

RECEBIDO EM: 28/09/2016

APROVADO EM: 06/04/2017

JUSTIÇA ARISTOTÉLICA E AS ONZE ILHAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A POSSIBILIDADE DE JUSTIÇA NO CASO CONCRETO

**ARISTOTELIAN JUSTICE AND THE ELEVEN ISLANDS OF THE
FEDERAL SUPREME COURT: THE POSSIBILITY OF JUSTICE AT THE
CONCRETE CASE**

Wagner Wilson Deiró Gundim

Doutorando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Anhembí

Thiago Pellegrini Valverde

Mestre em Direitos Difusos e Coletivos (subárea Direitos Humanos) pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES). Professor Titular de Direito Internacional Privado no curso de graduação em Direito do Centro Universitário Fundação Santo André, CUFSA, Brasil

Por isso a justiça é muitas vezes considerada a maior das virtudes, e 'nem Vésper, nem a estrela-d'alva' são tão admiráveis; e proverbialmente, na justiça estão compreendidas todas as virtudes. E ela é a virtude completa no pleno sentido do termo, por ser o exercício atual da virtude completa. (Aristóteles, 1991, p. 98).

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Concepção Aristotélica de Justiça: A equidade como justo no caso concreto; 2 As onze ilhas do Supremo Tribunal Federal (STF) e a problemática da autossuficiência decisória; 3 Decisões monocráticas em direitos fundamentais e o reforço da tese das onze ilhas; 4 Justiça Aristotélica e as onze ilhas do Supremo Tribunal Federal (STF): é possível chegar-se a julgamentos justos?; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo investigar se é possível alcançar a justiça no caso concreto, nos termos defendidos pela concepção Aristotélica, notadamente nos julgamentos ocorridos no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), órgão composto por “onze ilhas”, o qual, no mais das vezes, apresenta entendimentos isolados e inconciliáveis. A ideia inicial é explorar as concepções Aristotélicas de Justiça de modo a evidenciar o que, para o filósofo, se apresenta como Justiça, e, principalmente, como justo no caso concreto. Sequencialmente, pretende-se esclarecer a ideia de que o Supremo Tribunal Federal (STF) possui “onze ilhas”, cuja atuação demonstra a existência de entendimentos divergentes e em algumas situações praticamente inconciliáveis. Ao final, o artigo verificará se dentro da concepção Aristotélica é possível que o Supremo Tribunal Federal (STF) alcance a justiça no caso concreto, mesmo diante da existência de entendimentos tão diversificados em cada uma das “onze ilhas”.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Aristotélica. Diálogo Institucional. Virtude. Equidade. Unidade Decisória.

ABSTRACT: The purpose of this article is to investigate whether it is possible to achieve justice in the concrete case, according to the terms defended by the Aristotelian conception, notably in the context of the judgments of the Federal Supreme Court (STF), a body composed by “eleven islands”, which more often than the ideal presents isolated and irreconcilable understandings. The initial idea is to explore the Aristotelian conceptions of Justice in order to highlight what, for the philosopher, presents itself as Justice, and, mainly, what is fair in the concrete case. Consecutively, the intention is to clarify the idea that the Federal Supreme Court (STF) has “eleven islands”, whose performance demonstrates the existence of divergent understandings and in some situations practically irreconcilable. At the end, the article will verify if it is possible, within the Aristotelian conception, that the Federal Supreme Court (STF) reaches justice in the concrete case, even in the scenario of such diverse understandings in each one of the “eleven islands”.

KEYWORDS: Aristotelian Justice. Institutional Dialogue. Virtue. Equity. Decisive Body.

INTRODUÇÃO

O protagonismo judicial na concretização de direitos e garantias fundamentais, bem como na resolução de questões tidas por primordiais no cenário jurídico e político brasileiro, tem sido um fenômeno cada vez mais frequente na pauta do Supremo Tribunal Federal (STF), de modo que a resolução de cada um destes casos tem provocado reações várias na mídia, tanto positivas como negativas.

Ocorre que, além das reações favoráveis ou desfavoráveis ao que se tem decidido, fica cada vez mais nítido que os posicionamentos apresentados por referido órgão, no mais das vezes, constituem razões decisórias totalmente divergentes e, em algumas ocasiões, até mesmo inconciliáveis, razão pela qual os Ministros são comumente identificados como “onze ilhas” dotadas de autossuficiência no processo decisório, em analogia apresentada por Conrado Hübner Mendes¹.

Esta ausência de uniformização de entendimento é extremamente perigosa para o Estado Democrático de Direito, uma vez que coloca em xeque a própria funcionalidade do Supremo Tribunal Federal (STF), órgão de cúpula do Poder Judiciário responsável pela guarda da Constituição Federal.

Isso porque, uma das funções primordiais de uma Corte colegiada é empreender, *coletivamente*, um resultado global que redunde na prestação jurisdicional mais adequada ao jurisdicionado. Em outras palavras, o resultado coletivo deve corresponder à adequação entre as interpretações individuais de cada um dos juízes.

Isto não significa, contudo, que os juízes não possam externar suas opiniões e conclusões individuais no momento da prestação jurisdicional reclamada, uma vez que tal ato decorre da própria atividade interpretativa do exegeta. O que se espera é que, no momento da interpretação, o protagonismo judicial individual existente no órgão colegiado dê passagem a um resultado uniforme e final, que deverá transcender a individualidade do Ministro julgador, e que seja capaz de afastar a tão famigerada autossuficiência decisória.

Diante deste contexto, é extremamente pertinente analisar à luz da teoria jusfilosófica, especificamente sob o manto da concepção aristotélica de justiça, se é possível alcançar a justiça no caso concreto, notadamente

1 MENDES, Conrado Hübner. *Onze ilhas*. 01 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>. Acesso em: 6 ago. 2016.

nos julgamentos ocorridos no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), tarefa esta que será empreendida por meio do presente ensaio.

1 A CONCEPÇÃO ARISTOTÉLICA DE JUSTIÇA: A EQUIDADE COMO JUSTO NO CASO CONCRETO

Aristóteles (384-322 a.C.) é um dos maiores expoentes do pensamento filosófico grego, de modo que suas ideias, mesmo após a sua morte, representam reflexões filosóficas do patamar mais elevado já construídas sobre o direito e o justo.

Discípulo de Platão, Aristóteles enquadra-se naquilo que denomina-se de filosofia clássica, posterior à filosofia dos originários (Anaximandro, Heráclito e Éfeso) e anterior à filosofia dos sofistas (Protágoras de Abdera, Górgias de Leontini e Isócrates de Atenas)².

