

Pronunciamentos Judiciais Fora dos Autos:

Uma nova reflexão sobre os *Obiter Dicta* exprocessuais no Brasil

Judicial Pronouncements Out of the Case Files: A Second Thought on Extraprocedural *Obiter Dicta* in Brazil

Thomas Bustamante*

Resumo: *Obiter dicta* devem ser entendidos como atos de fala indiretos onde a autoridade judicial é relevante, mas não para decidir casos concretos. De um ponto de vista pragmático, pronunciamentos judiciais públicos e oficiais, realizados fora dos autos e interpretativos do direito, são funcionalmente equivalente aos *obiter dicta* em sentido estrito. Caso se adote um conceito amplo e não essencialista de *obiter dictum*, pode-se classificar tais pronunciamentos como *obiter dicta* exprocessuais. Esses pronunciamentos são, via de regra, ilegítimos. Cabe à teoria do direito classificá-los, entender como funcionam e permanecer vigilante quanto ao seu uso pelo poder judiciário.

Palavras-chave: *obiter dicta*; exprocessuais; legitimidade; criação judicial do direito.

Abstract: *Obiter dicta* should be understood as indirect speech acts, in which judicial authority is relevant, but not for deciding concrete cases. From a pragmatic point of view, public and official judicial pronouncements, uttered out of the case files in an abstract interpretive exercise, are functionally equivalent to the *obiter dicta* in a strict sense. If one adopts a broad and non-essentialist concept of *obiter dictum*, one can classify these pronouncements as extra-procedural *obiter dicta*. These pronouncements, as a rule, are illegitimate. It is up to legal theory to classify them, understand how they operate and remain vigilant about their use by the judicial branch.

Keywords: *obiter dicta*; extra-procedural; legitimacy; judge-make law.

1. Introdução

Em um artigo recente, procurei reformular a noção de *obiter dictum* e compreendê-la não apenas em sentido negativo, como o faz a literatura de teoria do precedente judicial encontrada no *common law* e em estudos recentes da nossa tradição jurídica ibérica e latinoamericana. Como expliquei em meu trabalho anterior, “o *obiter dictum* é normalmente definido de maneira negativa, como qualquer pronunciamento realizado por um órgão jurisdicional no curso de um julgamento, mas sem decidir o caso concreto” (Bustamante, 2018).¹ Contra essa imagem tradicional, propus entender o *obiter dictum* como um ato de fala indireto no sentido da filosofia da linguagem de John Searle. Um ato de fala é indireto quando o falante “comunica ao ouvinte mais do que ele de fato diz, por confiar em certas informações de fundo mutuamente compartilhadas, tanto linguísticas quanto não linguísticas, em conjunto com capacidades gerais

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (PQ-2).

¹ Como explica Neil MacCormick, *obiter dicta* se diferenciam da *ratio decidendi* porque eles são enunciados “para além do ponto ou pontos necessários para solucionar o caso” (MacCormick, 1987, p. 156). Um *obiter dictum* é “algo dito por um juiz ao realizar o seu julgamento que não é essencial para a decisão do caso. Ele não forma parte da *ratio decidendi* do caso e portanto não cria precedente vinculante, mas pode ser citado como autoridade persuasiva em casos futuros” (Martin; Law, 2006, p. 363).

de racionalidade e inferência por parte do ouvinte” (Searle, 1979, p. 30-31). Classifiquei os *obiter dicta* como atos de fala indiretos, portanto, “porque eles são prolatados em um contexto em que a autoridade judicial é relevante, mas *não* para decidir um caso concreto” (Bustamante, 2018). *Obiter dicta* são apresentados como se fossem somente “interpretações do direito” realizadas pelas autoridades judiciais, mas a força ilocucionária deles é tipicamente outra, haja vista que o falante geralmente tem o propósito de realizar algo mais do que dizer o direito em um caso particular.

Os *obiter dicta* são atos de fala judiciais capazes de gerar “razões relacionadas à identidade” (Marmor, 2011, p. 63), pois o fato de eles serem pronunciados por uma autoridade judicial é a única razão para eles terem uma relevância prática diferente das meras opiniões jurídicas de professores, advogados e cidadãos. No entanto, essa autoridade judicial é utilizada não para o fim que lhe é próprio (isto é, “dizer o direito no caso concreto”), mas para outra finalidade como, por exemplo, influenciar o comportamento do legislador, da administração ou da população em geral. *Obiter dicta* podem ser utilizados, como expliquei no escrito anterior, com propósitos abusivos, demagógicos e populistas.

Essas constatações, se eu estiver correto, devem nos levar a abandonar uma afirmação reiterada nas diversas teorias do precedente: a asserção de que os *obiter dicta* invariavelmente são prolatados nos autos de um processo, ao longo de um processo decisório diante de um caso particular. Se analisarmos os *obiter dicta* desde uma perspectiva consequencialista, procurando entender este conceito a partir dos efeitos que eles exercem sobre a prática, como Charles S. Pierce propõe com sua “máxima pragmática”,² veremos que não há razão para insistir na concepção convencional de que os *obiter dicta* seriam apenas pronunciamentos realizados no curso de um processo judicial.

Faz sentido, portanto, se eu estiver correto, apostar em um conceito não-essencialista de *obiter dictum*, que considera o fato de ele ser pronunciado nos autos de um processo como uma característica típica, ao invés de necessária: um *obiter dictum* é “um pronunciamento público e oficial de uma autoridade ou órgão do poder judiciário, *normalmente* realizado no curso de um processo judicial, sobre uma questão jurídica controvertida, *normalmente* capaz de influenciar

² A máxima pragmática de Pierce pode ser expressa da seguinte maneira: “considere os efeitos, dentre os que se pode conceber para certos comportamentos práticos, que concebemos que o objeto de nossa concepção possua. Nossa concepção sobre esses efeitos é o conjunto de nossa concepção desse objeto” (Pierce, 2005, p. 138).

decisões jurídicas posteriores do judiciário ou de outras instituições jurídicas e de gerar razões para novos argumentos jurídicos” (Bustamante, 2018).

