

DROGAS E STF: AS TIPOLOGIAS EXPLICATIVAS SOBRE AS DECISÕES EM SEDE DE HABEAS CORPUS

DRUGS AND STF: EXPLANATORY TYPOLOGIES ABOUT HABEAS CORPUS DECISIONS

João Vitor Gomes Pinto¹

RESUMO

Uma revisão bibliográfica e pesquisa secundária com dados quali-quantitativos evidenciam que, a partir do pós-guerra, na segunda metade do século XX, houve acentuado incremento de poder político ao poder judiciário, migrado, claramente, das instâncias eleitas. Condições político-estratégicas, perfil ideológico dos magistrados, arranjo institucional, passado profissional dos ministros, dentre outros aspectos, são elementos importantes a serem explicados no quadro de expansionismo judicial que opera, atualmente, o seu estágio mais avançado: a judicialização da política. Nesse cenário, com o aporte de uma tipologia para análise de decisões judiciais, o trabalho visa a responder: Quais fatores influenciam, nas decisões dos Ministros do STF em sede de Habeas Corpus sobre Drogas?

Palavras chaves: drogas. STF. Decisão Judicial.

ABSTRACT

A bibliographical review and secondary research with qualitative-quantitative data show that, from the post-war period, in the second half of the 20th century, there was a marked increase in political power to the judiciary, clearly migrated from elite authorities. Political-strategic conditions, ideological profile of the magistrates, institutional set-up, professional past of the ministers, among other aspects, are important elements that will be explained in the framework of judicial expansionism that currently operates in its most advanced stage: the judicialization of politics. In this scenario, as a contribution of a typology for the analysis of judicial decisions, the work aims to answer: What factors influence the decisions of the Supreme Court Justices at the headquarters of Habeas Corpus on Drugs?

Keywords: drugs. STF. Judicial Decision.

1 INTRODUÇÃO

¹ Doutorando na área de Sociologia e Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Direito Penal da Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI).

A guinada pós-positivista no Direito trouxe como consequência um afastamento da participação do Juiz como mera “boca da lei”, ou seja, o repetidor dos aspectos formais contidos na norma jurídica, para uma função de realizador, em concreto do Direito; assim, o magistrado teve incrementado o poder criativo para melhor adequar as normas jurídicas ao caso concreto. Diante disso, constata-se que, há na justiça internacional, bem como na justiça latino-americana, e, ainda, na Justiça brasileira, ambas em período pós-regimes militares, enredos de jurisprudência que permitem a constatação de uma “produção do Direito por obra dos juízes”.

Na verdade, mais especificamente, com a chegada do Estado Social e a necessidade da implementação de vários direitos antes negligenciados pelo Estado, o judiciário vê-se desafiado a participar de um processo de implementação da chamada “questão social” e de políticas públicas. Afinal de contas, se analisado numa perspectiva de evolução histórica, o Direito, agora, num contexto em que os juízes interferem cada vez mais na política e assumem cada vez mais posições políticas, devendo dar significado concreto a valores constitucionais abstratos, como liberdade e igualdade, “não poderíamos manter a fé na catacrese de Montesquieu”, enquanto melhor maneira de compreender o Direito atual (MACHADO, 2012).

2 IMPLICAÇÕES DA “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA” PARA O PROCESSO DEMOCRÁTICO

Uma ampla revisão bibliográfica realizada aponta que, na academia, o fenômeno evidenciado pelo aumento da interação entre Direito e política, foi inserido na literatura contemporânea sob o termo “judicialização da política”, graças aos esforços coletivos dos autores e Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1995), na obra “The Global Expansion of Judicial Power”, de 1995. Nessa obra são traçadas as características de um fenômeno global de da interação entre Direito e política. Para chegar a esse entendimento, os autores lançam mão da análise dos contextos jurídicos e políticos de diversos países que caminharam para a democratização: Alemanha, Austrália, Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Itália, França, Suécia, Países Baixos, Israel, estados integrantes da ex-URSS, Namíbia, dentre outros, tendo como referencial de que a expansão global do Poder Judiciário teve como maior norteador o modelo democrático norte-americano.

Em obra posterior, Sunstein (2002) chama a atenção para o fato de que a expansão da atividade do Judiciário, embora seja característica da democracia, pode ser medida pela frequência

¹ Doutorando na área de Sociologia e Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Direito Penal da Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI).

com que um magistrado ou um tribunal anula as ações dos demais poderes do Estado, particularmente do Legislativo. Isto é, com que frequência os tribunais “retiram a decisão das mãos dos eleitores” (SUNSTEIN, 2002, p. 43).

No Brasil, após diversas repercussões do movimento de expansão judicial no cenário mundial, o estudo sobre o fenômeno se inicia em 1997, com a obra “O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política”, de Marcus Faro de Castro (1997). Para o autor, esse movimento de expansão não é necessariamente prejudicial, sendo até mesmo uma etapa natural da atuação do judiciário na democracia. A ideia é, ao contrário, que democracia constitui um “requisito” da expansão do poder judicial (TATE apud CASTRO, 1997). Em suas palavras, Castro (1997, p. 148) afirma que “a transformação da jurisdição constitucional em parte integrante do processo de formulação de políticas públicas deve ser vista como um desdobramento das democracias contemporâneas”. Mas, também, nessa obra nacional inicial sobre o tema já é feito um alerta sobre a politização da justiça:

a Judicialização da política corresponde a uma **politização da Justiça**. Esta condição institucional de introdução da jurisdição constitucional no processo de formulação de políticas públicas é em parte auxiliada pelas regras orgânicas dos tribunais constitucionais ou do Poder Judiciário como um todo. Assim, **regras referentes ao recrutamento, composição, competências** e procedimentos dos diversos órgãos e Poderes, e especialmente do tribunal constitucional, são importantes para a judicialização da política (CASTRO, 1997).