No campo do direito, a obra que traz as mais altas aspirações e reflexões do filósofo é *Ética a Nicômaco*, notadamente em seu livro V, em que Aristóteles se ocupa a pensar sobre a justiça, o seu conceito, suas acepções e as características daquilo que entende como justo.

Ao iniciar o Livro V da obra referenciada, Aristóteles³ consigna que:

[...]

Vemos que todos os homens entendem por justiça aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo; e do mesmo modo, por injustiça se entende a disposição que as leva a agir injustamente e a desejar o que é injusto.

[...]

Tomemos, pois, como ponto de partida os vários significados de um “homem justo”. Mas o homem sem lei, assim como o ganancioso e o ímprobo, são considerados injustos, de forma que tanto o respeitador da lei como o honesto serão evidentemente justos. *O justo é, portanto, o respeitador da lei e o probo, e o injusto é o homem sem lei e é ímprobo.*

(grifos nossos)

2 MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

3 ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco; Poética; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 96.

Para o filósofo, portanto, a justiça estaria adstrita ao cumprimento da lei e a injustiça, a contrário senso, ao descumprimento da lei. No entanto, como adverte Mascaro⁴, diferentemente da jusfilosofia moderna, a lei produzida a partir de um princípio ético não é diretamente relacionada ao justo por conta de sua forma (relacionada à validade formal da lei), mas em razão de seu conteúdo, de modo que uma má lei, não é lei.

Ao proceder com uma sistematização filosófica da justiça, Aristóteles descobre o seguinte: existem 2 (duas) acepções de justiça a saber: (i) a justiça pode ser tomada em seu sentido universal; ou (ii) a justiça pode ser entendida em seu sentido particular.

Em seu sentido universal, a justiça é compreendida como virtude perfeita e completa, vale dizer:

[...] é completa porque aquele que a possui pode exercer sua virtude não só sobre si mesmo, mas também sobre o seu próximo, já que muitos homens são capazes de exercer virtude em seus assuntos privados, porém não em suas relações com os outros⁵.

Ao tratar sobre a justiça universal aristotélica, Osvaldo Guariglia⁶ aduz que:

A justiça no primeiro sentido, normativo, constitui, para Aristóteles, o que ele denomina ‘a virtude completa’, quer dizer, a justiça total. Entretanto, a justiça no sentido de ‘igualdade’ é uma parte sumamente importante da justiça, que se enquadraria com o que nós atualmente entendemos pelo campo propriamente jurídico.

Para Aristóteles, existe um grande rol de virtudes, e todas estas se revestem como possibilidades que se afirmam por si mesmas, i.e, o que identifica cada virtude é uma espécie de tipo identitário que a constitui. Para o filósofo, nenhuma virtude depende da outra, mas todas as existentes no mundo correspondem obrigatoriamente à soma de 2 (dois) verbos/ elementos, vale dizer, a virtude em si somada ao elemento justiça. Para exemplificar, não basta ser paciente, é preciso ser paciente justamente.

4 MASCARO, op. cit.

5 ARISTÓTELES, p. 98-99.

6 GUARIGLIA, Osvaldo. *Ética y Política según Aristóteles II*. Buenos Aires: Centro Editor América Latina, 1992. p. 184.

Exatamente pelo fato de estar contida em todas as demais virtudes, a justiça é a única virtude de caráter universal. No entanto, defenderá Aristóteles, muito embora seja universal por acompanhar todas as demais, a justiça também se revela como virtude em si mesma, configurando então a sua acepção no sentido particular. Para o filósofo, a regra do justo é traduzida no ato de dar a cada um o que lhe pertence, compreendendo, portanto, uma ação distributiva que exige a necessidade de estabelecer o que é de cada qual.

No seu sentido estrito, aduzirá Aristóteles, a justiça pode se manifestar de 2 (duas) formas a saber: (i) justiça distributiva; e (ii) justiça corretiva, as quais são esclarecidas pelo próprio filósofo em *Ética a Nicômaco*⁷.

Mediante as considerações acima, depreende-se que a justiça distributiva corresponde à distribuição justa da riqueza, a qual representa um justo termo entre duas pessoas e duas coisas. A justiça da distribuição, por sua vez, será caracterizada pela proporcionalidade – proporcional será aquela que se pautar pelos parâmetros da régua de lesbos adiante explicitada-, ao passo que a injustiça restará caracterizada pela desproporcionalidade.

Ao tratar sobre a necessária igualdade da distribuição, Aristóteles⁸ consignará ainda que “O justo, pois, envolve pelo menos quatro termos, porquanto duas são as pessoas para quem ele é de fato justo, e duas são as coisas em que se manifesta — os objetos distribuídos”.

A justiça corretiva ou retributiva, por sua vez, se caracteriza como uma espécie de justiça aritmética e que tem por desiderato retribuir algo semelhante àquilo que fora perdido ou retirado, voluntária ou involuntariamente. Por envolver apenas 2 (duas) retribuições, tal justiça é representada apenas por 2 (dois) termos.

Aristóteles ainda chama a atenção para uma outra forma de justiça denominada reciprocidade, a qual, no entanto, não configura um terceiro caso de justiça particular; o que ocorre é que na justiça distributiva ou corretiva/retributiva existe uma hipótese de reciprocidade, a qual possui aplicabilidade mais importante no campo da produção e atua como uma retribuição proporcional entre as pessoas e os produtos fornecidos. Geralmente a reciprocidade ocorre quando se troca algo por dinheiro/moeda, o qual possui natureza universal.

7 ARISTÓTELES, *op. cit.*

8 *Ibid.*, p. 102.

Alysson Mascaro⁹ tece uma importante observação sobre a concepção aristotélica de justiça consignando que nas questões do mais alto pensamento do filósofo, a sua compreensão caminha para uma política do justo, e não para uma filosofia pautada em critérios matemáticos em proporções aritméticas e geométricas. Ainda, segundo o autor, “somente um mergulho nas condições sociais concretas há de revelar o justo para o pensamento político aristotélico”¹⁰.

Tais considerações nos permitem afirmar que a justiça para Aristóteles não é normativa, mas situacional, vale dizer, depende da situação histórica, social e até mesmo demográfica, de modo que o justo deve equivaler ao meio termo, afastando os excessos econômicos, políticos, culturais e sociais.