Como se vê, esse conceito está mais preocupado em apresentar as “semelhanças de família” suficientes para explicar a noção de *obiter dictum* do que em exaurir todas as suas propriedades necessárias.³ Embora haja dois elementos necessários nesse conceito (a publicidade e o caráter oficial de tais pronunciamentos), é logicamente possível imaginar tanto *obiter dicta* que (i) não são prolatados nos autos de algum processo (como fundamento auxiliar de uma decisão), quanto *obiter dicta* que (ii) não são capazes de influenciar decisões posteriores do judiciário ou de outras instituições políticas. Meu propósito neste ensaio é oferecer uma perspectiva mais completa (comparada à que ofereci anteriormente) apenas da classe de *obiter dicta* que carecem do primeiro elemento não-essencial, os quais eu classifiquei como *obiter dicta* exoprocessuais. Oferecerei, nas próximas seções, uma breve explanação desta noção e de quatro classes de pronunciamentos desta natureza.

2. A noção de *obiter dicta* exoprocessuais

Obiter dicta exoprocessuais são uma espécie de pronunciamento judicial abusivo, pois invariavelmente extrapolam os usos legítimos que se pode fazer da autoridade judicial. Eles constituem uma violação às “obrigações derivadas do papel social” (*role obligations*) da magistratura. De acordo com Michael Hardimon, *role-obligations* são obrigações especiais que se aplicam aos sujeitos que exercem papéis específicos em certas instituições. Uma *role obligation* é “uma exigência moral que se acopla a um papel institucional, cujo conteúdo é fixado pela função de seu papel, e cuja força normativa deriva desse papel” (Hardimon, 1994, p. 334).

Convém revisar, para fins didáticos, minha exposição anterior sobre as características gerais desse tipo de pronunciamento:

A doutrina tradicional não considera o que chamo de *obiter dicta* exoprocessuais como parte do gênero *obiter dictum*. Trata-se de pronunciamentos prolatados *fora* dos autos, embora tipicamente retenham um caráter semi-autoritativo semelhante ao dos *obiter dicta* em sentido estrito [prolatados no curso de um julgamento]. Se adotarmos a definição não essencialista de *obiter dictum* que ofereci neste ensaio, não há, porém, problemas em se caracterizá-los como *obiter dicta*. Importa, para a caracterização de um *obiter dictum* exoprocessual, o preenchimento das principais características que mencionamos... [no] presente trabalho. Ainda que fora dos autos, há que ser um pronunciamento *público* e *oficial*, cuja *relevância* é medida não em função do seu conteúdo, mas primordialmente em função da sua *origem*. O *obiter dictum* exoprocessual (que também pode ser chamado de *obiter dictum* em sentido amplo) é importante apenas enquanto ele se refira a pronunciamentos realizados por um magistrado *enquanto magistrado*, ainda que fora de um processo.

³ A noção de “semelhança de família” oferecida em meu conceito remete a Wittgenstein (1958, §§ 66-67, p. 33).

Ademais, só se pode falar em *obiter dictum* em sentido amplo ou exoprocessual quando o pronunciamento for relevante e versar sobre um caso concreto, uma *questão jurídica* por ser decidida, capaz de produzir efeitos sistêmicos relevantes ou danos à ordem jurídica. À semelhança dos *obiter dicta* em sentido estrito, eles constituem uma *interpretação do direito* realizada por um magistrado ou grupo de magistrados, à qual se agrega uma relevância especial por causa da posição institucional que o magistrado ocupa (Bustamante, 2018).

Como se depreende desse trecho, um *obiter dictum* exoprocessual reúne duas características comuns a todos *obiter dicta*: a *publicidade* (na medida em que se trata de um pronunciamento que tem como destinatário o público externo à corte) e a *oficialidade* (na medida em que a razão de sua relevância específica está baseada exclusivamente no fato de ele ser pronunciado por uma autoridade judicial). Mas não é só. Eles têm necessariamente uma característica que é considerada meramente típica no caso dos *obiter dicta* em geral: apresentam-se para o público como uma interpretação do direito, ou uma *resposta* a uma questão jurídica de interesse público. Trata-se de uma resposta que é dada com o propósito de influir no desfecho de uma discussão política, quando o judiciário não foi provocado.

Essa resposta é frequentemente pronunciada de maneira abusiva e ilegítima, pois não decorre de uma argumentação dialógica conduzida segundo os princípios do contraditório e do devido processo legal. *Obiter dicta* exoprocessuais têm como fundamento predominante a *doxa*, e raramente se deixam determinar segundo a disciplina e o rigor do *logos*. Trata-se de opiniões onde o risco de pronunciamentos infelizes ou desarrazoados se multiplica, pois o magistrado discursa livre do maior ônus que o sistema jurídico lhe impõe: a “obrigação de fundamentar as suas decisões” (Bustamante, 2018).

