). O questionário e as contribuições estão disponíveis no site do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos.

4. O Relator Especial agradece à Clínica de Direitos Humanos do Centro de Pesquisa e Educação em Direitos Humanos da Universidade de Ottawa por seu contínuo apoio na pesquisa e redação do presente relatório.

II. Visão geral

5. Em algumas ocasiões, juízes e promotores são submetidos a sanções disciplinares, incluindo suspensão e destituição do cargo, por exercerem seu direito à liberdade de expressão, sozinhos ou em associação com outros, em um tribunal ou em uma plataforma de mídia social. Na grande maioria dos casos, os processos disciplinares são iniciados com base em uma suposta violação dos deveres que juízes e promotores devem cumprir em sua condição de servidores públicos, em particular a obrigação de exercer restrição no exercício de suas liberdades fundamentais, a fim de preservar a dignidade de seu cargo, a imparcialidade e a independência do judiciário. No entanto, em alguns desses casos, a interferência no exercício de suas liberdades fundamentais não pode ser considerada necessária em uma sociedade democrática para perseguir uma finalidade legítima, como manter a confiança pública no judiciário ou na promotoria pública.

6. As mídias sociais ocupam um lugar significativo na vida diária das pessoas em todo o mundo, incluindo juízes e promotores. Elas representam uma ferramenta formidável para divulgação e educação pública, podendo contribuir para fortalecer a confiança pública no judiciário. No entanto, seu uso pode gerar novos desafios e preocupações éticas, relacionados à adequação do conteúdo postado, à demonstração inadvertida de viés ou interesse, ou a consequências não intencionais decorrentes da interação de juízes e promotores com terceiros.

7. Desde o início do mandato, o Relator Especial abordou vários casos em que medidas disciplinares impostas a juízes (e, em menor medida, promotores) pareciam ser um expediente para punir o juiz pelas opiniões expressas ou pelas ações tomadas no exercício de sua profissão. Em algumas circunstâncias, a severidade da sanção também teve um “efeito inibidor” sobre outros membros do judiciário ou da promotoria pública, que foram desencorajados a expressar opiniões críticas com medo de sofrer medidas punitivas. A maioria desses casos foi abordada por meio do procedimento de comunicação.

8. É cada vez mais aceito que juízes e promotores têm o direito de exercer os direitos à liberdade de expressão, crença, associação e reunião, bem como os direitos políticos, em igualdade de condições com os demais. No entanto, também está claro que o exercício desses direitos pode estar sujeito a restrições específicas destinadas a preservar a dignidade de seus cargos e, no caso dos juízes, a independência e imparcialidade dos tribunais.

9. O objetivo do presente relatório é oferecer orientações práticas às autoridades estatais para equilibrar os direitos fundamentais dos juízes e promotores individuais com o interesse legítimo de um Estado democrático em garantir a independência, imparcialidade e autoridade de seu serviço público. Também tem como objetivo oferecer uma ferramenta prática aos juízes e promotores para ajudá-los a tomar suas próprias decisões sobre como exercer suas liberdades fundamentais, tanto on-line quanto offline, de maneira consistente com a dignidade de sua profissão e a independência e imparcialidade de seus cargos.

III. Normas jurídicas

A. Normas internacionais

10. Uma série de instrumentos adotados em nível internacional inclui disposições sobre o exercício das liberdades fundamentais pelos juízes e promotores.

11. Os Princípios Básicos sobre a Independência do Poder Judiciário estabelecem que os membros do judiciário, assim como outros cidadãos, têm o direito à liberdade de expressão, crença, associação e reunião (princípio 8), e são livres para formar e se juntar a associações profissionais para representar seus interesses, promover sua formação profissional e proteger seu *status* (princípio 9). Os Princípios Básicos também reconhecem que, à luz de seus deveres e responsabilidades especiais, os juízes devem agir com moderação no exercício desses direitos e sempre se conduzir de maneira a preservar a dignidade de seus cargos, a imparcialidade e independência do judiciário (princípio 8).

12. Os Princípios de Bangalore para a Conduta Judicial fornecem orientações extensas para juízes sobre o tipo de conduta que se espera deles para manter sua independência, integridade e imparcialidade, e aumentar a confiança pública no sistema judicial. O Princípio 4.6 é uma reprodução quase literal do princípio 8 dos Princípios Básicos. O Princípio 4.13 estabelece que os juízes podem formar ou se juntar a associações de juízes ou participar de outras organizações que representem os interesses dos juízes.

13. O Comentário sobre os Princípios de Bangalore para a Conduta Judicial lista várias atividades incompatíveis com o cargo de juiz e estabelece que, como princípio geral, os juízes não devem se envolver em controvérsias públicas. Também identifica várias situações em que um juiz pode se manifestar sobre questões politicamente sensíveis (por exemplo, para comentar sobre legislação e políticas que afetem diretamente o funcionamento dos tribunais, a independência do judiciário ou aspectos fundamentais da administração da justiça).

14. A Carta Universal do Juiz contém duas disposições relacionadas ao exercício da liberdade de expressão. O Artigo 3-5 estabelece que os juízes têm o direito à liberdade de expressão (com as mesmas limitações identificadas no princípio 8 dos Princípios Básicos) e o direito de se juntar a associações profissionais para defender seus interesses legítimos e sua independência. De acordo com o Artigo 6-2, os juízes devem ser imparciais - e serem vistos como imparciais - no exercício de suas funções, desempenhando-as com restrição e atenção à dignidade do tribunal e de todas as pessoas envolvidas, abstendo-se de qualquer comportamento, ação ou expressão que possa afetar a confiança em sua imparcialidade e independência.

15. As Diretrizes sobre o Papel dos Promotores contém duas disposições sobre o exercício das liberdades fundamentais pelos promotores. Nas Diretrizes, reconhece-se que os promotores, assim como outros cidadãos, têm o direito à liberdade de expressão, crença, associação e reunião, e observa-se que, ao exercer esses direitos, os promotores devem sempre se conduzir “em conformidade com a lei e os padrões reconhecidos e ética de sua profissão” (diretriz 8). As Diretrizes também estabelecem que os promotores têm o direito “de se juntar ou formar organizações locais, nacionais ou internacionais e participar de suas reuniões” (diretriz 8) e o direito “de formar e se juntar a associações profissionais ou outras organizações para representar seus interesses, promover sua formação profissional e proteger seu *status*” (diretriz 9).

B. Normas regionais

16. Vários instrumentos regionais contém disposições semelhantes às incluídas nos Princípios Básicos sobre a Independência do Poder Judiciário e nas Diretrizes sobre o Papel dos Promotores.

17. Embora reconheça expressamente o direito dos juízes de formar e se juntar a associações profissionais (parágrafo 25), a recomendação do Conselho da Europa de 17 de

novembro de 2010, intitulada “Juízes: independência, eficiência e responsabilidades”, não inclui uma disposição específica sobre o exercício da liberdade de expressão. No entanto, o Conselho recomenda que os juízes exerçam restrição em suas relações com a mídia (parágrafo 19) e que seu envolvimento em atividades fora de seu mandato judicial seja compatível com sua imparcialidade e independência (parágrafo 21). A Carta Europeia sobre o estatuto dos juízes também contém disposições detalhadas sobre o exercício da liberdade de expressão (artigo 4.3) e atividades extrajudiciais (artigo 4.2).

18. Em relação aos promotores, em sua recomendação de 6 de outubro de 2000 sobre o papel do Ministério Público no sistema de justiça penal, o Conselho da Europa recomenda que os Estados membros adotem medidas para garantir que os promotores públicos tenham um efetivo direito à liberdade de expressão, crença, associação e reunião, e estabelece que o exercício desses direitos “só pode ser limitado na medida em que isso seja prescrito por lei e seja necessário para preservar a posição constitucional dos promotores públicos” (parágrafo 6).

19. A Declaração de Pequim de Princípios sobre a Independência do Poder Judiciário na Região da LAWASIA, adotada em 1995, estabelece que os juízes têm o direito de exercer suas liberdades fundamentais “na medida compatível com suas funções como membros do judiciário” (princípio 8); eles também são livres para formar e se juntar a associações judiciais para representar seus interesses, promover sua formação profissional e proteger sua independência (princípio 9).

20. O Estatuto do Juiz Ibero-americano reconhece o “legítimo direito à liberdade de expressão e informação” (artigo 3), bem como o direito de formar associações profissionais “exceto em casos estabelecidos pela Constituição ou legislação de cada país” (artigo 36).

21. Cortes e mecanismos regionais de direitos humanos na Europa e no sistema Interamericano também contribuíram para esclarecer a maneira pela qual juízes e promotores podem exercer suas liberdades fundamentais e a extensão das limitações admissíveis destinadas a salvaguardar a dignidade de sua profissão e a independência e imparcialidade do judiciário.

22. A Corte Europeia de Direitos Humanos desenvolveu uma vasta jurisprudência sobre o equilíbrio entre a liberdade de expressão judicial e a necessidade de salvaguardar a independência e imparcialidade dos tribunais. A Corte Europeia considerou a questão sob dois pontos de vista diferentes. Na primeira categoria de casos, a Corte analisou reclamações de juízes sobre alegadas violações de seu direito à liberdade de expressão e, em menor grau, de liberdade de reunião e associação, e de liberdade de pensamento, consciência e religião. A segunda categoria de casos inclui reclamações de partes em um processo ou réus em processos criminais a respeito da suposta falta de independência ou imparcialidade dos juízes.

23. O Conselho Consultivo dos Juízes Europeus adotou uma opinião sobre os padrões de conduta aplicáveis aos juízes, fornecendo orientações úteis sobre restrições legítimas ao direito à liberdade de expressão. Em sua opinião, o Conselho reconhece que, uma vez que o exercício dos direitos e liberdades fundamentais protegidos pela Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia dos Direitos Humanos) possa comprometer a imparcialidade ou mesmo a independência do juiz em questão, “é necessário encontrar um equilíbrio razoável entre o grau de envolvimento dos juízes na sociedade e a necessidade de que eles sejam e sejam vistos como independentes e imparciais no desempenho de suas funções”. Para determinar se uma restrição à liberdade fundamental de um juiz é consistente com os requisitos dos artigos 9 a 11 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a pergunta a ser feita é “se, no contexto social específico e aos olhos de um observador razoável e informado, o juiz se envolveu em uma atividade que poderia comprometer objetivamente sua independência ou imparcialidade”.

24. O Conselho Consultivo dos Procuradores Europeus reconheceu que os procuradores desfrutam do direito à liberdade de expressão e associação da mesma forma que os demais membros da sociedade e ressaltou que, ao exercerem esses direitos, “eles devem levar em conta o dever de discrição e ter cuidado para não comprometer a imagem pública de independência, imparcialidade e justiça que um procurador deve sempre manter”.

25. A Comissão Europeia para a Democracia pelo Direito (Comissão de Veneza) tratou do exercício das liberdades fundamentais por parte de juízes e procuradores em diversos relatórios e opiniões relacionados a Estados membros individuais. Em um relatório especificamente dedicado a essa questão, a Comissão concluiu que as garantias de liberdade de expressão também se estendem a funcionários públicos, incluindo juízes, mas a especificidade dos deveres e responsabilidades atribuídos aos juízes e a necessidade de garantir a imparcialidade e independência do poder judiciário são considerados objetivos legítimos para impor restrições específicas ao exercício de suas liberdades.

26. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos chegaram a conclusões semelhantes. A Corte Interamericana estabeleceu que a titularidade do direito à liberdade de expressão não pode ser limitada a uma profissão ou grupo específico de pessoas, ou ao âmbito da liberdade de imprensa. A Corte tratou do exercício das liberdades fundamentais por juízes em um caso emblemático envolvendo quatro juízes que foram demitidos devido a sua atuação em favor do restabelecimento da democracia em Honduras após um golpe de Estado. A Corte decidiu que os direitos desses juízes haviam sido violados, considerando que “em situações em que há uma ruptura da ordem institucional após

um golpe de Estado, a relação entre esses direitos é ainda mais clara, especialmente quando todos são exercidos ao mesmo tempo para protestar contra ações das autoridades públicas contrárias à ordem constitucional e para reivindicar o retorno à democracia. Protestos e opiniões relacionadas em favor da democracia devem receber a mais alta proteção”.