A concepção aristotélica de justiça, contudo, não pode ser alcançada apenas por meio da observação ou contemplação, ao contrário, é um fazer intencional, deliberado e conhecido. Isto significa que para se alcançar a justiça, *é preciso fazer justiça*.

As considerações trazidas alhures servem como base para apresentação de um dos eixos centrais da concepção aristotélica de justiça trabalhada no Livro *Ética a Nicômaco*, qual seja: a equidade. A ideia de equidade trabalhada pelo filósofo, contudo, não é aquela prevista pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), pois esta assume um aspecto de correção da lei, portanto, de caráter superior à própria justiça.

Ao se referir sobre a equidade, Aristóteles consigna que justo é o homem escolhe e pratica atos equitativos, ressaltando por mais uma vez que a justiça não é apenas uma orientação ou apreensão teórica, mas a sua efetiva prática. Para se alcançar a justiça é preciso fazer a justiça, agindo-se sempre de modo equitativo¹¹.

De forma bastante específica com relação à atuação do Juiz, Aristóteles a compara àquele que julga conforme a Régua de Lesbos¹² e se atenta às especificidades de cada caso concreto, agindo de maneira flexível de acordo com a situação.

9 MASCARO, op. cit.

10 Ibid, p. 71.

11 ARISTÓTELES, op. cit.

12 Nesta ilha do mundo grego, os construtores se valiam de uma régua flexível, que se adaptava à forma das pedras, sem ser rígida (Cf. MASCARO, op. cit, p. 79).

Por sua vez, Richard Bodéüs¹³, ao tratar sobre o julgamento equitativo na concepção Aristotélica, tece as seguintes considerações:

[...]

Eu entendo por isso que o julgamento equitativo é ainda, para Aristóteles, interpretação da própria lei positiva, não de alguma norma independente e superior que deva se chamar moral, por exemplo. A jurisprudência equitativa não é certamente uma interpretação estrita da lei, como aquela que opera na aplicação desta aos casos particulares previstos pelo legislador. Mas é, todavia, uma reinterpretação da lei segundo os seus próprios princípios; ela é rigorosamente alheia àquilo que já não é a regra posta pela lei e ela definitivamente se restringe a dizer melhor o que já diz imperfeitamente a lei positiva, sem referência a algum princípio de uma outra natureza.

Uma outra tese aristotélica vai no mesmo sentido e mostra a importância considerável que o filósofo concede à jurisprudência interpretativa. É a tese da “constitucionalidade das leis”, tese eminentemente conforme aos costumes jurídicos contemporâneos e aos costumes da Antiguidade [...]. A semelhança deste princípio com a jurisprudência equitativa é muito evidente. Do mesmo modo que a equidade não se pode estabelecer na indiferença ou na ignorância da lei positiva, mas deve imperativamente inspirar-se na regra imanente à lei que ela corrige, da mesma maneira as próprias leis positivas não podem ser estabelecidas na indiferença ou na ignorância do regime constitucional sob o qual elas são promulgadas, mas devem imperativamente conformar-se aos princípios que determinam a forma desse regime.

Por derradeiro, ainda sobre a equidade aristotélica, Andréa Coutinho Pessoa de Oliveira¹⁴ ressalta que esta “garante que cada caso será aplicado e analisado com o rigor da lei, mas com a flexibilidade e coerência da equidade, para que não caia no erro, querendo generalizar o singular”.

As elucubrações aduzidas ao longo deste capítulo inicial trouxeram em pauta, ainda que de forma mais sintetizada (já que o universo das reflexões jusfilosóficas aristotélicas é muito superior ao apreendido no corpo deste trabalho), as ideias centrais da concepção Aristotélica de justiça, notadamente no que tange à justiça do caso concreto.

13 BODÉÜS, Richard. Os fundamentos naturais do direito e a filosofia aristotélica. In: ZINGANO, Marco. (Coord.) Sobre a ética nicomaquéia de Aristóteles. São Paulo: Odysseus Editora, 2010. p. 345.

14 OLIVEIRA, Andréa Coutinho Pessoa de. *A virtude da Justiça no pensamento aristotélico*. Dissertação (Mestrado Acadêmico de Filosofia). Universidade Estadual do Ceará. 2009. p. 79.

Diante da conclusão desta primeira tarefa, portanto, tratar-se-á a seguir sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal e sua caracterização como “onze ilhas” quando da prestação da tutela jurisdicional reclamada.

2 AS ONZE ILHAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) E A PROBLEMÁTICA DA AUTOSSUFICIÊNCIA DECISÓRIA

Nos termos do que já fora pontuado alhures, o protagonismo judicial na concretização de direitos e garantias fundamentais, bem como na resolução de questões tidas por primordiais no cenário jurídico/político brasileiro, tem sido um fenômeno cada vez mais frequente na pauta do Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁵, de modo que a resolução de cada um destes casos tem provocado reações várias na mídia, tanto positivas como negativas.

Ocorre que, além das reações favoráveis ou desfavoráveis ao que se tem decidido, fica cada vez mais nítido que os posicionamentos apresentados por referido órgão, no mais das vezes, constituem razões decisórias totalmente divergentes e, em algumas ocasiões, até mesmo inconciliáveis, razão pela qual os Ministros são comumente identificados como “onze ilhas” dotadas de autossuficiência no processo decisório.

Conrado Hübner Mendes¹⁶ esclarece o uso do termo em entrevista concedida ao blog “Os Constitucionalistas” e indica que o Supremo Tribunal Federal (STF) se manifesta como “onze ilhas” por pelo menos 2 (duas) formas a saber:

Os Constitucionalistas – O Supremo Tribunal Federal continua um arquipélago de “onze ilhas”? Há excesso de individualismo na prática deliberativa do Tribunal?
Conrado Hübner Mendes – Sim, as “onze ilhas” continuam fortes como nunca. Mas é preciso dar maiores contornos a essa metáfora. O STF se manifesta como “onze ilhas” pelo menos de duas maneiras. Em primeiro

15 O fenômeno de expansão do Poder Judiciário mencionado ocorreu após o Século XXI, o qual transcendeu a peculiaridade norte-americana, de modo que diversos regimes jurídicos adeptos tanto do civil law, como do common law, passaram a prever em seus ordenamentos jurídicos alguma forma de jurisdição constitucional, apostando no protagonismo judicial para a dominação de políticas públicas e de normas cuja competência caberia originariamente à outras esferas do Poder, ante a ineficiência ou mora para efetivação de direitos fundamentais, sociais e questões conexas de caráter essencial ao Estado Democrático de Direito; o qual é denominado como Judicialização da Política, o qual fora analisado inicialmente por Neal Tate (Ver: TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. *The global expansion of judicial power*. Nova York: New York University Press, 1995).

