

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA

PAULA ADRIANA WAGNITZ

**Trajetórias e Decisões: uma análise das ADINS sobre união  
homoafetiva e fidelidade partidária no STF**

CURITIBA  
2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA

PAULA ADRIANA WAGNITZ

**Trajetórias e Decisões: uma análise das ADINS sobre união  
homoafetiva e fidelidade partidária no STF**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes, como parte dos requisitos à obtenção do título de Mestre em Ciência Política.

Orientador: Prof. Dr. Renato Monseff Perissinotto

CURITIBA  
2014

Catálogo na publicação  
Fernanda Emanóela Nogueira – CRB 9/1607  
Biblioteca de Ciências Humanas e Educação - UFPR

Wagnitz, Paula Adriana

Trajetórias e decisões : uma análise das ADINS sobre  
união homoafetiva e fidelidade partidária no STF / Paula  
Adriana Wagnitz – Curitiba, 2014.

101 f.

Orientador: Prof<sup>o</sup>. Dr<sup>o</sup>. Renato Monseff Perissinotto  
Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Setor de  
Ciências Humanas da Universidade Federal do Paraná.

1. Ministros (Carreira) - Supremo Tribunal Federal.2. Poder  
judiciário.

3. Casamento entre homossexuais.I.Título.

CDD 320

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

PAULA ADRIANA WAGNITZ

### **Trajetórias e Decisões: uma análise das ADINS sobre união homoafetiva e fidelidade partidária no STF**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciência Política no Curso de Pós-Graduação em Ciência Política, do Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Renato Monseff Perissinotto  
Departamento de Ciências Sociais, UFPR

Prof. Dr. Paulo Rovertto Neves Costa  
Departamento de Ciências Sociais, UFPR

Prof. Dr. Bruno Bolognesi  
Departamento de Ciência Política e Sociologia, Unila

**Curitiba, 14 de março de 2014**

## **AGRADECIMENTOS**

À minha família e, principalmente, à minha mãe Thelma Wagnitz pelo apoio durante todos esses anos de estudos e nas crises existências e de auto-conhecimento intrínsecas a um estudante universitário.

Ao meu orientador Prof. Dr. Renato Monseff Perissinoto pelo auxílio na construção desse trabalho.

Aos professores Paulo Costa e Bruno Bolognesi por terem aceitado participar dessa banca de defesa.

Aos meus amigos que tornaram esses dois anos de mestrado algo ainda mais especial e único, tanto ao compartilharmos risadas e alegrias quanto lágrimas e angústias.

## RESUMO

Este trabalho possui dois objetivos: de um lado, identificar a trajetória profissional dos ministros do Supremo Tribunal Federal, no período de 1891 a 2012, buscando saber se houve, ao longo do tempo, um aumento no número de carreiras exclusivamente jurídicas em detrimento das carreiras extra-jurídicas. De outro lado, procuramos analisar o conteúdo de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, referentes à união homoafetiva e à fidelidade partidária, com o intuito de identificar a natureza dos argumentos utilizados, se preferencialmente jurídicos ou extra-jurídicos. As nossas evidências consistem num banco de dados contendo informações bibliográficas de 149 ministros e em dados qualitativos retirados da análise das duas referidas Ações. A hipótese geral que norteia o trabalho é a da existência, ao longo do período aqui analisado, de um processo de institucionalização que reflete no modo de julgar da Corte.

**Palavras-chave:** trajetória profissional; análise decisória, Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

This work has two objectives: firstly, identify the professional trajectory of ministers of the Supreme Federal Court, between 1891 and 2012, investigating if, over the time, the number of exclusively legal careers has increased. Secondly, analyze the contents of two direct action of unconstitutionality on homo-affective union and party loyalty, trying to identify the nature of the arguments used, whether preferably legal or extra-legal. The data source was the biography of 149 ministers and the qualitative data from the two direct actions. The general hypothesis that guides the work is the existence, throughout the period under review, of an institutionalization process that reflects on the way the Court judges.

**Keywords:** professional trajectory; decision analysis, Supreme Federal Court.

## LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Organograma do Poder Judiciário .....	23
--	----

## LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Principais Instituições Superiores .....	39
Gráfico 2 – Variação Longitudinal das Instituições .....	41
Gráfico 3 – Entrada de Carreiras Exclusivamente Jurídicas .....	47
Gráfico 4 – Exercício de Cargos Políticos .....	48
Gráfico 5 – Cluster dos Nós sobre União Homoafetiva .....	70
Gráfico 6 – Cluster dos Nós sobre Fidelidade Partidária .....	79

## LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Institucionalização do Poder Judiciário nas Constituições Federais Brasileiras (1891-1988) .....	34
Quadro 2 – Região de Nascimento por Constituição .....	39
Quadro 3 – Tipo de Carreira por Constituição .....	44
Quadro 4 – Evolução dos Tipos de Cargo .....	45
Quadro 5 – Médias de Idade e Tempo de Carreira por Constituição .....	49
Quadro 6 – Mobilidade Geográfica por Constituição .....	52
Quadro 7 – Produção Intelectual, Atividade Docente e Associativismo .....	55
Quadro 8 – ADIN por Legitimado (1988 a 2012) .....	58
Quadro 9 – Conteúdo União Homoafetiva .....	61
Quadro 10 – Informações Gerais ADIN União Homoafetiva .....	71
Quadro 11 – Conteúdo Fidelidade Partidária .....	75
Quadro 12 – Informações Gerais ADIN Fidelidade Partidária .....	81

## SUMÁRIO

<b>1. Introdução .....</b>	<b>10</b>
1.1 Problema de pesquisa, objeto e justificativa .....	11
1.2 Metodologia .....	16
1.3 Lógica/estrutura do texto .....	19
<b>2. Do Poder Judiciário: organização formal e tema de pesquisa .....</b>	<b>21</b>
2.1 Estudos do Poder Judiciário .....	24
2.1 Perfil e trajetória como objetos de análises .....	24
2.1.2 Ações jurídicas concretas .....	27
2.2 Judicialização da política .....	29
<b>3. Perfil e trajetórias dos Ministros do STF .....</b>	<b>32</b>
3.1 Características gerais e formação .....	36
3.2 Trajetória profissional .....	43
3.3 Mobilidade geográfica .....	51
3.4 Produção intelectual e associativismo .....	54
<b>4. Ações Diretas de Inconstitucionalidade: uma análise de conteúdo .....</b>	<b>57</b>
4.1 União Homoafetiva (4277) .....	59
4.2 Fidelidade Partidária (3999) .....	73
4.3 Ativismo Judicial e Judicialização da Política? .....	82
<b>5. Considerações Finais .....</b>	<b>87</b>
<b>Referências Bibliográficas .....</b>	<b>91</b>
<b>Referências Webgráficas .....</b>	<b>93</b>

<b>Anexo 1 – Breve Glossário de Cargos .....</b>	<b>94</b>
<b>Anexo 2 – Categorização dos Cargos .....</b>	<b>98</b>
<b>Anexo 3 – Ficha ADIN União Homoafetiva .....</b>	<b>99</b>
<b>Anexo 4 – Ficha ADIN Fidelidade Partidária .....</b>	<b>101</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro ganha cada vez mais espaço como objeto de estudo na agenda de pesquisa da Ciência Política nacional. Seus temas de pesquisa podem ser os mais diversos, desde as formas pelas quais seus membros são recrutados e o levantamento dos perfis dos seus magistrados (Marengo e Da Ros, 2008; Werneck Vianna et al, 1997; Frederico Almeida, 2010), passando por suas carreiras (Bonelli, 2001), processos de socialização dentro das escolas de Direito (Engelmann, 2004; Medeiros, 2010), ações punitivas (Koerner, 2006), até mudanças mais gerais que ocorreram ou que vem ocorrendo no sistema judiciário (Castro, 1997; Sadek, 2004). Essas análises podem ainda acontecer entre os mais diversos níveis: municipal, estadual e/ou federal.

Apesar da abertura gradual em relação a tal objeto, ainda é perceptível inúmeras lacunas acerca do funcionamento, história e lógica da esfera jurídica, especialmente quando comparamos com a literatura e pesquisas internacionais que, tanto empírica quanto teoricamente, encontram-se mais avançadas.

Acreditamos que uma possível explicação para esse “atraso” na pesquisa do campo jurídico nacional – atraso esse visível quando comparamos com os estudos sobre Legislativo e Executivo brasileiros – deva-se a visão que prevaleceu por muitos anos, e reforçada pelo próprio discurso dos atores jurídicos, de que, ao contrário dos outros Poderes, o Judiciário é uma esfera única e exclusivamente profissional e autônoma, alheia a interesses e jogos políticos ou, no mínimo, possui um papel político tangencial.

Basta olhar com maior acuidade, entretanto, para perceber-se que o papel do Judiciário ao longo da história brasileira não é imune as questões de cunho político, como não poderia deixar de ser com uma organização dessa importância. Isso vale desde escolhas de nomes para compor a Suprema Corte, passando pelo exercício concreto da atividade jurídica com seus veredictos até as mudanças de relação entre os três Poderes, sobretudo com o Executivo.

Desse modo, atribuímos ao fim do regime militar e a elaboração da Constituição de 1988 – a qual, de todas as Constituições como veremos mais adiante em nosso trabalho, esclarece de modo mais detalhado o papel e responsabilidades da esfera jurídica – um início concreto da percepção de que o Poder Judiciário é em si mesmo um relevante ator político dentro do sistema brasileiro, especialmente quando falamos em um regime democrático, e como tal deve ser investigado e explorado.

### **1.1 Problema de pesquisa, objeto e justificativa**

Deste modo, o foco da nossa pesquisa encontra-se na alta cúpula do Poder Judiciário brasileiro, isto é, os ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal. Este interesse abre-se em duas frentes mais específicas: a primeira consiste em levantar o perfil sócio-ocupacional dos ministros de maneira longitudinal, com o intuito de verificar se ocorreu ou não a profissionalização de suas carreiras, componente fundamental de um processo maior denominado *institucionalização*.

A institucionalização de uma organização, de acordo com Polsby (2008), envolve três circunstâncias ou três indicadores empíricos: *i)* a organização é bem delimitada; *ii)* crescimento de sua complexidade; *iii)* critérios universais ao lidar com seus assuntos internos.

Diante disso, ao que se refeririam essas três pontuações tendo em conta o âmbito jurídico? O primeiro ponto refere-se ao endurecimento das barreiras e limites na organização, isto é, o recrutamento de seus agentes não ocorre de modo aleatório e livre, ao contrário, passa a ser predominante o recrutamento interno. Por exemplo, ao longo dos 121 anos que analisamos, os ministros selecionados possuíam uma trajetória profissional exclusivamente em postos jurídicos? Ou os limites da Corte foram paulatinamente sendo fortalecidos, acarretando em uma diminuição da presença de carreiras construídas em outras esferas, como a política e a administrativa? Tentaremos verificar tal ponto mais a frente.

O segundo aspecto acerca de uma maior complexificação diz respeito a uma espécie de especialização funcional, isto é, a uma separação clara das duas funções e papéis internos, divisão do trabalho e padrões de recrutamento demarcados. O terceiro ponto implica na existência de regras claras e universais que pautem as questões e demandas da organização. Acreditamos que um bom indicador para visualizar ambos os pontos sejam as Constituições Federais e a maneira como ao longo do tempo as funções e responsabilidades do Poder Judiciário e, mais especificamente da Suprema Corte, vão ficando mais claras e específicas. Tais mudanças serão apresentadas de modo mais aprofundado em outro momento.

Huntington (1975) identifica a institucionalização como um processo pelo qual uma organização adquire valor e estabilidade. Assim como Polsby, elenca requisitos para medir o nível dessa institucionalização; o primeiro consiste na *adaptabilidade* – quanto maior a adaptabilidade e menor a rigidez de uma organização, maior a sua institucionalização. Isto é, quanto mais velha (tanto na idade cronológica, quanto na passagem de gerações de dirigentes), e quanto maior sua adaptabilidade funcional (no sentido de ser adaptável ao seu meio e as mudanças dele oriundas), mais institucionalizada será uma organização.

O segundo requisito é a *complexidade-simplicidade*, onde uma maior complexidade (dentro da própria organização com a existência de subunidades e diferentes funções entre elas) sugere um maior nível de institucionalização.

Outro critério é a *autonomia-subordinação* que implica na independência em relação a outros agrupamentos e interesses sociais, especialmente tendo em vista que a organização possui seus próprios valores e interesses.

O último elemento é a *coesão-desunião*, sendo que uma alta institucionalização está diretamente ligada a uma organização coesa e unida, onde há um consenso entre seus membros acerca dos seus limites funcionais e seus procedimentos empregados.

McGuire (2004) também se propôs mensurar o fenômeno da institucionalização, porém a diferença foi no seu objeto de estudo: a Suprema

Corte dos Estados Unidos. Para tal, utilizou três componentes medidores desse processo: *i)* sua *diferenciação* e a construção de limites e fronteiras em relação a outras instituições; *ii)* sua *durabilidade*, resiliência e capacidade de se adaptar as mudanças necessárias; *iii)* existência de *autonomia* em suas decisões sem a interferência de outros sujeitos, especificamente, nesse caso, do governo federal.

Mesmo que a literatura clássica trate o fenômeno de institucionalização em um nível mais geral, que abarca toda uma organização, nosso objetivo não consiste em medir o grau de institucionalização em que o Supremo Tribunal Federal encontra-se, e sim, percorrer a trajetória profissional dos seus membros com o intuito de verificar se houve ou não a profissionalização de suas carreiras, ou seja, trataremos de uma etapa e requisito específicos de um processo maior que consiste na institucionalização do próprio Poder Judiciário. Poderíamos dizer que buscamos uma institucionalização da carreira jurídica dentro do STF.

A segunda frente ou problema de pesquisa versa sobre a ação efetiva e concreta dos ministros – agora apenas no período democrático –, tendo em vista seus pareceres jurídicos. Nas decisões e justificativas que apresentam em seus votos, os ministros empregam argumentos unicamente jurídicos? Será que um Poder Judiciário institucionalizado implica o não-emprego de ideias e impressões extra-jurídicas? Como são mobilizados tais argumentos? É possível divisarmos blocos argumentativos contrapostos? Essas são as principais questões e hipóteses dessa segunda etapa, cujo objetivo é ilustrar se, caso tenha ocorrido ao longo do tempo a profissionalização dos membros que formam a Suprema Corte, esse processo resultou em que, atualmente, as decisões e votos baseiem-se, exclusivamente, em argumentos jurídicos, uma vez que, em princípio, seria lógico pensar que carreiras específicas ao campo significam que seus julgadores irão pautar-se unicamente por requisitos legais, independentemente de quais interesses sociais estejam em jogo.

Por mais que a indicação dos seus membros consista em uma escolha política, já que é realizada pelo Chefe do Executivo, isso não implica, obrigatoriamente, que sua atuação também será política – o que valeria mais: a

lógica política da indicação ou a lógica profissional e jurídica do Poder Judiciário?

Ressaltamos, entretanto, que metodológica e empiricamente seria importante possuímos uma espécie de “grupo de controle” que nos possibilitasse comparar as decisões de um período de *alta* institucionalização do perfil profissional (profissionalização da carreira) com um período de *baixa* institucionalização do perfil profissional, por assim dizer. Infelizmente não conseguimos mobilizar essa comparação, não apenas pela dificuldade de acesso aos processos mais antigos, mas também por utilizarmos uma ação que foi formalizada apenas a partir de 1989, tendo assim um curto período de existência.

Mesmo com tal lacuna metodológica, a originalidade do nosso trabalho persiste, uma vez que almejamos comungar dois tipos diferentes de análises: a de perfil com a de comportamento. Tais estudos não são raros de serem encontrados separadamente, especialmente os que contemplam o perfil dos atores, contudo, são praticamente inexistentes as pesquisas que se propõem em combinar ambos.

Esclarecidas nossas intenções, podemos justificar a relevância de nossa investigação em três pontos, partindo de um mais geral para um mais específico.

A primeira consiste em enxergar o Supremo Tribunal Federal como um importante ator político, não pelo modo como são selecionados seus membros, mas devido a própria função política da Corte dentro do sistema que, pode não ser tão explícita ou tão formalizada como nas esferas do Executivo e do Legislativo – claramente duas arenas de luta política –, nem por isso minimiza seu importante papel político e, inúmeras vezes, legitimador de causas políticas. Sendo um dos três poderes que formam nossa república democrática, o Judiciário não está livre de pressões, interesses e julgamentos tanto internos quanto externos.

Dada sua relevância política, e aqui entra nossa segunda justificativa, é de suma importância investigar como é composto o Supremo – última instância

do Poder Judiciário –, quem são seus agentes, quais foram suas trajetórias profissionais e, particularmente no nosso caso, se ocorreu ou não a profissionalização de suas carreiras.

A última e principal justificativa consiste na importância de saber como decidem os ministros e, se em um contexto de alta institucionalização da trajetória profissional, o peso exercido pela política e outros interesses sociais nas decisões está altamente presente ou não. Se por um lado, ao tratarmos dos agentes, é possível percebermos uma maior presença de carreiras cada vez mais jurídicas, indicando, por sua vez, a profissionalização e institucionalização das trajetórias profissionais; por outro, ao tratarmos da Corte como uma organização em si, temos que sua politização é praticamente inevitável em um contexto democrático. Então, ao invés de empregarmos a profissionalização como antônimo da politização, o que nos interessa saber é o que prevalece em última instância: interesses e justificativas políticas – ou de forma abrangente extra-jurídicas –, ou os aspectos e argumentos estritamente jurídicos.

Reforçamos ainda dois pontos importantes e de destaque da nossa pesquisa: tratar os dados de perfil de modo comparado e com uma temporalidade mais abrangente, pois, apesar do crescente número de estudos brasileiros sobre a magistratura, são poucos aqueles que tratam o tema de maneira longitudinal, focando-se na maioria das vezes apenas no regime democrático. Acreditamos que para uma melhor compreensão do Poder Judiciário e seu papel na nossa democracia, é de suma importância entender as transformações pelas quais a instituição passou ao longo do tempo, transformando-a no que é atualmente. O segundo ponto consiste em tentar empreender um estudo que alia e apresenta tanto o perfil de uma elite quanto sua ação concreta; mesmo sendo um projeto ambicioso, acreditamos que é importante a tentativa de não restringir nossa pesquisa apenas ao levantamento de perfil, algo comum ao tratarmos de análises de elites.

Em suma, temos por objetivo perceber indícios da profissionalização da carreira da Suprema Corte – um dos pontos essenciais da institucionalização da organização judiciária – através do perfil sócio-ocupacional dos seus

ministros em um período de 121 anos, aliando a isso a análise qualitativa de dois processos referente ao período democrático e a nova Constituição de 1988. Isso devido a i) relevância de entender a trajetória dos agentes, ii) ganhos ao tratarmos o perfil das elites de modo longitudinal, iii) enriquecimento do trabalho ao empregar-se o exercício concreto de decisões, iv) entender o Judiciário como um ator político fundamental e tentar compreender qual é o seu papel na democracia brasileira.

## 1.2 Metodologia

Como já dissemos, nossa pesquisa consiste em duas etapas, levantamento de perfil e análise do conteúdo das decisões, sendo que para cada fase foram empregados metodologias diferentes.

A primeira etapa consiste no método quantitativo em que trata as informações pesquisadas de modo agregado. Elaboramos um banco de dados que possui como base as informações bibliográficas dos ministros encontradas no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Tal banco pode ser dividido em quatro eixos: *trajetória social*, abarcando informações sobre local e ano do seu nascimento e da sua morte, ocupações dos pais, cônjuge, e se possuiu familiares na carreira da magistratura; *formação superior*, contendo informações sobre a diplomação no Direito, assim como em cursos de pós-graduação; *trajetória profissional*, todos os cargos percorridos pelo indivíduo antes e depois de ser nomeado ministro do Supremo, tempo de carreira, se ocupou ou não a presidência da Corte, tempo como ministro, entre outras variáveis; *produção cultural e intelectual*, que contempla atividades intelectuais acerca do universo jurídico, literário e/ou jornalístico; por fim, *vida política e associativismo*, referente à filiação partidária, cargos de direção em associações de classe e participação em associações não-classistas.

Ao tratarmos da trajetória profissional, categorizamos cada cargo em quatro tipos/natureza: i) *jurídico* – advogado, amanuense, assessor jurídico, curador, desembargador, juiz, corregedor, promotor, procurador, pretor,

ministro em tribunais; ii) *político* – governador, deputado, senador, vereador, embaixador, ministro de Estado, reitor, chefe de gabinete, intendente, interventor; iii) *coercitivo* – coronel, major, delegado, chefe de polícia; iv) *administrativo* – assessor, inspetor, secretário de estado, conselheiro.<sup>1</sup>

A partir da junção desses tipos de cargo, classificamos também o tipo de carreira de cada ministro: a) exclusivamente jurídica, b) exclusivamente política, c) exclusivamente coercitiva, d) exclusivamente administrativa, e) jurídica-política, f) jurídica-coercitiva, g) jurídica-administrativa, h) política-coercitiva, i) política-administrativa, j) coercitiva-administrativa, k) jur-pol-coer, l) jur-pol-adm, m) jur-coer-adm, n) pol-coer-adm, o) múltipla: jur-pol-coer-adm.

Dois esclarecimentos são importantes nessa parte da pesquisa: iniciamos a coleta das biografias a partir dos ministros que compuseram a Corte a partir da Constituição de 1891 até os dias atuais (2012) com a Constituição de 1988. Apesar de nosso universo ser de 153 ministros, tivemos que desconsiderar quatro magistrados no período atual, uma vez que suas biografias oficiais ainda não estão disponíveis no sítio do Supremo Tribunal. Deste modo analisaremos 149 ministros.

O outro esclarecimento consiste no modo em que tratamos os dados de maneira longitudinal. Optamos por dividir nosso banco de acordo com as Constituições Federais, uma vez que, além de percebermos mudanças, acréscimos e esclarecimentos acerca do papel e funções jurídicas entre elas, as Cartas também expressam formalmente transformações do próprio regime político. Dessa forma, utilizamos as Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988 como marcos temporais.

Dessa forma, o período de 1891 a 1933 abarca a Constituição de 1891, contando com 68 ministros que ingressaram na Suprema Corte nessa época. A Constituição de 1934 conta com 3 magistrados, a de 1937 com 13, 1946 com 20, 1967 com 28 e a constituição de 1988 com 17.

A Constituição de 1934, entretanto, possui um *N* muito baixo, podendo gerar uma ideia de desproporcionalidade quando formos apresentar as

---

<sup>1</sup> Ver anexo 1 com a lista de cargos, ver anexo 2 com um pequeno glossário de cargos.

frequências e resultados dos dados em nossas tabelas. Diante disso, para fins unicamente analíticos, resolvemos agregar os ministros que pertenceram a Constituição de 1934 com os do período de 1937, totalizando 16 ministros, apesar das diferenças qualitativas de ambas as Constituições e seus respectivos contextos políticos.

Na segunda etapa utilizamos o método qualitativo em dois processos que podem ser ilustrativos de como são mobilizados os argumentos, tanto jurídicos como extra-jurídicos, uma vez que escolhemos a ADI 4277 que trata sobre a questão da união homoafetiva, e a ADI 3999 sobre a legitimidade do Tribunal Superior Eleitoral em decidir casos sobre fidelidade partidária. As chamadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADINS) foram criadas com a Constituição de 1988, e possuem como peculiaridade o fato de serem de responsabilidade única e exclusiva do Supremo Tribunal Federal, cujo objetivo é declarar a inconstitucionalidade de determinada lei. Tais ações só podem ser propostas por pessoas e/ou entidades específicas: Presidente da República; mesa do Senado Federal; mesa da Câmara dos Deputados; mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; governador de estado ou do Distrito Federal; procurador-geral da República; conselho federal da ordem dos advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe no âmbito nacional.

A escolha de ambos os processos justifica-se por mobilizarem importantes interesses sociais e políticos. A questão sobre a união homoafetiva suscita discussões e defesas de vários setores sociais, desde religiosos e conservadores, até defensores de um conceito mais amplo do que é uma família. Já o segundo caso sobre a fidelidade partidária, incorre sobre os limites entre os Poderes democráticos e a usurpação ou não de matéria legislativa por um órgão do Poder Judiciário.