Posteriormente, em 1999, a literatura nacional apresenta, com o livro “A Judicialização da Política e das Relações Sociais”, de Luiz Werneck Vianna, um outro importante aporte para a compreensão do fenômeno analisando a judicialização da política brasileira no modelo do controle abstrato de constitucionalidade. Segundo Luiz Werneck Vianna (2007), a “legislação do welfare assume uma natureza aberta, indeterminada e programática, na medida em que se expõe à incorporação de aspectos materiais, em oposição à pureza formal do direito na ortodoxia liberal”. Num sistema de leis formais esculpidas através de fórmulas textuais e a presença de princípios morais abstratos, no judiciário, emergiu o fenômeno do protagonismo do poder judicial e “sua crescente imbricação com o espaço da política” (VIANNA; BURGOS; SALES, 2007).

É algo muito recente para a democracia **a projeção do papel do juiz em quase todos os aspectos da vida social**. Mas, essa projeção não é corretamente consequência, ao contrário do que se analisa comumente, de pretensões de ativismo judiciário. O fato de que, especialmente a partir dos anos de 1970, os juízes – inclusive os do sistema da *civil law*,

¹ Doutorando na área de Sociologia e Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Direito Penal da Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI).

contrariando uma pesada tradição – cada vez mais ocupem lugares tradicionalmente reservados às instituições especializadas da política e às de autorregulação societária, longe de significar ambições de poder por parte do judiciário, aponta para processos mais complexos e permanentes (VIANNA; BURGOS; SALES, 2007).

Nota-se que, para além do aparecimento de temas políticos recorrentes em democracias ocidentais, como a crescente mobilização do Judiciário por grupos de interesse ou por grupos políticos minoritários na arena legislativa, destaca-se a judicialização da legislação social, repetindo-se, de modo muito peculiar, no contexto brasileiro.

Diante dessa breve revisão bibliográfica, afirma-se que a principal consequência de se instituir o Judiciário como um Poder está no fato de que a instituição e seus integrantes passam a desfrutar da possibilidade de se constituírem protagonistas relevantes na arena pública. No Brasil, sobretudo, no Supremo Tribunal Federal (STF), temos um lugar privilegiado de vocalização e criação de novos direitos.

Desse ponto de vista, conhecer quem são os juízes se apresenta como uma questão que transcende a mera descrição do corpo de magistrados. Não se trata simplesmente de dizer o juiz brasileiro é assim ou é assado.

Diante disso, o objeto geral da presente pesquisa é correlacionar uma dinâmica interna decisória, presente no Supremo Tribunal Federal com uma das temáticas mais latentes da atualidade brasileira: a política de drogas. Em outros aspectos, meu objeto de pesquisa diz respeito a: O que influencia um juiz ao julgar? Essas decisões teriam influência no partido político do Presidente que indicou o Ministro? Haveria coalizões internas nas Turmas das Cortes que possibilitariam a explicação das decisões? As partes do processo influenciam no julgado? Uma divisão esquerda-direita ou liberal-conservador? Qual a influência da carreira de origem do juiz?

Antes de enfrentar essas perguntas, e apresentar as várias teorias que buscam responder à questão e definir os determinantes do comportamento judicial, inclusive se é sustentável que os juízes votem de acordo com as suas preferências pessoais em um caso, inclusive ideológicas, será feita a apresentação do pano de fundo em que essas análises serão feitas: a questão da política de drogas no Brasil Contemporâneo.

2.1 CRÍTICA DA GUERRA ÀS DROGAS: O CONTEXTO DE MANIFESTAÇÕES PROGRESSISTAS NOS STF

¹ Doutorando na área de Sociologia e Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Direito Penal da Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI).

A presente pesquisa se situa no eixo interdisciplinar Sociologia e Direito acerca do papel do discurso, prática organizacional e das políticas públicas no âmbito do Judiciário, relacionados à análise decisória nos Habeas Corpus (HC) sobre consumo de drogas, no Supremo Tribunal Federal, após à promulgação da Lei nº 11.343 de 2006, conhecida como Lei de Drogas. Outrossim, a análise do contexto da política de drogas, o pano de fundo, aqui, selecionado para análise das decisões jurídicas, demanda a percepção de três modelos estratégicos concebidos:

- a) redução da oferta;
- b) redução da demanda;
- c) redução de danos.

Cada um desses modelos demonstrará a forma pela qual o Estado controlará o uso de drogas.

Tradicionalmente são três as estratégias adotadas no intuito de controlar o uso de drogas. A primeira delas, a chamada **redução da oferta**, se caracteriza pelo desenvolvimento de ações de erradicação de plantações e destruição de princípios ativos; de repressão à produção, ao refino e ao tráfico de substâncias precursoras e de drogas; de combate à lavagem de dinheiro e de fiscalização e controle da produção, da comercialização e do uso das drogas. A segunda, chamada **redução da demanda**, baseia-se em ações, esforços e recursos para desestimular ou diminuir o consumo – em especial a iniciação – e para tratar os usuários e dependentes. A terceira, a chamada **redução de danos**, tem como objetivo a execução de ações para a prevenção das consequências danosas à saúde decorrentes do uso de drogas, sem necessariamente interferir na oferta ou no consumo (ROSA, 2012).