16 NONATO, Israel. Conrado Hübner Mendes: “O STF é refém do capricho dos seus ministros”. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros>>. Acesso em: 5 ago. 2016.

lugar, quando suas decisões colegiadas correspondem a nada mais do que a soma de votos individuais, sem maiores interações comunicativas entre eles. São decisões fragmentadas, com argumentos diversos, que dificultam a identificação de um fundamento comum. Uma colcha de retalhos. É verdade que, estatisticamente, a maior parte das decisões colegiadas é composta de decisões unânimes, nas quais se segue o voto do relator (aparentemente, o contrário das “onze ilhas”). Isso acontece, sobretudo, nos acórdãos das Turmas. Porém, se olharmos mais atentamente para esses números, percebemos que, quando o caso é controverso e de maior exposição pública do Plenário, a regra é o modelo fragmentado. Praticamente, nenhum ministro do STF resiste à tentação de se expressar com sua própria voz quando está sob os holofotes, mesmo se concorda com a linha de outro voto, ou se o que tem a dizer for, no limite, redundante. Ninguém abre mão da vaidade autoral, nem quando isso teria potencial para estimular uma Corte melhor, que toma decisões melhores.

Em segundo lugar, o Supremo Tribunal Federal se manifesta como “onze ilhas” na pura e simples ausência do colegiado em 90% das decisões que a Corte toma. O STF é, na maior parte do seu tempo, um “tribunal monocrático”. Um ministro pode individualmente tomar decisões liminares que consumam efeitos irreversíveis, engavetar casos e jogá-los para um futuro indefinido, desengavetar casos que estavam aguardando julgamento há muitos anos ou poucos meses. O STF é refém dos caprichos de cada um dos seus ministros. Nada melhor define as “onze ilhas”.

A analogia indigitada, inclusive, também fora reconhecida pelo Ministro Marco Aurélio em entrevista concedida à TV Uol em 2012¹⁷, por meio da qual este informa não apenas a inexistência de convivência social dos Ministros fora do ambiente de trabalho, mas a própria divergência de entendimentos que, por vezes, são levadas para o lado pessoal.

A existência destas “ilhas” é caracterizada por uma pretensão de autossuficiência decisória em que cada um dos Ministros limita-se a expor os argumentos que o levaram a decidir desta ou daquela forma, acreditando que a sua “convicção pessoal” individual basta por si mesma para a adequada prestação jurisdicional reclamada.

Não se vislumbra, portanto, uma preocupação de coesão ou uniformidade das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de modo que na maioria dos julgamentos o que se vê é a somatória de

17 STF tem 11 ilhas e está cheio de víboras, diz Marco Aurélio. Disponível em: < <http://tvuol.uol.com.br/video/stf-tem-11-ilhas-e-esta-cheio-de-viboras-diz-marco-aurelio-04020C9C3866C8C12326/> > Acesso em 6 ago. 2016.

onze decisões tomadas de forma isolada, quando o ideal é que se tivesse uma decisão colegiada uniforme¹⁸.

Esta conclusão também é perfilhada por Oscar Vilhena Vieira¹⁹ ao aduzir que:

Hoje, o que temos é a somatória de 11 votos (que, em um grande número de casos, já se encontram redigidos antes da discussão em plenário) e não uma decisão da Corte, decorrente de uma robusta discussão entre os Ministros. Isto seria muito importante para que a integridade do Supremo, enquanto instituição colegiada, fosse mantida. Quando nos perguntamos qual a decisão do Supremo no caso das células-tronco, fica evidente que há uma multiplicidade de opiniões. Mesmo se pegarmos o voto do relator, que foi muito além da questão iuris submetida ao Tribunal, o que dali foi aceito pela maioria e o que não foi aceito? Quais são os efeitos precisos da decisão? Assim, as decisões precisam deixar de ser vistas como uma somatória aritmética de votos díspares. Na realidade, o que o sistema jurídico necessita são decisões que correspondam a um maior consenso decorrente de um intenso processo de discussão e deliberação da Corte. Evidente que sempre deverá haver espaço para votos discordantes e opiniões complementares, mas a maioria deveria ser capaz de produzir uma decisão acordada, um acórdão, que representasse a opinião do Tribunal. Isto daria mais consistência a decisões judiciais de grande impacto político.

Por sua vez, ao tratar sobre a necessidade de diálogo constitucional como componente da ideia de democracia deliberativa, Virgílio Afonso da Silva²⁰ reconhece a inexistência de unidade institucional e decisória no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) e tece as seguintes considerações sobre o modelo brasileiro:

18 Deve-se registrar, neste ponto, que a crítica apontada não diz respeito às conclusões finais chegadas pelo órgão, pois no mais das vezes as decisões colegiadas redundam em julgamentos unânimes. O que se está a criticar é que os julgadores chegam a um mesmo resultado final, mas por caminhos diversos e que, em algumas vezes, são conflitantes, já que são pautados, inclusive, em paradigmas filosóficos inconciliáveis (por vezes valem-se da jurisprudência dos valores e em algumas outras fundam-se na filosofia da consciência, tudo para justificar o mesmo resultado final).

19 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Rev. direito GV [online]*, v.4, n.2, p.441-463, 2008.

20 SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, ago. 2012. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144/2927>>. Acesso em: 08 ago. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4144>.

O modelo brasileiro pode ser considerado como um modelo extremo de deliberação externa, o que o afasta definitivamente dos modelos continentais europeus. Especialmente devido à:

- quase total ausência de trocas de argumentos entre os ministros: nos casos importantes, os ministros levam seus votos prontos para a sessão de julgamento e não estão ali para ouvir os argumentos de seus colegas de tribunal;
- *inexistência de unidade institucional e decisória: o Supremo Tribunal Federal não decide como instituição, mas como a soma dos votos individuais de seus ministros;*
- carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal: como reflexo da inexistência de unidade decisória, as decisões do Supremo Tribunal Federal são publicadas como uma soma, uma “colagem”, de decisões individuais; muitas vezes é extremamente difícil, a partir dessa colagem, desvendar qual foi a real razão de decidir do tribunal em determinados casos, já que, mesmo os ministros que votaram em um mesmo sentido podem tê-lo feito por razões distintas.