Assim, até que ponto a decisão dos ministros do STF em cada caso consegue manter-se pautada estritamente por questões legais? Acreditamos que casos onde há assuntos mais polêmicos e delicados sejam mais propensos a envolverem justificativas mais abertas e subjetivas, mesmo que

seus membros tenham tido uma trajetória marcada pela lógica jurídica. Em suma o que temos é um campo de luta simbólica em que diversos interesses estão em jogo, não apenas das partes que iniciam os processos (requerentes) e da parte que é julgada (requerido), mas inclusive os interesses da própria Corte e o que ela acredita que seja sua função e sua responsabilidade.

### **1.3 Lógica/estrutura do texto**

No primeiro capítulo apresentaremos nosso estado da arte acerca do Poder Judiciário, assim como estudos que tratam sobre profissionalização, perfil e ações concretas da elite judiciária, tanto casos nacionais como estrangeiros.

Em seguida no capítulo dois iniciaremos a apresentação dos nossos achados empíricos, especificamente da parte quantitativa. Esse capítulo é subdividido de acordo com as próprias divisões gerais do nosso banco de dados, com informações sobre: características adstritas, formação acadêmica, trajetória profissional (antes e depois do ingresso no Supremo), mobilidade geográfica, produção intelectual, filiação política e associativismo.

Na terceira parte ingressamos com os dados qualitativos. Serão apresentados os argumentos de cada ministro envolvido nas duas Ações de Inconstitucionalidade, tentando, ao final, conjugarmos o tipo de carreira com o perfil decisório.

Com a conclusão retomaremos os achados e resultados de nossa pesquisa, sempre com o intuito de descobrir e alocar onde se encontra o Poder Judiciário na democracia brasileira, qual é seu papel e sua função, não apenas como o Poder representante e atuante da justiça, e sim como uma das pontas da tríade de atores políticos fundamentais em nossa sociedade: Executivo, Legislativo e Judiciário. Mais especificamente, buscamos descobrir como a Suprema Corte pós-Constituição de 1989 que, ao mesmo tempo em que é um ambiente altamente institucionalizado, e não apenas em relação ao perfil de

seus membros, é também permeado por diversas questões e interesses políticos, decidem seus processos.

## **2. O PODER JUDICIÁRIO: organização formal e tema de pesquisa**

O Estado brasileiro, formal e legalmente, é separado por três Poderes: Legislativo (elaboração das leis do Estado), Executivo (implementar e executar as leis) e Judiciário (julgar de acordo com as leis e normas constitucionais).

O Poder Judiciário possui suas competências divididas entre as esferas estadual e federal. A Justiça Estadual compete a cada um dos 26 estados brasileiros e do Distrito Federal, sendo composta pelos Juízes Estaduais (chamados também de Juízes de Direito) que atuam na primeira instância, e pelo Tribunal de Justiça (TJ) com os desembargadores atuando na segunda instância. É sua responsabilidade julgar todas as causas que não pertencem a outros órgãos jurisdicionais, representando com isso o maior volume de litígios do Brasil.

No âmbito federal, temos a Justiça Federal da União composta pelos juízes federais (atuação de primeira instância) Tribunais Regionais Federais (TRF; segunda instância), sendo responsável por julgamentos de crimes políticos e infrações penais praticadas contra bens, serviços ou interesses da União, processos que envolvam Estado estrangeiro ou organismo internacional contra município ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil, causas baseadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional e ações que envolvam direito de povos indígenas.

A Justiça da União possui três ramos especializados. A Justiça do Trabalho formada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST; atuação de ministros) e pelos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT; atuação de juízes trabalhistas em primeira instância). Está sob sua responsabilidade julgar conflitos individuais e coletivos entre trabalhadores e patrões, incluindo aqueles que envolvam entes de direito público externo e a administração pública direta e indireta da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

O segundo ramo é a Justiça Eleitoral que regulamenta os procedimentos eleitorais, garantindo o direito constitucional ao voto direto e sigiloso, assim como compete organizar, monitorar e apurar as eleições, bem como diplomar

os candidatos eleitos. Os juízes eleitorais atuam na primeira instância e nos Tribunais Regionais Eleitorais (TRE), e os ministros no Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

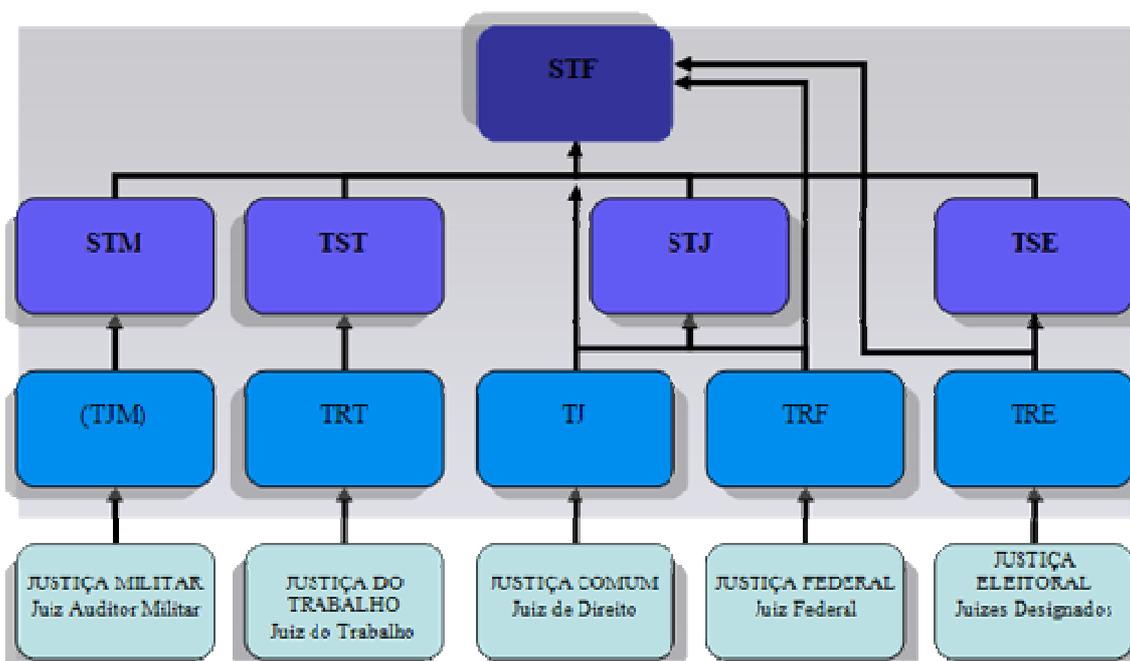
A Justiça Militar integra o último ramo, onde os juízes militares atuam na primeira e na segunda instâncias, sendo que o Supremo Tribunal Militar (STM) fica sob responsabilidade de ministros. Todos os crimes militares são julgados nessa esfera.

Há ainda dois Tribunais Superiores. O Supremo Tribunal de Justiça (STJ) é composto por 33 ministros escolhidos pelo presidente da República por meio de uma lista tríplice elaborada pela própria Corte, além de que um terço desses ministros tem que ser originários dos juízes dos Tribunais Regionais Federais, um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça e outro terço, alternadamente em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal. É responsável por guardar a uniformidade da interpretação das leis, julgando as causas – decididas pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos estados e Distrito Federal – que contrariem lei federal ou deem a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal.

O Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão máximo do Poder Judiciário Brasileiro, sendo composto por 11 ministros indicados pelo Presidente da República e com aprovação do Senado Federal. Entre suas competências está a de apreciar pedidos de extradição requerida por Estado estrangeiro, julgar pedido de *habeas corpus* de qualquer cidadão brasileiro e, julgar causas onde há alegação de violação da Constituição Federal por meio das chamadas ações diretas de constitucionalidade, um instrumento jurídico próprio desse órgão, cuja importância e exclusividade tornou-o um dos nossos objetos de estudo.

O organograma do Poder Judiciário Brasileiro possibilita uma melhor visualização da distribuição desses diversos órgãos:

**FIGURA 1 – ORGANOGRAMA DO PODER JUDICIÁRIO**



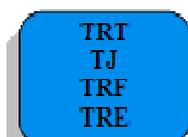
Fonte: ALBERGARIA, Bruno. Instituições de Direito. São Paulo: Atlas. 2008



Supremo Tribunal Federal. Última instância. Analisa as causas de matéria constitucional.



Tribunais Superiores ou 3ª instância. (Superior Tribunal Militar, Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral). Geralmente analisa em grau de recurso ordinário e especial matéria infraconstitucional.



Tribunais Regionais ou de 2ª instância. (Tribunal de Justiça, Tribunal Regional do Trabalho, Tribunal Regional Federal, Tribunal Regional Eleitoral). Analisam em grau de recurso ordinário processos oriundos da 1ª instância.



Justiça de 1º grau ou 1ª instância. (Justiça Militar, Justiça do Trabalho, Justiça Comum, Justiça Federal e Justiça Eleitoral).

Existe também o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) cujas funções restringem-se a questões administrativas, sem qualquer atividade jurisdicional. Possui o intuito de controlar a atuação administrativa e financeira dos órgãos do poder Judiciário e supervisionar o desempenho funcional dos juízes.

Feita a apresentação da organização e distribuição formal do Poder Judiciário brasileiro, apresentaremos em seguida alguns estudos relativos a essa esfera; pesquisas cujo foco foi dos mais diversos, desde perfil de seus membros e de sua alta cúpula, até questões sobre decisão, assim como a investigação e formulação do que atualmente denomina-se *judicialização da política*.

## **2.1 Estudos sobre o Poder Judiciário**

### **2.1.1 Perfil e trajetória como objetos de análises**

É possível encontrar vários estudos sobre o perfil da elite judiciária, tanto nacionais quanto internacionais. Steffensmeier e Hebert (1999) e Steffensmeier e Britt (2001) ao analisarem em que medida o perfil – o sexo e a raça, respectivamente – influencia a sentença dos magistrados americanos, distinguiram dois modelos explicativos possíveis acerca da decisão jurídica: a *posição individual*, para a qual juízes brancos e negros ou juízes do sexo masculino e feminino julgaram de modo contrastante, pelo simples fato de serem diferentes entre si, uma vez que tal diferença – em viver como um negro ou viver como uma mulher – implica em experiências, perspectivas e responsabilidades divergentes daquelas dos brancos e dos homens. Já o modelo *organizacional* defende que o treinamento profissional e os constrangimentos comuns impostos pela instituição e/ou organização sobrepõem-se aos valores, percepção e diferenças psicológicas ou de experiências vivenciadas entre as raças ou entre os sexos, ou seja, o que realmente conta é a tradição e os valores da profissão.

Esclarecem também que os estudos sobre *backgrounds* jurídicos indicam certo compartilhamento de características e experiências similares entre os juízes, sendo que tais similaridades são reforçadas pelo processo de socialização jurídica e que, por sua vez, a aderência a determinadas normas e práticas são encorajadas nos magistrados pelos seus colegas de ofício.

Apesar das variáveis *sexo* e *raça* não serem possíveis de serem aplicadas no nosso caso específico, uma vez que, no universo dos 134 ministros que compuseram o Supremo Tribunal nos últimos 118 anos, apenas um pertence à cor negra (Joaquim Barbosa) e há a presença de apenas três mulheres (Ellen Gracie, Carmen Lúcia e Rosa Weber), as conclusões nos são úteis já que, utilizando-se não apenas do perfil, mas também de penas proferidas em sentenças, Steffensmeier, Hebert e Britt concluíram que há maior predomínio do modelo explicativo organizacional, isto é, prevalecem mais os padrões socioculturais do sistema do que as características individuais dos juristas.

Diante disso, é no mínimo plausível indagarmo-nos se magistrados de carreira (com uma trajetória unicamente percorrida dentro do espaço jurídico) possuem um “apego” maior as justificativas com argumentos estritamente jurídicos durante seus votos, e se o contrário é verdadeiro, ou seja, se ministros que ocuparam postos em outras esferas profissionais sentem-se mais a vontade para empregarem argumentos extra-jurídicos.

Entre os diversos estudos de elites existentes – independentes se são sobre elites políticas, jurídicas, econômicas, burocrática, etc. –, consideramos que ambas as pesquisas que apresentaremos logo abaixo foram as que mais contribuíram para a construção da nossa própria pesquisa, especialmente no sentido de que informações deveríamos nos preocupar em investigar.

Um dos principais estudos brasileiros sobre o perfil dos atores jurídicos é o de Wernneck Vianna (1997), cujo objetivo foi mapear características como sexo, idade, escolaridade, parentesco, questões de mobilidade geográfica e suas trajetórias profissionais. Além do levantamento dessas informações, o diferencial dessa pesquisa consistiu na análise das atitudes e opiniões dos

magistrados frente a questões sobre o Estado, equidade, intervenção e organização do Poder Judiciário, assim como associativismo na magistratura.

Em relação a faixa etária e gênero, conclui-se que há tendência de recrutar-se juízes mais jovens, com elevada taxa na região Sul; assim como possuir um número mais elevado de mulheres na magistratura, especialmente em se tratando da Justiça do Trabalho e das regiões Norte e Sul do país.

A origem familiar dos magistrados mostrou-se heterogênea ao longo do tempo, com presença do pai tanto com escolaridade baixa e ocupação não qualificada, quanto com formação superior e ocupação em altos escalões. O que transforma ao longo do tempo é a escolaridade materna, elevando-se quase em 20% a taxa de diplomadas no ensino superior.

Em relação à mobilidade social, constatou-se que tais magistrados não possuem suas origens familiares com o que Wernneck Vianna denominou de “cultura de elite sedimentada e com situação de *status* estabilizada” (p. 112). O que há é uma tendência de os juízes serem recrutados, nos últimos anos, em famílias com alta escolaridade e inserção no setor público, principalmente quando se trata de magistradas, assim como elevada mobilidade social em só uma geração.

Entre outros achados, está o concernente à mobilidade espacial, verificando-se um aumento dos juízes que ingressaram na magistratura em um estado diferente da sua formação e nascimento, indicando certa “federalização” da magistratura.

Já a pesquisa de Marengo e Da Ros (2008) tratou mais especificamente da cúpula judicial (Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal), analisando o recrutamento desses ministros (endógeno ou exógeno), a relação entre seus perfis e o período político, assim como questões de mobilidade geográfica. Assim como é nosso intuito, ambos os autores utilizam-se de uma análise temporal para observar possíveis transformações no perfil desses magistrados, sendo que a principal contribuição dessas análises para a nossa pesquisa é exatamente a noção de que a profissionalização da carreira desses

atores compõe uma etapa fundamental ao fenômeno da institucionalização da organização.

Em relação aos seus resultados sobre o Supremo Tribunal de Justiça (1829 a 1890) e o Supremo Tribunal Federal (1891 a 2006), verificaram-se três grandes mudanças em relação aos padrões de carreira dessa elite: i) redução da mobilidade territorial (envolvendo estados de nascimento, formação superior e da carreira profissional); ii) diversificação das instituições que ofertam cursos de Direito, contribuindo para carreiras mais fixas ao estado de origem do ministro; iii) paulatino crescimento de ministros com trajetórias profissionais de cunho exclusivamente jurídico.

Ambos os estudos, de Wernneck Vianna e de Marengo e Da Ros, iluminaram quais variáveis são as mais relevantes para nossos objetivos: as informações referentes ao perfil – estado de origem, estado de formação, atividade dos pais, associação, produção intelectual – e, principalmente, informações acerca da trajetória profissional – cargos ocupados, estado dos cargos, início da vida profissional pública, tipo de carreira, etc.

Dessa forma, poderíamos encarar os ministros como uma espécie de “mediadores de modelos institucionais” (ENGELMANN, 2008), isto é, o perfil desses agentes possibilita a visualização de traços e configurações institucionais, superando a clássica dicotomia entre instituições e indivíduos.

### **2. 1. 2 Ações jurídicas concretas**

As investigações norte-americanas são fundamentais e pioneiras no tema dos estudos jurídicos. Ao estudar a Suprema Corte nos Estados Unidos, Dahl (1957) coloca em pauta em que medida uma corte pode e de fato emprega decisões políticas por meio de critérios que não são exclusivamente “legais”, em especial a Suprema Corte, uma vez que, em muitas ocasiões seus membros necessitam decidir sobre casos nos quais os critérios legais não

apresentam uma solução que de fato corresponda com a realidade, além da existência de passagens muito genéricas e ambíguas na Constituição.

Questiona-se se é possível falar que determinados grupos são beneficiados em relação a outros pela Suprema Corte, investigando assim se tal Corte *i)* privilegia uma minoria ao invés da maioria dos cidadãos, *ii)* vai de acordo com a preferência majoritária ao invés da minoritária ou, *iii)* dá preferência a uma minoria em relação a outra minoria. O autor conclui que, do mesmo modo de outras lideranças políticas, a Corte caracteriza-se pela barganha entre minorias opostas, sendo essencial no contexto político de alianças, uma vez que presta legitimidade tanto à aliança política dominante, como aos padrões básicos de comportamento necessários a uma democracia.

Zorn e Bowie (2007) fizeram um estudo piramidal das decisões judiciais nos Estados Unidos, cujo objetivo era verificar a influência de fatores políticos nos votos dos juízes, através da comparação entre os diferentes níveis da hierarquia jurídica nacional. Partindo do Postulado Hierárquico que defende que “a influência de preferências políticas nos juízes aumenta de acordo com cargos mais altos na hierarquia jurídica” (ZORN; BOWIE, 2007, p. 8, tradução nossa), os autores confirmaram essa hipótese ao concluírem que juízes de instâncias mais baixas sofrem maior imposição de fatores institucionais que, por sua vez, restringem de modo mais eficaz a presença de preferências políticas, o que se mostra mais fraco entre os juízes de tribunais de esferas mais altas.

Tomando como base esses estudos para o caso brasileiro, os ministros do Supremo Tribunal Federal, dentro da hierarquia jurídica, seriam os atores jurídicos com maior liberdade para inserirem critérios políticos e extra-legais nas decisões judiciais. Contudo, acreditamos que, caso isso de fato ocorra, deve-se não apenas a uma baixa restrição a sua atuação, mas ao próprio papel que é destinado a essa Corte dentro do sistema político-democrático brasileiro. A seguir apresentaremos o conceito e alguns estudos que versam sobre este “novo papel” do Poder Judiciário.

## 2.3 Judicialização da política

Ao falar-se da ação atuação e decisão efetiva dos magistrados no Brasil, um conceito que ganha cada vez mais espaço e importância é o de *judicialização da política*. Esse fenômeno envolve a expansão do poder e atuação do Judiciário, cada vez mais envolvido na *policy-maker*, especialmente sob a noção de um funcionamento falho ou insuficiente do Executivo e Legislativo. Ademais, possui dois aspectos fundamentais:

(1) um novo "ativismo judicial", isto é, uma nova disposição de tribunais judiciais no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais (muitas dessas questões até recentemente ficavam reservadas ao tratamento dado pelo Legislativo ou pelo Executivo); e (2) o interesse de políticos e autoridades administrativas em adotar (a) procedimentos semelhantes ao processo judicial e (b) parâmetros jurisprudenciais em suas deliberações (muitas vezes, o judiciário é politicamente provocado a fornecer esses parâmetros) (VALLINDER, 1995 apud CASTRO, 1997).

Apesar da crescente difusão desse conceito, o mesmo nem sempre é unânime entre os estudiosos como apontam Maciel e Koerner (2002). Por exemplo, enquanto os estudos de Arantes dirigem-se a uma separação dos três poderes no Brasil, sendo o Judiciário limitado à aplicação das leis e sem papel nas decisões legislativas, os estudos de Werneck Vianna dirigem-se para um modelo de cooperação e complementaridade entre os poderes na formulação de decisões políticas.

Um estudo empírico que trata sobre a *judicialização da política*, mais especificamente no Supremo Tribunal Federal, é o de Castro (1997), o qual entende que os profissionais do Direito desempenham um importante papel na

política democrática, sendo que essa “judicialização” trata exatamente da questão política da ação das cortes judiciais. Esse processo possui duas frentes ao tratar-se do STF: os pronunciamentos *não-jurisditionais* de juízes que tocam em assuntos políticos – políticas governamentais, por exemplo; e as *ações jurisdicionais* que cada vez mais envolvem confrontos institucionais – os partidos políticos são uma das possibilidades. Através da análise de acórdãos, Castro conclui que os resultados jurisprudentes do Supremo possuem um forte caráter de proteção de interesses privados, contrapondo-se à implementação de políticas públicas.

Através da análise constitucional de 1988, Sadek (2004) visualiza a transformação do papel do Poder Judiciário brasileiro. Este deixa de ser um mero provedor de garantias legais, e passa a assumir um papel de realizador de justiça social e promoção de direitos, congregando ideias de igualdades social, econômica e cultural, assim como questões mais concretas sobre o social, a política e a economia, esmaecendo, com isso, a fronteira entre política e Direito. Deste modo, tal Poder passa a ter uma importante função política e atuação pública, tornando-se uma arena de confrontação de forças políticas.

Carvalho (2004) também analisa se as condições necessárias para o surgimento da *judicialização da política* estão presentes no Brasil, entre elas a democracia (elemento importante, mas não determinante), separação dos poderes (pós-Constituição de 1988), direitos políticos (formalmente reconhecidos), utilização dos tribunais por grupos de interesse (a partir de análises de ações diretas de inconstitucionalidade percebeu-se que há uma efetiva participação desses grupos), uso dos tribunais por parte da oposição (uso de tais ações diretas como instrumento de contestação pública e, uso dos tribunais para frear e inviabilizar certas alterações pela oposição), e, por fim, inefetividade das instituições majoritárias (ineficiência frente às demandas sociais e inércia dos políticos). A conclusão do autor é que muitas dessas condições que propiciam a expansão do poder judicial estão presentes no caso brasileiro.

Apresentadas essas várias formas de encarar e estudar o Poder Judiciário, as pesquisas acerca do perfil dos magistrados foram essenciais para

traçarmos e entendermos a trajetória dos ministros do Supremo Tribunal, entre 1891 a 2012, apresentada na primeira parte empírica do trabalho. Questionamos quem são esses atores que compõem a Suprema Corte, qual foi o caminho percorrido para serem selecionados.

As questões sobre judicialização da política e ativismo judicial serão pertinentes a segunda parte empírica do nosso trabalho, onde apresentaremos duas decisões efetivas realizados pelos ministros da Corte, a luz dos tipos de argumentos empregados.

### 3. PERFIL E TRAJETÓRIA DOS MINISTROS DO STF

A criação de cada nova Constituição Federal brasileira ao longo dos anos poderia ser um fator que, juntamente com modificações no perfil de uma elite jurídica, indica mais uma das etapas (o que Polsby e Huntington chamariam de *complexificação*: existência de subunidades para este e especialização funcional para aquele) que acarretam no processo de institucionalização e profissionalização longitudinal do Poder Judiciário? Acreditamos que a resposta a tal indagação seja positiva.

Nossa pesquisa abarca o período de seis Constituições. A primeira foi elaborada desde 1889, entrando em vigor dois anos depois em 1891. Com inspiração na Constituição estadunidense, foi marcada pela separação dos três Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – e a abolição do Poder Moderador, assim como a escolha de um sistema presidencialista. Apesar da influência da Carta dos Estados Unidos, a Constituição brasileira não manteve de forma integral os princípios liberais democráticos existentes naquela, especialmente devido à atuação e pressão das oligarquias latifundiárias.

A próxima Constituição é a de 1934, resultado da Revolução Constitucionalista de 1932 e considerada progressista em comparação com a Carta anterior. O voto tornou-se secreto, obrigatório para maiores de 18 anos e a possibilidade das mulheres votarem. Previu a criação das Justiças do Trabalho e Eleitoral, assim como a nacionalização dos bancos e empresas de seguro. Apesar do intuito de reorganizar a República Velha, essa Constituição durou apenas três anos e acabou que não transformou de maneira concreta a realidade, especialmente porque manteve o Brasil como um país republicano-democrático, liberal e federativo.

A Carta de 1937 marca o início do Estado Novo implementado por Getúlio Vargas. Inspirada na Carta autoritária da Polônia, a Constituição de 37 foi a primeira de caráter autoritário no Brasil, concentrando os poderes executivo e legislativo na figura do Presidente da República. Há também eleições indiretas para um mandato de seis anos do Presidente, fim do

liberalismo e do direito de greve ao trabalhador, admitiu a pena de morte. Desse modo, essa Constituição marcou uma república autoritária, privilegiando os interesses dos grupos políticos que situavam-se do lado do Presidente e a favor de um governo centralizador e forte.

Em 1946 retoma-se um caráter constitucional liberal-democrático, reativando as liberdades expressas na Constituição de 1934. Todos são iguais perante a lei, liberdades de manifestação, consciência e de crença, separação dos três poderes, extinção da pena de morte. Marcada por seu avanço democrático e de liberdades individuais do cidadão, com o golpe militar de 1964 sofreu inúmeras emendas que a descaracterizou. Com o Ato Institucional Número Um foi suspensa por seis meses e substituída em 1967.

A Constituição de 1967 teve como objetivo legalizar o regime militar iniciado com o Golpe de 1964. Caracterizou-se pela concentração do poder na esfera Executiva e papel quase que figurativo do Legislativo e do Judiciário. Essa Carta recebeu uma emenda – Emenda Constitucional Número 1 – no ano de 1969, que praticamente caracterizou-se como uma nova Constituição. Houve o aumento da centralização do Poder no Executivo, assim como a restrição das liberdades civis com a Lei de Segurança Nacional e a Lei de Imprensa. Afora o seu caráter autoritário, a Constituição teve inúmeras emendas e atos institucionais decretados pelo governo militar, reforçando seu contexto anti-democrático.

Com a redemocratização brasileira a partir de 1985, veio também a necessidade de uma Carta Constitucional condizente com o contexto de abertura política. A Constituição de 1988 é o resultado dessa nova fase, prezando pelas garantias constitucionais e efetividade dos direitos fundamentais, devendo o Poder Judiciário intervir quando houver ameaças a segurança de tais direitos – são os chamados *remédios constitucionais*, como por exemplo, o *habeas corpus* e mandado de segurança. Garante-se as eleições diretas para a Presidência da República, Governador, Prefeito, Deputados, Senador e Vereador, quesitos sobre responsabilidade fiscal e dispositivos que impeçam golpes de qualquer natureza. Essa atual Constituição

já sofreu um total de 72 emendas constitucionais, o maior número entre todas as Cartas.

**QUADRO 1 – INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS CONSTITUIÇÕES FEDERAIS BRASILEIRAS (1891-1988)**

Constituição 1891	Constituição 1934	Constituição 1937	Constituição 1946	Constituição 1967	Constituição 1988
Do Poder Judiciário	Do Poder Judiciário	Do Poder Judiciário	Do Poder Judiciário	Do Poder Judiciário	Do Poder Judiciário
	Da Suprema Corte	Do Supremo Tribunal Federal	Do Supremo Tribunal Federal	Do Supremo Tribunal Federal	Do Supremo Tribunal Federal
	Dos Juízes e Tribunais Federais	Da Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios	Do Tribunal Federal de Recursos	Dos Tribunais Federais de Recursos	Do Superior Tribunal de Justiça
	Da Justiça Eleitoral	Da Justiça Militar	Dos Juízes e Tribunais Militares	Dos Juízes Federais	Dos Tribunais Regionais Federais e dos Juízes Federais
	Da Justiça Militar		Dos Juízes e Tribunais Eleitorais	Dos Tribunais e Juízes Militares	Dos Tribunais e Juízes do Trabalho
			Dos Juízes e Tribunais do Trabalho	Dos Tribunais e Juízes Eleitorais	Dos Tribunais e Juízes Eleitorais
			Da Justiça dos Estados	Dos Juízes e Tribunais do Trabalho	Dos Tribunais e Juízes Militares
			Do Ministério Público	Da Justiça dos Estados	Dos Tribunais e Juízes dos Estados
				Do Ministério Público	Do Ministério Público
					Da Advocacia Pública
					Da Advocacia e da Defensoria Pública

Fonte: do autor, a partir de Brasil. Constituição Federal.

O quadro 1 acima mostra a disposição temática sobre a seção que trata do Poder Judiciário nas Constituições Federais. A Constituição de 1891 possui apenas 7 artigos que tratam do Poder Judiciário de modo genérico, sem a existência de seções específicas, caráter esse que muda com a Constituição de 34. Esta possui 24 artigos referentes não apenas ao Judiciário em geral, mas também a outras competências especiais, desde o papel da Suprema Corte (podendo ser composta por até 16 ministros) até a Justiça Militar, respectivamente.

Na Carta de 37 o número de artigos mantêm-se em 23, sem discorrer, contudo, sobre as responsabilidades da Justiça Eleitoral, provavelmente devido a estar-se em um regime autoritário. Com a Constituição de 1946 (34 artigos), os órgãos do Poder Judiciário aumentam, antes era composto pelo Supremo, pelos Tribunais dos Estados e pela Justiça Militar, agora passa a ser de sua responsabilidade não apenas a Suprema Corte e a Justiça Militar, mas também divide-se em Tribunal de Recursos, Tribunal Eleitoral e Tribunal do Trabalho. Apesar da Justiça do Trabalho já existir com a Constituição de 1934, foi somente com as normas constitucionais de 1946 que ela deixa de ser da esfera administrativa e passa a integrar o domínio jurídico. Pela primeira vez também aparece a institucionalização do Ministério Público, assim como a redução dos ministros que compõem a Suprema Corte, ao invés de dezesseis, são previstos onze indivíduos.

A Constituição de 1967 é composta por 32 artigos na parte em que trata do Poder Judiciário, sendo possível visualizar diversas alterações na redação de artigos e parágrafos, fruto do Ato Institucional nº 6 do ano de 1969, e uma alteração da Emenda Constitucional nº 7 de 1977 e outra realizada pelo Ato Complementar nº 40 de 1968.

A atual Carta Constitucional conta com 42 artigos, sendo a Constituição que mais especificou as atribuições e divisões do Poder Judiciário, incluindo, pela primeira vez, disposições acerca do Superior Tribunal de Justiça, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública.

Para Sadek (2004), o Poder Judiciário brasileiro possui duas facetas: a primeira consiste em um poder de Estado, no sentido de que o modelo presidencialista adotado pela Constituição de 1988 permite ao Judiciário e seus membros um agir político que independe dos interesses do Executivo e do Legislativo; a segunda faceta é a posição de uma instituição prestadora de serviços públicos.

Apesar de o ativismo judicial não ser exclusivo de sistemas presidencialistas, são nesses, contudo, que tal ativismo encontra sua máxima potencialidade, em razão de ser configurado como um Poder independente que versa sobre a constitucionalidade das leis e ações dos outros dois poderes.

Esse “novo Constitucionalismo democrático”, segundo Sadek, alavanca e expande o espaço de intervenção do Judiciário, especialmente com a própria constitucionalização de direitos e liberdades individuais e coletivos. Sendo assim,

[...] a Constituição de 1988 pode ser vista como um ponto de inflexão, representando uma mudança substancial no perfil do Poder Judiciário, alçando-o para o centro da vida pública e conferindo-lhe um papel de protagonista de primeira grandeza (SADEK, p. 81, 2004).

Dessa forma, nos atendo aos aspectos formais dos atributos e responsabilidades dirigidos ao Poder Judiciário, poderíamos identificar uma maior complexidade e delimitação dos encargos e deveres destinados à esfera jurídica, fator determinante, segundo Polsby, ao processo de institucionalização de uma organização. Essa especificação de tarefas e delimitação de fronteiras entre os Poderes, todavia, não faz com que o Judiciário seja um campo “despolitizado”, ao contrário, como sugere Sadek, a Constituição de 1988 marca o Poder Judiciário como um importante ator político dentro do sistema democrático.

### **3.1 Características gerais e formação**

Ao tratarmos de elite – entendida aqui como um grupo de atores que ocupam posições importantes e/ou de destaque na sociedade<sup>2</sup> – implica-se a ideia de que, enquanto certas pessoas foram “reprovadas” no caminho (a não-elite), um pequeno número de indivíduos *chegou lá* (formando parte da elite),

---

<sup>2</sup> Desta forma, podemos denominar como elite não apenas um grupo que ocupa postos formais e políticos importantes, como é o caso das elites política, administrativa e judiciária, mas que possui destaque dentro de sua área de atuação, como pode ser o caso das elites intelectual e artística ou alguma outra elite social.

isto é, de alguma forma foram selecionados para ocuparem um lugar de destaque nas suas atividades.

Sendo assim, os ministros que estudamos podem ser encarados como componentes de uma elite que se abre em duas vias: em primeiro como uma elite política, não apenas pela sua indicação ser uma escolha política do presidente da República, mas pelo próprio caráter decisório e papel da Corte dentro de um sistema político; em segundo porque esses ministros, com algumas exceções, formam uma elite profissional dentro da magistratura brasileira, uma vez que, como já destacamos anteriormente, o Supremo Tribunal é a instância máxima do Poder Judiciário brasileiro.

Resta-nos investigar então qual é, por um lado, o *perfil social* desse seleto grupo (origem geográfica, sexo, formação superior, produção intelectual) e por outro, qual foi a *trajetória profissional* percorrida por eles (idade de início em cargos públicos, número de cargos antes de se tornarem ministros, tipo de carreira, idade ao serem escolhidos para o STF, tempo de permanência na Corte, etc).

Historicamente as elites são conhecidas por serem integradas por um grupo homogêneo de indivíduos, especialmente ao tratar-se de características *adstritas* (Keller, 1967), onde seus membros são predominantemente homens, brancos e católicos.

A elite jurídica não difere do padrão, ao contrário, quando comparada com elites políticas e burocráticas mostra-se ainda mais fechada à heterogeneidade. Apesar de ainda serem sub-representadas, em 1995 foram criadas cotas para mulheres dentro dos partidos políticos a fim de incentivar uma maior participação feminina na arena política, em contraposição, em 123 anos de história, apenas três mulheres vestiram a toga do Supremo Tribunal Federal – mesmo que, segundo o último censo do IBGE de 2010, 63% dos títulos acadêmicos do ensino superior foram de mulheres – sendo Ellen Gracie Northfleet a primeira no ano 2000.

A quase inexistência da ala feminina aplica-se também a questão étnica. Joaquim Barbosa foi o primeiro ministro reconhecidamente negro na história

das composições da Suprema Corte, selecionado em 2003 pelo então presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Houve ainda dois outros ministros tidos como mulato claro (Pedro Lessa) e mulato escuro (Hermenegildo Rodrigues de Barros). Quanto à orientação religiosa, a informação foi praticamente inexistente.

Como se pode observar no quadro 2 abaixo, os indivíduos que se tornam ministros do Supremo são oriundos majoritariamente da região sudeste do país, seguidos pela forte presença de nordestinos e sulistas, respectivamente.

Apesar de o sudeste ser um grande “fornecedor” dessa elite jurídica, não houve uma predominância temporalmente absoluta de um estado em específico. No período que abarca a Constituição de 1891, São Paulo e Rio de Janeiro foram os que proveram a maior taxa de futuros ministros com 16,2% cada um; na época que abrange as Constituições de 1934 e 1937 quase metade dos magistrados nasceram no Rio de Janeiro (43,8%); já com as próximas Cartas Constitucionais há o predomínio dos mineiros com 30% de representatividade em 1946, 25% em 1967 e 29,4% com a última Constituição.

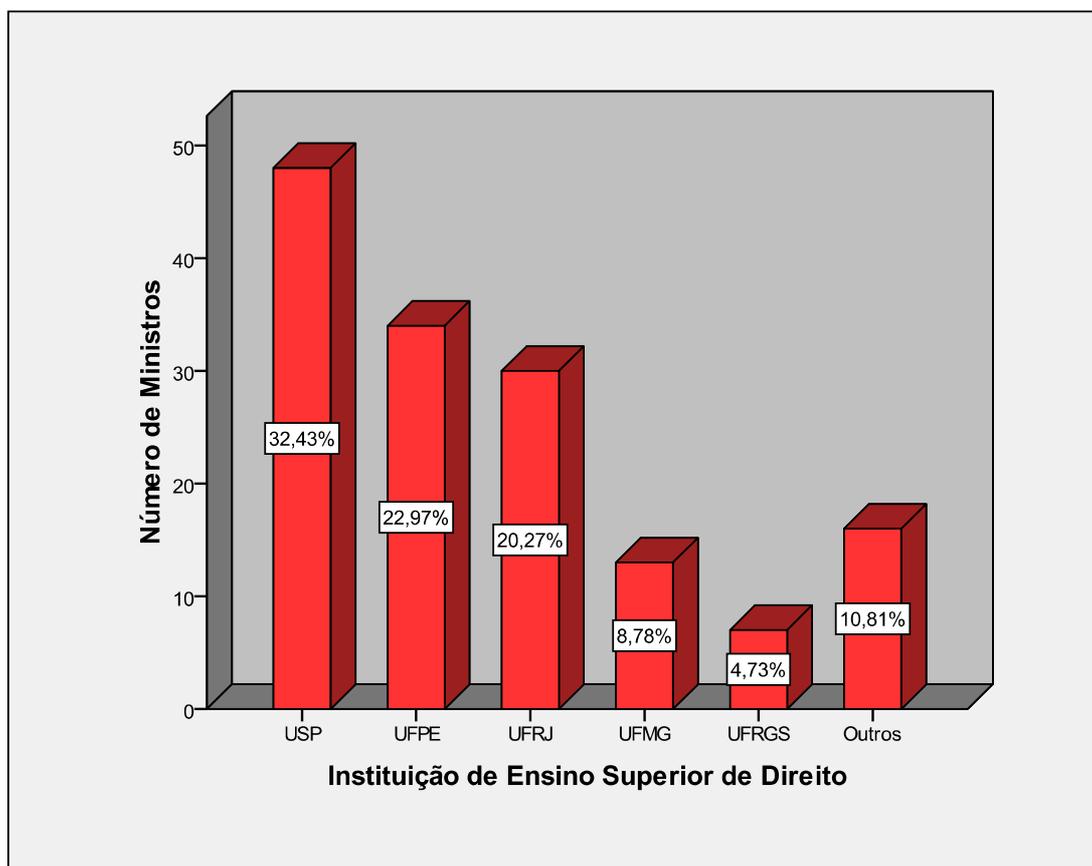
Dessa forma, os estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo são os maiores provedores de ministros, seguidos pelos estados do Nordeste, cuja presença diminui pela metade entre os períodos constitucionais de 1891 a 1967, além de uma gradual ascensão do sul do país, especificamente Rio Grande do Sul.

**QUADRO 2 – REGIÃO DE NASCIMENTO POR CONSTITUIÇÃO**

VARIÁVEL (%)	CONSTITUIÇÃO				
	Constituição 1891	Constituição 1934/1937	Constituição 1946	Constituição 1967	Constituição 1988
Região do país de nascimento	45,6% Sudeste	56,3% Sudeste	65% Sudeste	64,3% Sudeste	58,8% Sudeste
Região do país de nascimento	42,6% Nordeste	31,3% Nordeste	25% Nordeste	17,9% Nordeste	17,6% Sul
Região do país de nascimento	8,8% Sul	12,5% Sul	10% Sul	14,3% Sul	11,8% Nordeste

Fonte: do autor, a partir de Brasil. Supremo Tribunal Federal.

A mesma importância das regiões sudeste e nordeste mantém-se com os polos de formação superior. Em 121 anos do STF, só o sudeste bacharelou mais de 60% desses indivíduos, como mostra o gráfico 1 a seguir.

**GRÁFICO 1 – PRINCIPAIS INSTITUIÇÕES SUPERIORES**

Fonte: do autor, a partir de Brasil. Supremo Tribunal Federal.

Temos então que as cinco principais instituições de ensino superior que formaram os ministros da Corte são: Universidade de São Paulo (formou 48 dos 149 ministros), Universidade Federal de Pernambuco (34), Universidade Federal do Rio de Janeiro (30), Universidade Federal de Minas Gerais (13) e Universidade Federal do Rio Grande do Sul (7). Na categoria “outros”, entram as instituições com baixa representatividade, incluindo quatro casos de instituições privadas, uma universidade estrangeira e um caso em que o ministro não possuía formação na área do direito e sim na medicina.

Essa homogeneidade na formação é explicada principalmente pela pouca oferta de cursos jurídicos no Brasil no final do século XIX e início do século XX. Os primeiros cursos foram ofertados pela Faculdade de Direito de São Paulo em 1827 (também conhecida como Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, incorporada à Universidade de São Paulo em 1934) e pela Faculdade de Direito de Olinda fundada também em 1827 (posteriormente Faculdade de Direito do Recife, federalizada em 1965).

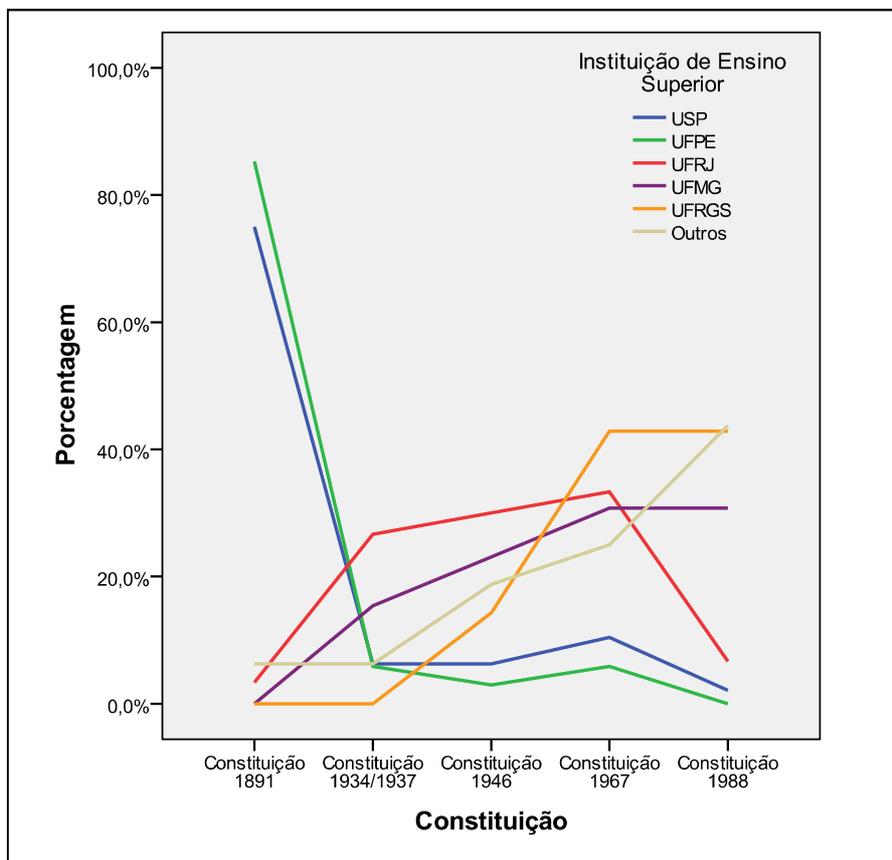
A Escola do Rio de Janeiro foi a terceira mais importante nesse conjunto de instituições. Sua faculdade de Direito é fruto da junção ocorrida em 1920 da Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro e a Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro, passando a ser denominadas como Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro.

Já a Faculdade de Direito de Minas Gerais nasceu em 1892 na cidade de Ouro Preto, sendo incorporada à Universidade em 1927 e federalizada em 1949. A Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul foi fundada em 1900 com a federalização da Universidade em 1950.

A partir da tabela 1 logo abaixo, é possível perceber a ascensão e o declínio desses cinco cursos de Direito na formação dos ministros ao longo do tempo. As Escolas de São Paulo e Pernambuco possuem uma forte presença no início do nosso período analisado, mas decaem bruscamente com a forte presença do curso do Rio de Janeiro e o paulatino aumento da importância de Minas Gerais.

Em 1967 a UFMG perde seu espaço, possibilitando um leve aumento de formandos da USP e UFRJ, principalmente para o Rio Grande do Sul que vinha ascendendo continuamente como polo de formação desde 1937.

**GRÁFICO 2 – VARIAÇÃO LONGITUDINAL DAS INSTITUIÇÕES**



Fonte: do autor, a partir de Brasil. Supremo Tribunal Federal.

Ao longo de todas as Constituições, a de 1891 foi a que mais formou bachareis quando nos referimos a UFPE (dos 34 ministros, 85,3% ingressaram nesse primeiro período) e a USP (dos 48, 75% pertenceram ao primeiro período). Como já dissemos, essa hegemonia de diplomação caiu ao longo dos anos.

Dos 30 ministros formados pela UFRJ, 63,3% (19 indivíduos) entraram na Faculdade entre os períodos de 1946 e 1967. Já a UFMG, 61,6% (8 dos 13 formados na Instituição) pertenceram aos dois últimos períodos constitucionais.

O mesmo ocorre com a UFRGS, 85,8% (6 dos 7 indivíduos) encontram-se nas Constituições de 1967 e 1988.

Desse modo podemos divisar três momentos no que se refere a formação superior dos ministros do Supremo: o primeiro consiste nos primeiros anos do século XX onde as Escolas que dominavam a formação e socialização desses indivíduos eram São Paulo e Pernambuco; o segundo vem com a ascensão de outro curso da região sudeste, a Faculdade do Rio de Janeiro que predominou de 1937 até meados dos anos 60; o terceiro e último momento podemos dizer que se iniciou em torno da Constituição de 1946, com uma maior pluralização das Faculdades escolhidas para o bacharelamento, destaque para a UFMG e UFRG, além do aumento da presença de outros cursos, concomitantemente com o declínio brusco da UFRJ entre 1967 a 1988.

Mesmo com a elevação e o predomínio dessas Faculdades uma sobre as outras em diferentes momentos da história, essa conjuntura possui ainda um número pequeno de polos de formação. Essa homogeneidade na trajetória de formação superior leva-nos a questão de até que ponto houve um compartilhamento de experiências e, especialmente, um processo de socialização mais ou menos semelhante entre aqueles graduados na mesma instituição, possibilitando importantes contatos e alianças em suas futuras carreiras.

Marengo e Da Ros (2008) questionaram se trajetórias percorridas no espaço público, cujo objetivo final era a cúpula jurídica, estavam relacionadas a certas instituições superiores específicas. Acreditamos que a resposta para esse questionamento seja positiva, uma vez que, mesmo com a não-hegemonia de uma única Faculdade – como era no início com a USP –, é ainda um grupo pequeno o responsável pela diplomação e formação dessa elite jurídica que compôs a Suprema Corte, especialmente tendo em conta que, segundo Silva (2000), na década de 60 houve a primeira expansão da oferta de cursos de Direito, subindo de dois cursos (São Paulo e Pernambuco) para 60 ofertados. Já nos anos 80 e 90 havia 260 cursos em funcionamento.

Diante disso, não é somente a falta de cursos de Direito que levaram 89,18% dos 149 ministros, ao longo de 121 anos, a se bacharelarem em cinco

Instituições Superiores específicas, e sim o valor social e profissional embutido nos diplomas da USP, UFPE, UFRJ, UFMG e UFRGS.

### 3.2 Trajetória Profissional

A trajetória profissional é uma das mais importantes – senão a principal – variáveis que nos ajudam a entender quem são os indivíduos que compõem determinada elite, por quais tipos de espaços e campos percorreram para chegar onde se encontram e que tipos de capitais foram sendo adquiridos e mobilizados ao longo da carreira.

Assim como a análise de Marengo e Da Ros (2008), acreditamos que a carreira traçada pelos ministros pode servir como um, entre outros, indicador de um processo maior de institucionalização do Supremo Tribunal Federal, sempre enxergando indivíduos e instituição como partes complementares de um mesmo processo, e não como polos opostos.

Diante disso, especialmente tendo em conta o quesito *diferenciação* proposto por McGuire (2004) em relação aos limites e fronteiras frente a outras Instituições, como o padrão de carreira dos indivíduos que foram selecionados para comporem o Supremo Tribunal possibilita visualizar resquícios dessa institucionalização? Acreditamos que a resposta a essa interrogação seja a *profissionalização* dessa elite, isto é, por um lado os sujeitos percorrem cada vez mais postos no interior da própria esfera jurídica e, por outro, diminui a importância da passagem em postos, cargos e funções políticas. Os dados a seguir mostraram se isso de fato ocorreu ou não nos últimos 121 anos de atividade do STF.

**QUADRO 3 – TIPO DE CARREIRA POR CONSTITUIÇÃO**

VARIÁVEL (%)	CONSTITUIÇÃO				
	Constituição 1891	Constituição 1934/1937	Constituição 1946	Constituição 1967	Constituição 1988
<b>Primeiro tipo de carreira mais frequente</b>	Jur-Política (17,6)	Jurídica Jur-Adm (25,0)	Jur-Política (25,0)	Jurídica (46,4)	Jurídica Jur-Adm (29,4)
<b>Segundo tipo de carreira mais frequente</b>	Jur-Pol-Adm (16,2)	Jur-Política (18,8)	Jurídica (20,0)	Jur-Política (21,4)	Jur-Pol-Adm (17,6)
<b>Terceiro tipo de carreira mais frequente</b>	Jur-Coer Jur-Pol-Coer (13,2)	Jur-Coer-Adm (12,5)	Jur-Pol-Coer (15,0)	Pol-Adm Jur-Pol-Adm (10,7)	Jur-Política (11,8)

Fonte: do autor, a partir de Brasil. Supremo Tribunal Federal.

Pelo quadro acima é possível perceber que ao longo do tempo a Corte tendeu a possuir membros com padrões de carreiras que não são exclusivamente endógenos ao Poder Judiciário. No período que abarca a primeira Constituição aqui analisada – a de 1891 –, em nenhum momento possuíram-se carreiras do tipo exclusivamente jurídica como as mais relevantes.

A partir de 1934 começa a aumentar a incidência de indivíduos com carreiras unicamente jurídicas, especialmente no período constitucional de 1967, único momento em que essa carreira predomina sozinha, isto é, sem dividir espaço com ministros que passaram por outros tipos de cargos públicos.

Apesar de aumentar a ocorrência de carreiras endógenas ao campo jurídico, a presença de cargos políticos e administrativos manteve-se relativamente alta. Se por um lado a mobilização de capital profissional das esferas jurídica e administrativa aproxima-se (formação profissional, saber técnico, meritocracia), por outro, o capital político é o que mais se destoa, uma vez que envolve alianças, relações interpessoais, votos, etc.

Um fator que pode servir como indicador de investimento em capital político é a filiação partidária. A partir de suas biografias oficiais, chegamos a seguinte distribuição: enquanto na Constituição de 1891 há 13,2% (9 casos) de filiados e no período de 1934/1937 nenhum caso, no terceiro período com a

Carta de 1946 possui-se a maior incidência de filiação com uma taxa de 25% (5 dos 20 indivíduos); essa proporção cai para 14,3% (4) no período de 1967 e 17,6% (3) na última Constituição.

Uma forma de melhor visualizar a fluidez dos limites do campo jurídico é através do desmembramento dos tipos de cargo. Abaixo possuímos a incidência dos cargos jurídico, político, administrativo e coercitivo tratados de modo separado, lembrando que um mesmo indivíduo pode ter pertencido a mais de uma categoria.

**QUADRO 4 – EVOLUÇÃO DOS TIPOS DE CARGO**

VARIÁVEL	CONSTITUIÇÃO				
	Constituição 1891	Constituição 1934/1937	Constituição 1946	Constituição 1967	Constituição 1988
<b>Exerceu cargo jurídico</b>	88,2% (60 de 68)	93,8% (15 de 16)	85% (17 de 20)	89,3% (25 de 28)	88,2% (15 de 17)
<b>Exerceu cargo político</b>	63,2% (43 de 68)	31,3% (5 de 16)	70% (14 de 20)	46,4% (13 de 28)	35,3% (6 de 17)
<b>Exerceu cargo administrativo</b>	42,6% (29 de 68)	43,8% (7 de 16)	20% (4 de 20)	28,6% (8 de 28)	47,1% (8 de 17)
<b>Exerceu cargo coercitivo</b>	41,2% (28 de 68)	25% (4 de 16)	30% (6 de 20)	0% (0 de 28)	0% (0 de 17)

Fonte: do autor, a partir de Brasil. Supremo Tribunal Federal.

NOTA: um mesmo indivíduo pode ter passado por mais de um tipo de cargo, logo são percentagens acumuladas.

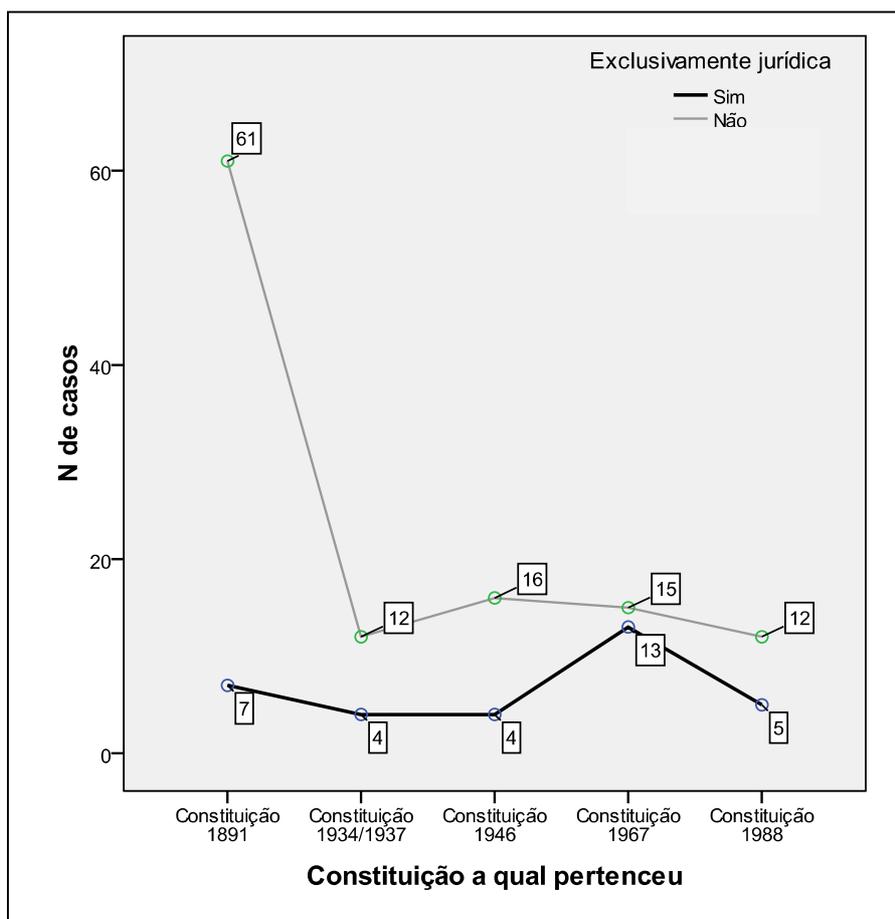
Com exceção da Constituição de 1934/37 que apresentou a maior taxa de cargos jurídicos (apenas um de seus membros não ocupou nenhuma função pública jurídica), os outros quatro períodos mantiveram uma média de 88% de cargos jurídicos. Já os cargos de origem política tenderam a diminuir ao longo do tempo, excetuando um *boom* no período populista (Constituição de 1946), onde dos 20 indivíduos que pertenceram a essa época, 14 possuíram uma trajetória perpassada por algum tipo de cargo político.

Quanto às funções administrativas, elas mantiveram-se na casa dos 40% nas primeiras cinco décadas analisadas, no terceiro período sua incidência diminui pela metade (20%), provavelmente porque o recrutamento

nessa época – governo populista que se encontra entre a Era Vargas e o Regime Militar – privilegiou e favoreceu a mobilização de capital político em detrimento de um capital burocrático. Essa taxa sobe para quase 30% no período seguinte, atingindo sua maior porcentagem com o último período constitucional, onde praticamente um entre dois futuros ministros ocuparam cargos administrativos.

Atores que desempenharam funções coercitivas estavam bastante presentes na Suprema Corte nos primeiros anos da República, sendo que muitos foram delegados e chefes de polícia. Entre as biografias dos 68 ministros do primeiro período, 38 possuíam informações da ocupação de seus pais, o que nos possibilitou averiguar a importância também dos cargos coercitivos para estes: dentre as informações dos 38 pais, 17 ocupavam postos tidos como coercitivos (tenentes, capitães, coroneis, majores), isso chega a uma taxa de quase 45%. A relevância das funções coercitivas diminuem nos próximos dois períodos, tornando-se inexistente a partir de 1967.

Uma vez vista essa distribuição longitudinal dos diferentes tipos de cargos, questionamos como ocorre a oscilação de carreiras endógenas ao Poder Judiciário ao longo dos anos, isto é, aquelas carreiras que foram percorridas *exclusivamente* entre os cargos jurídicos. Dentre os 149 ministros analisados, 33 possuíam um padrão de carreira integralmente endógeno, o que equivale a 22,1% do grupo. Dentre estes, 21,2% (7 indivíduos) pertencem ao período da Constituição de 1891, 12,1% (4) da Constituição de 1934/1937, 12,1% (4) da Constituição de 1946, a Constituição de 1967 conta com 39,4% (13) e a última Constituição com 15,2% (5).

**GRÁFICO 3 – ENTRADA DE CARREIRAS EXCLUSIVAMENTE JURÍDICAS**

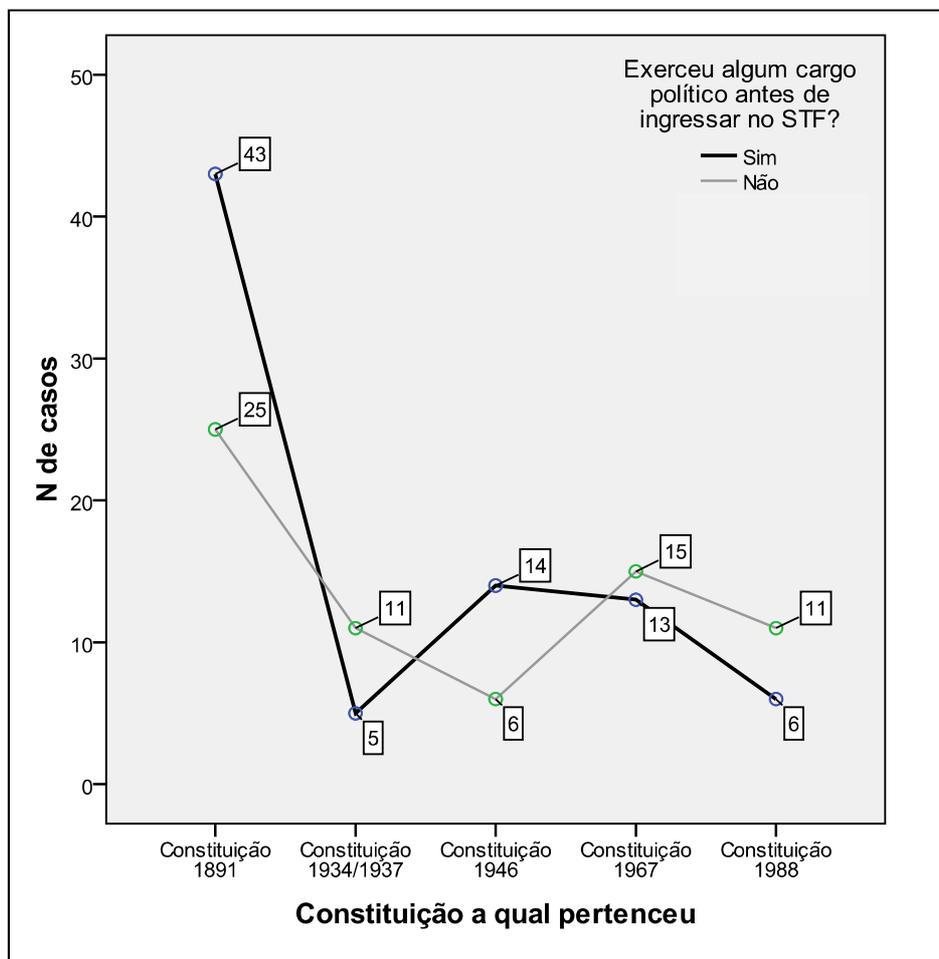
Fonte: do autor, a partir de Brasil. Supremo Tribunal Federal.

O gráfico acima possibilita visualizar melhor a variação dessas carreiras unicamente jurídicas ao longo do tempo. Com um gradual aumento de carreira exclusivamente jurídica – mesmo que pequeno – e com a diminuição de cargos políticos (gráfico 4), pode-se dizer que, se no início a existência de capital político era uma importante via de acesso ao Supremo Tribunal, o capital propriamente jurídico foi sendo cada vez mais valorizado, especialmente com uma maior especificação das atribuições dos próprios órgãos jurídicos (lembramos do aumento das subunidades com saberes e atribuições específicos a certos ramos da Justiça, de acordo com o quadro 1 sobre a divisão interna do Poder Judiciário nas Constituições Federais brasileiras) e das características valorizadas no perfil de um ministro.

No período que analisamos, por exemplo, houve um caso com o ministro Candido Barata Ribeiro que, apesar de ter sido selecionado pelo presidente da

República, foi considerado pelo Senado inapto para continuar no exercício do cargo de ministro, sob a justificativa de insuficiência de um “notável saber jurídico” – ele era formado em medicina, e não no direito.

**GRÁFICO 4 – EXERCÍCIO DE CARGOS POLÍTICOS**



Fonte: do autor, a partir de Brasil. Supremo Tribunal Federal.

Outro aspecto referente à trajetória profissional dos ministros diz respeito ao exercício da advocacia liberal. Enquanto no primeiro período apenas 36,7% executaram atividades como advogados liberais antes de ingressarem no Supremo Tribunal, na Constituição 1934/1937 essa taxa aumenta para 56,3%, regride para 50% na Carta de 1946, atinge seu maior percentual (67,9%) em 1967, e volta a diminuir um pouco com a Constituição de 1988, mas, mesmo assim, mantém-se alta com 58,8% dos indivíduos exercendo a atividade.

O exercício ou não da advocacia liberal não nos parece ser o fator determinante para o alcance ao cargo de ministro, uma vez que, dos 71 membros que exerceram tal atividade, 70 tiveram uma trajetória profissional pública. Somente o ministro Eros Grau que não ocupou nenhum cargo público antes de ser nomeado para o STF em 2004, sendo que suas atividades prévias foram principalmente na docência e quatro décadas na advocacia.

Outra informação que permite melhor visualizar a trajetória dessa elite consiste nas médias de idade e carreira que apresentamos no quadro 4. A partir da Constituição de 1934/37 a idade média de ingresso em cargos públicos manteve-se estável, variando de 27 a 30 anos. Já a primeira Constituição é a que possuiu o grupo que iniciou sua trajetória mais cedo, com uma média de 24 anos, contudo, são os que demoraram mais tempo para alcançar a posição de ministro do Supremo Tribunal, com uma média de 30 anos de carreira (desde o primeiro cargo público até o último cargo público antes do ingresso no STF), enquanto os outros demoraram cerca de 3 ou 4 anos a menos.

**QUADRO 5 – MÉDIAS DE IDADE E TEMPO DE CARREIRA POR CONSTITUIÇÃO**

VARIÁVEL	CONSTITUIÇÃO				
	Constituição 1891	Constituição 1934/1937	Constituição 1946	Constituição 1967	Constituição 1988
Idade média do primeiro cargo	<u>24 anos</u>	27 anos	29 anos	<u>30 anos</u>	28 anos
Tempo médio de carreira antes do STF	<u>30 anos</u>	27 anos	26 anos	27 anos	26 anos
Idade média de ingresso no STF	54 anos	55 anos	56 anos	<u>58 anos</u>	55 anos
Tempo médio como ministro do STF	10 anos	10 anos	10 anos	9 anos	10 anos

Fonte: do autor, a partir de Brasil. Supremo Tribunal Federal.

Excetuando a Constituição de 1967 que possui o grupo de elite mais velho a se tornar ministro, com uma média de 58 anos, a idade nos outros períodos não variou muito, mantendo-se em torno de 54 a 56 anos. A

informação que se mostrou mais consistente e uniforme, contudo, foi o tempo que permaneceram como membros da Corte, isto é, independente de qual tenha sido sua trajetória profissional ou o tempo que ela demandou, uma vez pertencentes ao Supremo, a média de permanência desses indivíduos mostrou-se praticamente a mesma em todos os períodos, com 10 anos de exercício das atividades ministras.

Na Constituição de 1891, 48,5% deixaram o cargo devido ao falecimento e 41,2% foram aposentados por decreto; no período de 1934/37, 81,3% das aposentadorias foram por decreto e 12,5% devido falecimento; no período de 1946, 70% foram por decreto e 25% foram aposentados por pedido; na Constituição de 1967, 78,6% das aposentadorias foram decretadas, 10,7% pedidas e 7,1% por falecimento; já a partir de 1988, 52,9% das aposentadorias foram por decreto e 11,8% por pedido.

Deste modo, ao falarmos da trajetória profissional dos ministros, as reais diferenças e variações não estão no tempo em que levaram para chegar a Corte, e sim no tipo de caminho que foi traçado, isto é, os cargos que ocuparam. Se em determinados períodos os cargos políticos foram essenciais, em outros houve o crescimento da importância de um capital mais específico ao campo, por que não dizer, ocorre uma paulatina *judicialização* e *institucionalização* da carreira que leva a Suprema Corte.

Tentamos verificar a ocorrência da mobilidade social desses ministros em relação ao pai, todavia os dados mostraram-se escassos; ainda assim, identificamos a ocupação profissional paterna de 45,6% (68 dentre 149) dos casos. Separamos essa variável da seguinte forma: 47,1% (32 indivíduos) exerceram atividades do tipo *liberal*, isto é, advogados, médicos, embaixador, engenheiro, professor, confeitoiro, pedreiro, incluindo atividades como político (entre eles há 4 senadores); 38,2% (26) pertencem a categoria *militar* (major, coronel, capitão, tenente, general); 14,7% (10) pertenceram a *magistratura* (juizes, desembargadores, ministros do STF). Das atividades dos pais dos 149 ministros, 14 exerceram atividades jurídicas em algum momento (apenas 9,4%).

Apesar de termos classificado de modo genérico essas ocupações, é essencial ressaltar que, nem todos os pais dentro de uma mesma categoria pertencem ao mesmo estrato social. Por exemplo, médico e confeitoiro são atividades liberais, mas de patamares sociais diferentes; outro exemplo é tenente, estrato militar médio, em relação a coronel, estrato militar alto.

Dessa forma, podemos dizer que ocorreram dois tipos de mobilidade social: do tipo *vertical*, onde a ocupação de uma cadeira no STF significou uma ascensão em relação à origem familiar; ou do tipo *horizontal*, onde o que mudou não foi o tipo de estrato (alto, no caso), e sim a esfera de ocupação (de militar para o domínio jurídico).

### **3.3 Mobilidade geográfica**

Ao tratar da mobilidade espacial dos magistrados brasileiros, Vianna (1997) entende que o “desenraizamento” proporciona certa imunidade no exercício da profissão jurídica e diminui sua ligação com as elites locais. E mais, que na cultura jurídica brasileira, o que se entende por Justiça e Direito deve ser algo desagregado do poder regional.

O primeiro período constitucional foi o que apresentou a maior taxa de mobilidade no que se refere ao estado de origem do indivíduo e o seu local de formação superior, com 70,6% tendo que ir estudar em uma região diferente do seu nascimento (quadro 5). A partir de 1934 essa mobilidade tende a cair, especialmente no período que vai de 1946 a 1988. Isso possivelmente explique-se pela expansão da oferta de cursos de Direito, lembrando que, além da maioria dos ministros virem da região sudeste do país, três entre as cinco principais Escolas do Direito também pertencem a mesma região.

Ao olhar-se para a relação entre estado de nascimento e estado do primeiro cargo público, percebe-se que mesmo havendo variações ao longo do tempo, sempre houve uma tendência a pouca mobilidade. Dentre todos os períodos, o que se inicia em 1967 foi o que possui a maior taxa de indivíduos

que iniciaram sua carreira pública no mesmo local de nascimento (71,4%); em contra partida, os períodos constitucionais de 1934/1937 e 1988 foram os que apresentaram uma relativa maior mobilidade com 56,3%.

Quando nos referimos a relação entre o estado de bacharelamento e o estado do primeiro cargo, temos a maior mudança percentual entre um período e outro. Se no período de 1891 apenas 30% iniciavam a carreira no mesmo estado de formação, essa taxa mais que dobra em todos os quatro períodos seguintes. De todos os períodos constitucionais, o de 1946 é o que apresenta, de modo geral, uma menor mobilidade geográfica, opondo-se a Constituição de 1891, onde a mobilidade era maior.

**QUADRO 6 – MOBILIDADE GEOGRÁFICA POR CONSTITUIÇÃO**

VARIÁVEL (%)	CONSTITUIÇÃO									
	Constituição 1891		Constituição 1934/1937		Constituição 1946		Constituição 1967		Constituição 1988	
	Sim	Não	Sim	Não	Sim	Não	Sim	Não	Sim	Não
<b>Mesmo estado de nascimento e da formação superior</b>	29,4	70,6	50	50	70	30	67,9	32,1	64,7	35,3
<b>Mesmo estado de nascimento e do primeiro cargo público</b>	63,2	36,8	56,3	43,7	70	30	71,4	28,6	56,3	43,7
<b>Mesmo estado de formação superior e do primeiro cargo público</b>	29,4	70,6	75	25	80	20	75	25	75	25

Fonte: do autor, a partir de Brasil. Supremo Tribunal Federal.

O curioso é que se poderia pensar que, seguindo a ideia de enraizamento e poder local, o período que possuísse a menor taxa de mobilidade fosse aquele em que a passagem por cargos políticos fosse mais relevante, entretanto, não é isso o que ocorre. A importância dos cargos políticos não está ligada com um baixo ou alto descolamento geográfico, uma vez que tanto a Constituição de 1891 (bastante mobilidade) quanto a Constituição de 1946 (pouca mobilidade) foram os períodos que também tiveram a maior incidência de cargos políticos.

Essa maior associação entre estado de nascimento, formação e carreira, segundo Marengo e Da Ros (2008), favorece o processo de institucionalização de uma organização:

Mobilidade territorial costuma ser interpretada como um processo responsável por reconversão de valores e preferências originais, contribuindo para a formação de elites políticas, sociais, culturais, jurídicas etc., dotadas de coesão e uniformidade (CARVALHO, 1980), reforçando a *institucionalização* das estruturas capazes de impor custos e barreiras de entrada mais seletivos e rigorosos. (MARENCO e DA ROS, 2008, p.144).

Se por um lado poderíamos pensar que uma menor mobilidade geográfica pode acarretar em uma maior possibilidade de ligação com o poder político local, ou ainda com a relevância do acúmulo de capital político tanto quanto do capital jurídico para a carreira; por outro, e este é mais plausível, a explicação para uma diminuição da mobilidade espacial entre os futuros ministros nos últimos anos, seguindo a ideia de Marengo e Da Ros (2008), pode ser grandemente atribuída à própria expansão dos órgãos jurídicos, uma vez que se passa a necessitar de um maior número de juízes, promotores e afins, possibilitando o desenvolvimento profissional sem que seja necessário deslocamentos regionais, uma espécie de auto-sustenção jurídica regional.

Ao contrário do que se pode imaginar, esse crescimento de suas estruturas beneficiaria ainda uma maior autonomia da cúpula do Poder Judiciário e consolidação de um poder próprio mais centralizado face às esferas locais. A existência de um maior número de Universidade corrobora com esse poder, já que há a possibilidade de forma-se uma elite jurídica dentro de uma mesma região, sem que sejam obrigatórios deslocamentos territoriais, amalgamando oferta de cursos de Direito, oferta de cargos jurídicos e preenchimento destes por bachareis da própria região.

### 3.4 Produção intelectual e associativismo

O último quadro nos proporciona três diferentes tipos de informações. O primeiro refere-se a produção intelectual dos ministros ao longo da vida. Dentre as três categorias, a que menos foi significativa foi a produção *literária* que, apesar de apresentar uma presença de 12 a 20% nos três primeiros períodos constitucionais, foi nula e/ou baixa nos dois últimos períodos.