27. A Comissão Interamericana afirmou que, como funcionários públicos, juízes e procuradores desfrutam de um direito de liberdade de expressão “bastante amplo”, mas, ao mesmo tempo, “sujeito a restrições especiais” destinadas a salvaguardar a independência e imparcialidade do poder judiciário.

C. Padrões e ética profissional

28. Os códigos de conduta profissional desempenham um papel importante ao fornecer orientações práticas aos juízes e procuradores sobre como exercer seus direitos e liberdades fundamentais de maneira a preservar a dignidade de seus cargos e a independência e imparcialidade do poder judiciário.

29. Em diversos Estados que responderam ao questionário, associações profissionais desenvolveram códigos de conduta profissional ou diretrizes para auxiliar juízes e procuradores a agirem, no exercício de suas funções profissionais, de acordo com padrões éticos predefinidos e os deveres e responsabilidades intrínsecas a suas funções. Em alguns casos, o mesmo código é aplicável tanto a juízes quanto a procuradores.

30. Alguns desses códigos contêm disposições específicas sobre o exercício de liberdades fundamentais e direitos políticos, e identificam as restrições às quais juízes e procuradores podem estar sujeitos para preservar sua independência e imparcialidade, a honra e dignidade de seus cargos e a confiança pública no sistema de administração da justiça. Apenas alguns códigos éticos fornecem orientações para juízes e procuradores sobre o uso de tecnologias modernas.

IV. Liberdade de expressão

31. O direito à liberdade de expressão está consagrado em muitos tratados internacionais e regionais. O Comitê de Direitos Humanos observou que a liberdade de expressão é a base para o pleno gozo de uma ampla gama de outros direitos humanos, incluindo os direitos à

liberdade de religião, reunião, associação, participação em assuntos públicos e o exercício efetivo do direito de voto.

32. Os padrões internacionais e regionais sobre liberdade de expressão possuem uma estrutura semelhante: no primeiro parágrafo, reconhece-se que “todos” têm o direito à liberdade de opinião e expressão, enquanto no segundo parágrafo estipula-se que, para serem legítimas, as restrições a esse direito devem ser prescritas por lei, servir a um objetivo legítimo e serem necessárias em uma sociedade democrática. Em alguns desses padrões, é expressamente reconhecido que o exercício dessa liberdade “implica deveres e responsabilidades especiais”.

33. Esses deveres e responsabilidades especiais têm uma importância especial nos casos que envolvem a liberdade de expressão de juízes e procuradores. Como funcionários públicos, juízes e procuradores estão vinculados a “um dever de lealdade, reserva e discrição” em relação ao seu empregador e espera-se que “exerçam restrição na liberdade de expressão sempre que a autoridade e imparcialidade do poder judiciário possam ser questionadas”. O dever de lealdade e discrição exige que “a divulgação de informações mesmo precisas seja feita com moderação e propriedade”.

34. A Corte Europeia de Direitos Humanos observou que o papel proeminente ocupado pelo poder judiciário em uma sociedade democrática justifica deixar às autoridades nacionais “uma certa margem de apreciação” para determinar se uma restrição ao direito de liberdade de expressão de funcionários públicos é compatível e proporcional ao objetivo de manter a autoridade e imparcialidade do sistema judicial.

35. No entanto, em um julgamento recente, a Corte Europeia afirmou que, diante da crescente importância atribuída aos princípios da separação de poderes e independência do judiciário, qualquer interferência na liberdade de expressão de um juiz “exige uma análise rigorosa” e concluiu que “a posição e declarações do requerente, que claramente se inseriam no contexto de um debate sobre questões de grande interesse público, exigiam um alto grau de proteção para sua liberdade de expressão e uma análise rigorosa de qualquer interferência, com uma margem de apreciação correspondentemente estreita conferida às autoridades do Estado requerido”.

36. É com base nesse contexto da “margem de apreciação” que os tribunais e mecanismos de direitos humanos testam se a interferência atende às três condições estabelecidas nas disposições tratados sobre liberdade de expressão.

Restrições ao direito à liberdade de expressão

37. A primeira condição é que a interferência deve ser estabelecida por lei. O termo “lei” pode incluir várias formas de regulamentações. Para ser caracterizada como lei, uma norma deve ser acessível às pessoas envolvidas e formulada com precisão suficiente para permitir que elas regulamentem sua conduta e prevejam as consequências que uma determinada ação possa acarretar. A Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu que “a exigência de lei (reserva de lei) em casos de interferência no âmbito da liberdade é essencial para a proteção legal e existência plena dos direitos humanos” e apontou que o termo “leis” não significa qualquer norma jurídica, mas sim atos normativos gerais adotados pelo órgão legislativo previsto constitucionalmente e eleito democraticamente, de acordo com os procedimentos estabelecidos na Constituição. Em dois casos referentes a medidas disciplinares impostas a juízes italianos em razão de sua filiação à maçonaria, a Corte Europeia de Direitos Humanos concluiu que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos havia sido violada porque a interferência não havia sido prescrita por lei.

38. A segunda condição é que a interferência no exercício da liberdade de expressão deve servir a um objetivo legítimo. Na maioria dos casos relativos a restrições à liberdade de expressão de juízes julgados pela Corte Europeia, o objetivo legítimo sobre o qual se baseia a interferência é a manutenção da autoridade e imparcialidade do poder judiciário, às vezes combinada com a proteção dos direitos de terceiros. A necessidade de preservar a dignidade do cargo judicial, a imparcialidade e independência do poder judiciário é mencionada expressamente nos Princípios Básicos e nos Princípios de Bangalore como objetivos que podem justificar restrições ao exercício da liberdade de expressão por juízes.

39. A terceira condição é que a interferência deve se conformar aos estritos testes de necessidade e proporcionalidade. Em seu comentário geral nº 34 (parágrafos 22 e 34), o Comitê de Direitos Humanos destaca que as medidas restritivas devem se conformar ao princípio da proporcionalidade, ser adequadas para cumprir sua função protetiva, ser o instrumento menos intrusivo entre aqueles que poderiam cumprir sua função protetiva e ser proporcionais ao interesse a ser protegido. O princípio da proporcionalidade deve ser respeitado, não apenas na lei que estabelece as restrições, mas também pelas autoridades administrativas e judiciais na aplicação da lei. Na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, uma interferência é considerada necessária em uma sociedade democrática quando responde a uma “necessidade social urgente” e é “proporcional ao objetivo legítimo perseguido”.

Jurisprudência de cortes regionais de direitos humanos

40. A jurisprudência dos tribunais e mecanismos de direitos humanos regionais oferece orientação inestimável na definição dos limites aos quais juízes e promotores estão sujeitos ao exercerem sua liberdade de expressão. Em particular, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos mostra que, ao avaliar se as autoridades nacionais alcançaram um equilíbrio justo entre o direito à liberdade de expressão do juiz individual e o interesse legítimo das autoridades em proteger a autoridade e a imparcialidade do poder judiciário, a declaração impugnada deve ser considerada à luz de todas as circunstâncias concretas do caso como um todo. Nessa avaliação, diversos fatores são levados em consideração, incluindo o cargo ocupado pelo requerente, o conteúdo da declaração impugnada, o contexto em que a declaração foi feita e a natureza e gravidade das penalidades impostas. Em dois casos, a posição de alto escalão ocupada pelo requerente no judiciário foi um dos fatores essenciais considerados pela Corte Europeia ao avaliar se, em vista dos deveres e responsabilidades específicos inerentes a esse *status*, o requerente havia infringido seu dever de lealdade e discrição por meio da opinião expressa.

41. No caso *Baka v. Hungria*, o presidente da Suprema Corte da Hungria reclamou que o término antecipado de seu mandato em razão das opiniões que expressou sobre várias reformas legislativas e constitucionais afetando o judiciário violou seu direito à liberdade de expressão. Ao chegar à conclusão de que o término prematuro do mandato do requerente havia violado o artigo 10 da Convenção, a Corte Europeia atribuiu uma importância particular ao cargo ocupado pelo requerente e considerou que, em sua capacidade profissional como presidente da Suprema Corte e do Conselho Nacional de Justiça, o requerente tinha não apenas o direito, mas também o dever, de expressar sua opinião sobre reformas legislativas afetando o judiciário.

42. O conteúdo da declaração impugnada e o contexto em que ela é feita assumem relevância especial em casos que envolvem o exercício da liberdade de expressão como parte de um debate público.

43. No caso *Wille*, o Tribunal considerou que, embora a palestra do requerente tratasse de questões de direito constitucional, que inevitavelmente tinham implicações políticas, esse elemento por si só não deveria impedir o requerente de fazer uma declaração sobre esse assunto. No caso *Kudeshkina v. Rússia*, que trata da demissão de uma juíza após suas duras críticas ao judiciário na mídia, o Tribunal considerou que a requerente havia levantado “uma questão de

interesse público muito importante, que deveria estar aberta a um debate livre em uma sociedade democrática” e lembrou que, em sua jurisprudência, atribuíra importância particular ao exercício incondicionado da liberdade de expressão por candidatos no contexto de debates eleitorais.

44. No caso *López Lone et al. v. Honduras*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que a liberdade de expressão deve ser garantida não apenas em relação à disseminação de informações e ideias que sejam recebidas favoravelmente ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também em relação àquelas que o Estado ou qualquer setor da população considerem objetáveis. A Corte também ressaltou que “opiniões relacionadas a um golpe de Estado são de grande interesse público e têm o mais alto nível de proteção sob a Convenção Americana” e afirmou que “a proteção legítima dos princípios de independência judicial e imparcialidade não pode se basear na noção de que um juiz deve permanecer em silêncio sobre questões públicas”.

45. O motivo pelo qual uma declaração é feita também é relevante na avaliação feita pela Corte Europeia de Direitos Humanos em relação à proporcionalidade da interferência. No caso *Baka*, o Tribunal expressou a opinião de que as declarações do requerente, que claramente se enquadravam no contexto de um debate sobre assuntos de grande interesse público, “não foram além de meras críticas de uma perspectiva estritamente profissional”. No caso *Wille*, o Tribunal observou que não havia evidências para concluir que a palestra do requerente continha comentários sobre casos pendentes, críticas severas a pessoas ou instituições públicas ou insultos a altos funcionários ou ao Príncipe. Por outro lado, “um ato motivado por um descontentamento pessoal ou uma antipatia pessoal ou a expectativa de uma vantagem pessoal, incluindo ganho pecuniário, não justificaria um nível especialmente alto de proteção”.

46. A natureza e a gravidade das penalidades impostas são fatores a serem levados em consideração ao avaliar a proporcionalidade de qualquer interferência na liberdade de expressão. No caso *Kudeshkina*, por exemplo, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que a perda do cargo judicial era a penalidade mais rigorosa que poderia ser imposta nos procedimentos disciplinares. Em vários casos, o Tribunal também considerou o “efeito inibidor” que a penalidade imposta ao requerente poderia ter em outros juizes, que podem ser desencorajados de participar de futuros debates sobre reformas legislativas que afetam o judiciário e, mais geralmente, sobre questões relacionadas à independência do judiciário. A Corte Interamericana de Direitos Humanos chegou a uma conclusão semelhante no caso *López Lone*.

47. As cortes e mecanismos de direitos humanos também contribuíram para esclarecer até que ponto juízes e promotores podem expressar suas opiniões sobre casos sub judice ou, de forma mais geral, por meio da imprensa.