Nesse sentido, é sabido que o Brasil foi construindo sua política antidrogas, baseada no discurso punitivista de que as drogas são as grandes inimigas da sociedade os indivíduos envolvidos em sua mercancia, os inimigos. Muito embora, a lei atual, a 11.343/06 trouxe algumas alterações com relação a repressão ao uso, como por exemplo a despenalização, com o encaminhamento do usuário a medidas educativas e de advertência, ao contrário do que acontecia com o regramento anterior – que trazia o encarceramento; mas, o cenário, ainda, é de uma beligerância e rotulação do uso das drogas. Sem contar que, conforme dados do Infopen, houve um aumento no encarceramento por conta do tráfico de drogas. Dos mais de setecentos mil presos existentes no Brasil, pouco mais de um terço está preso por crimes relacionados as drogas. O que por um lado pode mostrar o aumento da circulação de drogas e poderio das facções criminosas,

¹ Doutorando na área de Sociologia e Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Direito Penal da Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI).

por outro, escancara que a política trazida pela nova lei enche as prisões e agrava as questões carcerárias nacionais. Só para exemplificar, dentre várias questões, houve uma ampliação de 49% para 62% do percentual de mulheres presas por tráfico, entre 2005 e 2016, como uma verdadeira explosão do encarceramento feminino, que cresceu 69% no Brasil em dez anos.

Do mesmo modo, as representações nas práticas discursivas dos agentes do sistema de justiça criminal acabam capturando as próprias experiências e sensações decorrentes desses tipos de consumo em concepções estigmatizantes. É devido a esta preocupação exclusivamente individual, reforçada por argumentos coletivos expressos através do “nós”, que os “cidadãos de bem” desenvolvem técnicas no intuito de neutralizar esta parcela da sociedade, a partir de uma construção teórica e analítica orientada pela tradição pós-estruturada, entendido principalmente como “uma racionalidade hipermilitarizada nortada pela guerra e desinformação que gera o medo” (ROSA; PINTO, 2019).

Importada do discurso norte-americano, de Guerra às Drogas, o mecanismo social contribui para a criação de um quadro de saúde pública que mais produz precariedade no contato com a droga do que a resolução de algo, fato que não é menos verdadeiro no campo das práticas jurídicas. Entretanto, numa outra vertente alinham-se discursos e prática voltados para uma flexibilização do uso de drogas por parte dos indivíduos, numa pretensa alternativa à problemática guerra às drogas. Uma ampla militância permeia o cenário dessa disputa pelo lado da legalização, a exemplo das Marchas da Maconha – que lutam pela legalização da droga para consumo pessoal e medicinal.

Nota-se, ainda, que, em sede da Suprema Corte nacional, não raras são as manifestações relevantes da convicção de seus membros, no sentido de adesão a um modelo de redução de danos, conforme afirmou o Ministro Luís Roberto Barroso:

Numa primeira etapa, ao meu ver, deve ser a descriminalização da maconha. Mas não é descriminalizar o consumo pessoal, é mais profundo do que isso. A gente deve legalizar a maconha. Produção, distribuição e consumo. Tratar como se trata o cigarro, uma atividade comercial. Ou seja: paga imposto, tem regulação, não pode fazer publicidade, tem contrapropaganda, tem controle. Isso quebra o poder do tráfico. Porque o que dá poder ao tráfico é a ilegalidade. E, se der certo com a maconha, aí eu acho que deve passar para a cocaína e quebrar o tráfico mesmo (BRÍGIDO, 2017).

Numa outra ocasião o mesmo Ministro disse qual era seu posicionamento pessoal acerca do tema: “Não estamos defendendo as drogas, temos que enfrentar [o problema]. A guerra às drogas fracassou no mundo inteiro, mas o consumo só aumenta”. Ele defendeu que o uso

¹ Doutorando na área de Sociologia e Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Direito Penal da Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI).

recreativo das drogas, em ambiente privado, não seja proibido. “Cada um faz as suas escolhas de vida, e talvez este [consumo de drogas] não esteja entre os maiores riscos” (ANTUNES, 2017).

Voltando brevemente à Marcha da Maconha, que é um movimento social a favor da descriminalização da planta, por muito tempo, repressões, até que, em 2011, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de seus membros (8 votos), decidiu liberar a realização das manifestações em prol da legalização da maconha e, assim, “não impedir manifestações públicas em defesa da legalização de drogas”. Nesta ocasião, o Plenário seguiu o voto do Ministro Ayres Britto, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4274, proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR), determinando que o dispositivo da Lei de Tóxicos que classifica como crime o ato de induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga seja interpretado em conformidade com os dispositivos da Constituição de 1988 – atrelados à liberdade de expressão. Dessa forma, exclui-se da interpretação da norma qualquer significado que enseje a proibição de manifestação e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização de drogas.

O Ministro Edson Fachin, em seu entendimento se baseou em grande parte no respeito à “liberdade e autonomia privada”, e nos limites que devem existir na “interferência estatal sobre o indivíduo ” (BRASIL, 2015). Numa declaração recente, o Ministro Alexandre de Moraes disse que a legislação ficou no “meio do caminho”, por “não fazer uma distinção objetiva entre o usuário e o traficante ligado a uma organização criminosa”. Para ele, “o usuário não deve ser punido com prisão” (AGÊNCIA SENADO, 2017).

Ainda, em 2015, o STF julgou a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas e os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes votaram pela descriminalização das drogas para consumo próprio, em especial do porte da cannabis. Ainda, Gilmar Mendes, nessa decisão de descriminalização do consumo pessoal, afirmou que “a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal afeta o direito do livre desenvolvimento de personalidade em suas diversas manifestações”.