Alguns ministros integravam as atividades de jornais de suas épocas, fazendo com que a produção intelectual *jornalística* fosse um pouco mais presente nas suas trajetórias do que a literária. As produções mais intensas pertenceram as Constituições de 1934/1937 (31,3% dos ministros publicaram em jornais) e 1946 (com 25%), enquanto nos outros períodos variou de 7 a 12% sua ocorrência.

A última produção é o que chamamos de produção intelectual *jurídica*, isto é, envolveu publicações concernentes a matéria específica do Direito, mostrando-se a mais relevante na carreira dos ministros. É possível perceber que esse tipo de trabalho intelectual foi crescendo ininterruptamente ao longo dos anos – enquanto nos primeiros anos da República cerca de 30% da elite escrevia sobre matéria do Direito, no período pós-1988 essa taxa praticamente triplicou, indo para uma presença de 88,2%.

Esse aumento contínuo de trabalhos próprios ao campo jurídico pode estar ligado ao que consiste na segunda informação que o quadro oferece, isto é, a prática da docência jurídica. Ao estudar a trajetória dessa elite, fica visível como foi paulatinamente crescendo a frequência com que esses indivíduos ingressavam nos quadros docentes das faculdades, ministrando cursos do Direito sobre as mais variadas matérias e ramos. Além disso, o importante é que essas experiências de ensino ocorrem ou começam quase que totalmente *antes* do ingresso no Supremo Tribunal.

Podemos falar então em uma institucionalização da produção simbólica do conhecimento jurídico? Não apenas com o desenvolvimento de uma produção intelectual, mas inclusive com o exercício mais prático da produção –

a docência. Ambas variáveis, acrescidas da maior expansão das Escolas do Direito, aumento da frequência de carreiras mais endógenas, diminuição da importância de cargos políticos e diminuição da mobilidade geográfica podem servir como componentes que demonstram um processo de progressiva institucionalização da carreira jurídica, cada vez mais determinante para a seleção e ingresso no Supremo Tribunal Federal.

**QUADRO 7 – PRODUÇÃO INTELECTUAL, ATIVIDADE DOCENTE E ASSOCIATIVISMO**

VARIÁVEL (%)	PERÍODO POLÍTICO				
	Constituição 1891	Constituição 1934/1937	Constituição 1946	Constituição 1967	Constituição 1988
Produção Intelectual Jurídica	32,4	50	75	78,6	88,2
Produção Intelectual Jornalística	10,3	31,3	25	7,1	11,8
Produção Intelectual Literária	16,2	12,5	20	-	5,9
Exercício da Docência Jurídica	26,5	43,8	65	82,1	88,2
Cargo de Direção em Associação de Classe	7,4	12,5	25	67,9	52,9
Participação em Associação Não-Classista	17,6	43,8	40	14,3	41,2

Fonte: do autor, a partir de Brasil. Supremo Tribunal Federal.

A terceira e última informação do quadro refere-se a questão do associativismo. A importância da participação em associações não-classistas (como academias de letras, maçonaria, instituto histórico e geográfico brasileiro, etc.) não mostrou-se contínua ao longo do tempo, uma vez em que houve períodos em que ela foi mais presente (Constituições de 1934/37, 1946 e 1988), enquanto nos outros dois momentos a sua frequência caiu para menos da metade.

A informação acerca do associativismo que realmente sobressai é a que se refere a ocupação de cargos diretivos – e não a simples participação – nas associações próprias do círculo jurídico (associações de magistrados, institutos de direito, ordem dos advogados, entre outros). Assim como a produção intelectual jurídica e a atividade docente, a importância e frequência da

passagem por cargos de direção nestas associações foi mostrando-se cada vez mais relevante com o passar dos anos.

Essa maior participação pode indicar inclusive o aumento da própria existência dessa classe de associações específicas à atividade jurídica. Podemos ir além, na verdade, encarando isso como mais um indício da profissionalização do campo jurídico, assim como outro componente fundamental se quisermos falar em um processo mais amplo, envolvendo a institucionalização do próprio Poder Judiciário e suas atividades como um todo, uma vez que, um campo institucionalizado necessita de suas próprias associações representativas.

Em suma, quanto ao perfil desses indivíduos que se tornaram, em algum momento, membros do Supremo Tribunal Federal, pode-se dizer que são oriundos principalmente da região sudeste do país, tendem a conquistar o grau de bacharel em Direito entre USP, UFPE, UFRJ, UFMG e UFRGS; muitas vezes intercalaram cargos públicos de diferentes domínios (jurídico, político, administrativo, coercitivo), contudo é possível visualizar certo aumento de carreiras percorridas unicamente na esfera jurídica, assim como uma leve queda da passagem por postos políticos; tendem a ter uma média de 27 anos de carreira, tornando-se ministros com uma média de 56 anos de idade, permanecendo cerca de 10 anos na posição. Percebe-se um decréscimo de deslocamento territorial, seja em relação a região de nascimento, de formação ou de início na carreira pública; produção intelectual jurídica, exercício da docência em cursos de Direito e participação em cargos diretivos de associações próprias à classe jurídica mostraram-se cada vez mais presentes na trajetória dos ministros.

#### 4. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE DE CONTEÚDO

Nesta parte da dissertação apresentaremos dois exemplos de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Como expusemos anteriormente na parte metodológica, as ADINS foram criadas com a Constituição de 1988 e são regulamentadas pela Lei 9.868/99.

O Poder Judiciário não pode, por via de regra, fornecer um juízo em um caso abstrato e/ou que ainda não ocorreu, uma vez que sua ação dirige-se apenas as situações concretas. A ADIN, contudo, é uma entre outras exceções a essa norma. Os ajuizadores dessa ação (Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara de Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical/entidades de classe de âmbito nacional) entram com a Ação com o intuito de questionar a validade constitucional de uma lei, mesmo que ela ainda não tenha sido aplicada, sendo que não há restrições temáticas.

Uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma lei, tal lei será tratada como se nunca tivesse existido, ou seja, como se jamais houvesse gerado efeitos. Assim, quem quer que tenha sido prejudicado por ela terá seu direito reparado como se aquela lei não houvesse existido. É o que os juristas chamam de efeito *ex tunc*. Entretanto, em algumas ocasiões o STF pode decidir (excepcionalmente) que isso não é possível do ponto de vista prático e estabelecer que a aplicação da sua decisão só tem efeito do momento de sua decisão final em diante, ou mesmo de um momento futuro em diante. Isso é o que os juristas chamam de efeito *ex nunc*.

Outra peculiaridade da ADIN constitui-se no seu efeito *erga omnes*, isto é, o resultado do seu processo não atinge apenas aqueles envolvidos diretamente no caso, e sim, possui eficácia contra todos. A ADIN possui uma “ação-irmã oposta”, a ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade) cujo objetivo é que uma lei seja declarada constitucional.

Abaixo temos um quadro que mostra a distribuição dos processos, desde sua criação, tendo como base todos os possíveis legitimados, isto é, aqueles que iniciaram uma ADIN:

**QUADRO 8 - ADIN por Legitimado (1988 a 2012)**

<b>Legitimados</b>	<b>Quant.</b>	<b>%</b>
Presidente da República	8	0,2%
Mesa do Senado Federal	1	0,0%
Mesa da Câmara dos Deputados	0	0,0%
Mesa da Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal	54	1,1%
Governador de Estado ou do Distrito Federal	1.140	23,7%
Procurador-Geral da República	964	20,0%
Conselho Federal da OAB	231	4,8%
Partido Político com representação no Congresso Nacional	822	17,1%
Confederação Sindical ou Entidade de Classe de Âmbito Nacional	1.235	25,6%
Mais de 1 legitimado **	3	0,1%
Outros (legitimados)	362	7,5%
<b>Total</b>	<b>4.820</b>	<b>100,0%</b>

Fonte: Módulo de Recuperação Textual do STF.

As esferas que mais iniciaram Ações Diretas de Inconstitucionalidade, independente se posteriormente foram julgadas procedentes ou não, foram confederações sindicais ou entidades de classe, seguidos por governadores e pela procuradoria-geral, respectivamente. A Câmara de Deputados nunca utilizou tal recurso jurídico, enquanto o Senado utilizou apenas uma vez desde sua criação. Já as oito ADINS que possuem o presidente da República como legitimados, apenas duas foram julgadas e as outras seis estão aguardando o julgamento final.

Para Sadeck (2004), essa Constituição de 1988 deixou claro o papel político do Poder Judiciário, agora não apenas mais como um Poder voltado para assegurar direitos, e sim, como um meio de promover a justiça social e os direitos, agregando valores acerca de igualdade social, econômica e cultural. E é exatamente a ADIN o “indicador clássico do processo de judicialização da

política”, uma vez que o grande número dessas Ações deixa clara a tendência de expandir-se a presença do Poder Judiciário na esfera pública.

Dito isso, passaremos a análise de conteúdo dos dois casos de Ação Direta de Inconstitucionalidade escolhidos: um sobre a união homoafetiva e outro sobre a questão da fidelidade partidária. Lembrando que tais processos foram escolhidos por acreditarmos que seus temas possibilitam ampla margem para o emprego de argumentos e justificativas jurídicas e extra-jurídicas.

#### **4.1 União Homoafetiva (4277)**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 foi proposta em julho de 2009 pelo Procurador Geral da República, tendo sido julgada em maio de 2011, tendo como relator o Ministro Ayres Britto. O tema versa sobre Direito Civil, e a proposta diz respeito ao reconhecimento da união homoafetiva como um instituto jurídico, como uma união estável.

A ação foi julgada procedente por votação unânime, contando com a participação de 9 dos 11 ministros: Ayres Britto, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso. O ministro Dias Toffoli estava impedido e a ministra Ellen Gracie ausente.

Apesar da unanimidade dos votos, a base argumentativa e a justificativa constitucional não foram as mesmas que pautaram todas as decisões. É possível divisarmos dois blocos argumentativos entre esses nove ministros: de um lado temos o voto de Ayres Britto e os ministros que seguiram seu relatório (Luiz Fux, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello), cujo ponto fundamental é a existência de um *silêncio normativo* no art. 226, § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” (BRASIL. Constituição Federal, 1988). Deste modo, deve haver uma interpretação que ultrapasse a literalidade do texto, no sentido da

norma negativa kelsiana onde “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”.

De outro lado, há os ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso cuja visão não é a existência somente de um silêncio normativo, e sim, uma *lacuna legal e valorativa* na Constituição que, por consequência, não oferta amparo a esse tipo de união. Para solucionar tal lacuna, esses ministros não se pautam pelo art. 226, § 3º; Lewandowski considera que a lei é clara ao dizer que a *união estável* é apenas aplicável entre um casal formado por sexos opostos, contudo, a união homoafetiva integra o conceito mais amplo de *entidade familiar*, sendo daí que deve vir seu ordenamento jurídico. Peluso defende que tanto a união heteroafetiva quanto homoafetiva possuem suas particularidades e, devido a isso, não podem ser tidas como iguais, e sim como *similares*, sendo que, a união entre o mesmo sexo deve ser protegida – e aqui converge a posição do ministro Mendes – segundo princípios e direitos constitucionais fundamentais: direito das minorias, direito à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade, princípio da dignidade da pessoa humana, direito a não discriminação. A aplicação desses princípios também é defendida pelos outros ministros.

Diante disse, mesmo que as decisões de cada membro da Suprema Corte tenham sido convergentes quanto ao seu resultado, os caminhos que levaram a tais decisões não foram uniformes.

Para poder analisar o conteúdo desses votos criamos, posteriormente a leitura do processo, certas categorias (ou *nós*)<sup>3</sup> em que os argumentos principais ou relevantes de cada ministro pudessem ser catalogados. Realizada essa separação, dividimos ainda, tendo em vista o objetivo dessa parte da dissertação, tais argumentos entre *jurídicos* e *extra-jurídicos*. No primeiro tentamos encaixar as passagens que se referenciavam de forma direta à Constituição Federal ou a qualquer norma jurídica; na segunda entraram passagens que diziam respeito a questões e justificativas de cunho mais

---

<sup>3</sup> *Nós* é o termo empregado quando utilizamos o programa para pesquisa qualitativa *NVivo*. Poderíamos compreendê-lo como categoria, como o lugar onde foram realizadas as categorizações dos trechos dos votos dos ministros. O *NVivo* é um software voltado para a análise de dados qualitativos, permitindo uma melhor sistematização e controle das informações, possibilitando, também, a criação de gráficos e relações mais quantitativas.

afetivo, social, normativo, sobre o que deveria ser de responsabilidade de algum Poder ou do julgador, sobre a normatividade do Direito.

O quadro abaixo ilustra a distribuição argumentativa dessa ADIN referente à união homoafetiva, ressaltando que ele não contempla todas as “falas” dos ministros, apenas aquelas que consideramos mais ilustrativas e que tiveram argumentos repetidos por mais de um membro. Entre parênteses, ao lado de cada passagem, se encontra o nome do ministro responsável pelo argumento.

### QUADRO 9 – CONTEÚDO UNIÃO HOMOAFETIVA

	JURÍDICO	EXTRA-JURÍDICO
<b>AFETO</b>	Torna-se indiscutível reconhecer que o novo paradigma, no plano das relações familiares, após o advento da Constituição Federal de 1988, para fins de estabelecimento de direitos/deveres decorrentes do vínculo familiar, consolidou-se na existência e no reconhecimento do afeto. [...] O afeto representa um dos fundamentos mais significativos da família moderna, qualificando-se, para além de sua dimensão ética, como valor jurídico impregnado de perfil constitucional. (Celso de Mello)	A escolha da vida em comum com quem quer que seja é uma eleição que concerne à própria condição humana, pois a afeição nutrida por alguém é o que pode haver de mais humano e de mais íntimo de cada um. (Cármen Lúcia)  Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados. (Ayres Britto)
<b>CONSTITUIÇÃO</b>	Entendo que a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. (Celso de Mello)  É essencial que deixemos devidamente explicitados os fundamentos constitucionais que demonstram por que estamos fazendo esta leitura diante de um texto tão claro como este, em que se diz: a união estável é a união estável entre homem e mulher. E isso é relevante, diante do fato de alguns entenderem, aqui, menos do que um silêncio, um claro silêncio eloquente, no sentido de vedar o reconhecimento almejado. Portanto, parto da premissa de que aqui há outros fundamentos e direitos envolvidos, direitos de perfil fundamental associados ao desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo de proteção jurídica para essas relações existentes, com base no princípio da igualdade, no princípio da liberdade, de autodesenvolvimento e no princípio da não discriminação	A Constituição Federal brasileira, que é de uma beleza plástica ímpar, destaca no seu preâmbulo, como ideário da nossa nação, como promessa constitucional, que o Brasil, sob a inspiração de Deus, se propôs a erigir uma sociedade plural, uma sociedade justa, uma sociedade sem preconceitos, com extrema valorização da dignidade da pessoa humana. (Luiz Fux)

	<p>por razão de opção sexual. (Gilmar Mendes)</p> <p>Não é saber se as uniões homoafetivas encontram amparo na Constituição e no direito infraconstitucional. Tem-se por sabido que sim. Cuida-se, então, de dizer qual o tratamento jurídico a ser conferido, de modo constitucionalmente adequado, à união homoafetiva, ou melhor, se a estas deve ser estendido o tratamento jurídico dado à união estável entre homem e mulher. (Luiz Fux)</p>	
<b>CULTURA</b>		<p>Corre que esse tema, como antes ressaltado, é extremamente delicado, e o reconhecimento e a proteção dessas relações perpassam uma série de concepções culturais, filosóficas, religiosas, entre outras, que demandam tempo para consolidação pela sociedade. (Gilmar Mendes)</p> <p>O reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões estáveis representa a superação dos costumes e convenções sociais que, por muito tempo, embalsamaram o Direito Civil, notadamente o direito de família. A união de pessoas com o fim de procriação, auxílio mútuo e compartilhamento de destino é um fato da natureza, encontra-se mesmo em outras espécies. A família, por outro lado, é uma construção cultural. (Marco Aurélio)</p>
<b>DEMOCRACIA</b>	<p>É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito. (Celso de Mello)</p>	<p>Para ser digno há que ser livre. E a liberdade perpassa a vida de uma pessoa em todos os seus aspectos, aí incluído o da liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem. O que é indigno leva ao sofrimento socialmente imposto. E sofrimento que o Estado abriga é antidemocrático. E a nossa é uma Constituição democrática. (Cármen Lúcia)</p> <p>Para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar, às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados. (Celso de Mello)</p>
<b>DIREITO</b>		<p>Nem sempre a vida é entendível. E pode-se tocar a vida sem se entender; pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito. Principalmente, porque o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito. (Cármen Lúcia)</p> <p>Sendo- o Direito uma técnica de controle social (a mais engenhosa de todas), busca submeter, nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, as relações deflagradas a partir dos sentimentos e dos próprios instintos humanos às normas que lhe servem de repertório e essência. (Ayres Britto)</p> <p>Estamos diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito. Visivelmente nos confrontamos aqui com uma situação em que o Direito não foi capaz de acompanhar as profundas e estruturais mudanças sociais, não apenas entre nós brasileiros, mas em escala global. É precisamente nessas situações que se agiganta o papel das Cortes constitucionais. (Joaquim Barbosa)</p> <p>Moral e Direito devem ter critérios distintos, mas caminhar juntos. O Direito não está integralmente contido na moral, e vice-versa, mas há pontos de contato e aproximação. (Marco Aurélio)</p>

		Acolher novos valores e consagrar uma nova concepção de Direito fundada em nova visão de mundo, superando os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas, em ordem a viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva. (Celso de Mello)
<b>DIREITOS</b>	<p>Faz entrar em ignição, primeiramente, a regra universalmente válida de que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” (esse o conteúdo do inciso II do art. 5º da nossa Constituição); em segundo lugar, porque nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana. E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais. (Ayres Britto)</p> <p>Nós estamos a falar, realmente, do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos. E, nesse ponto, não se trata de ativismo judicial, mas de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional. (Gilmar Mendes)</p> <p>Entendo existirem fundamentos jurídicos suficientes e expressos que autorizam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, não com base no texto legal (art. 1723 do Código Civil), nem com base na norma constitucional (art. 226, §3º), mas, sim, como decorrência de direitos de minorias, de direitos fundamentais básicos em nossa Constituição, do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção (art. 5º, XLI, CF) - dentre outros explicitados em minha fundamentação -, os quais exigem um correspondente dever de proteção, por meio de um modelo de proteção institucional que até hoje não foi regulamentado pelo Congresso. (Gilmar Mendes)</p>	<p>Observo, inicialmente, que a conquista de direitos é tão difícil quanto curiosa. A luta pelos direitos é árdua para a geração que cuida de batalhar pela sua aquisição. E parece uma obviedade, quase uma banalidade, para as gerações que os vivem como realidades conquistadas e consolidadas. (Cármem Lúcia)</p> <p>Os direitos fundamentais também positivam valores eleitos por uma comunidade como nucleares, de maneira a balizar a atuação do poder político e até mesmo dos particulares, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico. (Luiz Fux)</p> <p>Ressalto o caráter tipicamente contramajoritário dos direitos fundamentais. De nada serviria a positivação de direitos na Constituição, se eles fossem lidos em conformidade com a opinião pública dominante. Ao assentar a prevalência de direitos, mesmo contra a visão da maioria, o Supremo afirma o papel crucial de guardião da Carta da República. (Marco Aurélio)</p> <p>Falta de vontade coletiva quanto à tutela jurídica das uniões homoafetivas. As demonstrações públicas e privadas de preconceito em relação à orientação sexual, tão comuns em noticiários, revelam a dimensão do problema. (Marco Aurélio)</p>
<b>ESTADO</b>	<p>O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, mais do que simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, reflete, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional densa de significação e plena de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas. (Celso de Melo)</p> <p>O processo jurisdicional é, por excelência, o locus da proteção dos direitos fundamentais. A jurisdição, como função primordial do Estado, precisa estar dirigida à consagração dos direitos fundamentais, como, de resto, a atividade estatal como um todo - do contrário, perde-se a própria razão de ser do Estado. Quando o processo resulta em flagrante e disseminada violação dos direitos fundamentais - sobretudo aqueles que dizem com os direitos da personalidade, como os de que ora se cuida -, o Estado tem o dever de operar os instrumentos de fiscalização de constitucionalidade aptos a derrotar o abuso. (Luiz Fux)</p> <p>Concluo que é obrigação constitucional do Estado reconhecer a condição familiar e atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas. Entendimento contrário discrepa, a mais não poder, das garantias e direitos fundamentais, dá eco a preconceitos ancestrais, amesquinha a personalidade do ser humano e, por fim, desdenha o fenômeno social. (Marco Aurélio)</p>	<p>Além de políticas públicas contra eventual tratamento indigno sofrido por homossexual, por exemplo, o Estado deve adotar ações para criar legislação própria que promova a dignidade da pessoa humana, sem nenhuma discriminação por orientação sexual. Ocorre que esse tema, como antes ressaltado, é extremamente delicado, e o reconhecimento e a proteção dessas relações perpassam uma série de concepções culturais, filosóficas, religiosas, entre outras, que demandam tempo para consolidação pela sociedade. E, como já enfatizado, o que se constata é a ausência de uma legislação que estabeleça um modelo institucional que confira um mínimo de segurança jurídica e efetividade a esses direitos, o que inviabiliza um adequado nível de proteção exigido para a defesa de direitos fundamentais básicos, aqui já afirmados. (Gilmar Mendes)</p>
<b>FAMÍLIA</b>	E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e	O que faz uma família é, sobretudo, o amor - não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que

	<p>aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser. (Ayres Britto)</p> <p>Núcleo familiar é o principal lócus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo “inviolável do indivíduo”. (Ayres Britto)</p>	<p>estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional. (Luiz Fux)</p> <p>Deveras, mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, uma entidade, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana. (Ayres Britto)</p>
<b>IGUALDADE JURÍDICA</b>	<p>Sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco). (Ayres Britto)</p> <p>Um tão-só argumento de igualdade poderia gerar a falsa conclusão de que a mera ausência de vedações legais seria suficiente para assegurar o tratamento justo e materialmente igualitário. No entanto, a igualdade material não se realiza, pois aos homossexuais não vem sendo concedida a possibilidade de concretizar o projeto de vida familiar que se coaduna com um elemento fundamental de sua personalidade. O silêncio normativo catalisa a clandestinidade das relações homoafetivas, na aparente ignorância de sua existência; a ausência de acolhida normativa, na verdade, significa rejeição. (Luiz Fux)</p>	
<b>INTERPRETAÇÃO JURÍDICA</b>	<p>Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei, quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme à Constituição, por isso, apenas é admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e se não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador. (Gilmar Mendes)</p> <p>O único argumento forte a justificar aqui a interpretação conforme à Constituição é o fato de o dispositivo do Código Civil estar sendo invocado para impossibilitar o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. Do contrário, nós estaríamos a fazer um tipo de interpretação conforme muito extravagante. (Gilmar Mendes)</p> <p>Não há, aqui, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de uma de mutação constitucional ou mesmo de proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º,</p>	<p>Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. (Celso de Mello)</p> <p>À luz da dinâmica do julgamento de ontem, que foi, poder-se-ia dizer, extremamente emocionante, onde se fundiu, aqui, paixão e razão, entendi, também, importante deixar fluir a voz do coração de um magistrado em relação à análise dessa questão tão sensível para a sociedade, que talvez tenha se tornado mais sensível até pela postura singular dos eminentes profissionais que assumiram à tribuna. (Luiz Fux)</p> <p>É certo que o Judiciário não é mais, como queriam os pensadores liberais do século XVIII, mera bouche de la loi, acrílica e mecânica, admitindo-se uma certa criatividade dos juizes no processo de interpretação da lei, sobretudo quando</p>