Para que as elucubrações indigitadas não fiquem apenas no campo da teoria, torna-se imperioso passar ao campo da práxis e demonstrar a nítida divergência de entendimentos do Supremo Tribunal Federal (STF) quando do julgamento de questões tida por fundamentais.

Um caso extremamente emblemático que demonstra a nítida divergência de posicionamento dos Ministros do Supremo refere-se à recente mudança de posicionamento com relação à possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau, em julgamento plenário do Habeas Corpus n.º 126.292 ocorrido em 17.2.2016²¹.

21 Considerando que o objetivo do presente capítulo é apenas evidenciar a existência de divergências e de decisões isoladas no âmbito do STF, não se discutirá sobre o acerto ou não da decisão plenária. Contudo, remete-se o leitor às considerações aduzidas por Lenio Streck em artigo intitulado “Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional” (Cf. STRECK, Lenio Luiz. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. *Revista Consultor Jurídico*, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 8 ago. 2016).

O habeas corpus em referência foi impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual indeferiu o pedido de liminar lá apresentado objetivando o afastamento do mandado de prisão expedido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP).

Em síntese, trata-se de ação penal em decorrência de roubo qualificado praticado por um ajudante-geral condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses. Após a condenação em 1º (primeiro) grau, a defesa recorreu ao Tribunal que, além de ter negado provimento ao recurso interposto, determinou a expedição do mandado de prisão.

Irresignada, já que a determinação da expedição de mandado de prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória representaria nítida violação ao princípio da presunção de inocência prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, bem como à jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal (STF) – até aquele momento –, a defesa impetrou os habeas corpus mencionados.

Ocorre que, por decisão plenária ocorrida no dia 17.2.2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofenderia o princípio constitucional da presunção da inocência.

Registre-se neste ponto que a decisão em questão representou nítida mudança de entendimento da Corte, que desde 2009 no âmbito do julgamento do Habeas Corpus n.º 84078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressalvava a possibilidade de prisão preventiva.

Em suas razões decisórias, o Ministro Relator Teori Zavascki consignou em síntese que:

[...]

5. Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante

de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas²².

Acompanharam o Relator os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

Em sentido contrário, a Ministra Rosa Weber e os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, presidente da Corte naquela oportunidade, ficaram vencidos. Todos eles votaram pela manutenção da jurisprudência do Tribunal que exige o trânsito em julgado para cumprimento de pena e concluíram pela concessão do *habeas corpus*.

Por mais que o Plenário tenha decidido em fevereiro pela possibilidade de execução da pena logo após a decisão de segundo grau, o Ministro Ricardo Lewandowski, em plantão judiciário, deferiu medida liminar requerida nos autos do Habeas Corpus n.º 135.752 em favor do ex-prefeito de Marizópolis (PB) para suspender, integral e cautelarmente, a execução provisória das penas impostas pelo Tribunal a quo, até o julgamento final do recurso, vedando, por consequência lógica, a efetivação da prisão em decorrência da condenação criminal que havia lhe sido imposta.

Em síntese, os argumentos apresentados pelo Ministro Lewandowski se consubstanciaram nas seguintes razões: (i) inicialmente, o Ministro afirmou que muito embora o posicionamento do órgão tenha sido recentemente alterado quando do julgamento plenário do Habeas Corpus n.º 126.292 em que se reconheceu a possibilidade de execução da sentença após o julgamento em 2ª (segunda) instância, a decisão fora tomada em processo objetivo que “não se reveste de eficácia vinculante”, conforme recente decisão do Ministro Celso de Mello em processo de sua relatoria; (ii) invocando o preceito da antiga escola da exegese in claris cessat

22 HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).

interpretatio, o Ministro entendeu que o dispositivo constitucional que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado é absolutamente taxativo e categórico, de modo que não haveria como ser interpretado; e (iii) se, por um lado, o princípio constitucional da presunção de inocência não resta malferido diante da previsão, em nosso ordenamento jurídico, das prisões cautelares, desde que observados os requisitos legais, por outro, não permite que o Estado trate como culpado aquele que não sofreu condenação penal transitada em julgado, sobretudo sem qualquer motivação idônea para restringir antecipadamente sua liberdade.

Ocorre que, o Ministro Luiz Edson Fachin, Relator do processo indigitado, revogou ex officio a decisão do Ministro Ricardo Lewadowski em despacho assinado no dia 2.8.2016, salientando que a Corte havia se manifestado de forma colegiada sobre o tema e que, muito embora a decisão não possua efeito vinculante (por ter se dado em julgamento individual de habeas corpus), o Supremo Tribunal Federal (STF) deve conferir estabilidade à sua própria jurisprudência, senão veja-se:

A decisão proferida no HC 126.292/SP realmente não ostenta caráter erga omnes ou vinculante, nada obstante impende que a Corte confira estabilidade a sua própria jurisprudência, ressalvados por evidente douts entendimentos divergentes na fixação de teses majoritárias. Entendo que a decisão tomada pelo Plenário não teve, a rigor, como base apenas peculiaridades do referido caso concreto, tanto que culminou na edição de tese que, dentre outras funções, exerce a tarefa de indicar, em sentido geral, a compreensão da Corte Suprema sobre dada matéria.

O caso mencionado, contudo, não é o único em que se vislumbra a manifesta divergência de entendimentos do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre questões jungidas à sua apreciação.

Cite-se, neste ponto, a recente divergência sobre a competência para julgamento das contas dos prefeitos, em julgamento realizado nos autos do RE n.º 848.826 e do RE n.º 729.744, sob a Relatoria dos Ministros Roberto Barroso e Gilmar Mendes, respectivamente.

No primeiro caso (RE n.º 848.826), o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por 6 (seis) votos a 5 (cinco), que a Câmara de Vereadores é o órgão competente para julgamento das contas do prefeito, de modo que os votos vencedores foram dos Ministros Ricardo Lewadowski, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Edson

Fachin, ficando vencidos os Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Teori Zavascki e Rosa Weber.

A decisão final restou consignada nos seguintes termos:

[...]

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente), que redigirá o acórdão, fixou tese nos seguintes termos: “Para os fins do art. 1º, inciso I, alínea “g”, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a apreciação das contas de prefeitos, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores”, vencidos os Ministros Luiz Fux e Rosa Weber. Ausentes, justificadamente, os Ministros Cármen Lúcia e Teori Zavascki. Plenário, 17.08.2016²³.