48. Juízes e promotores devem sempre se abster de fazer qualquer comentário que possa afetar o resultado dos processos ou o julgamento justo de qualquer pessoa ou questão perante eles. A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos mostra que as opiniões expressas pelo juiz sobre um caso pendente e o tom e conteúdo de sua decisão podem levar a uma violação do direito a um julgamento justo. No caso *Kyprianou v. Chipre*, por exemplo, o Tribunal constatou que o tom e as palavras utilizadas em uma decisão referente a um caso de desacato ao tribunal eram excessivamente emocionais, e concluiu que o tribunal “não havia atendido ao requisito de imparcialidade tanto nos testes objetivos quanto subjetivos”.

49. O Conselho Consultivo de Juízes Europeus observou que os juízes devem demonstrar cautela em suas relações com a imprensa e ser capazes de manter sua independência e imparcialidade. Isso significa que, como regra geral, eles devem abster-se de fazer comentários injustificados sobre os casos que estão tratando ou que estão pendentes perante outros juízes. Se a mídia ou membros interessados do público criticarem uma decisão, um juiz deve evitar responder a tais críticas por meio de cartas à imprensa ou ao responder a perguntas de jornalistas. Um juiz deve apenas responder às expectativas legítimas dos cidadãos por meio de decisões claramente fundamentadas.

50. A Corte Europeia de Direitos Humanos tratou de diversos casos envolvendo juízes que expressaram suas opiniões na mídia. O Tribunal ressaltou que, a fim de preservar sua imagem como juízes imparciais, as autoridades judiciais “devem exercer máxima discrição em relação aos casos com os quais lidam” e devem abster-se “de fazer uso da imprensa, mesmo quando provocados”. Nestes casos, o Tribunal concluiu que as expressões utilizadas pelos juízes implicavam que eles já haviam formado uma opinião desfavorável sobre o caso do requerente, violando o direito a um julgamento justo do requerente.

51. Na maioria dos países que responderam ao questionário, a Constituição inclui disposições gerais sobre o direito à liberdade de expressão, mas não disposições específicas sobre o exercício da liberdade de expressão por juízes e procuradores.

52. A legislação nacional ou os códigos de ética desenvolvidos por associações profissionais de juízes e procuradores fornecem mais orientações. Na maioria dos casos, a legislação nacional contém apenas disposições gerais relativas à conduta e comportamento do juiz ou do procurador dentro e fora do tribunal. Quando as disposições legais ou éticas se referem diretamente à liberdade de expressão, geralmente reconhecem que o direito à liberdade

de expressão pode estar sujeito a restrições necessárias para salvaguardar a honra e a dignidade do cargo de juízes e procuradores, bem como a independência e imparcialidade do Judiciário.

53. A restrição mais comum ao exercício da liberdade de expressão deriva do princípio da confidencialidade, segundo o qual os juízes e procuradores estão vinculados pelo segredo profissional em relação às suas deliberações e às informações confidenciais adquiridas no exercício de suas funções, exceto em processos públicos. Para manter a percepção de independência e imparcialidade, os juízes e procuradores também devem abster-se de expressar suas opiniões em relação a casos em andamento ou anteriores ao tribunal, especialmente por meio da mídia.

54. Em alguns países, a legislação nacional e os códigos éticos contêm disposições expressas de que juízes e procuradores podem participar de discussões públicas sobre a lei, o Judiciário ou a administração da justiça, ou expressar suas opiniões sobre essas questões na mídia. Nesses casos, eles devem se esforçar para garantir que suas opiniões e sua conduta geral estejam em conformidade com seus deveres e responsabilidades como servidores públicos e devem mostrar restrição no exercício de sua liberdade de expressão em todos os casos em que a autoridade e a imparcialidade do Judiciário possam ser questionadas.

55. As informações fornecidas pelos Estados ao Relator Especial são limitadas em relação a casos em que juízes e procuradores foram submetidos a processos legais ou disciplinares relacionados ao exercício de seu direito à liberdade de expressão. As contribuições de organizações da sociedade civil, por outro lado, mencionam vários casos da Bulgária, Egito, Marrocos, Filipinas, Polônia e República da Moldávia.

V. Liberdade de reunião e associação

56. Nos tratados internacionais e regionais reconhece-se que todos têm direito à liberdade de associação e de reunião pacífica, e que nenhuma restrição pode ser imposta ao exercício desses direitos, exceto aquelas prescritas por lei e necessárias em uma sociedade democrática em prol da segurança nacional, da ordem pública, da proteção da saúde pública ou dos direitos e liberdades de terceiros.

57. As normas existentes para juízes e procuradores estabelecem que eles não devem ser isolados da sociedade em que vivem e devem permanecer geralmente livres para participar de atividades extraprofissionais de sua escolha. No entanto, como tais atividades podem comprometer a dignidade de seus cargos, ou até mesmo sua independência e imparcialidade, é

necessário estabelecer um equilíbrio razoável entre o grau em que os juízes e procuradores podem se envolver na sociedade e a necessidade de serem, e serem vistos como, independentes e imparciais no exercício de suas funções. Em última análise, deve-se sempre perguntar se, no contexto social específico e aos olhos de um observador razoável, um juiz ou procurador está envolvido em uma atividade que possa comprometer objetivamente sua independência ou imparcialidade.

58. A Corte Europeia de Direitos Humanos considerou apenas duas reclamações relacionadas ao direito à liberdade de associação e reunião pacífica de juízes ou procuradores. Em ambos os casos, a Corte constatou uma violação desse direito porque a restrição não estava prevista em lei e não abordou a questão de saber se a filiação de um juiz à Maçonaria era compatível com o princípio da independência e imparcialidade judicial (ver parágrafo 37 acima).

59. A Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou a compatibilidade de restrições ao direito à liberdade de associação no caso *López Lone* (parágrafo 186). Observou que a demissão de três juízes como resultado de sua participação em protestos públicos contra um golpe de Estado afetou sua filiação à Associação de Juízes pela Democracia, uma vez que apenas juízes e magistrados em serviço ativo poderiam ser membros da Associação, constituindo uma restrição indevida ao direito à liberdade de associação dos requerentes.

60. O Comentário aos Princípios de Bangalore (parágrafos 127, 135, 167-168 e 176) contém orientações úteis sobre a filiação de juízes a várias organizações. Um juiz pode ser membro de um sindicato ou organização sem fins lucrativos; no entanto, não há consenso a nível internacional sobre se um juiz tem o direito de ser membro de um partido político (ver parágrafos 65-75 abaixo). Além disso, não seria apropriado para um juiz ser membro de qualquer organização que discrimine com base em raça, religião, gênero, origem nacional, etnia ou orientação sexual, porque tal filiação pode dar origem à percepção de que a imparcialidade do juiz está comprometida.

61. É permitido que juízes e procuradores participem de manifestações pacíficas para defender seus interesses profissionais (por exemplo, avançar e proteger as condições de serviço e salários) ou protestar contra uma reforma do sistema de justiça que possa comprometer a independência do Judiciário e a separação dos poderes.

62. Nos casos em que juízes e procuradores consideram um dever moral falar, por exemplo, para expressar oposição à guerra ou exigir medidas contra a degradação ambiental, geralmente é permitido que participem de manifestações pacíficas. No caso *López Lone* (parágrafos 148, 153 e 174), a Corte Interamericana considerou que em momentos de graves

crises democráticas, os juízes não apenas têm o direito, mas também o dever de manifestar-se em favor da restauração da ordem democrática, sozinhos e em associação com outros juízes, e que as normas que normalmente restringem o direito dos juízes de participar da política não se aplicam a suas ações em defesa do Estado de Direito.

63. As respostas ao questionário mostram que, em muitos países, juízes e procuradores têm o direito de criar ou se juntar a associações profissionais para proteger os interesses de seus membros, a independência e imparcialidade do Judiciário, e o direito de formar ou se juntar a outras associações que não prejudiquem a dignidade de seus cargos, interfiram em suas atribuições oficiais ou coloquem em dúvida sua independência e imparcialidade. No entanto, a legislação nacional geralmente estabelece que o direito de reunião e associação pacífica de juízes e procuradores pode estar sujeito a restrições específicas, com o objetivo de proteger a honra do cargo, a independência e a imparcialidade do Judiciário.

64. Na maioria dos países que responderam ao questionário do Relator Especial, juízes e, em menor medida, procuradores, não podem ser membros de partidos políticos, participar de reuniões políticas ou participar de manifestações e protestos públicos (ver parágrafo 73 abaixo). Em alguns países, eles não podem ser membros de sindicatos, empresas comerciais ou cooperativas, ou organizações que pratiquem discriminação odiosa. Em outros países, a Constituição ou legislação nacional incluem limitações específicas ao direito de juízes e procuradores de participar de ações de greve.

VI. Direitos políticos

65. Os direitos políticos estão intimamente ligados ao exercício dos direitos à liberdade de expressão, de reunião pacífica e de associação. Ao explicar as ligações entre eles, o Comitê de Direitos Humanos destacou que essas liberdades fundamentais representam condições essenciais para o efetivo exercício do direito de voto e devem ser plenamente protegidas. A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que esses direitos, considerados em conjunto, tornam possível o processo democrático.

66. Exceto pelo exercício do direito de voto, a participação de juízes e procuradores em atividades políticas apresenta alguns dilemas. Como cidadãos, juízes e procuradores têm permissão para exercer seus direitos políticos em igualdade de condições com outros cidadãos. No entanto, para preservar a confiança pública no sistema judiciário, é amplamente aceito que os juízes devem se mostrar contidos no exercício de atividades políticas públicas. Mesmo nos

casos em que sua filiação a um partido político ou sua participação em debates públicos não são expressamente proibidos, é necessário que juízes e procuradores se abstenham de qualquer atividade política que possa comprometer sua independência ou colocar em risco a aparência de imparcialidade.

67. Ao definir o grau apropriado de envolvimento do Judiciário no debate público, dois fatores devem ser levados em consideração. O primeiro é se o envolvimento do juiz ou procurador pode razoavelmente abalar a confiança em sua imparcialidade. O segundo é se esse envolvimento pode expor desnecessariamente o juiz ou o procurador a ataques políticos ou ser inconsistente com a dignidade de seu cargo. Caso qualquer um desses fatores se aplique, o juiz ou procurador deve evitar tal envolvimento.

68. Isso não significa que juízes e procuradores devam se abster de expressar suas opiniões sobre qualquer questão que possa ter implicações políticas.

69. Em termos gerais, juízes e procuradores têm permissão para fazer comentários em defesa dos direitos humanos fundamentais e do Estado de Direito, ou para participar de atividades ou debates relacionados à política judicial nacional ou à administração da justiça no país. Juízes e procuradores também devem ser consultados e desempenhar um papel ativo na elaboração de legislação relativa ao seu *status* e, de forma mais geral, ao funcionamento do sistema judiciário. No entanto, mesmo nessas ocasiões, eles devem ter cuidado para evitar, na medida do possível, envolvimento em controvérsias públicas que possam ser razoavelmente consideradas politicamente partidárias.

70. Em relação ao envolvimento direto na política, a Comissão de Veneza expressou a opinião de que os juízes não devem se colocar em uma posição em que sua independência ou imparcialidade possam ser questionadas, observando que esse é o motivo pelo qual muitos Estados restringem as atividades políticas dos juízes. Em relação aos procuradores, a Comissão considerou que, como funcionários públicos, os procuradores não devem ocupar outros cargos estatais ou desempenhar funções que sejam consideradas inadequadas para os juízes, devendo evitar atividades públicas que entrem em conflito com o princípio de imparcialidade.

71. Isso significa que, em termos gerais, espera-se que um juiz ou procurador deixe para trás e coloque de lado filiações políticas ou interesses partidários quando fizer o juramento judicial para desempenhar suas funções com independência e imparcialidade. Embora a filiação a um partido político em si não seja incompatível com o cargo, atividades políticas partidárias ou declarações fora do tribunal sobre questões de controvérsia pública podem comprometer a imparcialidade dos juízes ou procuradores e levar à confusão pública sobre a natureza da relação entre o Judiciário e os poderes Executivo ou Legislativo. Quando o cônjuge de um juiz

é um político ativo, o juiz deve manter-se suficientemente distante das atividades do cônjuge para garantir que não haja percepção pública de que ele ou ela está apoiando um candidato político.