Em tempos de superexposição do Judiciário e de uma perigosa ampliação do poder de influência da magistratura sobre os demais poderes, *obiter dicta* exoprocessuais tendem a constituir uma forma degenerada de atuação política judicial. Via de regra, eles se apresentam como um dos principais mecanismos por meio dos quais a demagogia e o populismo se manifestam nas instituições que compõem o Poder Judiciário, como explica Conrado Hübner Mendes ao introduzir o conceito de “populisprudência”:

Entramos na era da populisprudência, a versão judicial do populismo. A populisprudência sintoniza sua antena na opinião pública e no humor coletivo e “transcende” a lei quando esta não estiver afinada com uma causa maior. Convoca apoiadores e lhes agradece publicamente pela mobilização em defesa da “causa”. Adere à cultura de celebridade, aceita prêmios em cerimônias chiques, tanto faz quem as organize ou quem sejam seus companheiros de palco. Frequenta gabinetes políticos e a imprensa, onde opina sobre a conjuntura política, alerta sobre decisões que poderá tomar em casos futuros e ataca juízes não aliados à “missão”. A populisprudência é televisionada e tuitada, não está só nos autos (Mendes, 2018).

Veremos, a seguir, algumas classes de *obiter dicta* exoprocessuais que se encaixam precisamente nessa descrição, e procuraremos entender de que maneira esses pronunciamentos constituem uma ameaça ao Estado de Direito e à imparcialidade judicial.

3. Modalidades de *obiter dicta* exoprocessuais

3.1. *Obiter dicta* prejulgadores

Em escrito anterior sobre o tema (Bustamante, 2018), classifiquei os *obiter dicta* prejulgadores como uma modalidade de *obiter dicta* exoprocessuais que pode, ou não, ser combinada com os *obiter dicta* “indutivos”, é dizer, com os pronunciamentos judiciais que pretendem influir sobre o comportamento de outras instituições (como o Ministério Público, a Polícia etc.).

Creio, no entanto, que essa dicotomia deve ser evitada, pois todos os *obiter dicta* exoprocessuais são indutivos, no sentido de que pretendem exercer algum tipo de influência sobre outra instituição ou setor social. Nenhuma classe de pronunciamento judicial exoprocessual vem desacompanhada de uma pretensão de influenciar decisões posteriores do judiciário ou de outras instituições e de, com isso, gerar novas razões para a ação ou para a produção de novos argumentos jurídicos.

Para verificar um *obiter dicta* pré-julgador, basta, portanto, constatar a existência de um pronunciamento realizado fora dos autos sobre matéria que virá (ou poderá vir) a ser submetida à apreciação judicial. “Um *obiter dictum* pré-julgador é um juízo, um ato de interpretação ou aplicação do direito realizado fora dos autos, sobre matéria que está em discussão na sociedade e sobre a qual o judiciário se pronunciará. É um juízo prévio, anterior à apresentação da defesa do réu ou mesmo, em alguns casos, da própria formulação da acusação pela parte autora” (Bustamante, 2018). Revisito, aqui, o exemplo de *obiter dictum* pré-julgador que ofereci em meu estudo anterior:

No dia 06 de setembro de 2017, após a repercussão de uma divulgação, pela Procuradoria-Geral da República, de gravações dos empresários Joesley Batista e Ricardo Saudi, executivos do grupo J&F, proprietário da JBS, o Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, pediu a palavra no início de uma sessão do Plenário do Supremo Tribunal Federal para se manifestar sobre o conteúdo dessas gravações. Realizou, sentado na cadeira do Plenário do STF, vestindo a toga que os magistrados utilizam ao proferir os seus julgamentos, diante do plenário, um enquadramento jurídico da conduta dos acusados e sugeriu expressamente ao Procurador-Geral da República que pedisse a prisão dos dois acusados. Não havia qualquer pedido de prisão formulado; não havia nenhuma petição, nenhum pedido de providências. O pronunciamento foi externado nos seguintes termos:

“Eu verifico que esse episódio de ontem, que foi difundido de forma transparente pelo Sr. Procurador-Geral da República, revelou que esses partícipes do delito, que figuraram como colaboradores, ludibriaram o Ministério Público, degradaram a imagem do país no plano

internacional, atentaram contra a dignidade da justiça e revelaram a arrogância dos criminosos do colarinho branco, de sorte que eu deixo ao alvedrio do Ministério Público a opção de fazer com que esses participantes dessa cadeia criminosa, que confessaram diversas corrupções, que eles passassem do exílio nova-iorquino para o exílio da Papuda. Gostaria de sugerir isso aqui, em meu nome pessoal e eventualmente daqueles que concordam com a minha indignação”⁴.

Como de costume, a sessão foi transmitida ao vivo pela TV Justiça e repercutiu em todos os telejornais daquela noite. (...) O Ministro do Supremo Tribunal Federal, do alto de sua autoridade, realiza não só uma interpretação abstrata da lei, como acontece em alguns casos de *obiter dictum* abusivo, mas também um enquadramento do fato à norma, é dizer, uma operação básica de subsunção, descrevendo detalhadamente as ilicitudes que considera presentes e a consequência (prisão) a ser engendrada. Do ponto de vista prático, ele não apenas é capaz de gerar razões para o Ministério Público pedir a prisão dos acusados, mas também realiza um pré-julgamento baseado nas notícias de jornal que foram veiculadas no dia anterior, violando de maneira grosseira o princípio do devido processo legal. (Bustamante, 2018).

3.2. *Obiter dicta* de competição interna⁵

Um *obiter dictum* pode ser utilizado, ainda, como forma de um magistrado exercer pressão sobre outro, com vistas a minar a autoridade de sua decisão e contribuir para a sua revisão. Fora dos autos, um membro de órgão colegiado pode se manifestar na imprensa contra a decisão de um colega seu, com vistas a ridicularizá-la e a estimular a sua revisão por vias informais.