No que tange ao julgamento do RE n.º 729.744, o plenário decidiu por 9 (nove) votos a 2 (dois) no sentido de que o parecer prévio de conselhos ou tribunais pela rejeição das contas de prefeitos não prevalece ante o decurso de prazo para a deliberação da câmara de vereadores²⁴.

É importante que se tenha em mente que não se está a criticar a divergência de entendimento em si, já que é extremamente comum que num cenário de possíveis interpretações os julgadores possuam entendimentos diversos, e em algumas situações até mesmo conflitantes.

Em outras palavras, é lícito aos Ministros externar suas opiniões e conclusões individuais no momento da prestação jurisdicional reclamada, uma vez que tal ato decorre da própria atividade interpretativa do exegeta²⁵.

23 A mencionada decisão fora disponibilizada no *Diário da Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal em 22.8.2016*. DJE n.º 178/2016, página 38. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/123403180/stf-22-08-2016-pg-38/pdfView>>. Acesso em: 20 ago 2016.

24 A mencionada decisão também fora disponibilizada no *Diário da Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal em 22.8.2016*. DJE n.º 178/2016, página 38. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/123403180/stf-22-08-2016-pg-38/pdfView>> Acesso em: 20 ago. 2016.

25 É importante, contudo, que sejam afastadas neste ponto alegações subjetivistas tais como “decido exclusivamente conforme minha consciência” ou “a decisão é uma ato de vontade do juiz”, uma vez que o elemento psicologizante / coeficiente pessoal / subjetividade do intérprete, apesar de existente no processo interpretativo (pois sempre há uma apropriação de sentido), não pode ser considerado como elemento primordial ou essencial da Hermenêutica e do ato de interpretação, uma vez que toda a compreensão se dá mediante o texto, na e pela distância que este

O que se espera é que, no momento de interpretação, o protagonismo judicial individual existente em um órgão colegiado, notadamente na Corte que decide questões do mais alto patamar jurídico, dê passagem a um resultado uniforme e final, que deverá transcender a individualidade do Ministro julgador, e que seja capaz de afastar a tão famigerada autossuficiência decisória.

3 DECISÕES MONOCRÁTICAS EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E O REFORÇO DA TESE DAS ONZE ILHAS

Conrado Hübner Mendes alega que as Cortes constitucionais, ao contrário dos parlamentos em uma democracia, ocupam uma posição institucional especial, haja vista serem compostas por membros não eleitos diretamente, mas escolhidos “por algum método do qual participam autoridades eleitas”, não podendo ser retirados do cargo em virtude do conteúdo de suas decisões, ou seja, não são suscetíveis à dinâmica eleitoral e ao ritmo de alternância parlamentar²⁶. Ou seja, as Cortes não são percebidas como um elemento natural da democracia; aliás, elas podem perfeitamente funcionar como uma espécie de “freio” às intenções de uma maioria, ainda que elas protejam as precondições da democracia, como ensina Hübner Mendes:

[...] a democracia não se realiza simplesmente pela existência de um legislador eleito que toma decisões por regra de maioria, independentemente de outras condições. Aceita que uma agência externa ao parlamento possa desempenhar um papel de anteparo dessas precondições. Há duas versões dessa ideia, como veremos abaixo: a primeira aceita a interferência externa somente para preservar o procedimento de competição democrática; a segunda, mais ambiciosa, requer que decisões legislativas sejam submetidas a um controle de substância, de acordo com os princípios de justiça que a democracia pressupõe. O que une ambos, portanto, é a ideia de que a revisão judicial tem uma missão constitutiva da própria democracia a cumprir²⁷.

Conforme citação acima, percebe-se que o primeiro tipo (daqueles que afirmam que a Corte assegura o processo de formação da vontade democrática) são de procedimentalistas. Estes entendem que a tarefa das Cortes constitucionais

estabelece, vale dizer, não se trata de tarefa pautada exclusivamente em convicções pessoais do julgador; (Cf. RICOEUR, Paul. Do texto à acção. Portugal: Editora Rés, 2007).

26 MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de Poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70.

27 MENDES, op. cit., p 70-71.

é corretiva, valendo, ainda, a regra da maioria obtida nos parlamentos. A tarefa é essencialmente a de monitorar a equidade procedimental, “cortando” eventuais abusos por parte do corpo político, não interferindo na vontade popular. John Hart Ely fala em papel “antitruste” das Cortes constitucionais, ou seja, a Corte somente intervém quando identificadas falhas políticas. Obtempera Ely:

The approach to constitutional adjudication recommended here is akin to what might be called an “antitrust” as opposed to a “regulatory” approach to economic affairs – rather than dictate substantive results in intervenes only when the “market”, in our case than political Market, is malfunctioning.²⁸

Para o segundo tipo (daqueles que afirmam que as Cortes constitucionais protegem os direitos fundamentais e o conteúdo de justiça democrática), há aquilo que Hübner Mendes chama de “supremacia judicial abertamente ativista para a promoção de princípios de justiça”, tendo como um dos seus expoentes, Ronald Dworkin²⁹. Aqui, tem-se a ideia de que se a democracia é um regime moralmente desejável, “não pode contentar-se só com procedimentos formalmente igualitários”³⁰. Afirma Hübner Mendes, ao explicitar esse tipo, que “o procedimento não tem valor algum se, ao ser posto em marcha, não estiverem presentes as exigências daquele ideal”, ou seja, “a dimensão quantitativa e estatística da democracia só goza de legitimidade, portanto, se não produzir decisões que desrespeitem suas próprias condições de legitimidade”³¹.

Hübner Mendes ainda aponta um terceiro tipo, na verdade uma variante do segundo acima aludido (a Corte que protege os direitos das minorias e impede a “tirania das maiorias”), onde a democracia deve operar a partir da vontade da maioria, desde que não reprima ou tire a minoria^{32 33}.

28 “A aproximação à regulação constitucional aqui recomendada é questionar o que poderia ser chamado de “antitruste” em oposição a uma abordagem “reguladora” dos assuntos econômicos - ao invés de ditar resultados substantivos em intervir somente quando o “mercado” está funcionando mal” (CF. ELY, John Hart. *Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review*. *Maryland Law Review*, v. 37, 1977 – Tradução Livre).