Já mais recentemente, com a nomeação de Kassio Nunes Marques e André Mendonça, pelo presidente Jair Bolsonaro, algumas manifestações contrárias a legalização das drogas e ao incremento ao conflito armado às drogas ficou evidenciado, como por exemplo, na fala de Mendonça, em entrevista ao Jornal El País:

Minha defesa é o direito à vida e a concepção de que as drogas fazem mal à pessoa, sociedade, família. Quantas famílias já foram destruídas por conta das drogas? Temos que ter políticas públicas de combate ao tráfico, melhor recuperação, prevenção. Mas entendo que nós precisamos trabalhar numa perspectiva de sociedade, e principalmente

¹ Doutorando na área de Sociologia e Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Direito Penal da Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI).

no campo político, que compreenda a droga como algo que faz mal à sociedade e às pessoas (MENDONÇA, 2019).

O sistema carcerário brasileiro tem vários gargalos e questionamentos, uma vez que não possui estruturas adequadas para atender a proporção de pessoas que são encarceradas, estando em permanente estado de superlotação. Em meio à gestão da política nacional das questões carcerárias e políticas sobre dependem da judicialização, e tribunal oscila entre imperativos progressistas e decisões conservadoras. Por exemplo, alguns tensões político-ideológicas marcaram as intervenções do STF durante a pandemia do Covid-19, especificamente no trato da questão prisional. Cerca de 75% dos casos relacionados à covid-19 submetidos ao STF entre março e maio de 2020 foram pedidos de habeas corpus de apenados com saúde comprometida e com grande risco de infecção e morte. Ainda assim, o STF rejeitou em torno de 90% desses pedidos.

No sentido da questão da prisão, mas agora tornando a questão central da pesquisa, muito embora se evidencia a presença progressista no trato à questão da droga em alguns discursos de membros do STF, a tensão no sentido mais conservador com relação à temática ainda é sensível. Dito isso, podemos citar o entendimento de que as normas e as instituições judiciais são atravessadas por dispositivos de poder globalmente presentes, relacionados à disciplina ou à governamentalidade. Por essa via de raciocínio, o termo necropolítica, de autoria Achille Mbembe, diz a respeito do conjunto de ações, diretas e indiretas, tomadas por Estado para exercer o seu direito de matar (ALVES, 2011).

Ainda, sobre essa discussão, para Mbembe:

O auge da soberania, em grande medida, reside no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer. Por isso, matar ou deixar viver constituem os limites da soberania, seus atributos fundamentais. Exercitar a soberania é exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implantação e manifestação de poder (ALVES, 2011).

A necropolítica é instrumento e meta àqueles que criam programas que desfavoreçam determinado grupo social, pessoas que residam em dada localidade, são de determinada classe social, ou que tenham determinada idade e origem étnica. Tal como a necropolítica pode se manifestar tanto em atos isolados como em uma prática ampla e coordenada, assim também pode vir a suceder com o conjunto de leis estatal. Essa questão, caso se manifeste isolada ou sistematicamente, tem um nome: necrodireito.

¹ Doutorando na área de Sociologia e Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Direito Penal da Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI).

Em suma, num contexto de crítica da chamada “Guerra às Drogas”, a discussão da legalização do consumo pessoal das drogas aumentou em manifestações dos ministros. Mas, ainda com preponderância de um Necrodireito quando se analisa a questão das drogas no Brasil, estão presentes manifestações progressistas-responsivas ao movimento de legalização do consumo de drogas no Supremo Tribunal Federal. As hipóteses já apresentadas pretendem analisar esse cenário .

3 HIPÓTESES EXPLICATIVAS SOBRE O COMPORTAMENTO DOS MINISTROS DO STF NAS DECISÕES SOBRE DROGAS EM SEDE DE HABEAS CORPUS

3.1 A BIBLIOGRAFIA SOBRE O COMPORTAMENTO DECISÓRIO NAS CORTES DE JUSTIÇA

Nos estudos sobre sentenças judiciais há farta literatura empírica, sobretudo norte-americana (BAUM, 2009; EPSTEIN; WALKER, 2007; HEISE, 2002; SEGAL; SPAETH, 2002) – de autoria de cientistas do direito, cientistas políticos e economistas – analisando a tomada decisão dos juízes da Suprema Corte dos países. Diante disso, comumente se indaga: As decisões são determinadas pelo texto da lei? Ou os juízes são orientados pela ideologia ao julgar? Que objetivos eles perseguem, e como perseguem esses objetivos? Essas são todas questões cruciais da revisão da literatura sobre comportamento judicial. Como foi explicado anteriormente, o objeto da presente pesquisa são as dinâmicas internas que levam a uma decisão judicial no STF. E, constata-se que, na revisão de literatura acadêmica sobre o tema, estão se utilizando predominante para essa temática modelos formais. Então, será com esses modelos que, empiricamente, serão testadas as hipóteses.

Há uma constatação, advinda da revisão bibliográfica proposta para a construção dessa pesquisa: o poder judiciário para além de decidir sobre aspectos de bem-estar geral, pode decidir a partir de critérios político-pragmáticos. O fenômeno em questão, retratado por muitos como sendo o ativismo judicial é entendido por Tate e Vallinder (1995) como a “predisposição dos magistrados em ‘judicializar’”. Em outras palavras, caracteriza-se como uma atitude ativa no sentido de criação de uma política pública seria um determinante para a judicialização.

Mas, afora essas discussões ao redor da decisão, mais especificamente a pesquisa tem como objetivo analisar a dinâmica decisória sob o ponto de vista dos modelos formais explicativos: No interim de 2006 a 2022, o que mais influencia a decisão de um juiz em julgamento

¹ Doutorando na área de Sociologia e Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Direito Penal da Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI).

de Habeas Corpus, em sede de STF, sobre a temática de legalização das drogas? Várias teorias buscam responder à questão e definir os determinantes do comportamento judicial.