Para a existência de um *obiter dictum* de competição interna, os seguintes elementos devem se fazer presentes: de início, a existência de uma decisão de outro magistrado ou órgão jurisdicional sobre uma questão controvertida e relevante, sobre a qual exista um amplo desacordo social; em segundo lugar, uma crítica realizada por outro magistrado, normalmente um magistrado da mesma corte, com poder de participar no mesmo julgamento, em grau de recurso, sobre a decisão em tela; em terceiro lugar, que essa crítica se volte para o público externo à corte, e não para as esferas internas de deliberação; em quarto lugar, que a crítica tenha por objetivo não apenas apontar problemas na decisão, mas esvaziar a sua autoridade, criando incentivos para outras instituições se insurgirem contra a decisão.

Não faltam exemplos desse tipo de pronunciamento judicial no Supremo Tribunal Federal. Quando o Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, concedeu medida cautelar na ADPF 402, ajuizada pela Rede de Sustentabilidade, para afastar do exercício do cargo o Presidente do Senado Federal, Renan Calheiros (STF, 2016), não creio que adotou uma

⁴ Discurso gravado em meio áudio-visual disponível em Uol Notícias, 2017.

⁵ Essa seção reproduz, *in litteris*, a seção 5.2.2. de meu artigo anterior (Bustamante, 2018). Para o leitor que esteja familiarizado com esta seção e queira evitar repetições, sugere-se avançar para a seção 3.3. deste trabalho.

interpretação correta da Constituição Federal.⁶ Não obstante, o que chama a atenção foi um pronunciamento crítico de outro membro do mesmo tribunal, em sede de *obiter dictum* de competência. O exemplo de *obiter dictum* abusivo não proveio de qualquer crítica institucional, qualquer recurso ou argumento jurídico-processual, mas de uma declaração para a imprensa do Ministro Gilmar Mendes, que classificou o Ministro Marco Aurélio de “doido” e “senil”, pedindo publicamente o seu *impeachment*. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, a decisão seria “indecente” (O Globo, 2016).

Num contexto de profundo conflito entre o Senado e o Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes iniciou uma campanha pela imprensa para encorajar a Casa Legislativa a resistir à decisão judicial já prolatada, intensificando o risco de uma crise institucional mais profunda e uma ruptura da ordem democrática. No dia seguinte à decisão do Ministro Marco Aurélio, após os pronunciamentos do Ministro Gilmar Mendes, a Mesa do Senado Federal decidiu não dar cumprimento à decisão, deliberando por “aguardar a deliberação final do Pleno do Supremo Tribunal Federal” (Senado Federal, 2016).

Como se observa, ainda que não se possa concluir que o pronunciamento do Ministro Gilmar Mendes de fato implicou a decisão do Senado, fica evidente que ele pelo menos gera razões para a sua realização e cria uma ambiente de grave insegurança jurídica, na medida em que um Ministro da Corte passa a dar incentivos públicos para o descumprimento da decisão de outro e abandona o papel de magistrado para atuar como uma espécie de advogado no caso.

3.3. *Obiter dicta* corporativos

Outra modalidade de pronunciamento institucional abusivo sobre questões jurídicas controvertidas é o que podemos denominar de *obiter dictum* corporativo. Tal modalidade de *obiter dictum* tem lugar quando a sociedade ou alguma instituição coloca em questão a atuação do próprio Poder Judiciário ou de algum dos seus integrantes. Diante de críticas ou eventuais denúncias de ilegalidade ou abuso de poder, estes *obiter dicta* buscam oferecer à autoridade posta em jogo uma espécie de salvaguarda ou respaldo. São pronunciamentos que visam, tipicamente, impedir a responsabilização de agentes judiciais pelos seus atos no exercício da profissão, bem como inviabilizar qualquer tipo de controle externo ao judiciário sobre suas ações.

Na maior parte das vezes, esses pronunciamentos não vêm assinados por um único juiz. Para satisfazer ao desiderato de proteger contra eventuais cobranças da sociedade ou pleitos de

⁶ Ver, nesse sentido, Bustamante; Freitas (2017).

responsabilização por abusos no exercício da jurisdição, eles vêm travestidos sob a forma de “moções de desagravo” ou “notas de apoio” a algum magistrado em particular. Costumam vir assinados por dezenas ou até centenas de magistrados, quando não se apresentam oficialmente como um pronunciamento de uma associação profissional como a AMAGES, a ANAMATRA ou a AJUFES.

Quando firmados por tais associações, o que chama a atenção é que esses *obiter dicta* costumam ter finalidades estranhas ao seu objetivo social. Ao invés de tratar de pautas ou assuntos de interesse geral da carreira, que justifiquem a atuação da associação, o objetivo desses pronunciamentos é tratar de processos específicos, legitimando condutas e apelando para interesses profissionais e ideológicos da classe da magistratura. Não deixam de ser, porém, *obiter dicta* no sentido em que conceituamos, pois são pronunciamentos oficiais (realizam um juízo concreto sobre problema jurídico de interesse da sociedade) e públicos (dirigem-se para fora do âmbito específico das instâncias do Poder Judiciário).

O exemplo mais notável foi a postura da Associação dos Juizes Federais (AJUFES) ao longo de todas as fases da denominada “Operação Lava-Jato”, conduzida pelo juiz federal Sérgio Moro, e que culminou com a condenação do ex-Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva. Há pelo menos três momentos em que a estratégia de condução do processo foi duramente questionada por diversos setores da sociedade e da comunidade jurídica.