	<p>III, o qual erige a “separação dos Poderes” à dignidade de “cláusula pétrea”, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional. (Ricardo Lewandowski)</p>	<p>estes se deparam com lacunas no ordenamento jurídico. Não se pode olvidar, porém, que a atuação exegética dos magistrados cessa diante de limites objetivos do direito posto. (Ricardo Lewandowski)</p> <p>Tipo acanhado ou reducionista de interpretação jurídica seria o modo mais eficaz de tornar a Constituição ineficaz... (Ayres Britto)</p> <p>É que, diante de um texto constitucional aberto, que exige novas aplicações, por vezes, nós nos encontramos diante dessas situações de lacunas, às vezes, de lacunas de caráter axiológico. Assim, se por acaso não pudermos aplicar a norma tal como ela está posta, poderíamos fazê-lo numa perspectiva estritamente analógica, aplicando-a naquilo que coubesse, naquilo que fosse possível. (Gilmar Mendes)</p> <p>Não é dado ao intérprete constitucional, a pretexto de ausência de previsão normativa, deixar de dar solução aos problemas que emergem da realidade fenomênica. (Lewandowski)</p>
<b>LEGISLATIVO</b>		<p>O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevaletentes na sociedade brasileira, tem se mostrado infenso, no que se refere à qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais. Tal situação culmina por gerar um quadro de submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários. (Celso de Mello)</p> <p>Não seria extravagante, no âmbito da jurisdição constitucional, diante inclusive das acusações de eventual ativismo judicial, como já explicitado neste voto, de excesso de intervenção judicial, dizer-se que melhor saberia o Congresso encaminhar esse tema, como têm feito muitos parlamentos do mundo todo. (Gilmar Mendes)</p> <p>O silêncio legislativo sobre as uniões afetivas nada mais é do que um juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua orientação sexual. (Luiz Fux)</p>
<b>PLURALISMO</b>	<p>Considero o pluralismo político também uma expressão que se estende além dos limites da atividade política ou do espaço político. Bem ao contrário, tenho que o pluralismo haverá de ser social para se expressar no plano político. E o pluralismo social compõe-se com a manifestação de todas as opções livres dos indivíduos, que podem viver segundo suas tendências, vocações e opções. Daí a escolha da vida em comum de duas pessoas do mesmo sexo não poder ser tolhida, por força de interpretação atribuída a uma norma legal, porque tanto contrariaria os princípios constitucionais que fundamentam o pluralismo político e social. (Cármem Lúcia)</p> <p>A intervenção do “amicus curiae”: fator de pluralização do debate constitucional e resposta à questão da legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal. (Celso de Mello)</p>	
<b>SOCIAL</b>		<p>Os exemplos de nosso passado colonial e o registro de práticas sociais menos antigas revelam o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório que tem sido dispensado à vivência</p>

		<p>homoerótica em nosso País. (Celso de Mello)</p> <p>O Direito não foi capaz de acompanhar as profundas e estruturais mudanças sociais, não apenas entre nós brasileiros, mas em escala global. (Joaquim Barbosa)</p> <p>A verdade é que o mundo mudou. A sociedade mudou e, nos últimos anos, vem se ampliando a aceitação social das parcerias homossexuais constituídas com o objetivo de formação de entidades familiares. A par de quaisquer juízos de valor, há um movimento inegável de progressiva legitimação social das uniões homoafetivas, o que se verifica, com particular agudeza, no campo previdenciário. (Luiz Fux)</p> <p>Ninguém pode ser funcionalizado, instrumentalizado, com o objetivo de viabilizar o projeto de sociedade alheio, ainda mais quando fundado em visão coletiva preconceituosa ou em leitura de textos religiosos. A funcionalização é uma característica típica das sociedades totalitárias, nas quais o indivíduo serve à coletividade e ao Estado, e não o contrário. (Marco Aurélio)</p>
<b>STF</b>	<p>Contra todas as formas de preconceito, contra quem quer que seja, há o direito constitucional. E este é um tribunal que tem a função precípua de defender e garantir os direitos constitucionais. (Cármen Lucia)</p> <p>Esse protagonismo do Poder Judiciário, fortalecido pelo monopólio da última palavra de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, nada mais representa senão o resultado da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao próprio Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram no domínio social e na arena política, considerado o relevantíssimo papel que se lhes cometeu, notadamente a esta Suprema Corte, em tema de jurisdição constitucional. (Celso de Mello)</p> <p>Particularmente nos casos em que se trata de direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos. (Luiz Fux)</p> <p>Ao assentar a prevalência de direitos, mesmo contra a visão da maioria, o Supremo afirma o papel crucial de guardião da Carta da República. (Marco Aurélio)</p>	<p>Portanto, é certo que o Supremo Tribunal Federal já está se livrando do vetusto dogma do legislador negativo, aliando-se, assim, à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal pode ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional. (Gilmar Mendes)</p> <p>O governo - e nós somos o governo, nós praticamos atos de governo também, atos que são inerentes ao Poder Público - se o legislador não faz, compete ao Tribunal suprir essa lacuna. (Luiz Fux)</p> <p>Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel ativo, ainda que provisoriamente, pois se espera que o legislador autêntico venha a atuar. Mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo. Na verdade, essa afirmação - eu já tive oportunidade de destacar - tem de ser realmente relativizada diante de pretensões que envolvem a produção de norma ou a produção de um mecanismo de proteção. Deve haver aí uma resposta de caráter positivo. E se o sistema jurídico, de alguma forma, falha na composição desta resposta aos cidadãos, e se o Poder Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir o próprio sistema político nessa inação, óbvio que a resposta só poderá ser de caráter positivo. (Gilmar Mendes)</p>
<b>UNIÃO HOMOAFETIVA</b>	<p>A escolha de uma união homoafetiva é individual, íntima e, nos termos da Constituição brasileira, manifestação da liberdade individual. (Cármen Lúcia)</p> <p>Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva. (Ayres Britto)</p> <p>E, no caso sob exame, tenho que a norma constitucional, que</p>	<p>Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração. (Ayres Britto)</p> <p>Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro. E não</p>

	<p>resultou dos debates da Assembléia Constituinte, é clara ao expressar, com todas as letras, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher, tendo em conta, ainda, a sua possível convalidação em casamento. (Ricardo Lewandowski)</p> <p>O reconhecimento do direito à busca da felicidade, enquanto idéia-força que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, autoriza, presente o contexto em exame, o rompimento dos obstáculos que impedem a pretendida qualificação da união civil homossexual como entidade familiar. (Celso de Mello)</p> <p>Não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas. Não existe, no direito brasileiro, vedação às uniões homoafetivas. [...] A união homoafetiva também se inclui no conceito constitucionalmente adequado de família, merecendo a mesma proteção do Estado de Direito que a união entre pessoas de sexos opostos. Nesse diapasão, a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais não resiste ao teste da isonomia. (Luiz Fux)</p> <p>Creio que se está, repito, diante de outra entidade familiar, distinta daquela que caracteriza as uniões estáveis heterossexuais. A diferença, embora sutil, reside no fato de que, apesar de semelhante em muitos aspectos à união estável entre pessoas de sexo distinto, especialmente no que tange ao vínculo afetivo, à publicidade e à duração no tempo, a união homossexual não se confunde com aquela, eis que, por definição legal, abarca, exclusivamente, casais de gênero diverso. (Ricardo Lewandowski)</p>	<p>compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados. (Ayres Britto)</p> <p>Relações estas que em nada diferem das relações afetivas heterossexuais, a não ser pelo fato de serem compostas por pessoas do mesmo sexo. Essa realidade social é incontestável. Essas uniões sempre existiram e existirão. O que varia e tem variado é o olhar que cada sociedade lança sobre elas em cada momento da evolução civilizatória e em cada parte do mundo. (Joaquim Barbosa)</p>
--	--	--

Como era de se esperar, passagens que tratam sobre Cultura, sobre o âmbito Social, e o próprio Afeto possibilitam ampla margem para discorrer sobre questões que não são estritamente legais, abre espaço para divagações e opiniões que não se referem especificamente ao artigo x ou y. O curioso, contudo, foi perceber que temas referentes ao Direito – não confundindo com a categoria “Direitos”, aqueles previstos na lei –, a Interpretação Jurídica, questões relacionadas ao Legislativo e até ao próprio STF, em menor escala, foram fortemente marcados por declarações extra-constitucionais.

Quanto ao Poder Legislativo, por exemplo, muito se foi dito acerca do seu silêncio quanto às uniões homoafetivas, principalmente por ser seu dever legislar sobre essa relação. Essa não exposição do Legislativo acarretou, segundo alguns ministros, em uma espécie de necessidade de ação do STF, na figura de um substituto provisório para tapar a ausência e não posicionamento da esfera legislativa.

Um dos temas mais interessantes é sobre a questão da Interpretação Jurídica, onde muitos ministros enxergam e legitimam uma postura um pouco mais “ativa” e interpretativa da norma jurídica. Cabe aqui a passagem de Bourdieu (2010) que faz cair por terra a *postura neutralizante*, muitas vezes defendida pelos aplicadores da lei, das decisões judiciais como estritas aplicações legais:

O juiz, ao invés de ser um simples executante que deduzisse da lei as conclusões directamente aplicáveis ao caso particular, dispõe antes de uma parte de autonomia na estrutura da distribuição do capital específico de autoridade jurídica; os seus juízos, que se inspiram numa lógica e em valores muito próximos dos que estão nos textos submetidos à sua interpretação, têm uma verdadeira função de *invenção* (BOURDIEU, 2010, p. 222-223).

Desta forma, não seria errôneo dizer que a fluidez das fronteiras do Direito e da lei não é radicalmente dispensada pelos ministros, especialmente frente situações ímpares que necessitam de uma decisão concreta. Seria um certo abandono do que se chama de *contenção judicial*, isto é, entender que não existe uma única resposta ou fundamentação na resolução de um caso (Koerner, 2013).

Já as categorias Constituição e Igualdade Jurídica são tratadas quase que integralmente de modo unicamente jurídico. Isso porque ambos os temas envolvem assuntos e argumentos que dizem respeito às normas constitucionais – as responsabilidades, seguranças e direitos fundamentais consagrados na Carta de 1988.

Já sobre o Estado, o assunto é abordado de modo geral sobre dois vieses: o primeiro trata sobre o Estado Democrático de Direito, protetor e consagrador dos direitos constitucionais (categoria jurídica); o segundo sobre as falhas atuais do Estado em garantir esses direitos à união homoafetiva,

assim como ações que devem ser adotadas por ele (categoria extra-jurídica) – exemplo, na passagem de Gilmar Mendes quando diz que o Estado, “além de políticas públicas contra eventual tratamento indigno sofrido por homossexual [...] deve adotar ações para criar legislação própria que promova a dignidade da pessoa humana, sem nenhuma discriminação por orientação sexual”, ou, quando Marco Aurélio diz que há um “dano existencial quando o Estado manietta o cidadão” de realizar e concretizar metas e projetos.

Conseguir separar os argumentos que extrapolam, mas que, não necessariamente, contradizem o texto jurídico é a parte mais delicada de todo esse processo de pesquisa, pois, enquanto em certos momentos é explícita tal “extrapolação” ou “apego” as normas, em outras partes deve-se levar em conta como a argumentação do ministro veio sendo construída para saber se ele refere-se a jurisprudência e as leis, ou, se refere-se a um “deveria ser” legal.

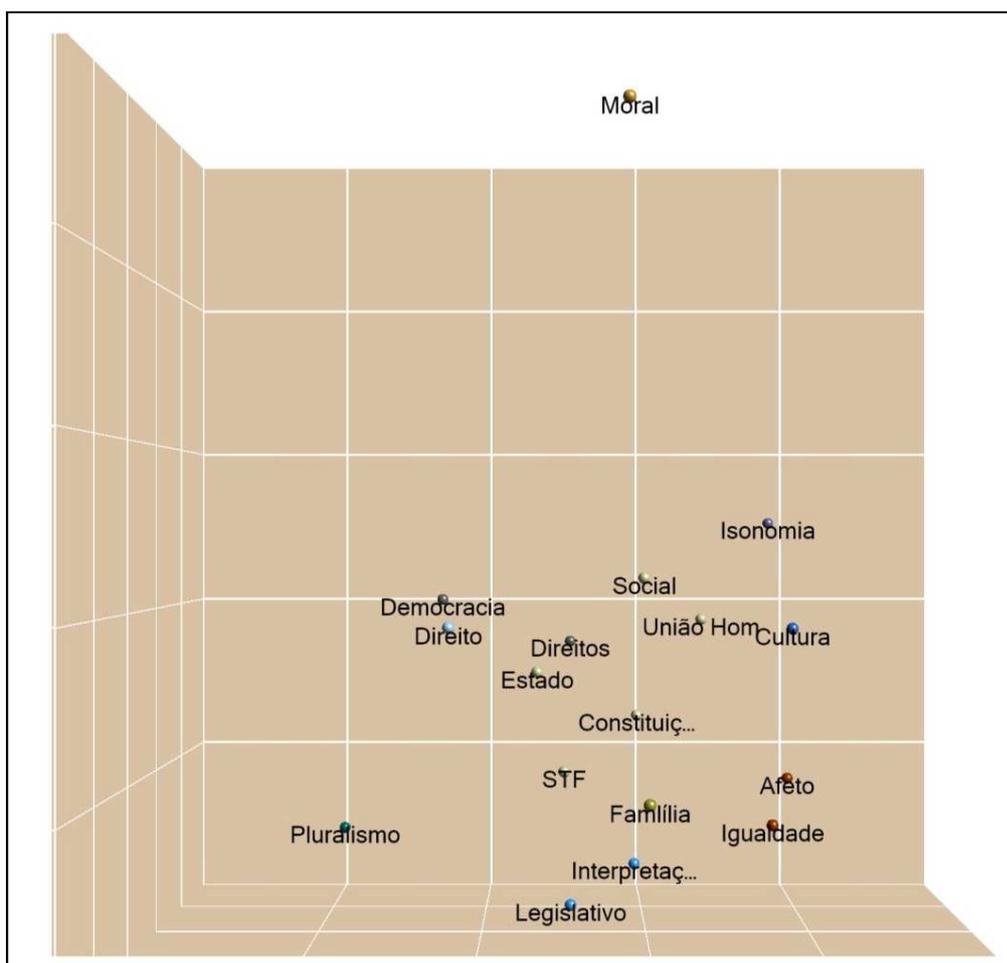
De modo geral, utilizamos 208 referências (trechos e argumentos principais dos votos), distribuídos em 17 diferentes nós. Em alguns casos, dois nós receberam a mesma referência por envolverem diferentes temas, por exemplo, alguma passagem que trate tanto sobre os *direitos* dos indivíduos, ao mesmo tempo em que cita o papel do Estado.

Logo abaixo, na figura 2, temos a distribuição por cluster desses nós, a partir da similaridade de palavras em cada um. Desse modo, é possível visualizar alguns agrupamentos entre as categoriais: “Democracia” e “Direito” tendem a aproximarem-se; o mesmo acontece com “Direitos” e “Estado”; entre “Social”, “União Homoafetiva” e “Cultura”; com “Afeto” e “Igualdade Jurídica”; “Legislativo” e “Interpretação Jurídica” formam outro cluster. As categorias “STF”, “Família” e “Isonomia” tendem a ser mais soltos, possivelmente porque se relacionam com mais de uma categoria ao mesmo tempo. “Pluralismo” e, principalmente, “Moral” são os nós mais afastados, não se relacionando muito com outros temas. Quanto a “Constituição”, podemos dizer que ocupa uma posição quase que central entre os temas, ligando-se a vários ao mesmo tempo.

Uma passagem que pode bem ilustrar essa ligação entre temas é este trecho do ministro Celso de Mello, envolvendo a questão sobre “direitos” e

“Estado” (conforme a figura 2): “É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de *direitos fundamentais*, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o *Estado democrático de direito*”.

**GRÁFICO 5 – CLUSTER DOS NÓS SOBRE UNIÃO HOMOAFETIVA**



Fonte: do autor, a partir de Brasil. Supremo Tribunal Federal.

Tentando mensurar essas informações referentes ao conteúdo dos votos, criamos o quadro 9 abaixo. Nele dividimos os tipos de argumentação (jurídica e extra-jurídica) a partir de cada ministro envolvido na Ação. Além

dessa quantificação, contém informações sobre qual categoria, qual tipo de argumentação, recebeu o maior número de entradas. Por exemplo, o nó “Constituição” do ministro Ayres Britto possuiu 8 trechos considerados por nós fundamentais na sua argumentação – foi sua categoria com maior número de passagens.

Temos dados referentes ainda se o voto de cada membro seguiu ou não a base argumentativa do relator; qual foi o tipo de carreira de cada ministro (mesmas categorias utilizadas ao traçarmos seus perfis); assim como, a partir da data do julgamento da Ação, qual era o tempo em que cada ministro já ocupava uma cadeira no Supremo Tribunal Federal.

#### QUADRO 10 – INFORMAÇÕES GERAIS ADIN UNIÃO HOMOAFETIVA

Ministro	Total de Argumentos Principais	Jurídico	Extra-Jurídico	Principal Tipo Argumentação	Seguiu o Relator?	Tipo Carreira	Tempo no STF (pela data do Julgamento)
Ayres Britto	30	16 (53%)	14 (47%)	Constituição	Relator	Jurídica	8 anos
Cármem Lúcia*	11	7 (64%)	4 (36%)	Constituição	Sim	Jurídica	5 anos
Celso de Mello	28	21 (75%)	7 (25%)	Constituição	Sim	Jur-Admin	22 anos
Cezar Peluso	7	3 (43%)	4 (57%)	Legislativo	Não	Jurídica	8 anos
Gilmar Mendes	40	16 (40%)	24 (60%)	STF	Não	Jur-Admin	9 anos
Joaquim Barbosa	6	4 (67%)	2 (33%)	Constituição	Sim	Jur-Política	8 anos
Luiz Fux	39	15 (38%)	24 (62%)	União Homoafetiva	Sim	Jurídica	2 meses
Marco Aurélio	19	4 (21%)	15 (79%)	Direito	Sim	Jurídica	21 anos
Ricardo Lewandowski*	17	12 (71%)	5 (29%)	União Homoafetiva; Interpretação Jurídica	Não	Jur-Admin	5 anos

Fonte: do autor, a partir de Brasil. Supremo Tribunal Federal.

\* As informações do tipo de carreira, referentes aos ministros Cármem Lúcia e Ricardo Lewandowski, ao contrário dos outros membros, foram coletadas em outras fontes, pois duas biografias oficiais ainda não estão disponíveis no site do STF.

Os ministros com maior número de referências argumentativas foram Luiz Fux e Ayres Britto, respectivamente; sendo que os membros com a maior proporção de argumentos extra-jurídicos foram Marco Aurélio (79%), Luiz Fux

(62%) e Gilmar Mendes (60%). Contudo, ao contrário do que poderíamos pensar, nesse caso não foi possível obter uma relação estatisticamente significativa entre o tipo de carreira ou o tempo como ministro da Suprema Corte em relação aos tipos argumentativos.

Isso ocorre porque, tanto aqueles com carreiras exclusivamente jurídicas, quanto aqueles com carreiras mescladas, empregam de maneira mais ou menos dispersa argumentos jurídicos e extra-jurídicos. Deve-se levar em conta também o baixo número de casos que limita os resultados estatísticos. Ainda assim, é curioso perceber que, dos cinco ministros com trajetórias percorridas unicamente na esfera jurídica, três tiveram seus principais argumentos classificados por nós como extra-jurídicos, em uma média de 57% para mais, e um possui sua argumentação quase dividida em 50% de cada lado. O inverso ocorre com as carreiras mescladas, uma vez que, três entre quatro desses ministros utilizaram quase que 70%, para mais, de argumentações exclusivamente jurídicas.

Uma distribuição não-linear ocorre também quando nos referimos ao tempo em que cada membro exerce suas atividades ministeriais. Um exemplo claro consiste nos dois ministros mais antigos da instituição, ambos com mais de duas décadas de Suprema Corte. Enquanto em um foi possível verificar apenas 25% de argumentos extra-legais (Celso de Mello), em outro, verificamos a taxa de 79% (Marco Aurélio). O ministro Luiz Fux, que à época possui apenas dois meses de atividades nos STF, aproxima-se mais de Aurélio, no tocante proporção de tipos argumentativos, do que seu colega de longa data.

Sendo assim, nesse caso em específico, ao contrário do que nos indagamos no início de nossa pesquisa, uma trajetória profissional traçada no interior do aparato jurídico, não é o fator determinante para o emprego de fundamentações jurídicas pautadas unicamente, ou no mínimo majoritariamente, em normais e ideias legais. Ao contrário, nessa Ação Direta de Inconstitucionalidade que versa sobre o reconhecimento da legalidade e constitucionalidade das uniões homoafetivas como uniões do tipo estável, assim como aquelas entre homem e mulher, parece-nos que os ministros que

possuíram uma carreira interna ao Judiciário sentiram-se mais a vontade em mesclar os limites das normas jurídicas com as esferas do social, cultural e político, deixando, como disse o ministro Luiz Fux, “fluir a voz do coração de um magistrado em relação à análise dessa questão tão sensível para a sociedade”.

#### **4.2 Fidelidade Partidária (3999)**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3999, requerida pelo Partido Social Cristão em dezembro de 2007, e julgada em novembro de 2008, questiona as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 (resultado da decisão do próprio STF em dois Mandatos de Segurança) do Tribunal Superior Eleitoral, quanto a legalidade desse órgão em disciplinar a perda do cargo eletivo, sob justificativa de infidelidade partidária.

O julgamento dessa Ação contou com a presença total dos membros da Suprema Corte e, ao contrário da ADIN sobre União Homoafetiva, não foi uma decisão unânime. Dessa vez a separação em dois blocos no STF ocorre, não devido apenas as justificativas que embasam a decisão, mas, sim, em relação a divergências sobre o papel constitucional do TSE, no Congresso Nacional e, inclusive, do próprio Supremo Tribunal.

A reclamação do requerente consiste em que há usurpação das competências do Legislativo e do Executivo por parte do TSE e dos Tribunais Regionais Eleitorais. Frente a isso, um bloco de ministros seguiu o voto do relator do processo Joaquim Barbosa. São eles: Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Gilmar Mendes.

A argumentação por parte desses membros consiste em que, frente a uma lacuna legislativa e ao silêncio do Congresso em relação a esse tema, configurando-se essa uma situação extraordinária, e já decidido anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal que “o acesso do candidato ao cargo eletivo pressupõe a força do partido político” (Joaquim Barbosa), e que o STE está

autorizado a julgar sobre essa matéria, conclui-se que, nas palavras de Cezar Peluso, “a atuação do Tribunal Superior Eleitoral não pode deixar de ser considerada como expressão de um devido processo legal, de fonte constitucional, porque nasce exatamente da eficácia de coisa julgada material e a Constituição lhe garante.” Dessa forma, entendeu-se que o Tribunal Eleitoral não atuou como legislador e, enquanto o próprio Congresso Nacional não dispôr sobre essa matéria – legalmente conferida ao Legislativo –, continuará agindo conforme as Resoluções. Logo, é julgada improcedente a inconstitucionalidade dessa Ação.

Do outro lado concentram-se os votos dos ministros Eros Grau e Marco Aurélio. O teor geral da argumentação consiste em que as Resoluções anteriormente decididas pela Suprema Corte consistem em um “abuso de inconstitucionalidade”, uma vez que não há na Constituição ou qualquer outra norma legal, assim como não cabe ao STF distribuir competências normativas, algo que torne possível ao Tribunal Superior Eleitoral obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo. Segundo Eros Grau, cabe ao TSE dispôr somente sobre a execução das leis (*secundum legem*), jamais ante a falta dela (*praeter legem*). Em suma, o que está aqui em questão não é a fidelidade partidária em si, pois, de acordo com Marco Aurélio, ela é um “princípio constitucional que já foi reconhecido pelo Supremo”, e sim, a atuação legislativa do TSE, resultando procedente essa Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Dessa forma, por 9 votos contra dois, esse processo que trata sobre a aplicação da perda de mandato devido (in)fidelidade partidária, por parte do Tribunal Superior Eleitoral entende que essa subunidade jurídica não extrapolou ou usurpou, nos termos da lei, competências suas ou do Poder Legislativo.

Esse tema decisório não incorreu apenas sobre os Tribunais e seus limites, mas implicou também na reflexão sobre o próprio sistema democrático, a relação entre a tríade eleitor-candidato-partido, assim como passagens sobre o próprio Direito e Estado. Novamente apresentamos um quadro com a distribuição de argumentos e trechos que consideramos relevantes no processo, separados entre “jurídico” e “extra-jurídico”.

Ao contrário da Ação sobre união homoafetiva, nesta os votos dos ministros foram mais simplificados e mais estritamente legais, seja por ser um assunto anteriormente já discutido na Corte, seja por ser acerca de duas resoluções bem específicas e com pouca abertura para divagações conceituais. Um exemplo disso é que o processo foi decidido em 64 páginas, quatro vezes menos que a ADIN anterior.

### QUADRO 11 – CONTEÚDO FIDELIDADE PARTIDÁRIA

	JURÍDICO	EXTRA-JURÍDICO
<b>CONSTITUIÇÃO</b>	<p>O texto constitucional comete ao <i>Legislativo</i> o poder-dever de exercer a representação política que lhe foi outorgada e dispor sobre a matéria eleitoral, nela consideradas o alcance e o processo que leva à caracterização da infidelidade partidária. E, neste ponto, ressalvadas as salvaguardas constitucionais, o Legislativo é soberano. A demarcação do âmbito de atividade do Legislativo, contudo, deve ser sensível às situações extraordinárias, marcadas pela necessidade de proteção de um direito que emana da própria <i>Constituição</i>. A atividade normativa do <i>TSE</i> recebe seu amparo da extraordinária circunstância de o <i>Supremo Tribunal Federal</i> ter reconhecido a fidelidade partidária como requisito para permanência em cargo eletivo e a ausência expressa de mecanismo destinado a assegurá-lo. (Joaquim Barbosa)</p> <p>O Tribunal Superior Eleitoral não está autorizado, nem pela Constituição, nem por lei nenhuma, a inovar o ordenamento jurídico, obrigando quem quer que seja a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa. (Eros Grau)</p> <p>Ninguém perderá mandato eletivo, direi, senão em virtude de lei; é assim que leio a Constituição, ainda que me venha, a chamar de positivista. (Eros Grau)</p> <p>A premissa básica mostra-se única: as regras estabelecidas, afinadas, é claro, com o Diploma Maior, com a Carta da República, devem ser, até modificação que ocorra pela poder competente, observadas. Minha profissão de fé quanto à Constituição Federal é única: obriga a todos, inclusive a mim, com assento no Supremo. (Marco Aurélio)</p>	<p>O compromisso que tenho a honrar é com a Constituição; a cada um a sua coerência [...] (Eros Grau)</p> <p>O grande problema da jurisdição constitucional, um dos grandes desafios, é o desafio da efetividade: como dar substância, consequência a sua decisão. (Gilmar Mendes)</p>
<b>DEMOCRACIA</b>	<p>Continuo convencido de que a fidelidade partidária é um princípio constitucional dos mais caros em uma democracia [...]. (Marco Aurélio)</p> <p>A prática da infidelidade partidária, ao propiciar ilegítima alteração do resultado das urnas fora do processo eleitoral, provoca, com tal consequência, gravíssima lesão ao princípio democrático. (Celso de Mello)</p>	<p>Segundo entendeu o TSE e esta Corte, o sistema de eleições proporcionais justifica que a identidade formada entre o eleitor e o candidato fique em segundo plano, subordinada à presumida relação entre o eleitor e o partido político. (Joaquim Barbosa)</p> <p>O sistema de eleição baseado na apuração proporcional pressupõe a identidade entre o interesse dos eleitores e a postura e o programa adotados pelo partido político. Essa presunção, contudo, não é absoluta na quadra histórica atual. (Joaquim Barbosa)</p> <p>O primeiro vínculo que me ocorre lembrar é entre eleição popular e democracia. Não há como - estou falando sobretudo de democracia representativa - separar as coisas. A eleição</p>

		<p>popular e a democracia são como o olho e a pálpebra, unha e carne. Acho que não é exagero dizer metaforicamente que a eleição popular é a chave de ignição da democracia representativa, porque não é possível formar os quadros dirigentes do país - no âmbito parlamentar e no âmbito das chefias executivas, de ponta a ponta da Federação -, não é possível formar esses quadros políticos, que são de representação popular, senão mediante eleição popular. Uma coisa puxa a outra. A eleição é realmente esse canto maior, essa celebração da democracia representativa porque possibilita aos eleitores produzir os quadros dirigentes do País quanto aos poderes eminentemente políticos da República Federativa: o Legislativo e o Executivo. Este no plano das chefias, das chamadas chefias executivas. (Carlos Britto)</p> <p>Era a democracia que estava em jogo neste sistema, porque, se há capacidade de transformar oposição em situação dessa forma, é claro que nós vamos chegar ao ponto de se fazer com que a oposição desapareça. Ora, isso é uma ameaça real para a democracia. (Gilmar Mendes)</p> <p>A prática da infidelidade partidária, ao propiciar ilegítima alteração do resultado das urnas fora do processo eleitoral, provoca, com tal consequência, gravíssima lesão ao princípio democrático. (Celso de Mello)</p> <p>Para que a representação popular tenha um mínimo de autenticidade, ou seja, para que reflita um ideário comum aos eleitores e candidatos, de tal modo que entre eles se estabeleça um liame em torno de valores que transcendam os aspectos meramente contingentes do cotidiano da política, é preciso que os mandatários se mantenham fiéis às diretrizes programáticas ideológicas dos partidos pelos quais foram eleitos. (Ricardo Lewandowski)</p>
<b>DIREITO</b>	Embora entenda coexistirem, no direito brasileiro, regulamentos de execução, regulamentos autônomos e regulamentos autorizados - bem assim que a Constituição contempla o princípio da legalidade em sentido amplo e em sentido estrito - jamais me ocorreria assumir qualquer gesto ou interpretação que conduzisse a transgressão da legalidade. Sempre estive e tenho estado cioso da sua importância [importância da legalidade] e da importância da interdependência e harmonia entre os poderes [...] (Eros Grau)	Certas realidades jurídicas são inelutavelmente impositivas. (Carlos Britto)
<b>ESTADO</b>	É impossível um ordenamento jurídico não consagrar o monopólio da força física pelo Estado. Não é uma opção normativa, é uma compulsão. O Estado - em uma sociedade civilizada, ele que postula uma idealizada convivência humana - tem de ser monopolizador da força física. É como a regra - isso a partir de Kelsen - segundo a qual o que não estiver proibido juridicamente está juridicamente permitido, que a nossa Constituição consagra no inciso II do artigo 5º [...] (Carlos Britto)	
<b>FIDELIDADE PARTIDÁRIA</b>	A fidelidade partidária não está em jogo, não está em discussão, consideradas as balizas objetivas do processo em julgamento. É um princípio constitucional que já foi reconhecido pelo Supremo, sustentei-o neste Plenário. (Marco Aurélio)	E sobre a infidelidade partidária, sabido que a voz das urnas é de ecoar imperativamente por um período de quatro anos e não é dado a nenhum eleito, arbitrariamente, podar esse tempo. (Carlos Britto)
<b>LEGISLATIVO</b>	O texto constitucional comete ao Legislativo o poder-dever de exercer a representação política que lhe foi outorgada e dispor sobre a matéria eleitoral, nela consideradas o alcance e o processo que leva à caracterização da infidelidade partidária.	A questão não é meramente formal. Em virtude do princípio da representação popular, que é um dos pilares da nossa organização política, compete às Casas do Legislativo processar adequadamente as tensões advindas do processo político e criar

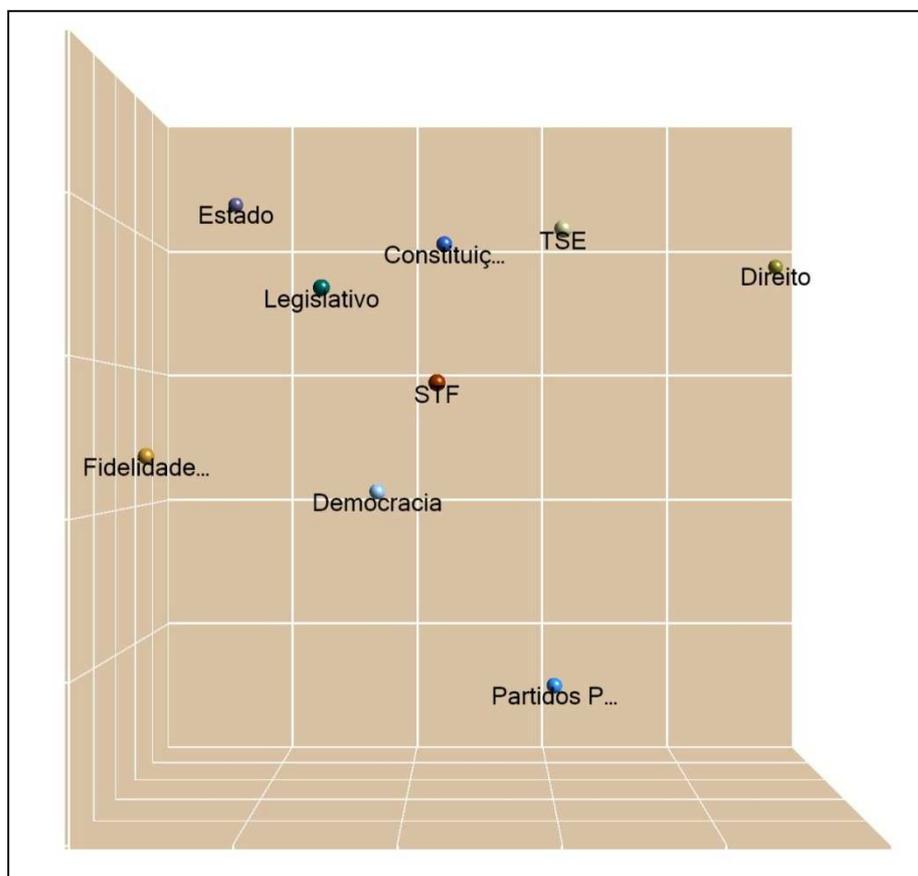
	<p>E, neste ponto, ressalvadas as salvaguardas constitucionais, o Legislativo, contudo, deve ser sensível às situações extraordinárias, marcadas pela necessidade de proteção de um direito que emana da própria Constituição. A atividade normativa do TSE recebe seu amparo da extraordinária circunstância de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a fidelidade partidária como requisito para permanência em cargo eletivo e a ausência expressa de mecanismo destinado a assegurá-lo. (Joaquim Barbosa)</p> <p>[...] isso subsiste até que o Congresso Nacional queira exercer a sua competência legislativa de modo a regular inteiramente a matéria, em obediência ao trato que o Supremo Tribunal Federal deu no que concerne ao princípio da fidelidade partidária, este insuscetível, sim, de qualquer outra modificação. (Menezes Direito)</p>	<p>normas destinadas a estabilizar a expectativas dos cidadãos também em matéria eleitoral. O Sistema Político pode realizar operações que nenhum outro sistema, entre eles o Judicial, está habilitado a efetuar, em razão dos procedimentos democráticos que o caracterizam. Falo especificamente da atividade de produzir normas. (Joaquim Barbosa)</p> <p>[...] palavras lançadas pelo Ministro Celso de Mello, de que compete ao TSE dispor sobre a matéria durante o silêncio - eloqüente, talvez - do Legislativo. (Joaquim Barbosa)</p>
<p><b>PARTIDOS POLÍTICOS</b></p>		<p>Tenho sérias dúvidas se os partidos tradicionais estão mesmo à altura da tarefa de expressar satisfatoriamente a vontade e os anseios dos membros dessa nova sociedade planetária. (Joaquim Barbosa)</p> <p>As organizações partidárias não substituem o eleitor como centro da referência do sistema político. (Joaquim Barbosa)</p> <p>Não há como os eleitores chegarem aos eleitos senão pela via, pela estrada, pela ponte dos partidos políticos. É um vínculo tricotômico absolutamente necessário: eleitores, candidatos, partidos políticos. (Carlos Britto)</p> <p>O fato é que o partido, ponte necessária entre o eleito e o candidato, é quem filia o candidato como condição de elegibilidade; aprova o nome do candidato em convenção - até então pré-candidato -; inscreve o candidato; registra-o na Justiça Eleitoral (ou o partido ou a coligação); cede ao candidato o seu espaço gratuito de rádio e televisão; financia a campanha do candidato com recursos do fundo partidário e outros e outros recursos; empresta ao candidato o seu aval ideológico, o seu aval ético durante a campanha, porque a ideologia do candidato se conhece pela ideologia do partido, E, depois, o candidato põe o diploma debaixo do braço e arbitrariamente dá as costas ao partido sob cuja bandeira, sob cuja legenda se elegeu? (Carlos Britto)</p>
<p><b>STF</b></p>	<p>Entendo que, em princípio, o debate legislativo é o ambiente adequado para resolver essas e outras questões, que são eminentemente políticas. Somente em situações extremas e sempre quando autorizado expressamente pela Constituição é que o Judiciário pode se manifestar sobre os critérios que orientam a manutenção ou a perda do cargo por infidelidade partidária. (Joaquim Barbosa)</p> <p>Presidente, já agora, partindo do que ponto como verdade formal - e a verdade formal é aquela revelada pelo Supremo, guardião maior da Constituição, que tem a última palavra sobre o alcance da Carta -, constato como premissa inafastável - voz da ilustrada maioria - que o Tribunal Superior Eleitoral legislou. Estabeleço sem me penitenciar, porque continuo convencido de que ele não o fez, mas a verdade formal assentada pelo Supremo é outra, a de que legislou. O Supremo caminha para o reconhecimento de que a Corte Eleitoral</p>	<p>Em princípio, o Judiciário está mal equipado para resolver a instabilidade originada da perda do mandato eletivo por infidelidade partidária. (Joaquim Barbosa)</p> <p>A não observância desses princípios sensíveis de coexistência entre os poderes leva necessariamente ao enfraquecimento, em última análise, daquele que é tido como o menos perigoso entre os poderes. Como lembrou Aaron Barak, o sábio juiz-presidente da Corte Suprema de Israel, citando Balzac, "a falta de confiança no Judiciário é o término da Sociedade". (Joaquim Barbosa)</p> <p>O fato, de toda sorte, é que o TSE não foi contemplado com o poder de expedir normas primárias sobre a matéria eleitoral. E nem poderia essa faculdade a ele ter sido conferida pelo Supremo Tribunal Federal que, ao menos ao que me consta, ainda não distribui competências normativas, em lugar da Constituição... Estamos aqui para assegurar a prevalência da</p>

	<p>legislou ao condicionar a própria decisão dele, Supremo, à ausência de normatização pelo Poder competente - o Congresso Nacional. (Marco Aurélio)</p> <p>Noutras palavras, se esta Corte, em decisão recoberta pela autoridade da coisa julgada material, determina ao Tribunal Superior Eleitoral que, para dar eficácia prática ao objeto da sua decisão, deva disciplinar o modo de concretização do seu mandato, a atuação do Tribunal Superior Eleitoral não pode deixar de ser considerada como expressão de um devido processo legal, de fonte constitucional, porque nasce exatamente da eficácia de coisa julgada material e a Constituição lhe garante. (Cezar Peluso)</p>	<p>Constituição, de modo que me causa espanto e medo o sentimento que de quando em quando não há de ser assim. (Eros Grau)</p>
<p><b>TSE</b></p>	<p>Portanto, nem aguardava eu a decisão do TSE, entendia já aplicável essa. E plenamente aplicável, porque estávamos a lançar mão de uma lei que está em vigor e vem sendo aplicada largamente no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral. (Gilmar Mendes)</p> <p>Ao editar as Resoluções 22.710 e 22.733, portanto, entendo que o TSE nada mais fez, como assinalai, do que dar concreção ao decidido pela Corte Constitucional, exercendo a competência regulamentar que lhe confere o artigo 23, inciso IX, do Código Eleitoral; estabelecendo, inclusive de modo muito salutar, a meu ver, o devido processo legal para a perda dos mandatos. (Ricardo Lewandowski)</p> <p>Trata-se mesmo de uma coisa nunca vista: a Resolução n. 22.610/07, do TSE, é incessantemente inconstitucional; há um excesso, um abuso de inconstitucionalidade nela. Não podemos servir a dois senhores. Quanto a mim, presto acatamento à Constituição. Desejo somente estar tranquilo, no futuro, do meu passado nesta Corte. (Eros Grau)</p> <p>O Tribunal Superior Eleitoral acabou julgando implicitamente um mandado de injunção ante a lacuna legislativa, ante a inexistência de diploma que versasse todos os temas contidos na Resolução, ante a inércia do Congresso Nacional, e competente para julgar mandado de injunção, neste caso, é o Supremo e não o Tribunal Superior Eleitoral. (Marco Aurélio)</p> <p>O Tribunal Superior Eleitoral não está autorizado, nem pela Constituição, nem por lei nenhuma, a inovar o ordenamento jurídico, obrigando quem quer que seja a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa. (Eros Grau)</p> <p>O Código Eleitoral autoriza o Tribunal Superior Eleitoral apenas, unicamente, exclusivamente a dispor sobre a execução [dele, Código Eleitoral] e da legislação eleitoral, sem força suficiente para inovar o ordenamento. (Eros Grau)</p>	<p>Continuo convencido de que, quando estava no Tribunal Superior Eleitoral, não adentrei campo reservado a outro Poder. Não adentrei campo reservado ao Poder Legislativo. Permaneci no âmbito da jurisdição cível e penal eleitoral, atuando não como parlamentar, mas, sim, como julgador. A verdade formal, no entanto, a esta altura, é outra. (Marco Aurélio)</p> <p>Não há como subtrair da Justiça Eleitoral brasileira o poder regulamentador. Não há como. (Carlos Britto)</p>

Questões democráticas e referentes aos partidos políticos foram tratadas, primordialmente, na esfera dos argumentos extra-jurídicos, isto é, falou-se basicamente do que se espera de uma democracia onde, o voto, é a expressão da representação popular. É a eleição, segundo Carlos Britto, que “possibilita aos eleitores produzir os quadros dirigentes do País”, sendo que,

quando se fala em infidelidade partidária ocorre uma alteração ilegítima desse quadro eleitoral. Discorre-se também sobre o papel do partido político no meio desse processo, visto por alguns como a ponte entre o eleitor e os candidatos e os eleitos, e por outros como o responsável por possibilitar o sucesso do candidato na disputa eleitoral.

**GRÁFICO 6 – CLUSTER DOS NÓS SOBRE FIDELIDADE PARTIDÁRIA**



Fonte: do autor, a partir de Brasil. Supremo Tribunal Federal.

De modo geral, como os votos dos ministros não foram muito extensos, todas as categorias tendem a estarem próximas uma das outras, contudo, pela figura 3 acima, é possível perceber que alguns temas estão mais relacionados a outros. Poderíamos dizer que o principal cluster de todos os nós envolvidos refere-se ao formado pelo “Legislativo”, “Constituição” e “TSE” – apesar da proximidade, “Estado” conta com uma passagem apenas, sendo que por isso pode estar tão perto desse agrupamento. Ligado a esse cluster encontra-se

também o “STF”, na verdade ele ocupa a mesma posição que “Constituição” ocupava nos agrupamentos sobre união homoafetiva, isto é, de categoria central, relacionando-se, em maior ou menor medida, com quase todos os outros nós.

Um trecho que deixa claro o modo como se relaciona esse cluster consiste em uma das falas iniciais do relator Joaquim Barbosa: “O texto constitucional comete ao *Legislativo* o poder-dever de exercer a representação política que lhe foi outorgada e dispor sobre a matéria eleitoral, nela consideradas o alcance e o processo que leva à caracterização da infidelidade partidária. E, neste ponto, ressalvadas as salvaguardas constitucionais, o Legislativo é soberano. A demarcação do âmbito de atividade do Legislativo, contudo, deve ser sensível às situações extraordinárias, marcadas pela necessidade de proteção de um direito que emana da própria *Constituição*. A atividade normativa do *TSE* recebe seu amparo da extraordinária circunstância de o *Supremo Tribunal Federal* ter reconhecido a fidelidade partidária como requisito para permanência em cargo eletivo e a ausência expressa de mecanismo destinado a assegurá-lo”.

As outras categorias tenderam a ser mais dispersas, especialmente “Direito” e “Partidos Políticos”. Já “Democracia” tende a estar mais interligada com “Fidelidade Partidária” e “STF”.

**QUADRO 12 – INFORMAÇÕES GERAIS ADIN FIDELIDADE PARTIDÁRIA**

Ministro	Total de Argumentos Principais	Jurídico	Extra-Jurídico	Principal Tipo Argumentação	Seguiu o Relator?	Tipo Carreira	Tempo no STF (pela data do Julgamento)
Joaquim Barbosa	17	8	9	Democracia	Relator	Jur-Política	5 anos
Carlos Britto	8	1	7	Democracia Partidos Políticos	Sim	Jurídica	5 anos
Cármen Lúcia*	1	1	-	Constituição	Sim	Jurídica	2 anos
Celso de Mello	1	-	1	Democracia	Sim	Jur-Admin	19 anos
Cezar Peluso	1	1	-	STF	Sim	Jurídica	5 anos
Ellen Gracie	-	-	-	-	Sim	Jur-Admin	8 anos
Eros Grau	11	9	2	Constituição	Não	Advogado de carreira	4 anos
Gilmar Mendes	3	1	2	Constituição Democracia TSE	Sim	Jur-Admin	6 anos
Marco Aurélio	6	5	1	Constituição	Não	Jurídica	18 anos
Menezes de Direito	2	2	-	Legislativo STF	Sim	Jur-Pol-Admin	1 ano
Ricardo Lewandowski*	3	2	1	Democracia Legislativo TSE	Sim	Jur-Admin	2 anos

Fonte: do autor, a partir de Brasil. Supremo Tribunal Federal.

No total obtivemos 53 referências distribuídas entre os 11 ministros – se formos contar a distribuição por temas serão 64 referências, já que algumas vezes um mesmo trecho é classificado em mais de uma categoria.

Os votos com maior estaque são os de Joaquim Barbosa e Eros Grau, cada um defendendo posições diferentes, e possuindo as passagens das mais ilustrativas ao longo do processo, este com 11 referências e aquele com 17. Muitos realizaram uma fundamentação tão breve que só foi possível tirar um ou dois trechos relevantes, sendo que há o caso da ministra Ellen Gracie que apenas proferiu que seguiria o voto do relator, sem outras delongas.

Entre os que apresentaram mais argumentos, Eros Grau e Marco Aurélio estão entre os que se limitaram mais aos aspectos estritamente jurídicos; já Carlos Britto, classifica-se quase que integralmente com trechos extra-jurídicos; Joaquim Barbosa foi o que mais alternou entre ambos os lados.

Uma das informações mais curiosas que este quadro nos apresenta refere-se ao Ministro Eros Grau, especificamente quanto a sua trajetória, uma vez que – ao contrário dos outros ministros que em algum momento de suas carreiras passaram por cargos no campo jurídico – é um dos poucos membros que compuseram o Supremo Tribunal que não exerceram cargos jurídicos (um entre os 17 ministros sem carreira jurídica pública, contando desde 1891). Antes de ser selecionado para compor a Corte, dedicava-se ao exercício da advocacia e docência.

Novamente chegamos a mesma conclusão da ADIN anterior, onde não há um padrão claro, pelo menos quanto ao tipo de carreira, que envolva o tipo de argumentação, especialmente com um *N* de referências por ministro baixo, como é esse caso específico. A maior semelhança quanto às informações consiste em que, como antes, o ministro que mais utilizou argumentos extra-jurídicos, Carlos Britto, possui uma trajetória percorrida exclusivamente no Poder Judiciário.

#### **4.3 Ativismo Judicial e Judicialização da Política?**

Ao falar-se de uma posição cada vez mais ativa e política do Poder Judiciário, faz-se necessário diferenciar conceitualmente dois fenômenos que, por mais semelhantes que se pareçam, não são idênticos. Trata-se do *ativismo judicial* e da *judicialização da política*.

O ativismo judicial, de acordo com Barroso (2009), – termo muitas vezes com entendimentos diversos e até mesmo contraditórios (Koerner, 2013) – poderia ser entendido como uma participação enérgica do Judiciário na solidificação de valores e objetivos constitucionais, intervindo, inclusive, nas esferas de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo. Isso pode ocorrer por diversos meios, por exemplo:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 6).

Para Barroso, a questão da fidelidade partidária é um exemplo claro de uma postura ativista por parte do Judiciário Brasileiro, uma vez que o STF, como guardião primário da Constituição e em nome dos princípios democráticos, decidiu que o mandato no Congresso pertence ao partido político e não ao candidato eleito, isto é, decidiu sobre um contexto que não está constitucionalmente contemplado, independentemente das manifestações dos legisladores.

Um dos aspectos que mais chamam atenção acerca do conteúdo das duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que analisamos, inclusive, diz respeito ao modo como o Poder Legislativo é encarado. Em ambas, a legitimidade e validade da decisão do STF sobre a coisa julgada foi justificada, em inúmeras passagens, devido a existência do que eles chamaram de lacuna legislativa, isto é, uma espécie de silêncio, um impasse ou um receio por parte dos legisladores em decidir sobre matérias que são de sua alçada. Talvez não seja extrapolar os dados e informações dizermos que, uma vez o Legislativo não se mostrando presente e ativo, a Suprema Corte toma para si o suas responsabilidades, ao menos, como disse Joaquim Barbosa, “até que o Congresso Nacional disponha sobre a matéria” que por lei lhe cabe.

Quando se refere à judicialização da política, remete-se a ideia de que certas questões e assuntos de alto impacto social e político estão sendo decididos pelo Poder Judiciário, e não pelos órgãos tradicionais – Congresso Nacional e Poder Executivo. Esse processo implica em maior poder nas mãos

de juízes e tribunais, mudanças na linguagem, na argumentação e na forma de participação da sociedade. Para Barroso (2009), suas causas podem ser divididas em três:

A primeira foi a *redemocratização* e, conseqüentemente a promulgação da Constituição de 1988, que acarretou na expansão do Poder Judiciário e a busca da sociedade por mais justiça. Na mesma linha encontra-se Sadek (2004) ao dizer que essa nova Carta Constitucional tem como papel servir de

instrumento para a realização da justiça social e para a promoção de direitos, incorporando valores da igualdade social, econômica e cultural. Em consequência, o foco central passa a estar em questões concretas, de natureza social, política e econômica, fortalecendo a inclinação do Direito de tornar-se pragmático, embaçando as fronteiras entre o Direito e a política (SADEK, 2004, p. 79-80).

A segunda grande causa foi a *constitucionalização abrangente*, isto é, questões que antes eram tratadas e resolvidas pela via política ou legislativa, passaram a ser de domínio jurídico, passando a ter a possibilidade de serem tratadas sob a forma de ação judicial.

A última causa desse processo de judicialização delimitada por Barroso (2009) consiste no *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*. De um lado ele permite, em casos concretos, a não-aplicação de uma lei caso seja entendido que ela é inconstitucional e, por outra lado, possibilita que certas matérias sejam levadas diretamente ao Supremo Tribunal Federal (ações diretas). Tais ações diretas são divididas em três modalidades: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN – declarar inconstitucional uma lei), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC – declarar constitucional uma norma) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF – reparar ou evitar lesão a um preceito fundamental).

Sendo assim, se a ADIN sobre a fidelidade partidária pode servir para melhor ilustrar um possível ativismo judicial da Suprema Corte, a ADIN sobre a união homoafetiva caberia mais no processo de judicialização da política, trazendo esse papel de maior justiça e igualdade sociais que Barroso e Sadek citaram. Desse modo, não é uma postura particular do Poder Judiciário em buscar dirimir conflitos e trazer para si novas questões políticas, culturais e sociais, e sim, esse novo arcabouço de matéria jurídica é fruto de mudanças sistemáticas que acarretam em um maior protagonismo da esfera jurídica, especialmente do Supremo Tribunal Federal.

Não devemos confundir, entretanto, que pelo fato de não ser o Judiciário o provocador das ações e processos, não resulte em reações e desconfianças a esse novo protagonismo.

Saliente-se que a dimensão política do Judiciário provoca reações, sobretudo por parte do governo e dos partidos de sustentação do Executivo – independentemente do partido ou dos partidos que ocupem esta posição. Não por acaso, o tema da reforma do sistema de justiça tem voltado ao debate obedecendo aos ciclos de decisões que alteram o *status quo*, quer por autoria do Executivo, do Legislativo ou do próprio Judiciário. Do ponto de vista do jogo político, pode-se mesmo afirmar que esta dimensão é apontada como a mais problemática e, portanto, sujeita a alterações radicais em um projeto de reforma (SADEK, 2004, p. 85).

Segundo a leitura de Koerner, o que se entende como ativismo judicial no Brasil, incluindo a judicialização da política (ambos os conceitos são demasiadamente simplificadores para ele), é o resultado da “aliança entre a presidência da República e elites jurídicas a partir de 2002, voltada a promover as políticas do novo governo e a configurar um novo regime governamental” (KOERNER, 2013, p. 95).

Independente de como se encara esse processo, o que parece ser um consenso em ambas as leituras e visões diz respeito às reações e oposições que esse fenômeno acarreta, sejam externos – por parte de outros Poderes ou forças políticas –, sejam internos – por meio da postura conservadora dos próprios atores jurídicos.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Temas que tratam e refletem sobre o Poder Judiciário cada vez mais chamam a atenção da população de modo geral, e despertam o interesse dos cientistas políticos de modo específico. Muito disso se deve ao fato da maior publicidade das decisões que envolvem essa esfera pública, principalmente quando se trata de assuntos de interesse comum ou que acarretam em grandes impactos em certos setores da sociedade e da política. Atualmente, por exemplo, já são corriqueiras as notícias sobre as ações do Supremo Tribunal Federal, ou ainda sobre essa ou aquela declaração de determinado ministro.

Isso se deve, em grande parte, a esse novo papel de maior protagonismo do Judiciário, do qual falamos anteriormente. Processo esse que veio sendo construído e consolidado nessas mais de duas décadas de experiência democrática e ampliação dos direitos sociais, civis e políticos. Para entender de maneira mais aprofundada qual é a função desse Poder em nossa sociedade e, especialmente, dentro do sistema democrático, acreditamos que não basta saber quais são suas obrigações e deveres formais como uma instituição coesa e fechada em si mesma, ao contrário, faz-se necessário entender quem são seus atores e como se dá a relação – tanto no nível individual como no nível organizacional – com outras esferas dos Poderes, da sociedade e da coisa pública.

Tendo isso em conta, com o objetivo de melhor compreender o órgão máximo do Poder Judiciário Brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, buscamos dividir nossa pesquisa entre *i)* entender quem foram os ministros que compuseram o STF, quais foram suas trajetórias profissionais, pelo menos no que concerne ao período republicano (de 1891 a 2012); *ii)* averiguar como é embasada uma decisão judicial e, se possível, verificar se o voto dos ministros podem ter relação com o tipo de carreira que possuíram.

Quanto ao perfil dos 149 ministros que ocuparam uma cadeira na Suprema Corte, no período de 1891 a 2012, concluímos que, no que toca a sua

educação superior, algumas Escolas de Direito possuíam um valor simbólico mais elevado do que outras, uma vez que, nesses 120 anos, apenas cinco Faculdades formaram quase 90% dessa elite jurídica – USP, UFPE, UFRJ, UFMG, UFRGS.

A mobilidade entre estados de nascimento, de formação superior e de início na carreira pública tenderam a diminuir, ou ao menos estabilizar, ao longo do tempo, sustentando a ideia de expansão do Poder Judiciário na medida em que ele é capaz de ofertar a progressão profissional, sem que o indivíduo tenha que recorrer a outras regiões.

Os dados também foram expressivos ao tratarmos de atividades que não estavam ligadas diretamente ao cargo público. Por exemplo, cresceu de modo significativo a taxa de ministros que exerceram a docência jurídica e que realizaram produções intelectuais sobre a matéria do Direito. O exercício de funções diretivas em associações da classe também foi aumentando de popularidade e importância ao longo do tempo.

A principal variável ao tratarmos de perfil diz respeito à trajetória profissional dos atores, antes de serem escolhidos como ministros do STF. A nossa hipótese era que, com o tempo, foi diminuindo a incidência de carreiras com passagem em cargos não-jurídicos, uma vez que haveria um endurecimento das barreiras no campo jurídico. O que se constatou é que há um lento aumento de carreiras percorridas integralmente dentro dos limites jurídicos e, principalmente, uma queda do que poderíamos chamar de capital político-profissional, isto é, a passagem por cargos públicos políticos.

Trajetórias mais específicas ao campo fazem parte, segundo a literatura, de um importante aspecto que indica um processo mais amplo de institucionalização de determinada organização: a diferenciação de delimitação em relação a outras organizações.

Compreendido o quadro geral de quem são as pessoas que são selecionadas para comporem o Supremo Tribunal, buscamos analisar de modo mais qualitativo dois processos julgados recentemente.

É comum ouvir-se falar que as decisões proferidas pela Corte são formuladas de modo uno. Entretanto não foi o que visualizamos nesses dois casos. De um lado temos a Ação Direta de Inconstitucionalidade que trata sobre a união estável de homoafetivos. Apesar de ter sido julgada unanimemente procedente a Ação que reconhece a legalidade dessa união, o embasamento legal, como já apresentamos, não foi o mesmo entre todos os ministros presentes.

Quanto a ADIN que julgou a validade do Tribunal Superior Eleitoral dispor sobre a matéria da perda de cargo eletivo devido infidelidade partidária, função do Poder Legislativo, apesar de ter sido julgada improcedente a reclamação quanto a essa atuação do TSE, o resultado não foi unânime.

Ao final da análise e separação do conteúdo de ambos os processos em “argumentos jurídicos” e “argumentos extra-jurídicos”, tentamos verificar se, o tipo de carreira de cada ministro envolvido no processo estava relacionado com os tipos argumentativos. Todavia, o que se verificou foi que, não necessariamente aquele indivíduo que possuiu uma trajetória exclusivamente nos postos jurídicos empregou em maior medida argumentos estritamente legais, ao contrário, parece que se sentiam mais a vontade em recorrerem a matéria e noções outras que não a letra da lei.

Por fim, e indo um pouco além dos dados aqui apresentados, parecemos que o Poder Judiciário caminha em duas direções, não necessariamente opostas.

A primeira consiste no processo que chamamos de *institucionalização*. Acreditamos que o Judiciário contempla os três requisitos básicos postos por Polsby que implicam nesse fenômeno: *i) a delimitação* da organização – não basta, por exemplo, um simples querer individual de se tornar um juiz ou um ministro, uma vez que, cada cargo dentro da esfera jurídica possui seus critérios básicos de seleção, ocorre também certo endurecimento das barreiras frente aos outros poderes, por exemplo, como dissemos, a diminuição de cargos políticos na trajetória dos ministros; *ii) a complexificação* da organização – funções cada vez mais dentro da organização, por exemplo, cada subunidade do Poder Judiciário trata de uma matéria e domínio específico, o

Tribunal do Trabalho não irá dispor sobre matéria eleitoral; *iii) critérios universais* – não é possível que na região norte do país eu selecione juízes mediante concurso público de prova e títulos e, na região sul eu selecione segundo critérios de capital político, por exemplo, já que os critérios devem ser válidos de maneira igual para toda a organização.

A segunda direção diz respeito a posição que lentamente vai tomando o Poder Judiciário no âmbito do sistema democrático. Posição essa que vai deixando vagarosamente de lado certa timidez e austeridade em se envolver em questões que ultrapassam a esfera e norma jurídicas, ao menos quando tratamos da Suprema Corte, versando sobre questões de alto impacto social e político. Essa postura, contudo, não deve ser vista ou servir como base legitimadora para extrapolações constitucionais e criação de normatividades jurídicas, especialmente tendo em vista que, ao Supremo Tribunal Federal compete salvaguardar os princípios e direitos constitucionais.

Dessa forma, se por um lado há uma institucionalização da carreira dos membros da Suprema Corte, por outro, isso não implica em uma postura passiva frente aos temas por eles discutidos, seja por uma forma mais proativa – é o caso da decisão sobre a legitimidade do TSE decidir sobre uma área que pertence ao Congresso Nacional –, seja pela importância social inerentes a certos temas, cada vez mais presentes no Supremo Tribunal – como a disposição sobre a união entre homoafetivos.

Ressaltamos também que, apesar do objetivo de uma Constituição Federal ser o de normatizar a vida e as atividades de uma sociedade, assegurando direitos e ditando deveres, ela não está livre da presença de valores e entendimentos sobre o que é essa “boa sociedade”. Ela defende uma visão e postura de mundo por intermédio de suas leis que, por muitas vezes, aceitam uma ampla gama de interpretações, por exemplo, a defesa da “dignidade da pessoa humana”.

Concluimos esclarecendo que nossa análise é uma ínfima parte sobre um vasto rol de temas a serem ainda pesquisados e explorados sobre o Poder Judiciário, seja referente aos seus membros, as suas ações e decisões concretas, ao STF ou mesmo outras esferas e unidades jurídicas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERGARIA, Bruno. **Instituições de Direito**. São Paulo, Atlas, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, **Revista de Direito do Estado**, n. 13, 2009.
- BONELLI, Maria da Glória. **Os desembargadores do tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a construção do profissionalismo, 1873-1997**. Rio de Janeiro, Revista Dados, v. 44, n. 02, 2001.
- BOURDIEU, Pierre. A força do Direito. In: **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: elementos para uma nova abordagem. In. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, vol. 23, p. 115-126, nov. 2004.
- CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Anpocs, 1997.
- DAHL, Robert. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as National Policy-Maker". **JOURNAL OF PUBLIC LAW**, no. 6, p. 279-295, 1957.
- ENGELMANN, Fabiano. Diversificação do espaço jurídico e lutas pela definição do direito no Rio Grande do Sul. **Tese de doutorado pela UFRGS**. Rio Grande do Sul, 2004.
- HELMKE, Gretchen. The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina under Dictatorship and Democracy. **The American Political Science Review**, Vol. 96, No. 2, Jun., p. 291-303, 2002.
- KELLER, Suzanne. **O Destino das Elites**. São Paulo: Companhia Editora Forense, 1967.
- KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos Estudos**, 2013, jul, p. 69-85.
- MACIEL, Débora Alves & KOERNER, André. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**. n.57, p. 113-133, 2002.

MCGUIRE, K. T. 2004. The Institutionalization of the U.S. Supreme Court. **Political Analysis**, Oxford, v. 12, n. 2, Jun. p. 128-142, 2004.

POLSBY, Nelson W.. A Institucionalização da Câmara dos Deputados dos Estados Unidos. **Revista de Sociologia Política**, vol. 16, n.30, p. 221-251, 2008.

PUTNAM, Robert. Motives, Beliefs, and their Sources. In: **The Comparative Study of Political Elites**. New Jersey: Prentice Hall, 1976.

SADEK, Maria T. Judiciário: mudanças e reformas. **Revista Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, no. 51, ago. 2004.

SILVA, Elsa Maria Tavares. Ensino de direito no Brasil: perspectivas históricas gerais. **Psicol. Esc. Educ.** 2000, vol.4, n.1, pp. 307-312. ISSN 1413-8557. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1413-85572000000100008>>. Acesso em: mar, 2014.

STEFFENSMEIER, D.; HEBERT, C. Women and Men Policymakers: Does the Judge's Gender Affect the Sentencing of Criminal Defendants? **Social Forces**, v. 77, no. 3, mar. 1999.

STEFFENSMEIER, Darrel; BRITT, Chester L. Judges' Race and Judicial Decision Making: Do Black Judges Sentence Differently? **Social Science Quarterly**, v. 82, no. 4, dez. 2001.

VALÉRIO, Otávio Lucas Solano. **A toga e a farda: o Supremo Tribunal Federal e o Regime Militar (1964-1969)**. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

VIANNA, Luiz Wernneck; CARVALHO, Maria A. R. de; MELO, Manuel Palácios C. e BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. Rio de Janeiro, Editora Revan, 1997.

ZORN, C.; BOWIE, J. B. An Empirical Analysis of Hierarchy Effects in Judicial Decision Making. In: **Annual Meeting of the Southern Political Science Association**, New Orleans, 2007.

## REFERÊNCIAS WEBGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: setembro, 2013.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: setembro, 2013.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: setembro, 2013.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: setembro, 2013.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: setembro, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: setembro, 2013.

## ANEXO 1 – Breve Glossário de Cargos

Amanuense	No Poder Judiciário, escrevente é o funcionário que cuida do andamento dos processos, juntando petições, digitando expediente (como mandados, ofícios, cartas, intimações, etc.).
Assistente técnico	Perito indicado, tanto pelo reclamante como pelo reclamado, para atuar junto ao perito nomeado pelo juiz, apresentando laudo separado ou subscrevendo o laudo oficial.
Auditor	Auditor é o profissional que examina cuidadosamente com o objetivo de averiguar se as atividades desenvolvidas em determinada empresa ou setor estão de acordo com as disposições planejadas e/ou estabelecidas previamente, se estas foram implementadas com eficácia e se estão adequadas à consecução dos objetivos.
Chanceler	No Brasil e em outros países da América do Sul, <i>chanceler</i> é o título complementar dos respectivos ministros das Relações Exteriores.
Coletor	Quem arrecada rendas públicas. Coletoria Repartição encarregada da arrecadação de dinheiro público.
Conselheiro	São atribuições dos conselheiros propor, discutir e votar matérias de competência do Tribunal; apresentar, relatar e votar os processos que lhe sejam distribuídos, nos prazos estabelecidos em lei e no RI; substituir, na ordem decrescente de

	antigüidade, o vice-presidente em suas ausências e impedimentos e, da mesma forma, o corregedor-geral; exercer as funções de superintendência de controle externo, desenvolvidas pelas Inspetorias de Controle Externo, inclusas no Plano Anual de Fiscalização, com o objetivo de orientar o planejamento e a execução, a ser disciplinado em ato normativo, sugerindo à Presidência as medidas que se fizerem necessárias; votar na eleição do presidente, vice-presidente e do corregedor-geral.
Conselheiro	No âmbito estadual, os Tribunais de Contas possuem sete conselheiros. / O Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP) foi um órgão público do governo federal brasileiro, criado durante o governo de Getúlio Vargas (período do Estado Novo). Fazia parte de um esforço de reforma na administração pública brasileira.
Conselho penitenciário	É um órgão colegiado (formado por vários profissionais) que tem função consultiva (emitir parecer em pedidos de Indulto e Livramento Condicional) e fiscalizadora (inspecionar os Estabelecimentos Penais e supervisionar os patronatos e a dar assistência aos egressos): é composto por profissionais da área jurídica (promotores, advogados etc.) e profissionais de outras áreas relacionadas à Execução (psiquiatria, psicologia etc.). Seus membros tem mandato de quatro anos e são nomeados pelo Governador do Estado.
Consultor geral da união	É um órgão de direção superior da Advocacia-Geral

(incluso casos de consultor de estados)	da União, instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente.
Curador	É o representante do Ministério Público, ou particular, a quem a lei ou o juiz atribui o exercício da curatela.
Embaixador	No Brasil, o título de embaixador se confunde com a posição de Ministro de Primeira Classe, o cargo mais alto da carreira diplomática no país. Além de funções de representação externa, podem comandar postos consulares e exercer cargos de chefia política e administrativa no Ministério das Relações Exteriores Brasileiro (Itamaraty).
Intendente	Atribuídas funções executivas: o poder hoje exercido pela prefeitura foi anteriormente exercido pela câmara municipal, pelo conselho de intendência e pela intendência municipal.
Interventor	Governador nomeado pelo Presidente.
Membro da comissão de ética pública	A Comissão de Ética Pública é um órgão consultivo do Governo Brasileiro. É constituída por sete integrantes, designados pelo Presidente da República. Esses membros não fazem jus a qualquer remuneração e os trabalhos nela desenvolvidos são considerados prestação de relevante serviço público.
Presidente do conselho fiscal da caixa econômica	O Conselho Fiscal é o órgão de fiscalização da Caixa, composto por cinco membros efetivos e seus suplentes. Eles são designados pelo ministro de Estado da Fazenda, de acordo com determinados critérios. É preciso ter idoneidade moral e reputação

	ilibada, ser diplomado em curso de nível superior, ter capacidade técnica e experiência em matéria econômico-financeira, jurídica ou de administração de empresas.
Presidente do conselho nacional do serviço social (CNSS)	Tem por função, como órgão coordenador, estudar, em todos os seus aspectos, os problemas de assistência e do serviço social e, como órgão consultivo e cooperador, assistir os poderes públicos e entidades privadas, em tudo quanto se relacione com o assunto.
Pretor	Magistrado, na Roma Antiga, que publicava no fórum as sentenças que lavrava.

## ANEXO 2 – Categorização dos Cargos

<b>1 – JURÍDICO</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Advogado</li> <li>2. Amanuense</li> <li>3. Assessor/Assistente Jurídico</li> <li>4. Consultor jurídico (chefe de consultoria jurídica ou chefe de departamento jurídico)</li> <li>5. Curador</li> <li>6. Desembargador</li> <li>7. Juízes</li> <li>8. MP: i) procurador; ii) corregedor; iii) promotor público</li> <li>9. Pretor</li> <li>10. Conselho Penitenciário</li> <li>11. Ministros de Tribunais</li> </ol>
<b>2 – POLÍTICO</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Chefias: i) casa civil; ii) de gabinete</li> <li>2. Oficial de gabinete</li> <li>3. Deputado estadual ou federal</li> <li>4. Governador (presidente do Estado/Província)</li> <li>5. Senador</li> <li>6. Prefeito</li> <li>7. Presidente da República</li> <li>8. Vereador</li> <li>9. Embaixador e chanceler</li> <li>10. Intendente</li> <li>11. Interventor</li> <li>12. Ministros de Estado</li> <li>13. Representante do Congresso Constituinte</li> <li>14. Reitor</li> </ol>
<b>3 – COERCITIVO</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Coronel</li> <li>2. Major</li> <li>3. Delegado</li> <li>4. Chefe de Polícia</li> <li>5. Auditor (de guerra e da marinha)</li> </ol>
<b>4 – ADMINISTRATIVO</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Assessor: i) gabinete; ii) ministro; iii) secretaria; iv) técnico</li> <li>2. Inspetor</li> <li>3. Secretário</li> <li>4. Coletor de rendas</li> <li>5. Conselheiro</li> <li>6. Junta Administrativa da Caixa de Amortização</li> <li>7. Membro do Conselho Administrativo da Caixa Econômica Federal</li> </ol>

### ANEXO 3 – Ficha ADIN União Homoafetiva

<b>Origem</b>	Distrito Federal
<b>Requerente</b>	Procurador Geral do República
<b>Requeridos</b>	Presidente da República Congresso Nacional
<b>Amicus Curie</b>	Conectas Direitos Humanos  ABGLT - Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros  Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo  IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família  Associação Eduardo Banks  CNBB - Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
<b>Data de Entrada do STF</b>	22 de julho de 2009
<b>Data do Julgamento</b>	05 de maio de 2011
<b>Relator</b>	Ministro Ayres Britto
<b>Resultado</b>	Procedente
<b>Votos</b>	O Tribunal, por votação unânime, julgou procedente as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli.
<b>Ramo do Direito</b>	Direito Civil
<b>Assunto</b>	Família; União Estável ou Concubinato; União Homoafetiva
<b>Ementa:</b> 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (adpf). Perda	

parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. **2.** Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. **3.** Tratamento constitucional da instituição da família. Reconhecimento de que a constituição federal não empresta ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria sócio-cultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família. Interpretação não-reducionista. **4.** União estável. Normaçoão constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. Focado propósito constitucional de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano. Identidade constitucional dos conceitos de “entidade familiar” e “família”. **5.** Divergências laterais quanto à fundamentação do acórdão. **6.** Interpretação do art. 1.723 do código civil em conformidade com a constituição federal (técnica da “interpretação conforme”). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações.

#### ANEXO 4 – Ficha ADIN Fidelidade Partidária

<b>Origem</b>	Distrito Federal
<b>Requerente</b>	PSC – Partido Social Cristão
<b>Requeridos</b>	Tribunal Superior Eleitoral
<b>Amicus Curie</b>	-
<b>Data de Entrada do STF</b>	10 de dezembro de 2007
<b>Data do Julgamento</b>	11 de novembro de 2008
<b>Relator</b>	Ministro Joaquim Barbosa
<b>Resultado</b>	Improcedente
<b>Votos</b>	O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta e declarou a constitucionalidade da resolução impugnada, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau e Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes
<b>Ramo do Direito</b>	Direito Eleitoral e Processo Eleitoral
<b>Assunto</b>	Partido Político; Filiação Partidária
<p><b>Ementa:</b> 1. Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. 2. Síntese das violações constitucionais argüidas. Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral. 3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. 6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente.</p>	