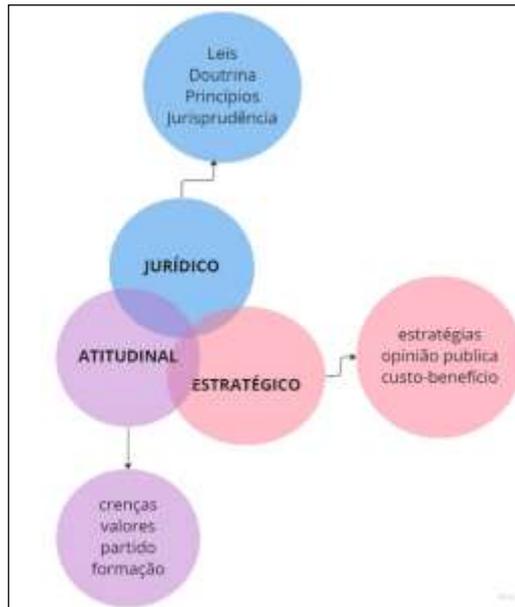
Uma crescente literatura busca sistematicamente examinar os juízes e suas decisões jurídicas. Tendo em conta que os juízes muitas vezes desempenham um papel crítico em nossas vidas constitucionais, políticas, econômicas e sociais, é evidente que precisamos de uma melhor compreensão de **como e por que os juízes chegam às suas decisões**, tomadas no decurso do exercício de suas funções judiciais (HEISE, 2002, p. 832).

Sobre essa abordagem, três teorias do comportamento judicial têm destaque:

- a) **o modelo jurídico:** se relaciona com o aspecto normativo e argumenta que o comportamento judicial está restringido pela lei e pelo direito;
- b) **o modelo atitudinal:** considera que as preferências individuais de cada juiz influenciam no processo de elaboração das decisões judiciais. Fatores como crenças, convicções filosóficas, ideologias, jornada pessoal, explicariam a variabilidade nas decisões judiciais;
- c) **o modelo estratégico:** aponta para o fato de que um juiz vai adotar estratégias para chegar aos seus objetivos, dado que podem existir várias restrições ao seu comportamento. Por essa visão, um juiz consideraria a reação de todos os agentes, dentro ou fora da Corte (por exemplo, Poder Executivo, Poder Legislativo, opinião da sociedade, etc.), e adotaria uma conduta estratégica para atingir suas metas.

Figura 1 – Modelos de análise das decisões judiciais.

¹ Doutorando na área de Sociologia e Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Direito Penal da Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI).



Fonte: elaborada pelo autor (2023).

Então, na tarefa de explicar empiricamente como são construídas as decisões judiciais, a pesquisa terá amparo nas ferramentas metodológicas inerentes a esses modelos formais explicativos. Ademais, a escolha por esses modelos tem o papel de facilitar a ligação entre a teoria pura e os instrumentos metodológicos, organizando as informações colhidas e testando empiricamente hipóteses elencadas ao objeto de pesquisa. Mais ainda, a escolha por essas classificações torna os estudos empíricos associáveis a vasta gama de possibilidades que a dinâmica decisória pode apresentar.

3.2 O MODELO JURÍDICO: APLICAÇÃO TÉCNICA DO DIREITO

Primeiramente, quando falamos do modelo jurídico, nos remetemos aos pressupostos do positivismo. Não será discutido, por ora, a problemática da separação do ponto de vista científico, neutro e impessoal que levaram os juristas a terem um trato científico do Direito a partir do estabelecimento do seu objeto e do método de observação. Isto é, a diferença entre o positivismo neutro, no desenrolar do século XIX, e o pós-positivismo com o resgate da moral, a partir de 1945. Aqui, nessa vertente se ampara somente fatores jurídicos, como leis, princípios fundamentais, remissões a jurisprudência consolidada, doutrinas, etc. são levadas em consideração na análise das decisões. Diante disso, os magistrados, ao aplicarem o Direito, em suma estariam adstritos aos métodos consagrados pelo Direito para a resolução dos casos, excluindo assim, suas preferências pessoais.

¹ Doutorando na área de Sociologia e Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Direito Penal da Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI).

Ainda nessa modalidade, os julgadores seriam atrelados ao conteúdo previsto na norma jurídica, que funcionaria como uma moldura, conforme a clássica construção de Kelsen (1934), que significa em poucas palavras “como um limite para o intérprete autêntico da norma cuja subjetividade influenciaria o processo interpretativo”.

Ainda, sobre exemplo semelhante em relação ao caso brasileiro: com o propósito de analisar quais fatores influenciavam no deferimento de medidas liminares em ações diretas de inconstitucionalidade (ADINs) pelo Supremo Tribunal Federal, Taylor (2008) empregou o modelo legalista para testar eventuais associações com as variáveis jurídicas enquadradas nas categorias tópico (relacionando o assunto objeto do conflito, por exemplo, reforma da previdência social, regulação econômica, orçamento, etc.) e espécie normativa (assumindo que o tipo da legislação teria influência na possibilidade de sucesso na revisão constitucional, v.g., emendas constitucionais, medidas provisórias, leis ordinárias, decretos, etc.).

Na categoria tópico, o modelo legalista foi capaz de demonstrar que o assunto tratado exercia influência sobre o deferimento das liminares, especialmente quando a legislação tratava de benefícios do próprio Judiciário e de questões fiscais e tributárias, enquanto que na categoria espécie normativa, a despeito de ser intuitivamente hipótese forte para a concessão de liminares, o modelo mostrou uma influência muito sutil nas decisões dos Ministros do STF (TAYLOR, 2008, p. 82-84).