72. O envolvimento de juízes e, em menor medida, procuradores em certas atividades políticas nos poderes legislativo ou executivo apresenta um problema particular. No cerne do conceito de independência judicial está a teoria da separação dos poderes, ou seja, a ideia de que em um Estado democrático moderno o Judiciário deve funcionar independentemente do Legislativo e do Executivo. Por esse motivo, os deveres de um juiz são considerados “incompatíveis com certas atividades políticas, como filiação ao parlamento nacional ou conselho local”. Consequentemente, um juiz ou procurador não pode aceitar emprego em tempo integral em um cargo de alto nível, com poder de formulação de políticas, no Executivo ou no Legislativo enquanto estiver em serviço ativo. Ele ou ela teria que renunciar ao cargo judiciário antes de assumir novas funções no Executivo ou no Legislativo.

73. Na maioria dos países que responderam ao questionário, juízes não podem expressar abertamente suas opiniões políticas, ser membros de partidos políticos, participar de encontros políticos ou se envolver em qualquer atividade política que possa comprometer sua independência ou afetar a confiança pública no Judiciário. Em alguns casos, disposições constitucionais ou legislativas estabelecem expressamente que os juízes não podem se tornar membros de órgãos legislativos ou executivos em nível nacional ou local. Restrições semelhantes se aplicam aos procuradores.

74. Em outros países, no entanto, os juízes têm o direito de se envolver na política e se candidatar a cargos políticos. Na Eslovênia, por exemplo, os juízes podem ser membros de partidos políticos e se candidatar a certos cargos políticos; no caso de serem eleitos ou nomeados para tal cargo, os direitos e deveres decorrentes de seu cargo judicial são suspensos. A Comissão de Veneza, em seu relatório sobre a liberdade de expressão dos juízes (parágrafos 29 e 47-48), oferece exemplos adicionais de países (como Áustria, Alemanha e Suécia) nos quais os juízes podem se envolver ativamente na política e se candidatar a cargos políticos.

75. Em algumas respostas, os participantes forneceram exemplos específicos de processos disciplinares contra juízes por suas opiniões e visões expressas sobre questões de natureza política. A Fundação Helsinki para os Direitos Humanos e a Fundação Diálogo Aberto referiram-se a vários casos em que juízes e procuradores que expressaram opiniões críticas sobre a reforma do sistema judiciário na Polônia ou sobre a situação do Judiciário na República da Moldávia foram submetidos a processos disciplinares.

VII. Redes sociais e as atividades de juízes e procuradores

76. A influência da cultura das novas mídias na redefinição da comunicação e das práticas relacionadas ao compartilhamento de informações pessoais levanta questões únicas e interessantes para os tribunais. Na era global, o uso de plataformas de mídia social faz parte das atividades diárias da maioria das pessoas.

77. As redes sociais representam uma ferramenta formidável para alcance e educação pública, e podem contribuir para fortalecer a confiança pública no Judiciário. No entanto, o uso das redes sociais traz novos desafios e preocupações éticas relacionadas à adequação do conteúdo postado, à demonstração não intencional de viés ou interesse, ou às consequências não intencionais decorrentes da interação de juízes e procuradores com terceiros.

78. Os instrumentos internacionais não contêm orientações sobre como juízes e procuradores podem exercer suas liberdades on-line. No entanto, é amplamente aceito que os mesmos direitos que as pessoas têm offline também devem ser protegidos on-line, em particular a liberdade de expressão. Na prática, isso significa que os operadores da justiça devem, portanto, abster-se de participar de qualquer atividade que possa comprometer a dignidade de seu cargo ou causar conflitos de interesse que possam prejudicar a confiança pública no sistema de justiça (A/HRC/26/32, parágrafo 58).

79. Até o momento, os tribunais e mecanismos de direitos humanos não tiveram a oportunidade de esclarecer o tipo de conduta esperada de um juiz ou procurador no exercício de sua liberdade de expressão nas redes sociais. De acordo com os padrões internacionais, juízes e procuradores estão sujeitos a restrições mais severas do que outras pessoas em sua vida profissional e privada e em sua conduta. No entanto, seria irracional esperar que eles se afastassem completamente da vida pública. O isolamento completo de um juiz ou procurador da comunidade em que vivem não é possível nem benéfico, e uma instrução geral para que juízes e procuradores simplesmente “fiquem fora das redes sociais” não é justificada nem realista na era digital atual.

80. O comportamento de juízes e procuradores nas redes sociais é visível ao público. Qualquer comentário ou declaração feita por um juiz ou procurador deve reafirmar a fé das pessoas no Judiciário e ser consistente com a dignidade de seu cargo, bem como com a independência e imparcialidade do Judiciário. Como servidores públicos, juízes e procuradores devem garantir que a expressão de suas opiniões e convicções pessoais não afete negativamente suas funções oficiais, reflita negativamente em seu *status* como servidores públicos ou coloque

em dúvida sua imparcialidade ou seus deveres de lealdade e responsabilidade para com seu cargo. Ao expressar suas opiniões e pontos de vista on-line, eles devem sempre respeitar e honrar seu cargo e se esforçar para manter e aumentar a confiança no sistema judiciário. Devem evitar qualquer atividade on-line que possa prejudicar a confiança pública no Judiciário ou levantar dúvidas sobre sua independência e imparcialidade.

81. Recomenda-se cautela a um juiz ao se envolver em qualquer comunicação eletrônica, incluindo comunicações por texto ou e-mail, ou ao participar de sites de redes sociais on-line ou publicar material na Internet, dada a acessibilidade, ampla transmissão e permanência das comunicações eletrônicas e do material postado na Internet. Os mesmos princípios que regem a capacidade de um juiz socializar pessoalmente, por escrito ou por telefone devem ser aplicados às comunicações eletrônicas, incluindo o uso da Internet e de sites de redes sociais.

82. Para os procuradores, essa mudança de cenário apresenta desafios semelhantes. Diretrizes de mídia para procuradores de tradições do direito civil e do direito comum foram desenvolvidas em vários países. O fio comum nessas diretrizes de comunicação é evitar a disseminação de informações incompletas ou imprecisas que possam minar a confiança pública na acusação pública.

83. Apenas alguns países desenvolveram legislação específica ou padrões éticos para regulamentar a conduta de juízes e procuradores nas redes sociais. Em alguns países, associações profissionais de juízes e procuradores realizaram uma série de atividades para conscientizar sobre os riscos associados ao exercício de sua liberdade de expressão on-line, especialmente nas redes sociais.⁶³ Outros países começaram a atualizar seus códigos legais e formar órgãos éticos para abordar a questão da participação de membros do Judiciário nas redes sociais.

84. Grupos relevantes, como a Rede Global de Integridade Judicial, publicaram diretrizes valiosas e estão trabalhando em programas de treinamento sobre a natureza das redes sociais e as responsabilidades éticas aplicáveis a juízes e procuradores.

85. As informações fornecidas pelos Estados ao Relator Especial fornecem informações limitadas sobre casos em que juízes e procuradores foram submetidos a processos legais ou disciplinares relacionados ao exercício de seu direito à liberdade de expressão on-line. Na Holanda e na Eslovênia, juízes foram submetidos a medidas disciplinares por fazerem comentários impróprios em suas contas do Twitter. Na República da Coreia, vários juízes foram suspensos do cargo por fazerem comentários críticos na rede de comunicação interna do Judiciário em relação aos processos de nomeação ou decisões adotadas por outros tribunais.

VIII. Conclusões

86. Nos Princípios Básicos sobre a Independência do Poder Judiciário, nos Princípios de Conduta Judicial de Bangalore e nas Diretrizes sobre o Papel dos Procuradores, entre outros padrões internacionais, reconhece-se que, assim como os demais cidadãos, juízes e promotores têm o direito de exercer sua liberdade de expressão, crença, associação e reunião em igualdade com os demais. O exercício dessas liberdades, no entanto, acarreta responsabilidades e deveres especiais. Como servidores públicos, juízes e promotores devem mostrar restrição no exercício desses direitos e sempre se conduzir de maneira a preservar a dignidade de seus cargos, bem como a imparcialidade e independência do Judiciário.

87. Os tribunais de direitos humanos regionais e os mecanismos na Europa e no sistema Interamericano têm contribuído para esclarecer os limites aos quais juízes e promotores podem estar sujeitos no exercício dessas liberdades. Essa jurisprudência se concentra no exercício da liberdade de expressão pelos juízes, mas pode ser aplicada, *mutatis mutandis*, ao exercício de outras liberdades fundamentais e aos promotores.

88. Os códigos de conduta profissional produzidos por associações profissionais também têm contribuído para o desenvolvimento de padrões autorregulatórios detalhados que auxiliam juízes e promotores a tomar suas próprias decisões quando confrontados com escolhas éticas em suas vidas profissionais e pessoais. No entanto, apenas um número limitado de códigos éticos aborda questões relacionadas ao uso das mídias sociais. A falta de orientações adequadas tem levado a um aumento no número de violações “acidentais” das normas profissionais de conduta por juízes e promotores. Em nível nacional, um número crescente de associações profissionais está desenvolvendo diretrizes e oferecendo oportunidades de treinamento a seus membros sobre questões relacionadas ao uso das mídias sociais.

89. No presente relatório, o Relator Especial mostra que, como funcionários públicos, juízes e promotores têm deveres e responsabilidades especiais que justificam a introdução de restrições específicas às suas liberdades fundamentais. No entanto, tais restrições são legítimas somente quando estabelecidas por lei e quando são necessárias em uma sociedade democrática para buscar uma finalidade legítima, como a proteção da independência, imparcialidade e autoridade de suas instituições.

90. Pode haver situações em que um juiz, como membro da sociedade, considere que tem o dever moral de se manifestar. A jurisprudência dos tribunais regionais estabeleceu que,

em situações em que haja uma quebra da ordem constitucional, os juízes podem até ter o dever de se manifestar a favor da restauração da democracia e do Estado de Direito.

91. Ao longo do relatório, o Relator Especial documentou várias formas de interferência no exercício das liberdades fundamentais por juízes e promotores. Nem todas as medidas disciplinares adotadas contra eles podem ser consideradas necessárias em uma sociedade democrática para manter a confiança do público no Judiciário ou no Ministério Público. Em alguns casos, essas sanções parecem ser uma maneira conveniente de punir o juiz ou promotor individual pelas opiniões expressas ou ações tomadas no exercício de suas funções. Em algumas circunstâncias, a severidade da sanção também tem um efeito inibidor sobre outros membros do Judiciário ou do Ministério Público, que podem ser desencorajados a expressar opiniões críticas com medo de serem submetidos a medidas punitivas.

IX. Recomendações

92. Com base nos padrões internacionais e regionais existentes delineados no relatório, e levando em consideração a jurisprudência dos tribunais regionais de direitos humanos e mecanismos, o Relator Especial gostaria de oferecer as seguintes recomendações.

Desenvolvimento e implementação de normas nacionais

93. A legislação nacional sobre a organização e funcionamento do Judiciário e do Ministério Público deve incluir disposições específicas reconhecendo que juízes e promotores têm o direito de exercer a liberdade de expressão, crença, associação e reunião, bem como os direitos políticos, em igualdade com os demais, e que o exercício desses direitos só pode estar sujeito às restrições que parecem necessárias em uma sociedade democrática para manter a autoridade do Judiciário ou do Ministério Público, bem como a independência e imparcialidade de juízes e promotores individuais.