Em primeiro lugar, uma das estratégias processuais mais utilizadas pelo magistrado, na instrução criminal dos processos, foi a combinação da prisão de natureza cautelar com as denominadas “delações” ou “colaborações” premiadas. Essa estratégia, aliás, não é nova, já que fora previamente empregada na Itália no âmbito da denominada “Operação *Mani Pulite*”.⁷

Em segundo lugar, questionou-se também a utilização das denominadas “conduções coercitivas” de pessoas para depor na condição de investigadas, em casos nos quais não tenha havido nem intimação anterior e nem recusa do intimado para prestar tal depoimento.

E finalmente, em terceiro lugar, foram questionados os vazamentos de informações processuais, muitas delas protegidas por lei garantidora de sigilo processual, para a imprensa. Em

⁷ Ao relatar a experiência italiana, Sérgio Moro não esconde sua inspiração na experiência daquela operação: “Por certo, a confissão ou delação premiada torna-se uma boa alternativa para o investigado apenas quando este se encontrar em uma situação difícil. De nada adianta esperar ato da espécie se não existem boas provas contra o acusado ou se este não tem motivos para acreditar na eficácia da persecução penal. A prisão pré-julgamento é uma forma de se destacar a seriedade do crime e evidenciar a eficácia da ação judicial, especialmente nos sistemas judiciais morosos” (Moro, 2004, p. 58-59).

particular, foram ajuizados procedimentos administrativos e criminais contra o juiz da causa, em face da divulgação de conversa telefônica entre o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva e a então presidenta da República, Dilma Rousseff.⁸

Em todos esses três casos, foram redigidas notas de apoio da AJUFES em defesa do juiz Sérgio Moro, e no caso da condução coercitiva foi redigida ainda uma nota da AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros) com a mesma finalidade.

No que concerne à crítica de que as delações premiadas não poderiam ser extraídas por meio de prisões cautelares, empregadas com a finalidade de constranger o investigado à delação, a AJUFE lançou uma nota em apoio a Sérgio Moro em 23 de junho de 2015, onde categoricamente afirmava que “as decisões tomadas pelo Juiz Federal Sérgio Moro no curso desse processo são devidamente fundamentadas em consonância com a legislação penal brasileira e o devido processo legal” e procurava, na mesma medida, desqualificar os críticos do magistrado, ao assentar que não iria “admitir alegações genéricas e infundadas de que as prisões decretadas nessa 14ª fase da Operação Lava Jato violariam direitos e garantias dos cidadãos”.⁹

De modo análogo, no caso da “condução coercitiva”, manifestou-se a AJUFES no sentido de que “a Justiça Federal brasileira e os integrantes do Ministério Público, da Receita Federal e da Política Federal agiram nos estritos limites legais e constitucionais, sempre respeitando os direitos de ampla defesa e do devido processo legal, sem nenhuma espécie de abuso ou excesso”. E afirmou ainda que “não se trata de espetáculo midiático, nem há enfoque político por parte dos agentes estatais incumbidos desta tarefa, mas o absoluto cumprimento das funções públicas”.¹⁰

Por derradeiro, adotou-se o mesmo procedimento em relação à divulgação de interceptações telefônicas sem competência para ordená-las e sem vinculação a fatos objeto de investigação criminal. A despeito de proibição legal expressa, com imputação de crime para divulgação indevida de gravações de tal natureza, sustentou a AJUFES que “as decisões tomadas

⁸ O próprio juiz Sérgio Moro, aliás, em comentário sobre a operação italiana, louva a estratégia processual de sistemática divulgação de informações processuais por meio da imprensa: “A publicidade conferida às investigações teve o efeito salutar de alertar os investigados em potencial sobre o aumento de massa de informações nas mãos dos magistrados, favorecendo novas confissões e colaborações. Mais importante: garantiu o apoio da opinião pública às ações judiciais, impedindo que as figuras públicas investigadas obstruíssem o trabalho dos magistrados, o que, como visto, foi de fato tentado. (...) As prisões, confissões e publicidade conferida às informações obtidas geraram um círculo virtuoso, consistindo na única explicação possível para a magnitude dos resultados obtidos pela operação *mani pulite*” (Moro, 2004, p. 59).

⁹ Íntegra da nota disponível no site CONJUR, em <https://www.conjur.com.br/2015-jun-23/associacao-juizes-defende-prisoas-decretadas-sergio-moro>.

¹⁰ Íntegra da nota disponível em <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/03/associacao-de-juizes-federais-nega-abuso-em-decisoes-da-lava-jato.html>.

pelo magistrado federal no curso deste processo foram fundamentadas e embasadas por indícios e provas técnicas de autoria e materialidade, em consonância com a legislação penal e a Constituição Federal, sempre respeitando o Estado de Direito. No exercício de suas atribuições constitucionais, o juiz federal Sérgio Moro tem demonstrado equilíbrio e senso de justiça”.¹¹

Como expus em trabalho anterior, a proximidade entre Moro e a AJUFES, com suas múltiplas declarações públicas não apenas oferecendo apoio institucional, mas ditando o que considera a “interpretação” oficial da legislação e desqualificando o discurso dos críticos ao magistrado, criou um clima de litigiosidade entre o próprio magistrado e as partes acusadas ou os críticos à operação lava-jato:

Os atos do juiz Sérgio Moro são apresentados pelas associações de magistrados brasileiros como uma espécie de “verdade institucional”, é dizer, como decisões imaculadas e inatacáveis, as quais gozam de um *respaldo institucional* do qual poucos magistrados estão acostumados a desfrutar. A magistratura federal, de modo geral, com raras e honradas exceções, que se expressam de forma cada vez mais tímida, na medida em que os magistrados dissidentes são silenciados ou estigmatizados, apóia expressamente as ações de Sérgio Moro e avaliza a sua conduta, considerando qualquer crítica externa como uma espécie de ofensa institucional (Bustamante, 2017, p. 141).