29 MENDES, op. cit., p. 72.

30 Ibid.

31 Ibid, p. 72-73.

32 MENDES, p. 73.

33 Estes três tipos pertencem a um grupo de outros oito argumentos - tipos sintetizados por Hübner Mendes - que aqui não serão levantados, em razão do recorte metodológico proposto ao tema - contudo, remete-se o leitor à MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de Poderes e deliberação*. Ademais, considerando a importância acerca dos debates sobre o papel da Constituição - cuja força normativa e grau de dirigismo dependerão da assunção de uma das teses que balizam a discussão -, e caso o leitor tenha interesse pelo aprofundamento da temática do “papel das Cortes constitucionais”, remete-se à leitura de STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*, 5a ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

O que é importante para a afirmação da tese das “onze ilhas” supremas é que independentemente do tipo de Corte constitucional que se adote, teoricamente, os julgados de uma Corte constitucional se debruçam sobre casos de relevância constitucional e ampla repercussão jurídica e midiática. Assim, trata-se, em teoria, de casos que envolvam a interpretação e aplicação de normas relacionadas a direitos fundamentais, ou seja, casos de complexidade teórica e filosófica. Exatamente por essa característica, tais casos não deveriam ser decididos monocraticamente, ou então não haveria razão de ser a Corte um órgão colegiado, haja vista que os casos envolvendo direitos fundamentais são aqueles em que se detectam certas dificuldades no elemento normativo ou fático ou na sua qualificação.

É importante anotar que não se faz aqui uma distinção entre casos difíceis (*hard cases*) e casos fáceis (*easy cases*), apontando que estes podem ser decididos monocraticamente e aqueles necessariamente de forma colegiada (até porque, a distinção entre casos fáceis e difíceis já é uma tarefa difícil³⁴ ³⁵). O que se levanta é que, especialmente em casos que tenham como núcleo direitos fundamentais, a Corte constitucional deve decidir colegiadamente, para que haja uma necessária coesão entre cada um dos entendimentos dos juízes que compõem a Corte, argumentando sobre as suas convicções e interpretações dos fatos e das normas, bem como sobre a de seus colegas, construindo um entendimento e uma decisão que dialoga, que não sejam simples somas de mais e menos, mas sim uma verdadeira decisão conjunta, que analisa o caso, o ordenamento e a supremacia constitucional, reforçando-a.

Afinal, se a norma é o resultado da interpretação, como afirma Eros Grau³⁶; se a interpretação do direito é interpretação dos textos e da realidade; e se a realidade histórica social constitui seu sentido, o ordenamento jurídico é conformado pela realidade e, assim sendo, as decisões em casos que envolvam direitos fundamentais e ocorrem nas cortes constitucionais, devem, necessariamente, contar com a coesão das decisões individuais de cada juiz para construir uma decisão final, que não crie mais insegurança,

34 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 309.

35 Diz Lenio Streck “[...] o intérprete não escolhe o sentido que melhor lhe convier. Ele também não escolhe o que seja um caso fácil e um caso difícil. O resultado da interpretação não é um resultado de escolhas majoritárias e/ou produto de convencionalismos. Não se trata, evidentemente, de verdades ontológicas no sentido clássico. Claro que não! Os sentidos não estão ‘nas coisas’ e, tampouco, na ‘consciência de si do pensamento pensante’. Os sentidos se dão intersubjetivamente. Como consequência, na medida em que essa intersubjetividade ocorre na e pela linguagem, para além do esquema sujeito-objeto, os sentidos arbitrários estão interditados” (Ibid, p. X).

36 GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 16.

mas sim consensos, garantindo segurança jurídica, supremacia constitucional, força normativa e afirmativa dos direitos fundamentais.

4 JUSTIÇA ARISTOTÉLICA E AS ONZE ILHAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF): É POSSÍVEL CHEGAR-SE A JULGAMENTOS JUSTOS?

Uma vez tecidas as considerações pertinentes sobre a concepção Aristotélica de Justiça bem como a constituição do Supremo Tribunal Federal (STF) em “onze ilhas”, resta-nos adentrar no objeto específico do presente ensaio: constar se é possível chegar a julgamentos justos no âmbito das onze ilhas do Supremo Tribunal Federal, sob a concepção Aristotélica de justiça.

A priori, consoante fora pontuado alhures, a noção Aristotélica de justiça compreende, além de suas acepções no sentido universal ou particular, um elemento essencial para o desenvolvimento de suas ideias, qual seja: a equidade. Para o filósofo, a equidade corresponde à justiça no caso concreto e ultrapassa a ideia normativista do termo, pois em sua acepção a justiça é sempre situacional, i.e, não leva em consideração apenas os aspectos formais de criação da lei – já que para Aristóteles, uma má lei não é uma lei –, mas também o seu aspecto material e ao contexto histórico, social, demográfico.

Especificamente com relação à atuação dos magistrados, dirá Aristóteles, esta deve se dar conforme a Régua de Lesbos, portanto, atenta às especificidades de cada caso concreto, agindo de maneira flexível de acordo com a situação colocada sob a sua apreciação.

A equidade, neste sentido, servirá não como um argumento moral ou referenciada a princípios de outra natureza, mas deverá ser encontrada segundo os princípios da própria lei. Esta tarefa interpretativa, portanto, demandará uma reinterpretação melhorada daquilo que é dito de modo imperfeito pela lei positiva.

É interessante notar ainda que Aristóteles concede ainda uma importância salutar à tese da “constitucionalidade das leis” – outra tese que reafirma a ideia do que ele denomina como “jurisprudência interpretativa” –, pois entende que da mesma forma que a equidade não pode pautar-se em critérios externos à lei que busca corrigir, as próprias leis não podem ser impostas na indiferença ou ignorância do regime constitucional a que estão submetidas; ao contrário, deve existir uma conformação aos princípios que regulamentam o regime a que ambas estão jungidas³⁷.

37 CF BODÉÛS, op. cit.

Em síntese, a concepção Aristotélica de justiça pode ser compreendida nos seguintes preceitos: (i) a justiça no caso concreto somente pode ser alcançada por meio da equidade; (ii) a justiça, e, conseqüentemente, a equidade, são sempre situacionais; (iii) os juízes devem pautar-se sempre pelas regras da Régua de Lesbos e estar atentos às especificidades de cada caso concreto, agindo de maneira flexível; (iv) a interpretação sob o manto da equidade não pode se dar ao arrepio da lei, tampouco de forma contrária à própria ordem jurídica constitucional.

No que tange à atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), existem indícios que sustentam a sua constituição em “onze ilhas” dotadas de autossuficiência decisória, o que, consoante fora pontuado anteriormente, se confirmado, trará nítidos reflexos negativos, notadamente porque em se tratando da mais alta Corte do país, espera-se que as decisões tomadas superem o protagonismo individual para dar espaço a um posicional final e coletivo, que represente o entendimento do órgão colegiado, e não apenas e soma de entendimentos isolados.