94. Associações profissionais de juízes e promotores devem incluir disposições específicas nos códigos de conduta, quando estes existirem, ou desenvolver diretrizes específicas sobre o exercício das liberdades fundamentais por juízes e promotores. Essas normas devem servir como padrões autorregulatórios que ajudam juízes e promotores a tomar suas próprias decisões sobre como exercer seus direitos humanos e liberdades fundamentais de

maneira consistente com a dignidade de seus cargos e a independência e imparcialidade do Judiciário ou do Ministério Público. Como tais, esses princípios devem permanecer separados das regras disciplinares aplicáveis a juízes e promotores, no sentido de que o não cumprimento de tais princípios não deve constituir automaticamente uma infração disciplinar.

95. O Relator Especial considera que juízes e promotores são os mais adequados para determinar o alcance e o conteúdo de normas legais e éticas sobre o exercício de suas liberdades fundamentais e direitos políticos. Nesse sentido, a legislação nacional e os padrões éticos devem ser desenvolvidos por meio de um processo aberto e transparente envolvendo juízes, promotores e suas organizações representativas. Os padrões internacionais existentes relacionados ao exercício das liberdades fundamentais e a jurisprudência dos tribunais regionais de direitos humanos devem ser levados em consideração no desenvolvimento e implementação de tais princípios.

96. Juízes e promotores devem receber treinamento adequado sobre princípios éticos relacionados ao exercício de suas liberdades fundamentais, tanto em relação à sua profissão quanto às atividades externas. Esse treinamento deve incluir, em particular, orientações práticas sobre o uso das mídias sociais.

97. O Relator Especial incentiva as associações profissionais de juízes e promotores a estabelecerem órgãos consultivos e de assessoria que orientem juízes e promotores sempre que eles tiverem dúvidas quanto à compatibilidade de uma determinada atividade na esfera privada com suas responsabilidades e deveres como servidores públicos. Tais órgãos consultivos devem ser independentes dos órgãos responsáveis por impor sanções disciplinares.

98. Qualquer acusação ou reclamação contra juízes ou promotores relacionada ao exercício de suas liberdades fundamentais deve ser apresentada a uma autoridade independente, como um conselho judicial ou do Ministério Público, ou a um tribunal. Os processos disciplinares devem ser conduzidos de acordo com a lei, o código de conduta profissional e outros padrões e ética estabelecidos.

99. A destituição do cargo deve ser imposta apenas nos casos mais graves de má conduta, conforme previsto no código de conduta profissional, e somente após um processo regular que garanta todas as garantias ao acusado.

100. As decisões em processos disciplinares devem estar sujeitas a uma revisão independente.

Liberdade de expressão

101. Ao exercerem sua liberdade de expressão, juízes e promotores devem ter em mente suas responsabilidades e deveres como servidores públicos e devem exercer restrição ao expressar suas opiniões e pontos de vista em qualquer circunstância em que, aos olhos de um observador razoável, sua declaração possa comprometer objetivamente seu cargo, independência ou imparcialidade.

102. Como princípio geral, juízes e promotores não devem se envolver em controvérsias públicas. No entanto, em circunstâncias limitadas, eles podem expressar suas opiniões sobre questões politicamente sensíveis, por exemplo, quando participam de debates públicos sobre legislação e políticas que possam afetar o Judiciário ou o Ministério Público. Em situações em que a democracia e o Estado de Direito estão ameaçados, os juízes têm o dever de se manifestar em defesa da ordem constitucional e da restauração da democracia.

103. Juízes e promotores devem agir com cautela em suas relações com a imprensa. Eles sempre devem se abster de fazer comentários sobre os casos com os quais estão lidando e evitar quaisquer comentários injustificados que possam questionar sua imparcialidade.

104. Juízes e promotores devem ter cautela ao usar as mídias sociais. Ao publicar nas mídias sociais, eles devem ter em mente que qualquer coisa que publicarem se tornará permanente, mesmo depois de deletada, e poderá ser livremente interpretada ou até mesmo tirada de contexto. Ao fazer comentários anônimos na Internet, os juízes sempre devem estar cientes de que existem várias maneiras de identificar a pessoa que fez o comentário.

105. Qualquer informação pessoal ou fotografia compartilhada nas mídias sociais deve ser modesta e decente. Juízes e promotores devem sempre se abster de fazer comentários políticos partidários e nunca postar nada que possa entrar em conflito com a dignidade de seus cargos ou prejudicar o Judiciário ou o Ministério Público como instituições.

106. Juízes e promotores podem usar o Twitter; no entanto, como uma conta do Twitter os identifica como juízes ou promotores, ela deve ser usada apenas para fins informativos e educacionais e para atividades relacionadas ao seu trabalho.

Liberdade de reunião e associação

107. Juízes e promotores têm o direito à liberdade de reunião pacífica. Ao exercerem esse direito, eles devem ter em mente suas responsabilidades e deveres como servidores

públicos e exercer restrição sempre que sua participação em uma manifestação pacífica possa ser considerada incompatível com a autoridade de sua instituição ou inconsistente com o dever de ser e ser percebido como independente e imparcial.

108. Juízes e promotores têm o direito de formar e se juntar a organizações profissionais para proteger seus interesses profissionais. Eles também podem ser membros de outras organizações, desde que sua associação a essas associações não comprometa a dignidade de seus cargos, independência e imparcialidade.

Direitos políticos

109. O Relator Especial reconhece que não há consenso internacional geral sobre se juízes e, em menor medida, promotores devem ser livres para participar da política ou não.

110. Como cidadãos, juízes e promotores têm o direito de exercer seus direitos políticos em igualdade de condições com outros cidadãos. No entanto, juízes e promotores devem exercer restrição no exercício de atividades políticas públicas, a fim de preservar a independência do Judiciário e a separação de poderes.

111. Mesmo nos casos em que sua filiação a um partido político ou sua participação em debates públicos não são expressamente proibidos, é necessário que juízes e promotores se abstenham de qualquer atividade política que possa comprometer sua independência ou colocar em risco a aparência de imparcialidade.

112. No que diz respeito ao envolvimento direto na política, o Relator Especial entende que juízes e promotores devem evitar qualquer atividade política partidária que possa comprometer sua imparcialidade ou ser inconsistente com o princípio da separação de poderes.

**Apêndice C – Tradução da Opinião nº 25 sobre Liberdade de Expressão de Juízes,
exarada pelo Conselho Consultivo de Juízes Europeus em 2022**

Conselho da Europa

Estrasburgo, 2 de dezembro de 2022

Conselho Consultivo de Juízes Europeus (CCJE)

**Opinião nº 25 do CCJE
Sobre liberdade de expressão de juízes**

(...)

I. Introdução

1. De acordo com o mandato concedido a ele pelo Comitê de Ministros, o Conselho Consultivo de Juízes Europeus (CCJE) preparou esta Opinião sobre a liberdade de expressão dos juízes.

2. A Opinião foi elaborada com base em Opiniões anteriores do CCJE, na Carta Magna dos Juízes do CCJE (2010) e em instrumentos relevantes do Conselho da Europa, em particular a Carta Europeia sobre o Estatuto dos Juízes (1998) e a Recomendação do Comitê de Ministros CM/Rec(2010)12 sobre Juízes: Independência, Eficiência e Responsabilidades, o Relatório da Comissão Europeia para a Democracia através do Direito (Comissão de Veneza) sobre a Liberdade de Expressão dos Juízes (CDL-AD(2015)018). Também leva em consideração os Princípios Básicos da ONU sobre a Independência do Poder Judiciário, os Princípios de Conduta Judicial de Bangalore e o Relatório do Relator Especial da ONU sobre a Independência de Juízes e Advogados, que também trata do exercício da liberdade de expressão pelos juízes. Além disso, são consideradas as Diretrizes Não Vinculativas sobre o Uso das Redes Sociais pelos Juízes do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) e os relatórios da Rede Europeia dos Conselhos para a Justiça (ENCJ). Por fim, a Opinião baseia-se na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH).

3. A Opinião também leva em conta as respostas dos membros do CCJE ao questionário sobre a liberdade de expressão dos juízes, bem como o resumo dessas respostas e o projeto preliminar preparado pela especialista designada pelo Conselho da Europa, Sra. Jannika Jahn.

II. Escopo e objetivo da Opinião

4. A Opinião trata da liberdade de expressão dos juízes e discute os principais aspectos da expressão judicial. Ela aborda o dever legal e ético de um juiz de se manifestar para proteger o Estado de Direito e a democracia tanto no âmbito nacional como no europeu e internacional. A Opinião considera a expressão judicial que aborda questões de preocupação para o Poder Judiciário, bem como tópicos controversos de interesse público, e examina a moderação judicial que deve ser exercida. Ela abrange a expressão judicial tanto dentro como fora do tribunal. A Opinião tem a intenção de fornecer orientações gerais aos juízes e um quadro amplo para uma discussão contínua sobre quais parâmetros devem ser considerados quando exercem seu direito à liberdade de expressão. Esta Opinião não busca definir um escopo mínimo de liberdade de expressão dos juízes.

5. Para fins desta Opinião, o requisito de moderação judicial é definido como um dever de moderação imposto ao juiz, seja pelo próprio Poder Judiciário ou pelo legislador. Para parâmetros legais, a Opinião baseia-se na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH). Quanto às opiniões sobre diretrizes éticas e recomendações expressas nesta Opinião, o CCJE baseia-se em suas conclusões. A moderação judicial inclui a noção de discricção judicial, reserva ou moderação.

6. Ao abordar a liberdade de expressão de um juiz individual, a Opinião leva em consideração os interesses parcialmente concorrentes e parcialmente complementares envolvidos. Eles incluem o direito do juiz individual à liberdade de expressão, o direito do público de ser informado sobre questões de interesse público, o direito a um julgamento justo, incluindo um tribunal imparcial e independente, e a presunção de inocência. A Opinião também reflete sobre os princípios que fundamentam esses direitos. O princípio da separação dos poderes fundamenta a liberdade de expressão dos juízes, se uma questão de interesse público, como o funcionamento do sistema de justiça, estiver em questão. O Estado de Direito garante a igualdade de todos (sejam cidadãos ou agentes estatais) perante a lei. Sua eficácia depende, em parte, da confiança pública na independência e autoridade do Poder Judiciário. A separação dos poderes exige tanto a independência judicial quanto a liberdade de expressão dos juízes, o

que resulta em uma tensão entre o objetivo de impedir que os juízes se comportem como políticos e, ao mesmo tempo, apoiar sua liberdade de expressão como evidência de independência judicial.

7. A Opinião também abrange juízes falando ou escrevendo em nome de associações judiciais, tribunais ou conselhos judiciais. Ela não se estende a juízes aposentados, pois eles desfrutam do mesmo direito à liberdade de expressão que todas as outras pessoas, exceto por informações confidenciais adquiridas no desempenho de suas funções.

8. Em circunstâncias em que o público nem sempre consegue distinguir claramente entre um juiz atuando em caráter privado ou profissional, a Opinião considera as declarações feitas por juízes do ponto de vista de serem ocupantes de um cargo público.

9. A Opinião não aborda questões relacionadas ao raciocínio dos juízes em suas decisões, pois isso é o desempenho de um dever judicial e não o exercício de um direito individual.

10. Para fins desta Opinião, o termo “mídia” engloba mídia impressa, transmitida e online, incluindo serviços de transmissão de áudio e vídeo.

III. Visão geral das regulamentações e práticas dos países

11. As respostas dos membros do CCJE ao questionário para a elaboração desta Opinião fornecem uma visão geral do estado atual das regulamentações e práticas dos Estados membros.

12. Os Estados membros do Conselho da Europa garantem aos juízes o direito à liberdade de expressão. O escopo da proteção varia entre os Estados membros. Em muitos estados, isso abrange declarações extrajudiciais de opinião feitas em particular ou em público em conexão com a capacidade profissional dos juízes, bem como declarações extrajudiciais feitas em nome dos interesses do judiciário. Em alguns países, os juízes têm imunidade de processo por qualquer coisa dita em tribunal, a menos que má fé seja estabelecida.

13. A liberdade de expressão dos juízes é limitada para fins de manter a confidencialidade dos processos, questões internas do judiciário e os direitos processuais das partes nos processos. Em todos os Estados membros, os juízes são proibidos de divulgar informações confidenciais adquiridas no curso de suas funções que sejam relevantes para processos pendentes e que possam infringir os direitos das partes nos processos. Eles estão sujeitos ao segredo profissional com relação às suas deliberações.

14. Na grande maioria dos Estados membros, os juízes estão sujeitos a um dever legal e/ou ético de moderação, que visa preservar a independência e imparcialidade judicial, a confiança pública nela, bem como a administração adequada e a dignidade do judiciário. As regras sobre declarações de opinião feitas por juízes variam entre os Estados membros.

15. Como regra geral ou prática, a maioria dos Estados membros proíbe ou insta os juízes a se absterem de comentar sobre seus próprios processos em andamento ou em andamento de outros juízes. Alguns Estados membros estendem essa regra a casos decididos, inclusive os de outros juízes. No entanto, alguns fazem uma exceção para a discussão de jurisprudência como parte do trabalho acadêmico dos juízes, como professor de direito ou em um ambiente profissional. Em muitos Estados, os juízes estão sujeitos à obrigação ética ou convencional de não responder a críticas públicas de seus casos.

16. A extensão em que os juízes podem participar de discussões públicas sobre questões de interesse político ou social, a lei, o judiciário ou a administração da justiça, e expressar suas opiniões sobre essas questões na mídia, varia entre os Estados membros. O mesmo ocorre com o direito dos juízes de terem um mandato político ou de participar de manifestações políticas.

17. Em alguns países, os juízes geralmente são obrigados a se abster de se envolver em debates políticos controversos, incluindo, entre outros, repreender publicamente outros órgãos estatais de maneira hostil ou interferir na política partidária apoiando ou criticando partidos ou políticos específicos. Em outros Estados membros, os juízes devem se certificar de que evitam dar a impressão de uma posição firmemente mantida sobre uma questão específica. Alguns Estados membros permitem que os juízes comentem publicamente sobre propostas legislativas ou a lei em geral, especialmente quando uma associação de juízes faz esses comentários. Mesmo quando permitido, os Estados membros relatam que os juízes raramente fazem declarações públicas sobre questões políticas.

18. Na maioria dos Estados membros, os juízes podem comentar questões relacionadas ao poder judiciário, sua administração adequada e independência, ou a separação de poderes, desde que suas críticas se baseiem em fatos e argumentos e que os mecanismos internos do judiciário não sejam revelados. Em alguns Estados membros, a expressão pública, sob certas circunstâncias, é interpretada como um dever ético, especialmente como resposta a ataques políticos ao judiciário. Para esse fim, juízes de instâncias superiores às vezes têm maior liberdade de expressão. No entanto, em alguns países, esse comportamento tem levado a críticas públicas. Portanto, não é incomum que os juízes tenham que esgotar os mecanismos internos, quando disponíveis dentro do judiciário, antes de tornarem público algum posicionamento ou permaneçam em silêncio quando o judiciário pretende emitir uma opinião institucional formal.

19. A crítica pública a colegas juízes ou ao judiciário tem sido motivo de preocupação. Criticar outros juízes ou outros atores do sistema de justiça, como o promotor ou advogado de defesa, é considerado antiético ou uma violação das convenções de longa data em alguns Estados membros, especialmente quando expressa de maneira desrespeitosa, degradante e insultante, ou quando transmite uma imagem geralmente negativa de todo o judiciário.

20. Na maioria dos Estados membros que responderam ao questionário, os juízes não podem ser membros de partidos políticos ou se envolver em qualquer atividade política, pois isso é visto como prejudicial à independência do judiciário ou como um fator negativo para a confiança pública no judiciário. Em alguns casos, a regra constitucional ou estatutária de incompatibilidade se estende explicitamente à filiação em órgãos legislativos ou executivos em níveis europeu, nacional ou local. Na medida em que seja considerada incompatível com o cargo judicial, alguns países permitem que os juízes exerçam mandatos políticos se entrarem em licença. Entre esses países, alguns Estados membros impõem aos juízes o dever ético de preservar a reputação do judiciário. Alguns países permitem que um juiz se envolva em atividade política em paralelo ao seu cargo judicial. Nesse caso, eles exigem que os juízes evitem que sua atividade política interfira em seu desempenho imparcial de suas funções judiciais. Em vários países, os juízes estão sujeitos a proibições de participação em reuniões públicas, especialmente quando são de natureza política.

21. O uso das redes sociais é um tema de preocupação atual. Em vários Estados membros, há um aumento no uso das redes sociais por parte dos juízes. No entanto, poucos códigos de conduta fornecem orientações práticas específicas a esse respeito. Quando fornecem, aplicam o dever geral de restrição judicial ou pedem cautela para evitar uma violação da independência, imparcialidade ou confiança pública no judiciário.

22. Poucos Estados membros observam um aumento nas restrições legais ou éticas à liberdade de expressão judicial. Pelo contrário, em vários Estados membros, a restrição judicial foi relaxada, o que levou a um maior envolvimento público dos juízes, especialmente nas redes sociais. Em geral, muitos Estados membros reconhecem a necessidade de uma discussão sobre ética judicial, com a determinação do conteúdo apropriado e dos limites da liberdade de expressão dos juízes como uma tarefa importante.

23. Alguns casos foram relatados em que juízes sofreram sanções disciplinares devido a declarações feitas por eles. Por exemplo, declarações feitas em audiências que lançam dúvidas sobre a imparcialidade do juiz, como comentários racistas, resultaram em processos disciplinares. Antes de impor uma medida disciplinar, a autoridade disciplinar da maioria dos Estados membros considera a natureza e a gravidade da restrição à liberdade de expressão,

incluindo elementos como a posição específica do juiz, o conteúdo e o modo da declaração e o contexto em que foi feita, bem como a natureza e a gravidade da medida disciplinar que a autoridade pretende impor. A remoção de um juiz só pode ocorrer como último recurso.

IV. Princípios gerais

24. Conforme consagrado no Artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), toda pessoa tem o direito à liberdade de expressão. Esse direito inclui a liberdade de ter opiniões e de receber e transmitir informações e ideias sem interferência por parte da autoridade pública, independentemente das fronteiras.

25. A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e uma das condições básicas para seu progresso e para o desenvolvimento de cada pessoa. Consequentemente, exceções a essa liberdade devem ser interpretadas de forma estrita, e a necessidade de quaisquer restrições deve ser estabelecida de forma convincente.

26. A CCJE adota uma visão ampla sobre o alcance pessoal do direito à liberdade de expressão dos juízes como um direito individual. Portanto, um juiz desfruta do direito à liberdade de expressão como qualquer outro cidadão. O direito à livre expressão dos juízes se estende a opiniões pessoais expressas em conexão com o exercício de suas funções e permite que os juízes façam declarações fora do tribunal, tanto em público quanto em particular, e participem de debates públicos e da vida social em geral.

27. No entanto, a natureza institucional e governamental do cargo judicial confere um caráter ambivalente à liberdade de expressão de um juiz individual. As declarações dos juízes podem ter impacto na imagem pública do sistema de justiça, pois o público pode geralmente percebê-las não apenas como avaliações subjetivas, mas também como avaliações objetivas e atribuí-las à instituição como um todo.

28. Em sua função oficial, os juízes desempenham um papel proeminente na sociedade como garantidores do Estado de Direito e da justiça. A essência mesma de ser juiz é a capacidade de visualizar os assuntos em disputa de maneira objetiva e imparcial. É igualmente importante que os juízes sejam vistos como possuindo essa capacidade. Isso ocorre porque eles precisam da confiança pública em sua independência e imparcialidade para ter sucesso no desempenho de suas funções e na preservação da autoridade do judiciário para resolver disputas legais ou determinar a culpa ou inocência de uma pessoa em uma acusação criminal. Portanto, os juízes devem afirmar esses valores por meio de sua conduta. Portanto, é legítimo que o

Estado imponha aos juízes um dever de restrição que leve em consideração seu papel na sociedade.

29. Diante das premissas mencionadas acima, os “deveres e responsabilidades” mencionados no Artigo 10(2) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) assumem uma significância especial para as declarações dos juízes. Para as restrições legais à liberdade de expressão dos juízes, este Artigo estabelece que elas devem ser prescritas por lei e serem necessárias em uma ordem legal democrática para servir a um propósito legítimo. Os objetivos legítimos, conforme definidos no Artigo, incluem a preservação da autoridade e imparcialidade do judiciário e a proteção da confidencialidade dos processos. Além disso, os direitos de terceiros, como a garantia da presunção de inocência, servem como objetivos legítimos para restringir a liberdade de expressão. Na ausência de um objetivo legítimo, uma restrição ao direito de livre expressão de um juiz pode parecer uma retaliação ilegítima contra o juiz por críticas indesejadas. Na maioria dos Estados membros, restrições éticas à liberdade de expressão dos juízes estão voltadas para propósitos semelhantes.

30. A restrição à liberdade de expressão requer justificação. Na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH), uma interferência é considerada necessária em uma sociedade democrática quando responde a uma “necessidade social premente” e é “proporcional ao objetivo legítimo perseguido”. A proporcionalidade de uma medida requer que ela seja a medida menos restritiva.

31. Portanto, é necessário encontrar um equilíbrio entre o direito fundamental de um juiz individual à liberdade de expressão e o interesse legítimo de uma sociedade democrática em preservar a confiança pública no judiciário. Os Princípios de Bangalore formulam duas considerações fundamentais a esse respeito. A primeira é se o envolvimento do juiz pode razoavelmente prejudicar a confiança em sua imparcialidade. A segunda é se esse envolvimento pode expor desnecessariamente o juiz a ataques políticos ou ser inconsistente com a dignidade do cargo judicial. Se qualquer uma dessas situações ocorrer, o juiz deve evitar tal envolvimento. A pergunta a ser feita, portanto, é se, em um contexto social específico e aos olhos de um observador razoável e informado, o juiz se envolveu em uma atividade que objetivamente compromete sua independência ou imparcialidade. Critérios importantes a serem considerados são a redação da declaração e as circunstâncias, contexto e antecedentes gerais em que uma declaração foi feita, incluindo a posição do juiz relevante.

32. Ao alcançar um equilíbrio razoável, é necessário levar em consideração o grau de envolvimento que os juízes podem e devem ter na sociedade. Deve-se levar em conta que

declarações públicas de um juiz podem contribuir para a proteção do Estado de Direito e da separação dos poderes.

33. Medidas corretivas, como a recusa ou a retirada voluntária de um juiz, devem ser preferidas a uma restrição geral preventiva da liberdade de expressão dos juízes com o objetivo de evitar tais situações.

34. A definição do conteúdo e das regras sobre a liberdade de expressão e as restrições éticas ao seu exercício devem ser feitas pelos próprios juízes ou associações judiciais.

35. Ao avaliar qualquer interferência, também é necessário examinar a proporcionalidade da sanção ou de outras medidas. As penalidades não devem ter um “efeito inibitório” sobre o exercício da liberdade de expressão de outros juízes, ou seja, elas não devem impedir que outros juízes exerçam tal liberdade em relação a questões relacionadas à administração da justiça e ao judiciário. Opiniões expressas em conformidade com as recomendações desta Opinião não devem ser sujeitas a medidas disciplinares.

V. Limitações à liberdade de expressão / casos controversos

36. A fim de auxiliar os juízes a encontrar um equilíbrio entre seu direito à liberdade de expressão e o objetivo de manter a confiança pública em sua imparcialidade e independência, orientações devem ser fornecidas no que diz respeito a declarações que possam levar à sua recusa (seções 1 e 2), declarações que possam afetar adversamente a autoridade e a reputação do judiciário (seções 3 e 4) e o exercício de mandatos políticos que possam levantar questões de separação de poderes (seção 5).

1. Declarações relacionadas a disputas judiciais

37. A CCJE enfatiza que os juízes devem abster-se de fazer qualquer comentário que possa afetar ou ser razoavelmente esperado que afete o direito a um julgamento justo de qualquer pessoa ou questão pendente perante eles. Declarações feitas por um juiz sobre um caso pendente, incluindo o tom e o contexto da declaração, podem afetar esse direito, como estabelecido pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH). É enfatizado que, no exercício de sua função jurisdicional, os juízes devem exercer o máximo de discrição em relação aos casos com os quais lidam, a fim de preservar sua imagem de imparcialidade. Os juízes devem

se comportar de maneira a evitar criar a impressão de que possuem qualquer preconceito pessoal ou viés em um determinado caso. Se um juiz implicar publicamente que já formou uma opinião desfavorável sobre o caso do requerente antes de atuar no caso, suas declarações justificam objetivamente os temores do acusado sobre sua imparcialidade. Portanto, a CCJE apoia o requisito estabelecido nos Comentários aos Princípios de Bangalore de que um juiz deve demonstrar uma atitude desapegada, imparcial, aberta e equilibrada em suas manifestações públicas, especialmente se existir uma ligação potencial com processos pendentes ou em andamento.

38. O simples fato de um tópico ou questão ser capaz de ser um problema em um caso futuro não é suficiente para impedir os juízes de exercerem seu direito à liberdade de expressão, especialmente quando a probabilidade de um juiz ter que julgar tal caso específico no futuro é baixa.

39. É necessária uma vigilância aumentada no contexto de investigações em andamento, especialmente em investigações criminais, com vistas à garantia da presunção de inocência consagrada no artigo 6(2) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Em processos criminais, os juízes devem prestar atenção especial em sua escolha de palavras se desejam informar o público sobre processos antes que uma pessoa seja julgada e considerada culpada de um determinado crime. Pronunciamentos sobre a culpa da pessoa acusada antes do julgamento vão contra o artigo 6 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

40. Os comentários dos juízes sobre casos decididos, além dos seus próprios, não levantam necessariamente questões sobre sua imparcialidade. Comentar a jurisprudência está diretamente relacionado à sua atividade profissional. No exercício de suas atividades profissionais, os juízes têm o direito de fazer comentários construtivos e respeitosos sobre casos decididos.

41. Os juízes devem mostrar circunspeção em suas relações com a mídia e abster-se de qualquer exploração pessoal de suas relações com jornalistas. O público não deve ter a impressão de que os juízes desejam influenciar o resultado de um caso por meio da comunicação com a mídia.

42. A CCJE concorda com a Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH) de que os juízes individuais devem abster-se de fazer uso da mídia em relação a seus próprios casos, mesmo que provocados. Se a mídia ou membros interessados do público criticarem uma decisão, um juiz deve evitar responder a essa crítica escrevendo para a imprensa ou respondendo a perguntas de jornalistas. Um juiz deve atender às expectativas legítimas dos cidadãos por meio de decisões claramente fundamentadas. No entanto, quando os juízes ou suas

sentenças forem injustamente criticados, as associações de juízes, o conselho judicial e/ou o presidente do tribunal têm o dever institucional de esclarecer os fatos para preservar a imagem de um judiciário autoritário e independente também em debates públicos. Além disso, em casos excepcionais em que um juiz seja difamado ou denegrido, ele deve ter o direito de se defender e proteger sua integridade como qualquer outro cidadão. Os juízes devem receber apoio institucional nesse sentido.

43. As informações confidenciais adquiridas por um juiz em sua função oficial não devem ser utilizadas ou divulgadas pelo juiz para qualquer propósito não relacionado com os deveres oficiais do juiz.

44. Em nenhuma circunstância os juízes podem ser obrigados a explicar publicamente as razões de suas decisões conforme proferidas.

2. Declarações sobre debates públicos

45. Os princípios da democracia, separação de poderes e pluralismo exigem a liberdade dos juízes de participarem de debates de interesse público. No entanto, o princípio da separação de poderes requer que os juízes evitem agir como políticos quando falam em público. Assim, é necessário estabelecer um equilíbrio razoável entre o grau de envolvimento dos juízes em debates públicos e a necessidade de serem e parecerem independentes e imparciais no exercício de suas funções. O conteúdo e o contexto de uma determinada declaração assumem uma relevância especial nesse sentido.

46. Devido à sua posição única em uma democracia baseada no Estado de Direito, os juízes possuem a expertise e a responsabilidade decorrente de contribuir para a melhoria da lei, a defesa dos direitos fundamentais, o sistema jurídico e a administração da justiça. Portanto, preservando sua imparcialidade e independência, eles devem ser permitidos e até mesmo encorajados a participar de discussões sobre a lei para fins informativos e educacionais, e expressar opiniões sobre deficiências na aplicação da lei e aprimoramento do sistema jurídico.

47. Em todas as declarações públicas sobre questões de interesse público, os juízes devem se expressar com prudência, em tom moderado, de maneira equilibrada e respeitosa. Eles devem abster-se de discriminação, proselitismo ou militância política, filosófica ou religiosa.

3. Declarações sobre assuntos de preocupação para o judiciário como instituição

48. Os juízes têm o direito de fazer comentários sobre questões relacionadas aos direitos humanos fundamentais, ao Estado de Direito, a questões de nomeação ou promoção judiciária e ao bom funcionamento da administração da justiça, incluindo a independência do judiciário e a separação de poderes. Se a questão afeta diretamente o funcionamento dos tribunais, os juízes também devem ter liberdade para comentar sobre tópicos politicamente controversos, incluindo propostas legislativas ou políticas governamentais. Isso decorre do fato de que o público tem um interesse legítimo em ser informado sobre essas questões, pois envolvem assuntos muito importantes em uma sociedade democrática. Juízes em posições de liderança ou aqueles que ocupam cargos em associações de juízes ou no conselho judicial estão em uma posição proeminente para se manifestarem em nome do judiciário.

49. Os juízes têm o direito de fazer reivindicações e comentários sobre seu *status*, suas condições de trabalho e todas as outras questões relacionadas a seus interesses profissionais. As associações de juízes desempenham um papel proeminente nessa questão.

50. Os juízes devem exercer restrição para evitar comprometer sua imparcialidade ou independência. Além disso, as representações públicas feitas ao governo sobre assuntos de preocupação para o judiciário não devem parecer como lobby junto ao governo ou indicar como um juiz decidiria se situações específicas fossem apresentadas ao tribunal. Um juiz de alta patente deve ser especialmente cauteloso nesse sentido devido à sua posição proeminente.

4. Crítica pública ao Judiciário / colegas juízes

51. No que diz respeito à crítica pública ou informações sobre assuntos relacionados ao judiciário, incluindo comentários sobre colegas juízes, o CCJE segue a Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH) ao reconhecer que a restrição se aplica aos juízes em todos os casos em que a autoridade e imparcialidade do judiciário possam ser questionadas. Isso ocorre porque é necessário proteger a confiança pública contra ataques prejudiciais, especialmente considerando que os juízes que enfrentam críticas estão sujeitos a um dever de restrição que os impede de responder.

52. Declarações são permitidas se não forem além de meras críticas de uma perspectiva estritamente profissional, se fizerem parte de um debate sobre assuntos de grande interesse público e se forem baseadas em alegações fundamentadas. Moderação e adequação devem guiar

o juiz mesmo na disseminação de informações precisas. Ao criticar outros atores do sistema de justiça, um juiz deve manter o respeito. A crítica não deve ser motivada por ressentimento pessoal, hostilidade ou expectativa de ganho pessoal. Geralmente, os juízes devem evitar expressar-se de maneira impulsiva, irresponsável e ofensiva.

53. É importante que o judiciário proporcione um ambiente que permita aos juízes fazerem comentários críticos, especialmente em um judiciário organizado hierarquicamente, onde os juízes dependem de colegas de hierarquia superior no que diz respeito às promoções. No entanto, os juízes devem primeiro se valer de quaisquer medidas corretivas existentes antes de tornarem suas críticas públicas.

5. Mandato político ativo / mandato político prévio

54. O envolvimento direto em atividades políticas partidárias pode suscitar dúvidas quanto à separação dos poderes e à independência ou imparcialidade de um juiz, motivo pelo qual muitos Estados restringem as atividades políticas dos juízes. Com o objetivo de garantir aos cidadãos os direitos previstos no artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH) reconhece como proporcional excluir juízes de cargos políticos. O Comentário sobre os Princípios de Bangalore afirma que as funções judiciais são incompatíveis com certas atividades políticas, como a filiação a um parlamento nacional ou conselho local.

55. O CCJE se une à CtEDH ao constatar que ter pertencido anteriormente a um partido político não é suficiente para gerar dúvidas sobre a imparcialidade de um juiz, especialmente se não houver indicação de que a filiação tenha qualquer relação com o mérito do caso.

56. No entanto, para proteger a confiança pública no judiciário, os padrões básicos de conduta judicial, como preservar a reputação do judiciário, devem continuar a ser aplicados quando um juiz ocupa um mandato político. Se os juízes violaram os padrões de independência e imparcialidade judicial ao fazerem certas declarações durante sua atividade política, eles devem se abster de participar de casos em que os respectivos assuntos se tornem relevantes. A fim de manter a possibilidade de retomar sua função judicial após o término de seu mandato político, é imperativo que evitem fazer declarações que os tornem inadequados para o cargo judicial.

57. Nos países em que os juízes podem ocupar um mandato político (parcial) ou ser membros de um partido político além de seu cargo judicial, eles devem se mostrar contidos

para não comprometer sua independência ou imparcialidade. É imperativo que evitem adotar posturas estritamente partidárias e firmes em questões ou assuntos políticos que levantem dúvidas razoáveis quanto à sua capacidade geral de julgar tais assuntos de maneira objetiva.

VI. Defendendo a independência judicial como um dever legal e/ou ético dos juízes, associações de juízes e conselhos judiciários

58. De acordo com as Opiniões nº 3 (2002) e nº 18 (2015) do CCJE, o CCJE afirma que cada juiz é responsável por promover e proteger a independência judicial, que funciona não apenas como uma salvaguarda constitucional para o juiz, mas também impõe aos juízes um dever ético e/ou legal de preservá-la e se manifestar em defesa do Estado de Direito e da independência judicial quando esses valores fundamentais são ameaçados. Isso se estende tanto a questões de independência interna quanto externa.

59. Com vistas à cooperação europeia e internacional em assuntos jurídicos e à importância do direito europeu e internacional na proteção da independência judicial, os juízes podem abordar as ameaças à independência judicial tanto em nível nacional quanto internacional.

60. Se a independência judicial ou a capacidade do poder judiciário de exercer seu papel constitucional estiverem ameaçadas ou sob ataque, o judiciário deve ser resiliente e defender sua posição destemidamente. Esse dever surge especialmente quando a democracia está em estado disfuncional, com seus valores fundamentais se desintegrando, e a independência judicial está sob ataque.

61. Uma vez que o dever de defesa decorre da independência judicial, ele se aplica a cada juiz. Quando um juiz faz tais declarações não apenas em sua capacidade pessoal, mas também em nome de um conselho judicial, associação judicial ou outro órgão representativo do judiciário, a proteção concedida a esse juiz será ampliada. Levando isso em consideração e dependendo da questão e do contexto, o conselho para o judiciário, as associações de juízes, os presidentes de tribunais ou outros órgãos independentes podem ser os mais adequados para lidar com essas questões, como questões constitucionais de alto nível. Os juízes também podem expressar suas opiniões no âmbito de uma associação internacional de juízes.

62. No entanto, se alguma dessas questões surgir no tribunal do juiz e se a imparcialidade do juiz puder ser razoavelmente questionada, o juiz deve se abster de participar de qualquer processo.