Ainda que o efeito descrito no parágrafo acima não tivesse se produzido, ou seja, ainda que o *obiter dictum* corporativo não conseguisse produzir os seus efeitos práticos, o mero fato de a AJUFES ter redigido esse tipo de nota para influir na opinião pública e no resultado do julgamento de eventuais processos disciplinares ou administrativos contra o magistrado, ou mesmo no resultado de recursos contra as decisões que vinham sendo questionadas, constitui um pronunciamento judicial ilegítimo, fora dos autos, sem o benefício do contraditório e sem os rigores do devido processo legal, que é recebido pela comunidade com exatamente a mesma força e poder de persuasão que um *obiter dictum*, ainda que travestido de uma simples nota de apoio. A mensagem passada à sociedade pelos *obiter dicta* corporativos é de que a interpretação por eles encampada é uma “verdade judicial”, e qualquer interpretação alternativa um ataque injustificado à independência judicial.

3.4. *Obiter dicta* pseudo-científicos

Uma quarta modalidade de *obiter dictum* é composta pelos denominados “*obiter dicta* pseudo-científicos”. Normalmente, um *obiter dictum* desta natureza é prolatado em contextos que ordinariamente estariam acobertados pela liberdade acadêmica e reivindicariam uma “pretensão

¹¹ AJUFE. Nota pública da Associação dos Juizes Federais do Brasil em apoio ao juiz federal Sérgio Moro, 16/03/2016. Disponível em: <http://www.ajufe.org/imprensa/notas-publicas/nota-publica-da-associacao-dos-juizes-federais-do-brasil-em-apoio-ao-juiz-federal-sergio-moro/>. Também disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/associacao-de-juizes-federais-emite-nota-em-apoio-moro-18894207>.

de verdade”, ao invés de uma pretensão de autoridade. Erigir uma pretensão de verdade sobre certa afirmação é própria do discurso científico, onde o falante reivindica para suas asserções uma veracidade que decorre *apenas* da capacidade (dessas asserções) de expressarem fielmente a realidade e oferecerem uma *resposta correta* a um desafio de investigação ou a uma pergunta de pesquisa formulada no início do processo de argumentação.

É comum, no entanto, que circunstâncias pessoais do autor de uma afirmação modifiquem, às vezes de maneira radical, o impacto de determinada afirmação que a primeira vista é caracterizada por essa pretensão de verdade. Uma tese científica sobre uma lei da natureza ou uma tese jurídica sobre a melhor interpretação de uma dada proposição legislativa têm em comum o fato de que a sua resgatabilidade discursiva é completamente independente da autoridade do seu autor. Elas são julgadas como verdadeiras e falsas, ou corretas e incorretas, dependendo somente de sua resistência à crítica e da sua capacidade de justificar-se diante de um auditório qualificado e da evidência apresentada em favor ou contra a sua aceitação. Diferentemente do discurso judicial, o discurso científico (seja ele praticado por físicos, ou biólogos, ou sociólogos, ou mesmo filósofos e juristas) caracteriza-se primordialmente pela completa *independência em relação à autoridade*. O que torna uma afirmação científica merecedora de aceitação é o seu sucesso em um processo de verificação em que as afirmações do autor podem ser contrastadas com a realidade e testadas à luz de hipóteses contrárias. Enquanto as razões jurídicas são razões relacionadas, ao menos em parte, à identidade do autor de certos comandos ou diretivas autoritativas (sendo portanto razões “relacionadas à identidade” no sentido de Marmor (2011)), as razões para aceitar ou rechaçar uma hipótese teórica são relacionadas única e exclusivamente ao conteúdo de certas proposições, pois a sua autoria é completamente irrelevante. Enquanto no direito a autoridade sempre tem algum tipo de relevância prática, no discurso científico ela é sempre irrelevante e o argumento de autoridade é sempre percebido como uma falácia.

Talvez essa circunstância explique o fato de teorias pseudo-científicas, de péssima qualidade, serem levadas a sério *apenas* quando sustentadas por magistrados de tribunais superiores. Quando o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou, por exemplo, que nos Estados Unidos há em média apenas 75.000 ações trabalhistas julgadas por ano, e que o Brasil é responsável, sozinho, por 98% de todas as ações trabalhistas do mundo, ninguém no mundo científico poderia levar a sério essa afirmação (Barroso, 2017-a; Barroso, 2017-b). Com efeito,

em conferência acadêmica em defesa do que chamava de reformas progressistas, entre as quais ocupava destaque a chamada “reforma trabalhista”, Luís Roberto Barroso afirma em tom categórico: “a gente na vida tem que trabalhar com fatos e não com escolhas ideológicas prévias. O Brasil, sozinho, tem 98% das ações trabalhistas do mundo” (Barroso, 2017-b).¹²

Não é preciso muito esforço para demonstrar a colossal implausibilidade dessas afirmações. Com efeito, em criterioso estudo realizado por Cássio Casagrande – que diante da ausência de indicação de fontes nos estudos do Ministro Barroso foi checar os dados disponíveis na justiça dos Estados Unidos da América – pôde-se apurar que 11,18% das ações civis ajuizadas na Justiça Federal daquele país têm natureza trabalhista, e que esse percentual tende a se repetir também nas justiças estaduais, que têm competência concorrente com a Justiça Federal e recebem processos de mesma natureza. Com base em uma estimativa conservadora, Casagrande conclui que “os processos trabalhistas na Justiça dos Estados devem girar em torno de 1,7 milhão ao ano” (Casagrande, 2017). Isso sem contar, ainda, que naquele país existem milhares de *class actions* em que “um único litigante pode representar em juízo o interesse de todos os demais que se encontram sob idêntica situação de fato e de direito” (Casagrande, 2017). Quando se analisa os dados dessas ações, Casagrande observa que no Judiciário do Estado da Califórnia, por exemplo, 40% de todas as ações têm natureza coletiva, o que nos conduz à inarredável conclusão de que o número de litigantes trabalhistas nos Estados Unidos é provavelmente superior ao do Brasil. Nesse sentido, cabe reproduzir as seguintes conclusões apontadas por Casagrande:

Bem, segundo minha calculadora, os “fatos” apresentados pelo Ministro Barroso indicariam o seguinte: se as quatro milhões de ações trabalhistas nacionais representam 98% do total mundial, e se todos os demais países do mundo reunidos têm somente 2% delas, restam apenas... 81 mil ações trabalhistas anuais! Em todo o planeta! Não existe nenhum estudo nacional ou internacional que respalde tamanha bizarria. Com o devido respeito que merece o Ministro e Professor Barroso, a afirmação é surreal. Observe-se que o Ministro não estava usando uma figura de linguagem, pois disse expressamente que estava “trabalhando com fatos”. Ele deveria, portanto, apresentar as suas fontes científicas. Não precisa conhecer direito comparado para perceber que o número é o mais absoluto disparate. Já vimos acima que nos EUA as ações trabalhistas são contadas na casa do milhão – numa estimativa conservadora e desconsiderado o efeito multiplicador das *class actions*. E que, segundo o Professor da Universidade de Bremen Wolfgang Däubler, há 600 mil ações trabalhistas anuais somente na Alemanha. A Itália teria cerca de 300 mil ações laborais anuais de acordo com os próprios defensores da reforma. E onde estão os dados dos países que tem órgão judiciais semelhantes à nossa Justiça do Trabalho? Por exemplo, Austrália, Inglaterra, Suécia, África do Sul, etc, etc... (Casagrande, 2017).

Como se percebe, o trabalho acadêmico do Ministro Luís Roberto Barroso sobre a “Reforma Trabalhista” não passaria, se analisado sob o prisma de sua credibilidade científica, de

¹² Trecho disponível a partir do minuto 55:08.

um compilado de *fake news*, um arremedo de falácias e afirmações empíricas desacompanhadas de fontes confiáveis e dados minimamente verificáveis. Poderia, sem grande esforço intelectual, ser facilmente classificada como *junk science*!

Sem embargo, a circunstância de seu autor pronunciar tais argumentos pseudo-científicos *na qualidade de Ministro do Supremo Tribunal Federal* atribui a tais pronunciamentos um ar de institucionalidade e de seriedade que o argumento não merece. Indaga-se: não fosse o Ministro Luís Roberto Barroso um ministro do Supremo Tribunal Federal, qual o grau de confiabilidade se atribuiria a tal argumento científico? É difícil imaginar que fosse qualquer coisa superior a zero.

Não obstante, em vista do cargo e da posição de poder que ele ocupa, o pronunciamento é capaz de exercer profunda influência sobre a vida política do país, inclusive sobre os demais Poderes da República. Em particular, cite-se o fato de que a afirmação de que o Brasil seria palco de 98% de todas as ações trabalhistas do mundo, a despeito de estar evidentemente equivocada, foi citada no Relatório do Senador Ricardo Ferraço (PSDB-ES) como um argumento confiável em favor da aprovação da Reforma Trabalhista (Senado, 2017). O argumento pseudo-científico de Barroso é apresentado, portanto, como apto para *pautar a deliberação no Senado Federal*, em episódio que provocou a indignação de Casagrande no estudo supracitado:

Então veja-se a que ponto chegamos: o relatório que propõe restringir a jurisdição da Justiça do Trabalho por suposto excesso de litigância foi aprovado na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, com base em dados manifestamente falsos (Casagrande, 2017).

O episódio ilustra, de maneira eloquente, o perigo representado pelos *obiter dicta* pseudo-científicos: hipótese científicas manifestamente equivocadas são tratadas como se fossem argumentos de autoridade, pois magistrados (usualmente das cortes superiores) valem-se de sua própria autoridade para interferir na opinião pública e no funcionamento dos demais poderes.

4. Conclusão

Em sistemas jurídicos com controle de constitucionalidade forte, caracterizados por atribuírem aos juízes a última palavra sobre a validade de uma lei, sua compatibilidade com a constituição e sua interpretação definitiva, pronunciamentos judiciais, principalmente dos tribunais superiores (mormente da Suprema Corte), sempre são relevantes e capazes de influenciar o comportamento das demais instituições políticas, dos atores privados e dos cidadãos em geral. Pronunciamentos judiciais têm caráter altamente persuasório mesmo quando o que os juízes dizem não passa de uma estupidez, e mesmo quando esses pronunciamentos são prolatados fora dos autos. É por isso que convém classificar certas interpretações judiciais realizadas fora de um contexto processual (como, por exemplo, os pronunciamentos que juízes realizam em

entrevistas, palestras ou artigos acadêmicos) como uma espécie de *obiter dictum* exoprocessual. Quando consideramos os efeitos de tais pronunciamentos interpretativos públicos e oficiais, observamos poucas diferenças entre eles e os pronunciamentos convencional e tradicionalmente classificados como *obiter dictum* em sentido estrito.