Esta pretensão de autossuficiência decisória restou demonstrada por meio da análise de um caso emblemático em que se discutiu a possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado, sendo possível constatar a nítida divergência de pensamentos e votos dos Ministros em cada uma das “onze ilhas” em pelo menos 3 (três) ocasiões.

Muito embora não seja o único, o caso indigitado corrobora a ideia de que o Supremo Tribunal Federal (STF) é composto por “onze ilhas”, cada qual com pretensa autossuficiência decisória e que, no mais das vezes, apresentam fundamentações não apenas divergentes, mas em algumas situações inconciliáveis, especialmente pela utilização de paradigmas filosóficos totalmente conflitantes.

Diante deste quadro, portanto, questiona-se: dentro da concepção Aristotélica de Justiça, a existência destas “onze ilhas” no Supremo Tribunal Federal (STF) permite que se alcance a justiça no caso concreto, quando do julgamento das questões jungidas à sua apreciação?

Seguindo-se a concepção Aristotélica de justiça, parece-nos que a resposta será negativa.

Isso porque, com a constituição das “onze ilhas”, dotadas de autossuficiência decisória, em que cada um dos Ministros atua de forma individual e isolada, inclusive com entendimentos diversos e conflitantes, não será possível alcançar

o ideal de justo no caso concreto na concepção Aristotélica e, conseqüentemente, a própria equidade, uma vez que esta é sempre situacional.

Ou seja, somente é possível chegar-se ao justo no caso concreto mediante a análise pormenorizada de todos os elementos que integram o caso, como o aspecto histórico, social e até mesmo demográfico, de modo que o juiz deve sempre pautar-se pelas regras da Régua de Lesbos, portanto, devem estar atentos às especificidades de cada caso concreto, agindo de maneira flexível. Não se pode olvidar, inclusive, que para Aristóteles a interpretação sob o manto da equidade não pode se dar ao arrepio da lei, tampouco de forma contrária à própria ordem jurídica constitucional.

A impossibilidade de alcançar-se o justo com a constituição das “onze ilhas” restaria evidenciada pelas seguintes premissas: (i) ao decidir individual e não coletivamente, o Supremo Tribunal Federal não atenderia à premissa básica Aristotélica de que a justiça é sempre situacional, pois entendimentos diversificados e muitas vezes conflitantes, com fundamentos inconciliáveis, demonstra a ausência de análise coletiva e consolidada sobre o caso concreto sob apreciação. Ora, um único fato concreto não pode, por ingerência lógica, possuir enquadramentos e fundamentos conflitantes, ainda que o resultado final (entrega jurisdicional) seja o mesmo; e (ii) não são raras as vezes em que - à semelhança do que ocorreu sobre a possibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado - o Supremo Tribunal Federal (STF) decide em desconformidade com a ordem jurídica constitucional, movidos pela pretensão de autossuficiência decisória que fundamenta a existência das “onze ilhas”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação cada vez mais presente e frequente do Poder Judiciário na resolução de questões tida por fundamentais no cenário jurídico, político e institucional brasileiro, notadamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), tem evidenciado uma série de questões que colocam em xeque a própria teleologia da Corte.

Isso porque, tem-se notado que os Ministros do referido órgão têm se apresentado como “onze ilhas”, as quais, além de isoladas, defendem uma pretensa ideia de autossuficiência decisória que bastaria por si só para garantir a prestação jurisdicional reclamada pelas partes e, em último caso, decidir de forma suficiente as questões fundamentais jungidas à sua apreciação.

Ao tratar sobre o ideal de justiça no caso concreto, por sua vez, Aristóteles faz a observação expressa de que esta somente pode ser alcançada

por meio da equidade, quando o Juiz se valerá na Régua de Lesbos e, de forma flexível, se atentará às especificidades do caso concreto levando em consideração os aspectos sociais, históricos e até mesmo demográficos existentes. Para o filósofo, portanto, a justiça é sempre situacional.

Não se pode olvidar, de igual modo, que para Aristóteles a interpretação sob o manto da equidade (justiça no caso concreto) não pode se dar ao arrepio da lei, tampouco de forma contrária à própria ordem jurídica constitucional.

Desta forma, diante das considerações levadas a cabo por meio do presente ensaio, é possível concluir que, enquanto (e se) existentes as “onze ilhas” no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) com a pretensão de autossuficiência decisória, cada qual fundamentada em paradigmas filosóficos divergentes e inconciliáveis, e sem levar em consideração o aspecto situacional da justiça (elementos históricos, sociais, econômicos, etc.), não se poderá falar em justiça no caso concreto, sob a concepção Aristotélica, nos julgamentos realizados por referido órgão.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco; Poética; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- BODÉÛS, Richard. Os fundamentos naturais do direito e a filosofia aristotélica. In: ZINGANO, Marco. (Coord.) *Sobre a ética nicomaquéia de Aristóteles*. São Paulo: Odysseus, 2010.
- ELY, John Hart. Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review. *Maryland Law Review*, v. 37, 1977.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- GUARIGLIA, Osvaldo. *Ética y Política según Aristóteles II*. Buenos Aires: Centro Editor América Latina, 1992.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de Poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Onze ilhas*. 01 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>. Acesso em: 6 ago. 2016.

NONATO, Israel. Conrado Hübner Mendes: *O STF é refém do capricho dos seus ministros*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros>>. Acesso em: 5 ago. 2016.

OLIVEIRA, Andréa Coutinho Pessoa de. *A virtude da Justiça no pensamento aristotélico*. Ceará: Universidade Estadual do Ceará, 2009.

RICOEUR, Paul. *Do texto à ação*. Portugal: Editora Rés, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, ago. 2012. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144/2927>>. Acesso em: 08 Ago. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4144>.

STF tem 11 ilhas e está cheio de víboras, diz Marco Aurélio. Disponível em: <<http://tvuol.uol.com.br/video/stf-tem-11-ilhas-e-esta-cheio-de-viboras-diz-marco-aurelio-04020C9C3866C8C12326/>>. Acesso em: 6 ago. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. *Revista Consultor Jurídico*, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 8 ago. 2016.

_____. *Verdade e Consenso*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. *The global expansion of judicial power*. Nova York: New York University Press, 1995.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Rev. direito GV [online]*, v.4, n.2, p.441-463, 2008.