VII. Dever ético dos juízes de explicar a justiça ao público

63. Os juízes devem se esforçar para promover e preservar a confiança pública na atividade judicial, melhorando o entendimento, a transparência e ajudando a evitar distorções públicas. O CCJE endossa a posição adotada nos Princípios de Bangalore de que os juízes devem informar o público sobre o que significa independência judicial. Os juízes também devem explicar o trabalho do judiciário, incluindo os deveres e poderes dos juízes. Eles devem elucidar o papel do judiciário e sua relação com os outros poderes do Estado. No geral, eles devem ilustrar como os valores do sistema de justiça funcionam na prática.

64. Até agora, o CCJE tem se concentrado no papel educativo dos tribunais e das associações de juízes, pois estão especialmente bem posicionados para assumir tal papel. O Comitê de Ministros do Conselho da Europa tem incentivado o estabelecimento de porta-vozes dos tribunais ou serviços de mídia e comunicação sob responsabilidade dos tribunais, conselhos judiciários ou qualquer outro órgão independente. A Rede Europeia de Conselhos Judiciários (ENCJ) observa que os juízes individuais devem relutar em aparecer como porta-vozes na mídia.

65. O CCJE entende que juízes individuais com habilidades adequadas de comunicação também podem explicar o funcionamento e os valores do judiciário. Além de fóruns educativos, eles podem usar a mídia, incluindo as redes sociais, como uma excelente ferramenta de divulgação e educação pública. Nesses casos, os juízes devem se preparar minuciosamente em cooperação com juízes designados para lidar com relações com a mídia ou oficiais de informação pública e devem observar os deveres de restrição judicial, expressando-se de maneira neutra e imparcial.

VIII. Uso das redes sociais pelos juízes

1. Liberdade de expressão dos juízes offline e online

66. É amplamente aceito que os direitos que as pessoas têm offline são igualmente protegidos online, especialmente a liberdade de expressão. Sujeito ao seguinte, os juízes podem usar as redes sociais como qualquer outro cidadão.

2. Elaboração de diretrizes para o uso das redes sociais pelos juízes

a) Definição de redes sociais

67. O CCJE recorda a compreensão geral da noção de redes sociais como formas de comunicação eletrônica (como sites de redes sociais e microblogs) por meio dos quais os usuários criam comunidades online para compartilhar informações, ideias, mensagens pessoais e outros conteúdos (como vídeos). Seguindo a Recomendação CM/Rec(2022)11 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa sobre princípios para a governança da mídia e comunicação, a Opinião utiliza uma noção ampla de mídia e qualifica as plataformas sociais como serviços digitais que conectam participantes em mercados de múltiplas partes, estabelecem regras para tais interações e fazem uso de sistemas algorítmicos para coletar e analisar dados e personalizar seus serviços.

b) Aplicabilidade da regra geral de restrição judicial

68. Os instrumentos internacionais não fornecem muitas orientações sobre como os juízes devem exercer sua liberdade de expressão online. O consenso comum, endossado pelo CCJE, é que o dever geral de restrição judicial se aplica. Isso significa que os juízes devem evitar expressar opiniões ou compartilhar informações pessoais online que possam potencialmente minar a independência e imparcialidade judicial, o direito a um julgamento justo ou a dignidade do cargo e a autoridade (e confiança pública) do judiciário. Para esse fim, os juízes devem mostrar cautela em seu uso das redes sociais. Como afirmou o Relator Especial da ONU sobre a Independência de Juízes e Advogados, aplicar a restrição judicial às comunicações nas redes sociais não significa que os juízes tenham que se afastar da vida pública que ocorre nas redes sociais.

69. Exceto por algumas exceções, a comunicação privada não deve estar sujeita a restrições à liberdade de expressão. Comunicação privada é entendida como ocorrendo bilateralmente ou em um grupo fechado ao qual o acesso deve ser permitido pelo juiz, incluindo serviços de mensagens pessoa a pessoa ou grupos fechados em plataformas sociais.

c) Adaptação da conduta judicial aos desafios específicos da comunicação nas redes sociais

70. O uso das redes sociais traz novos desafios e preocupações éticas relacionadas à adequação do conteúdo publicado e à demonstração de viés ou interesse. As redes sociais apresentam ampla acessibilidade e transmissão, o que implica maior escrutínio do conteúdo publicado. As redes sociais possuem capacidade de armazenamento permanente, o que aumenta o risco de perfilagem. Elas contêm comunicações pessoais em forma escrita, o que aumenta o risco de mensagens privadas serem publicadas sem permissão, bem como o risco de distorção do conteúdo nas comunicações subsequentes. A comunicação é rápida e direta, o que pode levar os juízes a publicar postagens imprudentes. Ações como “curtir” ou encaminhar informações apresentadas por outras pessoas podem parecer relativamente pequenas e informais, mas se qualificam como expressões regulares da opinião de um juiz. Ao contrário da mídia tradicional, as redes sociais não possuem um filtro de conteúdo, o que permite que os juízes publiquem qualquer coisa que venha à sua mente.

71. Esses riscos específicos exigem que um juiz exerça cautela especial em sua comunicação nas redes sociais. O CCJE observa um risco significativo de que compartilhar conteúdo pessoal possa prejudicar a reputação de um juiz ou do judiciário como um todo. Portanto, os juízes não devem se envolver em trocas de mensagens em sites de redes sociais ou serviços de mensagens com as partes, seus representantes ou o público em geral sobre casos em andamento ou que possam vir a ser decididos por eles. Eles devem ser cautelosos em relação ao risco de distorção, incluindo declarações em grupos fechados. Eles devem ter cuidado ao criar um “perfil” por meio de seus comentários que dê a impressão de falta de abertura e objetividade em relação a determinados assuntos. A mesma ideia vale para os grupos de plataformas sociais aos quais eles aderem, as pessoas que seguem e os comentários que “curtem” ou “retweetam”, pois quanto mais parciais essas ações forem, mais as pessoas podem perceber que esses juízes não são independentes e imparciais. Ao participarem de uma discussão sobre seu trabalho como juiz, a proteção da autoridade e dignidade do cargo deve desencorajar os juízes de fazer comentários que questionem sua conduta adequada no desempenho de suas funções.

72. Os juízes devem garantir a autoridade, integridade, decoro e dignidade de seu cargo judicial. Eles devem estar cientes de que a linguagem, vestimenta, fotos e a divulgação de outros detalhes pessoais podem prejudicar a reputação do judiciário. Permitir que os juízes

compartilhem detalhes privados, como estilo de vida ou família, traz alguns riscos nesse sentido. Se uma expressão comprometer potencialmente a reputação do juiz ou do judiciário, isso deve ser avaliado à luz das circunstâncias do caso.

73. Os juízes não devem usar as redes sociais de forma que possa afetar negativamente a percepção pública da integridade judicial, como agir como influenciadores.

74. Os juízes devem considerar se algum conteúdo digital inadequado anterior à sua nomeação para o cargo possa prejudicar a confiança pública em sua imparcialidade ou minar a reputação do judiciário. Se sim, eles devem, se possível, remover esse conteúdo, seguindo as regras aplicáveis em sua jurisdição.

d) Sugestão de uso transparente das redes sociais (mediante permissão)

75. O dever de restrição judicial se aplica à comunicação nas redes sociais, independentemente de os juízes divulgarem sua identidade ou não. Não há base para impedir que os juízes usem pseudônimos. No entanto, pseudônimos não permitem comportamento antiético. Além disso, não mencionar o cargo judicial ou usar um pseudônimo não garante que o verdadeiro nome ou *status* judicial não se tornará público. Incluir um aviso em seus perfis de redes sociais de que todo o conteúdo ou opiniões são expressos em caráter pessoal não isenta os juízes de exercerem restrição.

e) Destacando a importância do treinamento dos juízes no uso das redes sociais

76. O CCJE destaca a importância de treinar todos os juízes em aplicativos de redes sociais e nas implicações éticas de seu uso em contextos pessoais e profissionais.

77. Deve ajudar os juízes a compreender em que medida a descrição lhes permite proteger sua segurança e cumprir suas obrigações de manter a independência e imparcialidade, a dignidade de seu cargo e a confiança pública na justiça. Compreender quais plataformas de mídia social estão em uso, como as várias plataformas de mídia social operam, que tipo de informação pode ser apropriada compartilhar em diferentes plataformas de mídia social e quais riscos e consequências potenciais a participação nessa comunicação em plataforma pode ter, seria uma área apropriada para o treinamento de juízes. O treinamento deve abranger aspectos

técnicos (como as diferentes configurações de privacidade das diferentes plataformas sociais) e aspectos de perfilagem e proteção de dados.

78. O Poder Judiciário deve fornecer treinamento para juízes recém-nomeados e para juízes permanentes de forma contínua. Associações de juízes podem contribuir para o treinamento, trocando e compartilhando conhecimentos e melhores práticas entre os juízes.

IX. Recomendações

1. Um juiz desfruta do direito à liberdade de expressão como qualquer outro cidadão. Além do direito individual de um juiz, os princípios da democracia, separação de poderes e pluralismo exigem a liberdade dos juízes de participar de debates de interesse público, especialmente no que diz respeito a assuntos relacionados à justiça.

2. Em situações em que a democracia, a separação de poderes ou o Estado de Direito estão ameaçados, os juízes devem ser resilientes e têm o dever de se manifestar em defesa da independência judicial, da ordem constitucional e da restauração da democracia, tanto em nível nacional quanto internacional. Isso inclui opiniões e pontos de vista sobre questões politicamente sensíveis e abrange tanto a independência interna quanto externa de juízes individuais e do Poder Judiciário em geral. Juízes que falam em nome de um conselho judicial, associação judicial ou outro órgão representativo do Poder Judiciário desfrutam de maior discricionariedade nesse sentido.

3. Além das associações de juízes, conselhos para o Poder Judiciário ou qualquer outro órgão independente, juízes individuais têm o dever ético de explicar ao público o sistema de justiça, o funcionamento do Poder Judiciário e seus valores. Ao promover o entendimento, a transparência e ajudar a evitar distorções públicas, os juízes podem contribuir para promover e preservar a confiança pública na atividade judicial.

4. Ao exercerem sua liberdade de expressão, os juízes devem ter em mente suas responsabilidades e deveres específicos na sociedade, e devem exercer restrição ao expressarem suas opiniões e pontos de vista em qualquer circunstância em que, aos olhos de um observador razoável, suas declarações possam comprometer sua independência ou imparcialidade, a dignidade de seu cargo ou colocar em risco a autoridade do Poder Judiciário. Em particular, eles devem abster-se de comentários sobre o mérito dos casos com os quais estão lidando. Os juízes também devem preservar a confidencialidade dos processos.

5. Como princípio geral, os juízes devem evitar se envolver em polêmicas públicas. Mesmo nos casos em que sua filiação a um partido político ou sua participação em debates públicos são permitidos, é necessário que os juízes se abstenham de qualquer atividade política que possa comprometer sua independência ou imparcialidade, ou a reputação do Poder Judiciário.

6. Os juízes devem estar cientes dos benefícios e riscos da comunicação midiática. Para esse fim, o Poder Judiciário deve fornecer treinamento para os juízes que os eduque sobre o uso da mídia, que pode ser uma excelente ferramenta para divulgação pública. Ao mesmo tempo, deve-se aumentar a conscientização de que, ao publicarem em mídias sociais, tudo o que eles publicam se torna permanente, mesmo depois de excluírem, e pode ser interpretado livremente ou até mesmo tirado de contexto. Pseudônimos não cobrem comportamento online antiético. Os juízes devem abster-se de publicar qualquer coisa que possa comprometer a confiança pública em sua imparcialidade ou entrar em conflito com a dignidade de seu cargo ou do Poder Judiciário.

7. Regras ou códigos de conduta relacionados à extensão da liberdade de expressão dos juízes e quaisquer limitações ao seu exercício devem ser elaborados pelos próprios juízes ou suas associações judiciais.