Tentei demonstrar, neste ensaio, a maneira como *obiter dicta* exoprocessuais realizam atos de fala indiretos, com vistas a não apenas “interpretar o direito” ou “dizer o direito em um caso concreto”, mas também criar incentivos para pautas políticas e interesses profissionais dos juízes. Entender o funcionamento e os tipos ou formas de manifestação dos *obiter dicta* exoprocessuais é importante para entender o poder judicial e as formas de exercício da política ordinária pelo Judiciário. Embora o poder de influir na atuação dos demais poderes possa parecer novidade para alguns teóricos do direito, esse poder não é novidade para os juízes. De modo geral, magistrados em tribunais superiores são perfeitamente conscientes desse poder; são conscientes de que o poder de dar a última palavra sobre o sentido da constituição e as obrigações que ela impõe cria nas demais instituições expectativas normativas sobre qualquer pronunciamento judicial, inclusive aqueles que não são realizados nos autos. Analisadas as coisas de um ponto de vista pragmático, é inegável que os juízes detêm o poder *de facto* não apenas de realizar julgamentos e, na maioria dos sistemas jurídicos, declarar a inconstitucionalidade das leis. Eles têm, também, uma importante parcela de poder para determinar o conteúdo do direito e das políticas públicas a serem adotadas pelas outras esferas de governo. Na maior parte das vezes, esse poder *de facto* é exercido de maneira ilegítima, por meio de *obiter dicta* exoprocessuais. Estes pronunciamentos aparentam ser meras opiniões jurídicas, mas na verdade representam a forma mais dissimulada e rasteira de se fazer política que se tem notícia na magistratura brasileira. Como adverte Conrado Hübner Mendes, em artigo já citado neste trabalho, o populismo judicial avança a passos largos na prática jurídica brasileira:

Assim como a hipocrisia é a homenagem que o vício presta à virtude, a aparência jurídica é o tributo que a populisprudência paga à jurisprudência.

Ou seja, a populisprudência vende uma jurisprudência de fachada para ocultar escolhas de ocasião. É um jogo de alto risco, pois, quando o argumento jurídico passa a ser percebido como disfarce de posição política, e não consegue se diferenciar desta, o estado de direito atinge seu precipício

É preciso, portanto, nos mantermos vigilantes diante desse poder de influenciar a política por *obiter dicta*, se quisermos manter de pé as instituições fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Referencias bibliográficas

- BARROSO, Luís Roberto. O momento institucional brasileiro e uma agenda para o futuro. Conferência proferida no Brazil Forum UK 2017. In: **Migalhas**, 15/05/2017 (2017-a). Texto escrito disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/5/art20170515-01.pdf>. Acesso em 01/06/2018.
- BARROSO, Luís Roberto. O momento institucional brasileiro e uma agenda para o futuro. Conferência proferida no Brazil Forum UK 2017 (2017-b). Audiovisual disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=IeDp2Ga2f6c>. Acesso em 01/06/2018.
- BUSTAMANTE, Thomas. Magistratura Federal. In: Alves, Giovanni *et. alli*. **Enciclopedia do Golpe, vol. 1**. Bauru: Práxis, 2016, p. 131-146.
- BUSTAMANTE, Thomas. *Obiter Dicta* Abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos. **Revista Direito GV**, vol. 14, n. 2, Agosto 2018, no prelo.
- BUSTAMANTE, Thomas; FREITAS, Graça Maria Borges de. Separação e equilíbrio de poderes: reflexões sobre democracia e desenho institucional do STF pós-88. **Cadernos Adenauer**, vol. 18, n. 1 (2017), p. 193-216.
- CASAGRANDE, Cássio. “Brasil, ‘campeão de ações trabalhistas’: como se constrói uma falácia”. In: **Jota**, 25/06/2017. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/brasil-campeao-de-acoes-trabalhistas-25062017>. Acesso em 01/06/2018.
- HARDIMON, Michael. Role Obligations. **The Journal of Philosophy**, v. 91, n. 7, 1994 p. 333-363.
- MACCORMICK, Neil. Why Cases have Rationes and What these are. In: Goldstein, Laurence. **Precedent in Law**. Oxford University Press, 1987, p. 155-182.
- MARMOR, Andrei. **Philosophy of Law**. Princeton: Princeton University Press, 2011.
- MARTIN, E. A.; LAW, J. **Oxford Dictionary of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- MENDES, Conrado Hübner, Populispudência. In: **Época**, 27/04/2018. Disponível em <https://epoca.globo.com/politica/Conrado-Hubner/noticia/2018/04/populispudencia.html>. Acesso em 01/06/2018.
- MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação *Mani Pulite*. **Revista CEJ**, v. 8, n. 26, set 2004, p. 56-62.
- PEIRCE, Charles Sanders. How to Make Our Ideas Clear. In: Haach, Susan. **Pragmatism, Old & New: Selected Writings**. New York: Prometheus, 2005, p. 127-150.
- Searle, John R.. Indirect Speech Acts. In: **Expression and Meaning: Studies in the Theory of Speech Acts**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979, p. 30-57.
- SENADO FEDERAL. Parecer da Comissão de Assuntos Sociais, sobre Projeto de Lei da Câmara n. 38 de 2017 (Rel. Senador Ricardo Ferraço). Disponível em <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5333909&disposition=inline>. Acesso em 01/06/2018.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 402/DF, Decisão Monocrática. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 05.12.2016. Íntegra da decisão disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/12/art20161205-12.pdf>. Acesso em 20 nov. 2017.
- UOL NOTÍCIAS, Fux defende no STF prisão de Joesley e Saud: “que passem ao exílio da Papuda” (reportagem de Leandro Prazeres e Felipe Amorim). São Paulo, 06 set. 2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/09/06/apos-divulgacao-de-audio-fux-defende-prisao-de-joesley-e-ricardo-saud.htm>. Acesso em 20 nov. 2017
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Investigations**. Trad. G.E.M. Anscombe. Oxford: Basil Blackwell, 1958.