Como outra explicação se cita o trecho do RHC 170953, julgado no STF, que menciona junto a um caso de prisão por tráfico de drogas, a decisão judicial para fixação do regime de cumprimento de pena, dentre os previstos em lei. Aqui, não há espaço para subjetividades, é uma questão meramente objetiva. No caso, afastou-se a possibilidade de aplicação de pena restritiva de direitos, pois o cálculo da pena superou quatro anos.

O regime de cumprimento da pena é definido ante o patamar referente à condenação e as circunstâncias judiciais – artigo 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal. PENA – LIBERDADE – SUBSTITUIÇÃO – RESTRITIVA DE DIREITOS. Ficando a sanção final acima do limite de 4 anos de reclusão, inadmissível.

É sobre esse último trecho que se evidencia a aplicação da metodologia Jurídica. Segundo o artigo 44 do Código Penal (CP), a pena deve ser substituída quando: 1) não houve violência ou ameaça no cometimento do crime, a pena aplicada não for maior do que 4 anos, ou para crimes culposos independente da pena; 2) o réu não for reincidente em crime doloso; e 3) o réu não tiver maus antecedentes. Ou seja, para fixação do regime de cumprimento de pena, o juiz não

¹ Doutorando na área de Sociologia e Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Direito Penal da Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI).

demonstrou preferência pessoal ou uma visão estratégica, apenas funcionando como um repetidor do que diz a técnica jurídica e seus parâmetros estabelecidos. Ainda, como exemplo nacional, no mesmo sentido de análise, é constante, a aplicação de princípios, tal qual o princípio da insignificância (*minimis non curat praetor*).

O princípio da insignificância, ou criminalidade de bagatela não está previsto em nenhuma legislação do ordenamento jurídico, ‘apenas podendo ser inferido na exata proporção em que se aceitam limites para a interpretação constitucional e das leis em geral’, desta forma é de criação ‘exclusivamente doutrinária’ (LOPES, 2010).

Então, diante da amostra que a pesquisa apresentará, a contagem e o agrupamento de artigos de lei, princípios, jurisprudências que guardem similitudes entre si, podem evidenciar a presença da abordagem jurídica num julgado. Para Baum (2009), a concepção de juízes adotada por esse modelo procura apenas buscar o “bom direito”. Em suma, espera-se que o comportamento judicial seja pautado pela maneira como o órgão julgador (individual ou coletivo) reage às fontes do direito (a legislação, os precedentes, os costumes jurídicos, os princípios, a literatura jurídica, etc.).

Contudo, seria muito simplista afirmar que apenas fatores legalistas seriam capazes de produzir efeitos sobre as decisões judiciais (individuais ou coletivas), retirando o papel desempenhado pelas preferências dos juízes nos processos decisórios. Para as situações em que os fatores legalistas (isoladamente) pouco ou nada explicam sobre a variação decisória judicial surgem oportunidades para o uso de modelos atitudinais e/ou estratégicos.

3.3 O MODELO ATITUDINAL: VALORES, CRENÇAS E ATITUDES POLÍTICA DOS JUÍZES

Um outro exemplo dentre as metodologias utilizadas nos estudos, o modelo atitudinal, levará em consideração as preferências políticas) individuais de cada juiz e como estas influenciam no processo de elaboração das decisões judiciais. Para os atitudinalistas (SEGAL; SPAETH, 2002, p. 85), no que diz respeito à pauta das decisões judiciais, trata-se de deixar o mundo ideal e abstrato das leis, dos precedentes e da história para se adentrar no mundo concreto das atitudes e dos valores. Por exemplo, relaciona-se a uma análise do partido político do Presidente que indicou o juiz. Pressupõe-se que um Presidente indica um juiz por afinidade ideológica e, por isso, o partido do Presidente se relaciona com a própria ideologia do indicado.

¹ Doutorando na área de Sociologia e Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Direito Penal da Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI).

Nos Estados Unidos, uma visão predominante, “senão não for aquela predominante, acerca do processo decisório judicial na Suprema Corte Norte-Americana é o modelo atitudinal”. O autor alega que “os valores ideológicos dos magistrados proporcionam os melhores indicadores do resultado de seus votos” (SEGAL et al., 1995, p. 812).

No mesmo sentido, exemplo retirado da literatura norte-americana: o julgamento da Suprema Corte americana: *Bush v Gore*. No controverso desdobramento do impasse na recontagem dos votos do estado da Flórida nas eleições presidenciais de 2000, a decisão da corte foi tomada por cinco votos a quatro: os cinco votos vencedores eram de indicados por presidentes republicanos, e os dois únicos indicados por democratas no tribunal ficaram do lado vencido.

Nessa tentativa, para o modelo de análise atitudinal, será preciso procurar as marcas simbólicas (palavras, imagens, comportamentos) em cujos termos as pessoas realmente se representam para si mesmas e para os outros. “Deve-se buscar ‘com quê’ ou ‘por meio de quê’ ou ‘através de quê’ os outros percebem” (GEERTZ, 1997, p. 89).

3.3 O MODELO ESTRATÉGICO: ESFORÇOS E RACIONALIDADES EM PROL DE UM RESULTADO

Teremos um exemplo de aplicação do modelo de análise estratégica das decisões judiciais quando, por exemplo, se analisa dinâmicas internas de órgãos (como as Turmas que compõem o STF), o perfil de quem é Requerente da Ação Judicial, a presença de unanimidade ou divergência nas votações, e, até mesmo condições externas como inflação, PIB, pesquisas de opinião pública.

Seguindo com a exemplificação sobre os modelos, o estratégico diz respeito a de explicação do comportamento judicial apresenta uma formulação aparentemente muito simples, que pode ser resumida da seguinte forma: os juízes decidem de acordo com seus valores ideológicos sinceros (“atitudes”) vis-à-vis os estímulos apresentados pelos casos em discussão (SEGAL, 2011; SEGAL; SPAETH, 2002, p. 86). Dito de outro modo, esse modelo nos mostra que o direito não é um sistema de princípios e regras logicamente estabelecidos, dotado de autonomia e estaticidade, mas, sim, pragmático. Ou seja, a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. O modelo estratégico, então, seria o resultado da combinação de formulações oriundas do realismo legal, da política, da psicologia e da economia. Nesse sentido, podemos apontar para uma percepção do realismo jurídico na metodologia atitudinal.

Se os juízes necessariamente criam o direito, como eles chegam às suas decisões? Para os jurídicos realistas, a resposta claramente não pode ser

¹ Doutorando na área de Sociologia e Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Direito Penal da Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI).

encontrada em regras e conceitos jurídicos na medida em que eles pretendem descrever o que os tribunais ou as pessoas estão realmente fazendo. Opiniões Judiciais que contêm tais regras apenas racionalizam as decisões; não são causas de eles (SEGAL; SPAETH, 2002, p. 88).

Um caso que ajuda a refletir sobre as consequências de uma decisão estratégica é a respeito o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 29 e 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578. Esse julgamento tratou da Lei Complementar nº 135/2010, conhecida como a “Lei da Ficha Limpa”. Em poucas palavras, a partir da promulgação da “Lei da Ficha Limpa”, as alíneas “d” e “e” do artigo passaram a estabelecer hipóteses de inelegibilidade a condenação por crimes eleitorais e por um rol de crimes descritos nos itens 1 a 10 da alínea e, transitada em julgado ou proferida por um órgão judicial colegiado. Aufere-se de maneira clara que a redação das referidas alíneas do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990 fere gravemente a garantia constitucional estabelecida pelo inciso LVII do artigo 5º da Carta Magna de 1988, que assegura que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Nessa ocasião, diversos juristas, se manifestaram com relação ao teor populista da decisão do STF que foi ao encontro da opinião pública, porém, foi em cheio contra uma das garantias basilares do ordenamento jurídico.

Assim, comportando-se de forma estratégica, espera-se que o julgador decida o conflito atento às expectativas dos demais atores políticos envolvidos na questão controversa, num determinado cenário de tempo e de espaço. “Um magistrado orientado politicamente pode ter que fazer avaliações frequentes e cuidadosas das estruturas de poder, uma vez que estas são dinâmicas e não estáticas” (MURPHY, 1964, p. 31). Num trabalho de origem sobre o comportamento judicial estratégico, Dahl (1957) mostrou como a variação das sucessivas maiorias legislativas no Congresso estadunidense, bem como as características das coalizões, ao longo do tempo, tinham influência no comportamento individual do Justice da Suprema Corte norte-americana. Numa outra vertente de análise da decisão de cunho estratégico, Epstein e Knight (2013) introduzem as motivações pessoais dos juízes como fator relevante às tomadas de decisão em complemento às variáveis ideológicas e aos fatores tipicamente jurídicos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existem diversas vozes na literatura acadêmica, nacional e internacional, relacionada às abordagens e tipologias possíveis para compreender as decisões judiciais. Nesse sentido, faz-se necessária uma intensa compreensão através desses chamados “modelos”, sobretudo, aplicada à

¹ Doutorando na área de Sociologia e Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Direito Penal da Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI).

análise do contexto social existente num determinado País.

No Brasil, muito embora, o ensaio que aqui se propõe tenha apontado para uma judicialização da política, ainda mais, numa ação de proeminência estratégica do STF, é necessário, ainda discernir quais são os elementos centrais do fenômeno de decisões judiciais sobre Drogas.

Então, atualmente, no Brasil, pós 2018, sob pressões de parte do espectro político conservador-radical, o STF nitidamente trabalha para ganhar apoio da opinião pública, incluindo esses mesmos segmentos conservadores. O Tribunal se mostra cauteloso ao analisar casos que podem ser abominados por essas camadas, como os direitos à proteção da população carcerária, selecionando estrategicamente causas a priorizar e batalhas a travar.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. **Alexandre de Moraes responde sobre drogas e legalização dos jogos de azar.** Brasília, 21 fev. 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/02/21/alexandre-de-moraes-responde-sobre-drogas-e-legalizacao-dos-jogos-de-azar>. Acesso em: 06 out. 2022.

ALVES, Jaime Amparo. Topografias da violência: necropoder e governamentalidade espacial em São Paulo. **Revista do Departamento de Geografia**, v. 22, p. 108-134, 2011.

ANTUNES, Roberto. Ministro do STF cobra legalização das drogas: precisamos de ousadia. **Congresso em Foco**, Brasília, 28 mar. 2017. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/projeto-bula/reportagem/ministro-do-stf-cobra-legalizacao-das-drogas-precisamos-de-ousadia/>. Acesso em: 26 out. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Interdisciplinar do Direito**, Faculdade de Direito de Valença, v. 16, n. 1, p. 217-266, 2018.

BAUM, Lawrence. **Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior.** Nova Jersey: Princeton University Press, 2009.

¹ Doutorando na área de Sociologia e Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Direito Penal da Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI).

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, Fernanda Cavassana de. Manifestações digitais em democracias monitoradas: uma proposta de tipologia para monitoramento individual dos cidadãos em redes sociais on-line. *In: CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PESQUISADORES EM COMUNICAÇÃO E POLÍTICA*, 8., 15-17 maio, 2019, Brasília. **Anais [...]**. Brasília: Faculdade de Comunicação da Universidade de Brasília, 2019.

CASTRO, Marcos Faro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, p. 34-46, jun. 1997.

ANPOCS 2018. Disponível em: <https://www.anpocs.com/index.php/papers-40-encontro-3/gt-31/gt17-22/11253-analise-de-conteudo-automatizada-para-conversacoes-em-redes-sociais-online-uma-proposta-metodologica/file>. Acesso em: 15 jul. 2022.

DAHL, Robert Alan. The concept of power. **Behavioral Science**, v. 2, n. 1, p. 201-215, jul. 1957.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DOISE, Willem; CLEMENCE, Alain; LORENZI-CIOLDI, Fabio. **Représentations sociales et analyses de données**, Grenoble: Pug, 1992.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Reconsidering judicial preferences. **Political Science**, v. 16, n. 1, p. 11-27, 2013.

GEERTZ, Clifford. **O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa**. 1. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GROSSMAN, Jay B. Dissenting blocs on the warren court: a study in judicial role behavior. **Journal of Politics**, Statesboro, v. 30, n. 4, p. 1068-1090, nov. 1968.

HEISE, Michael. The past, present, and future of empirical legal scholarship: judicial

¹ Doutorando na área de Sociologia e Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Direito Penal da Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI).

decision-making and the new empiricism. **The University of Illinois Law Review**, v. 2002, n. 4, p. 819-850, 2002.

KRIPPENDORF, Klaus. **Content analysis: in introduction to its methodology**. Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 2004.

LEBART, Lucien; SALEM, André. **Statistique textuelle**. Paris: DUNOP, 1994.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. v. 2: princípios fundamentais do Direito Penal moderno. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Igor Suzano *et al.* **Jurisdição, integridade e hegemonia: novas figuras de linguagem no romance do Direito brasileiro e suas implicações para a democracia e a justiça do país**. 2012. 270 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <https://www.bdtd.uerj.br:8443/bitstream/1/15472/1/tese%20igor.pdf>. Acesso em: 17 out. 2022.

MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução**. São Paulo: Contracorrente, 2019.

MASCARENHAS, André. Com decisão sobre Ficha Limpa, Supremo 'joga para a opinião pública', diz constitucionalista. **Estadão**, São Paulo, 28 out. 2010. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/radar-politico/com-decisao-sobre-ficha-limpa-supremo-joga-para-a-opiniao-publica-diz-constitucionalista/>. Acesso em: 31 out. 2022.

MURPHY, Walter F. **Elements of judicial strategy**. Chicago: University of Chicago Press, 1964.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Quando a corte se divide: coalizões majoritárias mínimas

¹ Doutorando na área de Sociologia e Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Direito Penal da Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI).

no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, n. 1, p. 1863-1908, 2017.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 27, n. 1, p. 89-115, 2012.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; SILVA, Virgínia Ferreira da. Processos judiciais como fonte de dados: poder e interpretação. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 7, n. 13, p. 244-259, jan./jun. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/soc/a/yyLj574RG4Qz6zMXyCSGRCF/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 11 out. 2022.

PEREIRA, Merval. Ficha Limpa é o exemplo de que o STF deve considerar a opinião pública. **O Globo**, Rio de Janeiro, 16 fev. 2012. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/merval-pereira/post/ficha-limpa-o-exemplo-de-que-stf-deve-considerar-opinioao-publica-432080.html>. Acesso em: 11 out. 2022.

RODRIGUES, Thamires Fernandes Cardoso da Silva *et al.* Sentimentos de famílias na dependência de drogas: à luz da sociologia compreensiva. **Revista Brasileira de Enfermagem**, v. 71, n. 2, p. 2272-2279, 2018.

ROSA, Pablo Ornelas. **Drogas e biopolítica**: uma genealogia da redução de danos. 2012. 2012. 373 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/3436>. Acesso em: 24 out. 2022.

SADEK, Maria Tereza Aina. **Magistrados**: uma imagem em movimento. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006.

SEGAL, Jeffrey Allan *et al.* Ideological values and the votes of U.S. Supreme Court justices revisited. **The Journal of Politics**, v. 57, n. 3, p. 812-823, ago. 1995.

SEGAL, Jeffrey Allan; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the attitudinal**

¹ Doutorando na área de Sociologia e Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Direito Penal da Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI).

model revisited. New York: Cambridge University Press, 2002.

SINDERSKI, Rafaela Mazurechen; SARAIVA, Alécia Silva. Conversação política online: uma análise das discussões sobre ideologia de gênero na fanpage do presidente brasileiro Jair Bolsonaro. *In: CONGRESSO LATINO-AMERICANO DE CIÊNCIA POLÍTICA*, 10., 01-03 ago. 2019, Monterrey, México. **Anais [...]**. Monterrey, México: Associação Latinoamericana de Ciência Política, 2019.

SOUZA, Marli Aparecida Rocha de *et al.* O uso do software IRAMUTEQ na análise de dados em pesquisas qualitativas. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, v. 52, p. 1-17, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s1980-220x2017015003353>. Acesso em: 11 out. 2022.

SUNSTEIN, Cass R. **The laws of fear.** Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

TATE, Chester Neal. Why the expansion of judicial power? *In: TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. (Orgs.). The global expansion of judicial power.* Nova Iorque: New York University Press, 1995. p. 27-37.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. (Orgs.). **The global expansion of judicial power.** Nova Iorque: New York University Press, 1995.

¹ Doutorando na área de Sociologia e Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Direito Penal da Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI).