

FERNANDO FABIANI CAPANO

Tensão na República:

Aspectos e caracteres ritualísticos do STF como elementos tensores no cenário político brasileiro – proposta de aperfeiçoamento do design normativo-institucional do Supremo para uma melhor calibragem na balança de forças entre os Poderes

Tese de Doutorado

Orientadores: Profa. Dra. MONICA HERMAN SALEM CAGGIANO (USP)

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

SÃO PAULO

2020

FERNANDO FABIANI CAPANO

Tensão na República:

Aspectos e caracteres ritualísticos do STF como elementos tensores no cenário político brasileiro – proposta de aperfeiçoamento do design normativo-institucional do Supremo para uma melhor calibragem na balança de forças entre os Poderes

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de Concentração Direito de Estado, sob orientação da Prof.^a Dr.^a Monica Herman Salem Caggiano (USP).

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

SÃO PAULO

2020

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

CAPANO, FERNANDO FABIANI

Tensão na República: Aspectos e caracteres ritualísticos do STF como elementos tensores no cenário político brasileiro – proposta de aperfeiçoamento do design normativo-institucional do Supremo para uma melhor calibragem na balança de forças entre os Poderes ; FERNANDO FABIANI CAPANO ; orientadora Monica Herman Salem Caggiano -- São Paulo, 2020.

309

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Expansão do Poder Judicial. 2. Supremo Tribunal Federal. 3. Justiça Constitucional. 4. Tensão entre os Poderes. 5. Protagonismo Judicial. I. Caggiano, Monica Herman Salem , orient. II. Título.

DEDICATÓRIA

É com vocês que celebro, dia após dia, a glória de existir em plenitude! Cibele e Otávio, amores da minha vida, cada uma das linhas deste trabalho carrega minha profunda homenagem para vocês!

AGRADECIMENTOS

Meus profundos agradecimentos para a Professora Dra. Monica Herman Salem Caggiano, cuja acolhida desde o início do mestrado, ainda na Universidade Mackenzie e agora na Universidade de São Paulo, tem sido prova cotidiana da fantástica capacidade que possui em distribuir e partilhar de seu abissal conhecimento jurídico e ferramental educacional, mudando para muito melhor a vida das pessoas que tem a rara felicidade de estar em seu convívio. Tenho certamente muita sorte em ser seu eterno discípulo, esperando sempre honrar e dignificar seu nome em todas as oportunidades em que estiver desempenhando, ainda que de maneira singela, o papel de educador e profissional do Direito. Nenhuma de minhas conquistas profissionais teria sido possível sem a decisiva contribuição da Profa. Monica e, por isso, não existirão palavras suficientes que possam externar minha gratidão.

Agradeço, outrossim, a Professora Dra. Pílar Jimenez Tello, cuja carinhosa acolhida no âmbito da histórica comunidade acadêmica da Universidade de Salamanca por demais me honrou. Suas orientações, indicações e apontamentos, abrindo-me os olhos para uma realidade jurídica-cultural distinta da brasileira, foram absolutamente fundamentais para que eu pudesse compreender melhor o tema que enfrentei neste trabalho. A Profa. Pilar, através de sua maravilhosa vocação educacional-pedagógica, é destas pessoas que exercem liderança inspiradora, contribuindo sobremaneira para que o mundo siga em trajetória de elevação moral e cívica. Sou certamente muito feliz em poder ter sido um dos seus orientandos.

Agradeço também ao Professor Dr. Claudio Salvador Lembo e ao Professor Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, cujas obras, ensinamentos e guia, desde a ocasião em que frequentei os bancos acadêmicos na condição de aluno da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, ainda na década 90, têm sido fundamentais para minha formação como cultor e estudioso do Direito Constitucional. Suas vidas e carreiras (que funcionam para mim como norte) demonstram que é do trabalho diuturno das grandes personalidades públicas que nossa Sociedade depende para aperfeiçoar o ambiente democrático-constitucional, com vistas a vivenciarmos a Sociedade justa e equânime que merecemos.

Meus agradecimentos também se direcionam para os Professores cujas disciplinas frequentei no âmbito do programa de Doutorado em Direito do Estado, na Universidade de São Paulo. Prof. Dr. Elival da Silva Ramos, Prof. Dr. Roger Stiefelmann Leal, Prof. Dr.

José Levi Mello do Amaral Júnior, Prof. Dr. Carlos Bastilde Horbach, Prof. Dr. Celso Fernandes Campilongo e Prof. Dr. José Eduardo Faria me proporcionaram extenso conteúdo e material bibliográfico que contribuíram sobremaneira com todo o arcabouço teórico que viabilizaram, em grande medida, o esforço que resultou neste trabalho. Espero que, ainda que de maneira singela, eu tenha logrado êxito em espelhar parte ínfima do grande conhecimento que Vossas Senhorias possuem.

Aos meus colegas e amigos de Programa que, ao longo de todo o período de estudos, estiveram comigo ombro a ombro, dividindo momentos de alegrias, conquistas, angústia e dúvidas, agradeço o companheirismo e a amizade. Dividir o fardo é certamente alentador e todos vocês estiveram lá quando precisei.

Aos meus sócios-irmãos - Dr. Leonardo, Dr. Luis e Dr. Ricardo - e sócia-irmã - Dra. Gislene –, companheiros de um grande projeto que temos em comum, agradeço o apoio, o incentivo e o grande suporte que me deram, especialmente quando de minha ausência. Seguimos juntos!

Finalmente, por último e MAIS importante, agradeço minha família, que segue representada, antes de mais nada, pela memória de minha querida avó Terezinha!

Minha maravilhosa mãe Meirinha, mulher forte, corajosa e amorosa. Para além da vida, devo-lhe o apreço pela leitura. Amo você!

Meu fantástico pai Antonio, homem vívido, presente e apoiador. Devo-lhe o apreço pela vida vivida. Amo você!

Meu companheiro-irmão Evandro, homem absolutamente inteligente, líder e exemplo. Devo-lhe meu apreço pelo Direito. Amo você!

Minha Cibele, mulher linda, cultora de valores profundos e possuidora de inteligência superior. Devo-lhe o resgate que me propiciou o amor verdadeiro e pleno. Amo você!

Meu garoto Otávio, menino de luz, de personalidade profunda e fulgurante. Devo-lhe a sensação de eternidade, desde que escutei seu coração bater ainda na barriga da mamãe. Amo você!

Fernando F. Capano, no segundo semestre do ano de 2020.

RESUMO E PALAVRAS-CHAVE

O presente trabalho parte do pressuposto que, no âmbito da Corte Constitucional brasileira, algumas características intrínsecas e extrínsecas de design normativo-institucional do órgão estão a apresentar certas disfuncionalidades que, do modo como repercutem no seio social, funcionam como elementos tensores no cenário político pátrio. Por primeiro, apresenta-se o pano de fundo que está a justificar a lógica acima descrita, asseverando que o poder judicial e mais especificamente a Justiça Constitucional apresenta constante expansão nas últimas décadas. Com efeito, a partir desta premissa, constata-se que as Cortes Constitucionais nos países em que estão instaladas mantêm com os demais polos de poder relação por vezes complexa e, neste contexto, verifica-se que temos tido certo uso subvertido do ferramental do constitucionalismo, consubstanciando-se no que a doutrina intitulou como populismo constitucional e constitucionalismo abusivo (ou contraconstitucionalismo). Desta forma, para superar tal estado de coisas, o trabalho perpassa pela análise do procedimental dialógico que deve haver entre os atores de poder, reavaliando a noção de que a última palavra acerca do sentido da Constituição deveria caber apenas às Cortes Supremas. A partir daí, mergulhando no contexto brasileiro, analisa-se o fenômeno do deslocamento das contendas políticas para serem decididas pelo STF, funcionando este como arena ordinária, em posição de terceira câmara. Neste sentido, o trabalho demonstra que tal característica está profundamente ligada ao modelo decisório que está implementado em nossa Suprema Corte e seus percalços. Finalmente, considerando este ambiente anômalo, o trabalho acaba por sugerir algumas mudanças de lógica constitucional e infraconstitucional (que passam por mudanças ritualísticas que, por exemplo, mitiguem e relativizem o poder individual dos componentes da Corte, bem como aperfeiçoem a sistemática de composição do Supremo) que, se implementadas, podem ter o condão de distensionar o ambiente democrático-constitucional brasileiro, propiciando não apenas o reforço na legitimidade que a Corte deve ter para bem desempenhar seu fundamental mister, mas também para lastrear o equilíbrio ótimo e harmônico que deve haver entre os Poderes.

Expansão do Poder Judicial; Supremo Tribunal Federal; Justiça Constitucional; Tensão entre os Poderes; Protagonismo Judicial; Questões Dialógicas; Populismo Constitucional; Constitucionalismo Abusivo; Harmonia e Equilíbrio entre os Poderes; Modelo Decisório do STF; Métodos de Composição da Corte Suprema; Mandatos Judiciais

ABSTRACT AND KEY WORDS

The present work is based on the assumption that, within the Brazilian Constitutional Court, some intrinsic and extrinsic characteristics of the institution's normative-institutional design are presenting certain dysfunctionalities that, as they have repercussions in the social context, function as tension elements in the national political scenario . First, it presents the background that is justifying the logic described above, asserting that the judicial power and more specifically the Constitutional Justice has been constantly expanding in recent decades. Indeed, from this premise, it appears that the Constitutional Courts in the countries in which they are installed maintain a sometimes complex relationship with, and in this context, it appears that we have had a certain subverted use of the tool of constitutionalism , substantiating what the doctrine called constitutional populism and abusive constitutionalism (or counter-constitutionalism). Thus, in order to overcome such a state of affairs, the work goes through the analysis of the dialogical procedural that must exist between the actors of power, reevaluating the notion that the last word about the meaning of the Constitution should belong only to the Supreme Courts. From there, diving into the Brazilian context, the phenomenon of displacement of political disputes to be decided by the Supreme Court is analyzed, functioning as an ordinary arena, in the position of third chamber. In this sense, the work demonstrates that this characteristic is deeply linked to the decision-making model that is implemented in our Supreme Court and its mishaps. Finally, considering this anomalous environment, the work ends up suggesting some changes in constitutional and infraconstitutional logic (which go through ritualistic changes that, for example, mitigate and relativize the individual power of the components of the Court, as well as perfect the system of composition of the Supreme Court) which, if implemented, may have the ability to distend the Brazilian democratic-constitutional environment, providing not only the reinforcement of the legitimacy that the Court must have to perform its fundamental task well, but also to support the optimal and harmonious balance that there must be. between the Powers.

Expansion of the Judiciary; Federal Court of Justice; Constitutional Justice; Tension between the Powers; Judicial Protagonism; Dialogical Issues; Constitutional Populism; Abusive Constitutionalism; Harmony and Balance between Powers; STF Decision Model; Supreme Court Composition Methods; Judicial Mandates

RESUMEN E PALABRAS CLAVE

El presente trabajo parte del supuesto de que, dentro de la Corte Constitucional brasileña, algunas características intrínsecas y extrínsecas del diseño normativo-institucional de la agencia están presentando ciertas disfuncionalidades que, al tener repercusiones en el contexto social, funcionan como elementos de tensión en el escenario político nacional. En primer lugar, presenta los antecedentes que justifican la lógica descrita anteriormente, afirmando que el poder judicial y más específicamente la Justicia Constitucional se ha expandido constantemente en las últimas décadas. En efecto, a partir de esta premisa, se desprende que los Tribunales Constitucionales de los países en los que están instalados mantienen una relación a veces compleja con, y en este contexto, parece que hemos tenido un cierto uso subvertido de la herramienta del constitucionalismo. , fundamentando lo que la doctrina llamó populismo constitucional y constitucionalismo abusivo (o contraconstitucionalismo). Así, para superar tal estado de cosas, el trabajo pasa por el análisis del procedimental dialógico que debe existir entre los actores del poder, reevaluando la noción de que la última palabra sobre el sentido de la Constitución debe corresponder únicamente a las Cortes Supremas. A partir de ahí, sumergiéndose en el contexto brasileño, se analiza el fenómeno del desplazamiento de las disputas políticas a ser resueltas por la Corte Suprema, funcionando como una arena ordinaria, en el cargo de tercera cámara. En este sentido, el trabajo demuestra que esta característica está profundamente ligada al modelo de toma de decisiones que se implementa en nuestra Corte Suprema y sus percances. Finalmente, considerando este ambiente anómalo, el trabajo termina sugiriendo algunos cambios en la lógica constitucional e infraconstitucional (que pasan por cambios ritualistas que, por ejemplo, mitigan y relativizan el poder individual de los componentes de la Corte, además de perfeccionar el sistema de composición de la Corte Suprema de Justicia).) que, de implementarse, puede tener la capacidad de dilatar el entorno democrático-constitucional brasileño, proporcionando no solo el refuerzo de la legitimidad que debe tener la Corte para realizar bien su tarea fundamental, sino también para apoyar el equilibrio óptimo y armónico que debe existir. entre los Poderes.

Ampliación del Poder Judicial; Supremo Tribunal Federal; Justicia Constitucional; Tensión entre los poderes; Protagonismo judicial; Cuestiones dialógicas; Populismo constitucional; Constitucionalismo abusivo; Armonía y Equilibrio entre Poderes; Modelo de decisión do STF; Métodos de composición de la Corte Suprema; Mandatos judiciales

SUMÁRIO

TÓPICO INTRODUTÓRIO – APRESENTAÇÃO DO DESAFIO PROPOSTO.....	13
CAPÍTULO I - DA EXPANSÃO GLOBAL DO PODER JUDICIAL E DAS DISTINTAS CARACTERÍSTICAS DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E DO CONSTITUCIONALISMO – O PANO DE FUNDO.....	71
1.1. Justiça Constitucional e <i>Judicial Review</i>	71
1.2. Forças e fraquezas das Cortes Constitucionais na relação com os demais atores do poder92	
1.3. Populismo constitucional, constitucionalismo abusivo e contraconstitucionalismo.....	117
1.4. Processos dialógicos e a questão da última palavra.....	134
CAPÍTULO II – A CORTE SUPREMA COMO ARENA POLÍTICA – O CONTEXTO BRASILEIRO.....	148
2.1. O STF protagonizando o jogo político	148
2.2. Aspectos do modelo decisional do STF.....	179
CAPÍTULO III - DO DESIGN ESTRUTURANTE E INSTITUCIONAL DO STF – ANÁLISE E DIAGNÓSTICO PARA UMA MELHOR CONFORMAÇÃO DO PODER EM SOLO PÁTRIO	204
3.1. Da lógica que propicia o exercício individual de poder em prejuízo da colegialidade na Corte Constitucional e sua necessária mitigação	204
3.2. Das novas formas de participação de distintos atores da Sociedade como meio de reforço na legitimação das decisões da Corte Constitucional.....	225
3.3. A problemática da agenda e o controle de tempo de julgamento no âmbito da Suprema Corte - aspectos procedimentais que necessitam ser aperfeiçoados.....	231
3.4. Diluição de competências e mudanças no método de composição da Corte Suprema248	
SÍNTESE CONCLUSIVA	270
FONTES E BIBLIOGRAFIA	284

TÓPICO INTRODUTÓRIO – APRESENTAÇÃO DO DESAFIO PROPOSTO

“Freios e contrapesos – A maior segurança contra a concentração gradual dos diversos poderes em um só departamento reside em dotar aos que administram cada departamento dos meios constitucionais, e motivações pessoais, necessários para resistir às invasões dos demais. As medidas de defesa, nesse caso como em todos, devem ser proporcionais ao risco que se corre com o ataque. A ambição deve ser colocada em jogo para contra arrestar a ambição. O interesse humano deve se entrelaçar com os direitos constitucionais do posto. Talvez se possa reprimir a natureza do homem, ou o que seja necessário, tudo isso para conter os abusos do governo. Mas o que é o governo se não o maior de todos os repressores da natureza humana? Se os homens fossem anjos, o governo não seria necessário. Se os anjos governassem aos homens, não precisariam existir controladorias externas e internas do governo.”¹

2013. O Brasil estava prestes a mergulhar em uma crise social, política e econômica de proporções gigantescas. Em um evento ocorrido na Faculdade de Direito onde lecionamos, na cidade de São Paulo, compareceu para o fechamento do ano letivo, em meados de novembro, o Ministro Marco Aurélio Mello. Sua fala centrou-se na análise das causas e contexto dos grandes protestos havidos naquele ano a partir de julho², bem como suas repercussões no ambiente político-institucional brasileiro dali para diante³.

¹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, Jonh. *O Federalista*. Campinas: Russell, 2010, p. 329.

² Episódio conhecido como “Jornadas de Julho de 2013”, capitaneado por grupos conhecidos como “Coletivos”, percutientemente analisados pelo artigo de Perez, em: PEREZ, Olívia Cristina. “Relações entre coletivos com as Jornadas de Junho”. *Opin. Publica*, v. 25, n. 3, dec. 2019, pp. 577-596. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762019000300577&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 04/11/2020.

³ A fala centrou-se em questões essencialmente políticas. Neste sentido, segundo nos coloca Bercovici, a constituição precisa ser considerada em seu aspecto político, como fator fundamental para sua realização: “*O pensamento constitucional precisa ser reorientado para a reflexão sobre conteúdos políticos. Talvez devamos retomar a proposta de Loewenstein, que entendia a Teoria da Constituição como uma explicação realista do papel que a Constituição joga na dinâmica política. Afinal, o direito constitucional é direito político. A Constituição, no entanto, não pode ter a pretensão de resumir ou abarcar em si a totalidade do político, como ocorreu com a Teoria da Constituição Dirigente, pois foi nesse universo normativo fechado que, de acordo com Eloy García, prosperou o “positivismo jurisprudencial”. Não se pode, portanto, entender a Constituição fora da realidade política, com categorias exclusivamente jurídicas. A Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas. A política deve ser levada em consideração para a própria manutenção dos fundamentos constitucionais. Na feliz expressão de Dieter Grimm, a Constituição é resultante e determinante da política.*” BERCOVICI, Gilberto. “Constituição e Política: uma relação difícil”. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, 2004, pp. 23-24.

O Ministro, como não poderia deixar de ser, foi recebido pela comunidade acadêmica com grande entusiasmo, especialmente pelos alunos e alunas que ali o aguardavam ansiosamente. Por ocasião de sua chegada no auditório, em meio ao alvoroço, cerca de dez a quinze pessoas atrasaram o início da solenidade, visto que pretendiam pedir autógrafos em seus livros, cadernos e vade-mécuns.

No entanto, foi o comentário do mestre de cerimônias da Instituição de Ensino, responsável pela abertura da palestra, que mais nos impressionou. Ao cumprimentar o Ministro pela sua ilustre presença e disponibilidade, o Professor o saudou asseverando que, alguns anos atrás, quase ninguém no Brasil sabia quem eram os onze Ministros do STF⁴. No

⁴ Sobre a história do STF em nosso País, especialmente os debates constitucionais por ocasião da fundação da República que levaram à sua criação, na lógica mais moderna que hoje conhecemos, vale a leitura da obra de Castro Nunes, cujo excerto aqui reproduzimos: "(...) *O Supremo Tribunal, sua criação na primeira Constituinte da República e sob a Constituição de 91. - A criação do Supremo Tribunal data do dec. n. 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a justiça federal, "exercida por "um Supremo Tribunal Federal e por juizes inferiores intitulados juizes de secção", dispondo no art. 5.º: "O Supremo Tribunal Federal terá a sua sede na capital da República e compor-se-á de 15 juizes, que poderão ser tirados "dentre os juizes seccionais ou dentre os cidadãos de notável saber e reputação, que possuam as condições de elegibilidade para o Senado". O projeto da Comissão do Governo Provisório dizia, no art. 64 : "O Supremo Tribunal de Justiça se comporá de 15 membros nomeados pelo Senado da União, dentre os 80 juizes federais mais antigos e jurisconsultos de provada ilustração, não podendo o número destes exceder ao têtço do número total dos membros do Tribunal". Os decs. ns. 510, de 22 de junho, e 914-A, de 23 de outubro de 1890, retomaram a denominação "Supremo Tribunal Federal" e o provimento pelo Presidente da República, nos têtmos seguintes, que vieram a prevalecer no texto constitucional : "Art. 55. O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de 15 juizes, nomeados na forma do art. 47, n. 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado". O debate que se seguiu na Constituinte fixa alguns aspectos interessantes de que vamos dar uma notícia sumariada. "Rejeitado o plano da unidade da magistratura" escreve o sr. AGENOR DE ROURE - os arts. 55 e 56 determinaram que o Poder Judiciário da União devia ter por órgãos um Supremo Tribunal, com sede na capital da República, e tantos juizes e tribunais federais, distribuídos pelo país, quantos o Congresso criar, compondo-se o Supremo Tribunal de 15 juizes nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado, isto é, com 35 anos de idade e gôzo dos direitos políticos". Vingou o sistema do projeto – nomeação pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, apesar de combatido pelos srs. JOSÉ HIGINO e ANFILÓFIO, sendo que êste estranhava a adoção de um sistema pelo qual só seria membro do Supremo Tribunal quem o Presidente quisesse, "uma vez que "tivesse 35 anos e um notável saber que não se faria conhecer por sinais externos ao alcance da crítica da opinião". Acrescentava que as preferências do Presidente se dirigiriam para os grandes Estados, que seriam os viveiros dos candidatos à suprema magistratura, pelo apoio dos seus eleitorados ou de suas representações na política federal (Anais, v. II, p. 19, Anexo). O sr. GONÇALVES CHAVES Concordava com o projeto, mas somente para a investidura de um têtço dos membros do Tribunal; os dois têtços restantes seriam escolhidos dentre os magistrados mais antigos, mediante concurso. Deste modo, se conciliariam, dizia o representante de Minas Gerais, tôdas as conveniências de ordem pública : tribunal político, destinado a manter o equilíbrio de todos os poderes, teria juizes nomeados pelo Presidente e confirmados pelo Senado ; mas se atenderia também à conveniência de aproveitar as vocações experimentadas da magistratura estadual. O sr. CASSIANO DO NASCIMENTO combateu a idéia de dar ao Supremo Tribunal tantos membros quantos fôssem os Estados, lembrada em várias emendas, porque não se devia procurar dar àquele Tribunal uma organização semelhante à do Senado (v. III, Anexo, p. 12). No sentido de assegurar às magistraturas estaduais representação na Côrte*

entanto, a grande maioria da população sabia certamente o elenco dos onze componentes da seleção masculina de futebol. Tal lógica, naquela oportunidade, havia se invertido por completo, de modo que, para muitos, o Ministro Marco Aurélio seria mais reconhecido nas ruas do que alguns astros do esporte mais popular do Brasil.

2018. Início do ano. Outro evento, em outra Faculdade, ocasião em que seríamos um dos painelistas de uma série de seminários envolvendo o estudo do Direito Constitucional. Na oportunidade, estávamos iniciando formalmente estudos no âmbito do programa de doutoramento em Direito, em busca de consolidar nosso objeto de pesquisa, consubstanciado no projeto apresentado ao juízo de oportunidade e conveniência das Universidades que nos acolheram.

Na abertura solene da supramencionada cerimônia, também bastante concorrida, realizada pelo Ministro Gilmar Mendes, já pudemos ouvir, aqui e acolá, alguns comentários ácidos e críticos, inclusive por parte de alguns dos jovens acadêmicos que lá estavam, especialmente em relação à performance da nossa Corte Constitucional frente aos grandes problemas que lá tinham aportado no quinquênio anterior.

Segundo nossa percepção, pareceu que havia certa frustração entre os presentes, especialmente acerca das muitas expectativas que talvez pudessem ter sido depositadas - e não realizadas - no Poder Judiciário, ali representado por importante componente de cúpula. Ainda que com postura referencial e respeitosa ao Ministro Gilmar Mendes por parte dos presentes, pareceu ter havido sensível mudança na percepção reputacional que se fazia da Corte⁵, tudo em um curto espaço de tempo.

Suprema estavam, além do sr. GONÇALVES CHAVES, os srs. LEOVIGILDO FILGUEIRAS e SERZEDELO CORREIA, autor, éste último, de emenda por aquele apoiada.” NUNES, Castro. Teoria e prática do Poder Judiciário. São Paulo: Ed. Revista Forense, 1943, pp. 166-168.

⁵ O estudo sociológico, jurídico-normativo e estatístico acerca das atividades das Supremas Cortes nos países em que elas são estruturalmente relevantes para o exercício do poder tem sido bastante frequente e aprofundado. Para além do impacto que causam nas Sociedades em que estão instaladas, há certamente forte simbolismo, de viés positivo e também negativo, contido na Instituição. Neste sentido, Saul Tourinho Leal: “(...) *todas as democracias constitucionais do mundo têm investido intensa energia em analisar as suas Cortes Supremas e também as de outros países. Uma análise que recai não apenas sobre o resultado de suas deliberações, mas, especialmente, sobre o modo de funcionamento e, principalmente, sobre as muitas cerimônias, ritos e protocolos aos quais seus integrantes são submetidos. O segredo parece estar preservado na parte de dentro do ambiente, não no espetáculo público exibido muitas vezes com uma transparência visceral, como no Brasil. O conjunto simbólico desses espaços é poderoso. Há ritos, solenidades, disposições regimentais, costumes judiciais, protocolos, pronomes de tratamentos..., tudo marcado por uma forma própria de se expressar e de fundamentar decisões, com homens e mulheres sentados juntos, em sessões solenes, cobertos por mantos pretos de cetim, discutindo, por horas a fio, até chegarem a um veredito. É muito simbólico. Esse arquétipo atrai*

Sobre o atual desenho institucional da nossa Suprema Corte, de maneira bastante percuciente e que, segundo pensamos, reproduz com fidelidade o atual contexto em que se encontra posicionado o STF no cenário político-institucional brasileiro, assim se manifesta Felipe Recondo:

“(…) A instituição, que completa 128 anos em 2019, acumula a experiência de lidar com governos democráticos e autoritários, com uma sucessão de crises institucionais, econômicas, políticas e sociais, com seis constituições diferentes ao longo da história (mais a emenda constitucional de 1969). Contabiliza milhares de julgamentos dos mais diversos assuntos, 167 ministros das mais distintas origens e formações. O tribunal passou a se relacionar em pé de igualdade com os demais Poderes. A opinião pública, tão diferente daquela que acompanhava os julgamentos no Rio de Janeiro há dois séculos, hoje assiste em massa e ao vivo às sessões e debate vivamente o STF, tamanho o protagonismo da Corte no palco nacional. Os ministros se tornaram atores políticos relevantes, com voz ativa e persona pública. Alguns são cotados para disputar cargos eletivos. Têm perfis em redes sociais, milhares de seguidores, admiradores e críticos ferozes. O Supremo chegou ao ápice da sua capacidade de exercer o poder que lhe foi dado pela Constituição; talvez tenha até mesmo criado para si certos poderes e tarefas que não lhe foram dados pelos constituintes. A curva ascendente, contudo estagnou. O tribunal começa a dar sinais de que inicia uma trajetória de queda, pressionado pelos conflitos que deveria ter mediado e insuflou; pela incapacidade de lidar com seus problemas internos; pelo avanço apressado sobre temas ainda controversos socialmente; por abandonar com frequência a postura de árbitro e assumir o protagonismo em busca de objetivos individuais; por trocar o diálogo com a política por um ar professoral; por não atuar como instituição, mas como acúmulo de individualidades.”⁶

No interregno daquele lustro (2013-2018), experimentaríamos a queda de uma Presidente da República através do amargo remédio do impedimento parlamentar. A economia sofreria baques profundos e preocupantes, com retração da atividade empresarial e produtiva em diversos setores, ocasionando desemprego em larga escala e recessão continuada. Do ponto de vista político-eleitoral, nos veríamos diante uma Sociedade fraturada, cujos extremos acabariam por ocupar cada vez mais espaço, pretendendo implementar sua plataforma e agenda, questionando e desafiando práticas democráticas básicas, que aparentemente estavam consolidadas em nosso cotidiano institucional.

Para além do contexto que acima apontamos, cremos que podemos mencionar a Operação Lava-Jato (cujo objetivo era dismantelar grandes esquemas de corrupção instalados no seio das mais altas esferas de poder da Nação) também como um fator

tanto fascínio quanto escárnio.” LEAL, Saul Tourinho. *O mundo secreto das Supremas Cortes*. In: MIGALHAS. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/conversa-constitucional/313941/o-mundo-secreto-das-supremas-cortes>. Acesso em 26/10/2020.

⁶ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os Onze - o STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Cia das Letras, 2019, pp. 333-337.

importante, para o bem e para o mal, na percepção que temos dos ferramentais disponíveis aos integrantes do Poder Judiciário para influir e influenciar, de maneira direta e indireta, no cenário institucional brasileiro, alterando sobremaneira as condições do jogo político e as relações de poder havidas na Sociedade⁷.

Com efeito, no bojo da realidade político-social que descrevemos, acrescidos das experiências pessoais singulares que relatamos acima, pudemos perceber que, especialmente no âmbito de nossa Corte Suprema (cujo design constitucional tem sido continuamente trabalhado a partir da ideia oferecida pelo legislador originário em 1988), o Poder Judiciário e seus integrantes estão, atualmente, em patamar privilegiado de poder. Não se está aqui, para bem contextualizar a questão, a se desprezar a importância fundamental do Poder Judiciário na consolidação salutar do ambiente institucional das democracias mais desenvolvidas do Planeta. Neste sentido, Pilar Jimenez Tello e Manuel Ballbé Mallol asseveram:

“Uno de los principios y métodos consustanciales a este progreso a los países más desarrollados es que el proceso judicial sea también un proceso deliberativo, es decir, que asegure la participación y deliberación de todas las partes en controversia y no una mera imposición o decisión sin tener en cuenta todos los argumentos, valores y propuestas en juego. El juez y los tribunales, por tanto, aseguran unas decisiones basadas en un proceso deliberativo en sede judicial. Ante el desprestigio de la política y de los políticos, así como la transformación de los parlamentos en la toma de decisiones mecánicas y dogmáticas de la mayoría de turno, sin un debate y proceso honesto de

⁷ Com efeito, o crescente poder dos magistrados é fenômeno que se pode verificar, para além do Brasil, em várias partes do mundo. Neste sentido, assim nos coloca Moisés Naím: “(...) *A criação da Corte Penal Internacional em Haia e o estabelecimento de tribunais internacionais sobre crimes de guerra fez que magistrados como o sul-africano Richard Goldstone e a canadense Louise Arbour se tornassem figuras públicas conhecidas internacionalmente. Seu nível de proeminência e poder no palco mundial facilmente sobrepujou o obtido por alguns de seus predecessores durante os dois tribunais aliados de crimes de guerra realizados após a Segunda Guerra Mundial. No cenário da política nacional, o crescente poder dos juízes varia enormemente de um país para outro, mas em geral tem imposto novas restrições ao exercício do poder por líderes de governo e partidos políticos. Sem dúvida, muitos sistemas judiciários têm uma independência duvidosa e, conseqüentemente, o fato de haver maior intervenção do poder judiciário em decisões de alto conteúdo político não é nenhuma garantia de uma supervisão sensata. No Paquistão, por exemplo, muitos suspeitam que os militares do país tenham usado a Suprema Corte para manter uma forte dose de controle sobre o governo civil. Venezuela, Equador e Argentina são exemplos de países da América Latina onde o poder judiciário se transformou num beligerante ator político. Em resumo: em todas as partes do mundo é fácil observar um renovado ativismo político do poder judiciário. Isso não implica necessariamente um progresso democrático, e o papel dos juízes varia muito conforme o país. O inegável é que nas últimas três décadas os juízes se converteram numa força política que com crescente frequência degrada o poder do presidente e às vezes também o do parlamento*”. NAÍM, Moisés. *O fim do poder: como os novos e múltiplos poderes estão mudando o mundo e abalando os modelos tradicionais na política, nos negócios, nas igrejas e na mídia*. São Paulo : LeYa, 2019, p. 153.

deliberación entre la mayoría y la oposición, los tribunales se han convertido en el último refugio de la democracia participativa y deliberativa cotidiana”.⁸

Monica Herman Caggiano, no contexto da defesa intransigente das conquistas civilizatórias havidas com a consolidação do constitucionalismo nas Sociedades democráticas, coloca assim o moderno papel do Poder Judiciário:

“Em particular no que toca à figura do Juiz, nova missão é introduzida. Em razão do território alongado em que agora atua – quer em virtude da ampliação da esfera interpretativa, quer por deter a competência do controle de constitucionalidade – o Poder Judiciário assume papel diferenciado. Uma outra perspectiva, uma outra dimensão, passando, nesta sua tarefa, a envolver a responsabilidade pela interpretação constitucional e, conseqüentemente, pela aplicação concreta de critérios de interpretação legal resultantes do esforço de hermenêutica. Uma função orientadora. De uma justiça constitucional defensiva aporta, no século XXI, na configuração de uma justiça constitucional de orientação. Mister é anotar que o alargamento do campo de ação do Poder Judiciário decorreu da preocupação com o futuro democrático, o que sensibilizou juristas e políticos incentivando o desenvolvimento dos processos constitucionais e a ampliação do espectro do controle de constitucionalidade, protegendo as soberanas regras insculpidas na Constituição. Esta – nos termos da visão da doutrina do *judicial review* – deve ser respeitada, sob pena de desabamento de toda a teoria construída por força do constitucionalismo e, conseqüentemente, irreparáveis danos aos ideais e práticas democráticas.”⁹

Destarte, partindo-se do pressuposto que é no STF que as questões preponderantes e mais importantes da Sociedade acabam atualmente por desaguar¹⁰, é preciso perquirir-se

⁸ TELLO, Pilár Jimenéz y BALLBÉ MALLOL, Manuel. “El juez como motor de cambio y de integración global” In: *Cuestiones actuales del Derecho Público. Estudios en homenaje a la Dra. Irmgard Lepenies* / Grupo de Investigación Derecho Público Global (UDC) Editor: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, 2014.

⁹ CAGGIANO, Monica Herman. “Democracia x Constitucionalismo – um navio à deriva”. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito : estudos e documentos de trabalho* / Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 1, 2011, disponível em http://www.direito.usp.br/pos/arquivos/cadernos/caderno_1_2011.pdf, acesso em 23/10/2020 .

¹⁰ A questão da judicialização da política e seus impactos nas demais esferas de poder é analisado de maneira bastante percuciente por Monica Herman Salem Caggiano, nesta passagem de seus escritos: “*Inobstante o ressurgir dos Parlamentos em cenário político, fortemente pelo viés do controle, a restauração do Poder Legislativo – a se contrapor ao Executivo – manteve-se como tema a instigar e desafiar os analistas. Alinhando-se a esta inquietação, a própria banalização dos instrumentos de controle e a sua manipulação perseguindo interesses pessoais ou de grupos passou a realimentar o domínio do Executivo em cena política e a retomada da fase de dormência parlamentar, sob o comando camuflado ou não do Executivo. Diante do panorama que se descortina, permanece o espectador diante de um verdadeiro bloco Executivo/Legislativo, a comandar o estabelecimento das políticas públicas, a assumir a condução da atividade e das decisões políticas, robustecendo, pois, a velha, séria e preocupante indagação: qual o poder que assegurará o equilíbrio neste cenário? Transportando a célebre lição de Montesquieu para o panorama atual, questiona-se, pois, se ‘la faculté de statuer’ reside, afinal, no bloco Executivo/Legislativo, a quem compete ‘la faculté d’empêcher’? Surpreendentemente, talvez a resposta a tais inquietações ou efeito colateral desta paralisia do Poder Legislativo, inaugura-se o século XXI sob o impacto do fenômeno da politização da Justiça ou a juridicização da política, que se materializa pelo deslocamento da decisão política para a sede do Poder Judiciário, este vindo, inclusive, a assumir na plenitude, ‘la faculté d’empêcher’ e, mais recentemente no Brasil a própria ‘la faculté de statuer’”.* CAGGIANO, Monica Herman Salem. “A emergência do poder judiciário como

acerca do atual modelo de funcionamento do Tribunal Constitucional no bojo de nosso sistema democrático¹¹, quer seja porquanto seus Ministros acumulam grande poder individual (mesmo em um sistema cujo alicerce é a contenção do poder), quer seja porquanto a harmonia e o equilíbrio entre os Poderes (pilar fundamental do nosso Pacto Social) acabam por ser ameaçados em razão de certos atritos tensionadores oriundos da ocupação de lócus essencialmente político por parte do Poder Judicial¹² que, outrora, eram tradicionalmente reservados ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo¹³.

Assim a tese exposta neste trabalho sustenta que uma melhor conformação institucional da Corte Suprema Brasileira, especialmente no que diz respeito aos aspectos de seu modelo decisional (de modo a reforçar a colegialidade), composição e distribuição de

contraponto ao bloco monocolor Legislativo/Executivo”. In: *20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

¹¹ E neste sentido, não se pode fechar os olhos para o Supremo no mundo do ser, segundo pondera Patrícia Perrone Campos Mello. É partir do conjunto fático real (e não o idealizado) que podemos melhorar a estrutura e o design da nossa Corte Constitucional: “*De fato, a credibilidade do Judiciário deriva, ao menos em parte, da percepção de que decide com base em princípios e orientado por normas preexistentes, infensas à política. A atuação judicial politizada é negativa para a imagem dos tribunais e para sua autoridade. Contudo, para que as cortes se aproximem desse modelo alegadamente ideal, é preciso entender como a vida funciona na prática. É preciso atentar para o contexto e as resistências poderosas que enfrentam. É preciso compreender os limites e incentivos que favorecem uma maior independência ou uma maior politização. E é fundamental atuar sobre eles. Teorias normativas sobre a função judicial devem partir de descrições realistas de como o Judiciário e os Poderes Políticos atuam. Em síntese, portanto, para buscarmos o Supremo Tribunal Federal que desejamos, precisamos enxergar o Supremo de que dispomos — “o Supremo como ele é”*”. MELLO, Patrícia Perrone Campos. “a vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. *Revista brasileira de Políticas Públicas*, n. 8 (2), 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/327894058_A_VIDA_COMO_ELA_E_COMPORTEAMENTO_ESTRATEGICO_NAS_CORTES, acesso em 26/08/ 2020.

¹² Não se ignora, embora o escopo deste trabalho esteja centrado no design institucional e estruturante do STF, que outros atores com grande capacidade jurídico-institucional também estão a desempenhar papel de relevo no cenário político brasileiro. De se notar a atuação do Tribunal da Cidadania nos recentes episódios envolvendo afastamento de Governadores em exercício de seus mandatos: “*14 x 1: STJ confirma afastamento de Witzel do governo do Rio 28.ago.2020 - Wilson Witzel (PSC) em pronunciamento após ser afastado do governo do Rio. A Corte Especial do STJ (Superior Tribunal de Justiça) manteve o afastamento do cargo do governador do Rio, Wilson Witzel (PSC), por 180 dias. Na sessão de hoje, 14 ministros votaram a favor da decisão do relator, ministro Benedito Gonçalves, que afastou Witzel na semana passada, e apenas um ministro foi contrário à medida. O voto do relator do processo foi referendado por 13 ministros (...)*”. AMORIM, Felipe; MELLO, Igor. *14 x 1: STJ confirma afastamento de Witzel do governo do Rio*. In: UOL. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/09/02/stj-julgamento-wilson-witzel.htm>, acesso em 02/09/2020.

¹³ A harmonia e o equilíbrio entre os poderes é lógica fundamental, apta a garantir, em nível ótimo, as liberdades dos cidadãos. Neste sentido, assim se posiciona José Pedro Galvão de Sousa, em sua obra *Poder, Estado y Constitución*: “*(...) es imprescindible y urgente -sin, de manera alguna, debilitar al poder político en su misión de resguardar las grandes prioridades nacionales- contener al Estado, limitando sus atribuciones, mediante una reestructuración institucional que preserve las autonomías sociales, garantizadas de las libertades*”. SOUZA, José Pedro Galvão de Sousa. *Poder, Estado y Constitución*. Madrid: Marcial Pons, 2019, p. 100.

competências¹⁴, reforçará sua legitimidade própria no âmbito de nossa Sociedade, propiciando equilíbrio ótimo de forças políticas no cenário constitucional brasileiro¹⁵.

¹⁴ Buzaid, na década de 60 do século passado, já nos alertava acerca da problemática do excesso de competências reservadas ao Supremo Tribunal Federal, de modo a inviabilizar o funcionamento regular da Corte: *“O acúmulo de tantas atribuições torna difícil o funcionamento do Supremo Tribunal. Quando falamos em funcionamento, pensamos em normalidade do trabalho, realizado sem atropelo, sem sacrifícios pessoais, sem o sestro da produção em quantidade; pensamos em acórdãos, que reflitam tendências definidas da evolução da jurisprudência, servindo como fontes de doutrina pela sabedoria dos seus conceitos e não como meros resultados de oscilações determinadas pelos votos dos relatores, acompanhados pelos demais ministros, em julgamentos que revelam insegurança de orientação. Para que o Supremo possa exercer eficazmente as suas atribuições, é indispensável, pois, reformar a Constituição. (...) a recente evolução do direito constitucional brasileiro alargou, de modo considerável e nem sempre com os aplausos da melhor doutrina, o alcance do recurso extraordinário. E embora nos filiássemos entre os que sinceramente votam por uma tendência restritiva, de modo a preservar a pureza do regime, não cremos que, já agora, com o desenvolvimento alcançado pelo instituto, seja possível voltar à formula da constituição de 1891. (...) Em tal conjuntura, desvanecidas as esperanças de qualquer limitação e não podendo o atual Supremo Tribunal suportar a pletora de feitos que lhe foi cometida, a solução é criar um novo Tribunal, com função exclusiva de cassação, atribuindo-lhe a competência para julgar os casos de recursos, com fundamento no art. 101, III, da Constituição Federal. Ao Supremo ficaria a competência definida no art. 101, I, II e IV A declaração de inconstitucionalidade, argüida na forma do art. 8.º, § único da Constituição Federal, continua da competência do Supremo Tribunal Federal.”* BUZAID, Alfredo. "A crise do Supremo Tribunal Federal". Estudos de direito. São Paulo: Saraiva, 1972, pp. 371-372.

¹⁵ Sobre as dificuldades havidas com o design institucional da Corte Suprema Brasileira, Joaquim Falcã, de maneira direta, assim pondera: *“(...) Imaginem uma empresa, país ou instituição que mude de Presidente a cada dois anos. Que cada Presidente somente execute um orçamento no seu mandato. Que, para tomar qualquer decisão administrativa relevante, o Presidente precise do voto de todos os 11 conselheiros. Que o conselho seja centralizador. Que qualquer conselheiro desobedecer às decisões, mesmo tendo sido amplamente derrotado. E que contrariar a maioria não lhe traga incômodo algum. Que os conselheiros sejam inamovíveis, mas de gerações diferentes, formações diferentes, objetivos diferentes e visões distintas. Com esse modelo de governança, a lentidão é um destino. Essa instituição é o Supremo. (...) Permitam um exemplo para ilustrar essa antigovernança. Em 2007 implantou-se o mecanismo da repercussão geral, semelhante ao que bem funciona nos Estados Unidos. Ou seja, como existem muitos casos com teses iguais, julga-se apenas uma, que terá repercussão geral sobre os milhares de outros casos iguais. Assim, julgando-se uma tese, decidem-se milhares de processos. Óbvio. Para tanto, o Supremo teria de fazer três procedimentos. Primeiro, listar, pinçar, escolher as teses a serem julgadas e merecedoras de repercussão geral. Escolhida a tese, (...) o Supremo faria o segundo procedimento: decidiria se a tese é certa ou não. Finalizaria mandando os tribunais aplicarem a sua decisão aos milhares de casos iguais, que instantaneamente desapareceriam. Simples, não? Não. Em sete anos o Supremo escolheu 512 teses merecedoras de repercussão geral. Ou seja, uma média de 73 por ano. Entretanto, julgou somente 174 das 512 escolhidas. Um déficit total de 338, ou 48 por ano. O problema é que, enquanto não julga as restantes 338 teses escolhidas, os processos iguais estão suspensos. Param. Hoje, pelo site do Supremo, existem 685.034 processos parados. Provavelmente mais de um milhão de interessados estão com a vida em suspenso. Os processos não seguem o lento rito normal nem são beneficiados pela inovação anunciada, prometida mas não vinda. A fila cresce, só que não anda. Ministros não precisam nem devem convergir nos votos. Porém, precisam convergir em procedimentos que levem à eficiência institucional. (...) Se o Supremo se comprometeu com a repercussão geral, que a faça bem funcionar. A Sociedade, o Executivo e o Congresso têm lhe dado tudo o que pede e tudo de que necessita.”* FALCÃO, Joaquim. *O Supremo*. Rio de Janeiro: edições de Janeiro, 2015, pp. 208-210.

Com efeito, sobre a necessidade de um maior rigorismo acerca do funcionamento do Supremo, assim se posiciona Bruno Torrano:

“(...) os ministros precisariam se submeter a uma espécie de protocolo mais rigoroso, o que é imperativo para o bom desempenho da função de julgar dentro da mais alta corte de justiça de uma democracia constitucional. A constante interferência no debate público e a ausência de uma postura rígida em relação a conflitos de interesses têm contribuído para a erosão da autoridade do Supremo. Se os ministros estiverem dispostos a buscar reconstruir o capital reputacional do STF, têm que se empenhar em agir de forma mais colegiada, imparcial e com certa discrição. A redução das competências, a qualificação do processo de deliberação e do modo de confecção de seus acórdãos não irão por si, resolver a crise pela qual passa o Supremo, mas poderão assegurar uma maior integridade às suas decisões, reduzindo arestas que, em última instância, esgarçaram a própria autoridade do STF nos últimos anos. Isso tem permitido um deslocamento do papel moderador assumido pelo Supremo nas últimas décadas em direção, novamente, aos militares. E essencial que o Supremo recupere sua capacidade e sua autoridade, especialmente num momento em que a Constituição está sendo objeto de constantes ataques.”¹⁶

Como dissemos acima, o STF, por escolha do legislador original, foi aparelhado com grandes responsabilidades no âmbito da nossa República¹⁷. Nossa Corte, perfazendo seu importante mister, tem colaborado em muito com o reforço das ‘grades da democracia’ pátria¹⁸. No entanto, embora possa muito, não pode tudo. Em nossa observação, cremos ser possível asseverar que Excelso Pretório tem sido cada vez mais percebido como apenas mais uma das instâncias políticas ordinárias do Brasil sendo, portanto, local onde pode se praticar

¹⁶ TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à lei : entre o positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p 283.

¹⁷ Vale lembrar que, ainda por ocasião do Império, a questão da divisão dos poderes já era objeto de preocupação da nossa primeira Assembleia Constituinte, segundo se pode perceber do relato de Agenor Roure: “(...) *Trecho posterior da Fala mostra que, querendo a divisão dos poderes e "uma Constituição justa, adequável e executável, ditada pela razão e não pelo capricho", o imperador pedia, com a garantia de uma justa liberdade aos povos, toda força necessária ao Poder Executivo. Pedia uma Constituição em que "os três poderes fossem bem divididos, de forma que não pudessem arrogar direitos que lhes não competissem, mas que fossem de tal modo organizados e harmonizados, que se lhes tornasse impossível, ainda pelo decurso do tempo, fazerem-se inimigos". Respondendo à Fala, o presidente da Assembleia concordou em que "a distinção dos poderes políticos era a primeira base do edifício constitucional"; "a doce harmonia dos poderes era o objeto mais caro e precioso dos mais puros votos do coração brasileiro". Mais tarde, apresentando o voto de graças, Antônio Carlos, orador da deputação, afirmou que a Assembleia nem trairia os seus comitentes, oferecendo os direitos da nação em baixo holocausto ante o trono de Sua Majestade, que não desejava e a quem mesmo não convinha tão degradante sacrifício, nem teria o ardimento de invadir as prerrogativas da Coroa, que a razão apontava como complemento do ideal da monarquia. A Assembleia não ignorava que, quando essas prerrogativas se conservam nas raiais próprias, são a mais eficaz defesa dos direitos do cidadão e o maior obstáculo à irrupção da tirania. A divisão dos poderes políticos era, pois, uma das preocupações do imperador e da Assembleia (...)*”. ROURE, Agenor. *Formação Constitucional do Brasil*. Brasília: edições do Senado Federal, 2016, p. 141.

¹⁸ Aqui utilizo-me da expressão contida na obra de LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2018, p. 99.

por vezes, do ponto de vista da opinião pública, política (com ‘p’ minúsculo). Nos termos do apurado em pesquisa estatística de natureza qualitativa conduzida pela FGV, intitulada ICJ Brasil – índice de confiança na Justiça, em 2017:

“Menos de um quarto da população brasileira confia no Supremo Tribunal Federal No primeiro semestre de 2017, 24% dos entrevistados responderam que o STF é uma instituição confiável ou muito confiável. Os entrevistados residentes na Bahia e no Distrito Federal são os que, em maior proporção, declararam confiar no Supremo. Dentre os entrevistados de escolaridade alta (universitário completo ou mais), 34% consideram o STF confiável ou muito confiável.”¹⁹

Pensamos que, na última década, muitas das expectativas não realizadas no Legislativo e no Executivo acabaram por ser depositadas na esfera judicial, cujo cume - o STF - seria o zelador último dos interesses lúdicos da Nação²⁰. Não há, no entanto, como se realizar grandes projetos (especialmente constitucionais)²¹ através apenas dos *outputs* do

¹⁹ O Índice de Confiança na Justiça brasileira – ICJBrasil – é um levantamento estatístico de natureza qualitativa, realizado em sete estados brasileiros, com base em amostra representativa da população. O seu objetivo é acompanhar de forma sistemática o sentimento da população em relação ao Judiciário brasileiro. Retratar a confiança do cidadão em uma instituição significa identificar se o cidadão acredita que essa instituição cumpre a sua função com qualidade, se faz isso de forma em que benefícios de sua atuação sejam maiores que os seus custos e se essa instituição é levada em conta no dia-a-dia do cidadão comum. Nesse sentido, o ICJBrasil é composto por dois subíndices: (i) um subíndice de percepção, pelo qual é medida a opinião da população sobre a Justiça e a forma como ela presta o serviço público; e (ii) um subíndice de comportamento, pelo qual procuramos identificar se a população recorre ao Judiciário para solucionar determinados conflitos. Sob a coordenação da Prof. Luciana Gross Cunha, o ICJBrasil é publicado trimestralmente, por meio dos seus relatórios, pela DIREITO SP. RELATÓRIO ICJ Brasil – 1º semestre de 2017 – índice de confiança na Justiça. FGV Direito SP. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/themes/Mirage2/pages/pdfjs/web/viewer.html?file=http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y, acesso em 23/10/2020.

²⁰ O trabalho das Cortes Constitucionais, nas democracias avançadas, tem sido fundamental para concretizar o projeto constitucional escolhido por estas Sociedades. Sobre a Espanha, e.g., assim se posiciona Enterría: “(...) *El Tribunal Constitucional puede, con sus sentencias, contribuir de manera decisiva a que ese consenso inicial se reactualice permanentemente, preservando al texto constitucional de las interpretaciones y la instrumentalización partidista que puedan pretender los distintos Gobiernos y centros de poder, manteniendo su supremacía efectiva sobre las fuerzas políticas y sus productos jurídicos ocasionales, asegurando su papel como regla de juego objetiva para presidir la pugna y la articulación de dichas fuerzas y como estatuto supremo de nuestra sociedad. No es baladé esta posibilidad ni escasa la responsabilidad que el Tribunal va a asumir ante nuestro pueblo. En una parte fundamental, la suerte de nuestra Constitución y la posibilidad del arraigo definitivo de la democracia y de la libertad en nuestro suelo van a estar en sus manos.*” ENTERRÍA, Eduardo García. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Navarra: Civitas, 2006, pp. 220-221.

²¹ Sobre ‘projetos constitucionais’, importante reproduzir clássica lição de Baleeiro, quando sublinha que por ocasião das assembleias constituintes, estamos em verdade a construir os andaimes do nosso Pacto Social: “(...) *Velha e fatigada metáfora quer que as Constituições políticas se pareçam com edifícios. A Constituição britânica suscitaria a idéia de vetusta obra a que sucessivas gerações foram acrescentando mais uns pavimentos ou mais alguma dependência ao lado e tornando-a "funcional" pela pressão de novas necessidades*

Supremo, especialmente se este se comportar como árbitro último, na pessoa de poucos e muito poderosos *players* do sistema²².

Creemos, como pretendemos demonstrar neste trabalho, que o início da solução para parte significativa de nossas dificuldades sociais deverá passar pelo resgate pleno na confiança que os demais Poderes devem possuir²³, bem como outros atores relevantes em nossa Sociedade, para, em exercício continuado de diálogo institucional, equacionar questões que nos afligem – a começar pela profunda desigualdade e injustiça em que estamos mergulhados. Com efeito, neste contexto, Willian Partlett demonstra que juízes

dos moradores. Já a constituição federal americana anteciparia a arquitetura revolucionária dos arranha-céus na unidade externa do sistema de apartamentos estanques e independentes: antevisão da propriedade horizontal. Edifícios em terrenos menos firmes desabaram enquanto outros mantêm a estrutura, mas variam de fachada e de côr segundo as modas do momento. A arte de construir, depois dos planos e projetos dos mestres, costuma empregar o pessoal obscuro de serviço no arranjo dos andaimes de relativa, mas efêmera utilidade no curso dos trabalhos. Levantadas as paredes, assentada a cumieira e as escadas, prontos os acabamentos, cessa o préstimo humilde dos andaimes, que se desmancham e atiram ao montão de resíduos destinados ao fogo ou ao cupim. Nas edificações constitucionais o processo não é muito diferente, nem merece outro paradeiro o madeirame provisório por onde transitam os materiais definitivos na concretização do risco dos arquitetos.” BALEEIRO, Aliomar. *Alguns andaimes da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 5-6.

²² Neste sentido, construir uma comunidade sadia e equilibrada constitui verdadeira missão de nossas vidas, segundo bem pondera Claudio Lembo: “*Ao político, com visão jurídica, coloca-se a questão: como se estruturam e se corporificam, desde a minúscula comunidade até as grandes Sociedades, as formas de Poder ou de chefia - e as maneiras de seu exercício como pólo de determinações coercitivas e de atos de interesse particular ou coletivo? (...) Esta questão é antiga. Tão antiga quanto a própria humanidade. Aparece, já, na Antiguidade Clássica quando Heródoto, a partir de diálogo imaginário entre magos persas, oferece esquema válido, inclusive na atualidade. Disse o historiador grego, por intermédio de suas personagens – Otane, Megabizo e Dario –, que as formas de governo são três, a saber: o governo de poucos, o governo de muitos e o governo de um apenas. Surge, com esta tipologia, o arcabouço da teoria relativa às formas de governo, retomada, mais tarde, por Aristóteles, que as qualifica, dando-lhes nomenclatura e consagrando os tipos de governo até hoje objeto de reflexão por toda a gente e em toda a parte. (...) Aristóteles, discípulo de Platão e, posteriormente, fundador do Liceu, em Atenas, por seu turno, apresentava-se na vanguarda da análise "... do homem, de sua natureza, de seu lugar no mundo e de sua função ou ocupação própria. O que se pode dizer corresponde, grosso modo, a dois campos: à psicologia e à ética.”* Captou este filósofo a importância da organização social e sua fundamentalidade para a própria sobrevivência humana. As pessoas não podem prescindir umas das outras. Daí a necessidade de alguma espécie de organização em comunidade é isto conduz inevitavelmente às virtudes morais.” LEMBO, Cláudio. *Participação política e assistência simples*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1991, p. 3.

²³ Neste sentido, Elival da Silva Ramos sublinha que a concretização dos valores constitucionais devem ser levados a cabo pelo Legislativo: “*E nesse ponto que se deve explicitar a existência de importante limitação à atuação concretizadora da Constituição pelo Poder Judiciário: as normas de desdobramento ou de expansão de princípios constitucionais, precisamente por não estarem compreendidas no respectivo campo de incidência, tal qual inicialmente proposto pelo Constituinte, devem ser formuladas pelo Poder Legislativo, o qual se sujeitará, como sói acontecer com toda regulação subalterna, ao controle judicial a posteriori, típico de nosso sistema de fiscalização de constitucionalidade.”* RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 186.

constitucionais tendem a contribuir melhor para o fortalecimento da democracia quando estão inseridos em uma ampla comunidade de atores sociais, com papéis de igual (ou equivalente) relevo na construção de um Estado Democrático Constitucional:

“(...) scholars, judges, and constitutional designers are asking the wrong questions when they seek to understand if unamendability clauses or judicial review in constitution-making are democratic in the abstract. Instead, this experience tells us that context is critical in determining whether courts play a democracy promoting role or not; some courts were successful in improving constitution-making and many others were not. Thus, the important conceptual questions of courts and constitution-making necessarily involve the conditions most likely to forge well-intentioned, democracy promoting courts and the reasons for compliance with these courts’ decisions. By looking at the practice of the courts in India, Colombia, and South Africa, this Article has begun to explore these questions. First, this Article has found that formal constitutional design and textual clauses do not play a decisive role in explaining democracy promoting courts. Instead, courts are more likely to attempt to play a positive role in improving constitution-making when the judges on these courts see themselves as the part of a community which has a broad role in improving the functioning of democracy. Judges for recognition judiciaries, such as specialized constitutional courts, are more likely to develop this type of attitudinal commitment. Furthermore, these types of recognitional judicial attitudes are more likely to develop in contexts with historically ingrained respect for judicial review, independent and public-minded lawyers’ associations, and where courts have control over who is appointed to the court. Second, this Article has also discovered that courts are far more likely to gain compliance with the review of constitutional amendment than replacement. In reviewing constitutional amendment, well-intentioned courts more frequently gain compliance with their decisions when they are able to successfully engage in broad interventions in other parts of the polity. This success frequently requires cooperation with other institutions. This active role in improving politics in turn helps to make it more likely that political actors will respect their review of constitutional amendments.”²⁴

No entanto, como sobredito, o STF - peça fundamental do arranjo social e institucional que temos (e sendo a preocupação central deste trabalho) - tem sofrido perda reputacional severa.²⁵ Tal fator está intimamente ligado a certos defeitos e

²⁴ PARTLETT, William. "Courts and Constitution-Making." *Wake Forest Law Review*, vol. 50, no. 4, 2015, pp. 921-950.

²⁵ E, com base nesta premissa da perda reputacional, prega Felipe Recondo: “(...) *Ou os ministros aprimoram o Supremo e com isso fortalecem sua autoridade, ou as tentativas de mudanças virão de fora: por lei, pelo descrédito da Sociedade ou por tentações autoritárias que aparecem aqui ou acolá. A história, contudo, revela as consequências nefastas de debilitar o tribunal. Floriano Peixoto ameaçou, desprestigiou e esvaziou a Corte. Alguns de seus adversários políticos foram presos e desterrados ilegalmente. Na década de 1930, Getúlio Vargas criou um tribunal de exceção e baixou a idade de aposentadoria compulsória de juízes para afastar ministros do Supremo. Nos anos 1960, três ministros foram cassados e outros dois compelidos a se aposentar. Criticar honestamente o Supremo é um esforço de quem quer preservar e aprimorar a instituição. Apontar seus problemas e vícios não tem por objetivo desprestigiar o tribunal. A crítica pressupõe a existência do STF (...) O STF são seus integrantes, suas decisões, a integridade de força para exercer sua missão. Afinal, não há bom caminho a trilhar sem Supremo.*” RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os Onze - o STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Cia das Letras, 2019, p. 337.

disfuncionalidades intrínsecas e extrínsecas de seu funcionamento. Assim tem caminhando parte substancial dos pesquisadores da área, como veremos adiante neste trabalho. Samuel Barbosa, mencionando como lastro diversos autores, por exemplo, coloca a problemática atual de funcionamento do STF no contexto do jogo de poder na República, da seguinte maneira:

“A conjuntura inaugurada com a Lava Jato e com o impeachment contribuiu para aguçar diversos problemas do funcionamento do STF; problemas que, no entanto, não vêm de hoje. A corte estaria fragmentada, não atua como um colegiado que delibera conjuntamente para firmar uma jurisprudência que sirva de parâmetro geral (Silva, 2013; Rodriguez, 2013). As evidências disso são muitas. Mais e mais os ministros decidem sozinhos (monocraticamente). Pedidos de vista sem maiores justificativas suspendem os julgamentos do colegiado, mesmo para aqueles casos que já têm maioria para serem concluídos. Cada ministro tem ampla margem para priorizar o que vai julgar. Não por último, ministros decidem liminarmente contra a orientação fixada pelo colegiado. Tudo se passa como se cada ministro gozasse de um poder de veto que limita a atuação do STF enquanto corte. Nos julgamentos do plenário, a fragmentação se revela na dispersão das razões de decidir apresentadas pelos magistrados, levando ao paroxismo de ementas em desacordo com os votos individuais (Vojvodic; Machado; Cardoso, 2009). Luís Roberto Barroso, na sabatina que aprovou sua ida ao STF, declarou aos senadores que o julgamento do mensalão havia sido um “ponto fora da curva”. A curva era a jurisprudência anterior do STF, e o julgamento significava o ponto imprevisto. Essa declaração foi recuperada por Marcos Nobre (2016) para analisar as decisões do STF na conjuntura da crise política recente, em especial as relativas às prisões e ao afastamento de parlamentares. Os pontos fora da curva se multiplicaram. Como se sabe, o STF não foi capaz de firmar uma jurisprudência coerente, não desenhou outra curva. Ao contrário, deu respostas desencontradas aos casos envolvendo Delcídio do Amaral, Eduardo Cunha, Renan Calheiros e Aécio Neves (Almeida, 2017). A Lava Jato e outras operações de combate à corrupção passaram a pautar o STF com pedidos e recursos de mandados de prisão, validação de delações premiadas, inquéritos e ações penais. Também é provocado reiteradamente para arbitrar a disputa partidária que se tornou cada vez mais enredada com o direito penal. Sem uma jurisprudência coerente para temas sensíveis como esses, a corte expõe suas fragilidades e alimenta o mal-estar sobre sua atuação.”²⁶

Não discrepa deste posicionamento Conrado Hübner Mendes que, ao se referir aos problemas que, na esteira do vertiginoso crescimento do STF no cenário político institucional brasileiro nos últimos anos, mostraram que a Corte Constitucional precisa ser repensada, especialmente do ponto de vista procedimental, manifestou-se em artigo de título bastante forte, qual seja, *Na prática, Ministros do STF agredem a democracia*:

“O Supremo Tribunal Federal é protagonista de uma democracia em desencanto. Os lances mais sintomáticos da recente degeneração da política brasileira passam por ali. A corte está em dívida com muitas perguntas, novas

²⁶ BARBOSA, Samuel. “Apresentação: o mal-estar no Supremo”. *Novos estudos*. CEBRAP, São Paulo, v. 37, n. 1, pp. 9-11, Apr. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002018000100009&lng=en&nrm=iso. Acesso em 15/09/2020.

e velhas, e vale lembrar algumas delas antes que os tribunais voltem do descanso anual nos próximos dias. E Delcídio do Amaral (PT-MS), Eduardo Cunha (MDB-RJ), Renan Calheiros (MDB-AL) e Aécio Neves (PSDB-MG) detinham as mesmas prerrogativas parlamentares, por que, diante das evidências de crime, receberam tratamento diverso? Se houve desvio de finalidade no ato da presidente Dilma Rousseff (PT) em nomear Lula (PT) como ministro, por que não teria havido o mesmo na conversão, pelo presidente Michel Temer (MDB), de Moreira Franco (MDB) em ministro? Se o STF autorizou a prisão após condenação em segunda instância, por que ministros continuam a conceder habeas corpus contra a orientação do plenário, como se o precedente não existisse? E a restrição ao foro privilegiado já tem oito votos favoráveis, pode um ministro pedir vista sob alegação de que o Congresso se manifestará a respeito? Pode ignorar o prazo para devolução do processo? Se lá chegam tantos casos centrais da agenda do país, como pode um magistrado, sozinho, manipular a pauta pública ao seu sabor (por meio de pedidos de vista, de liminares engavetadas etc.)? Se o auxílio-moradia para juízes, criado em 2014, custa ao país mais de R\$ 1 bilhão por ano, como pôde um ministro impedir que o plenário se manifestasse até aqui? Se a criminalização do porte de drogas responde por grande parte do encarceramento em massa brasileiro, como pode um pedido de vista interromper, por anos, um caso que atenuaria o colapso humanitário das prisões (...) Se a Lei Orgânica da Magistratura proíbe juízes de se manifestarem sobre casos da pauta, como podem ministros antecipar posições a todo momento nos jornais? A lista de perguntas poderia seguir, mas já basta para notar o que importa: as respostas terão menos relação com o direito e com a Constituição do que com inclinações políticas, fidelidades corporativistas, afinidades afetivas e autointeresse. O fio narrativo, portanto, pede a arte de um romancista, não a análise de um jurista. Ao se prestar a folhetim político, o STF abdica de seu papel constitucional e ataca o projeto de democracia.”²⁷

Deste modo precisamos, em primeiro lugar, entender com que lastro tais críticas ocorrem e, por via de consequência, de que modo afetam a legitimidade institucional do STF ²⁸. Posteriormente, avaliaremos alguns caminhos e propostas que, tendo como

²⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Na prática, Ministros do STF agredem a democracia, escreve professor da USP*. In: Folha de SP, 28-1-2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml?origin=folha>, acesso em 31/08/2020.

²⁸ Mendes, ainda no artigo que aqui citamos, ainda nos faz as seguintes ponderações que, segundo penso, merecem nossa atenção: “(...) *A separação de Poderes conferiu lugar peculiar ao Supremo. O Parlamento é eleito, o STF não. O parlamentar pode ser cobrado e punido por seus eleitores, os ministros do STF não. O presidente da República é eleito e costuma ser o primeiro alvo das ruas, os membros do STF estão longe disso. A corte suprema tem o poder de revogar decisões de representantes eleitos. É um tribunal que se autorregula e não responde a ninguém. O que justifica tanto poder e a imunização contra canais democráticos de controle? (...) A crise política e a erosão de direitos dos últimos anos trouxeram ao Supremo a oportunidade (e o ônus) de atender a suas promessas. A resposta, porém, foi um choque de realidade. O desarranjo procedimental cobrou seu preço. Despreparado para a magnitude do desafio, o tribunal reagiu da forma lotérica e volátil de sempre. A prática do STF ridiculariza aquele autorretrato heroico, frustra as mais modestas expectativas e corrói sua pretensão de legitimidade. Por não conseguir encarnar o papel de árbitro, o tribunal tornou-se partícipe da crise. Já não é mais visto como aplicador equidistante do direito, mas como adversário ou parceiro de atores políticos diversos. Desse caminho é difícil voltar. Atado a uma espiral de autodegradação, o poder moderador converteu-se em poder tensionador, que multiplica incertezas e acirra conflitos. O ator que deveria apagar incêndios fez-se incendiário. Não foi vítima da conjuntura, mas da própria inépcia. A vanguarda iluminista na aspiração descobriu-se vanguarda ilusionista na ação (e na inação). Como opera*

pressuposto a otimização do Supremo como instituição que desempenha função de igual relevo das demais (em nosso arranjo de poder), tendem a equacionar (ou ao menos minorar) os problemas que aqui apontarei.

Assim é que, de maneira paradoxal e como dois lados da mesma moeda, temos, em uma face, o crescente poder de atuação do Supremo para tratar (e decidir) todas as grandes questões de nosso tempo²⁹. Concomitantemente, em outra face, há uma descrença cada vez maior em sua (in)capacidade para, por vezes, fornecer respostas que encontrem respaldo social, equiparando-se, pelo viés negativo, com as demais instâncias de poder na República.

Acreditamos, portanto, que mais do que no Executivo e no Legislativo (que, em última análise, passam por juízos de valor periódicos e diretos de parte da Sociedade), aperfeiçoamentos institucionais são fundamentais para que, ao mesmo tempo em que se atinja equilíbrio ótimo na prática do poder entre as forças políticas da República (sem privilégio ou hipertrofia de nenhum dos polos decisoriais), haja retorno do capital reputacional que deve gozar a Corte no seio de nossa Sociedade.

esse poder tensionador? (...) Deve-se prestar mais atenção ao procedimento que gerou tal resultado e ao argumento que o justifica. É no procedimento e no argumento que mora o ilusionismo. A síntese do desgoverno procedimental do STF está em duas regras não escritas: quando um não quer, 11 não decidem; quando um quer, decide sozinho por liminar e sujeita o tribunal ao seu juízo de oportunidade. Praticam obstrução passiva no primeiro caso, e obstrução ativa no segundo. A contradição entre as duas regras é só aparente, pois a arte do ilusionismo permite sua coexistência". Idem.

²⁹ Fazendo referências às possíveis explicações acerca das razões pelas quais podem ocorrer cenários de supremacia judicial, Rodrigo Brandão assim se posiciona: "(...) Há três tipos de condição para a expansão do Judiciário: políticas, institucionais e interpretativas. Dentre as políticas se destaca a democracia: (i) neste regime há sensível fracionamento do poder, surgindo problemas de coordenação que tendem a ser dirimidos pelo Judiciário; (ii) os vários pontos de veto presentes num sistema fragmentado podem criar dificuldades para a coalizção governamental se pronunciar sobre questões altamente controversas, bem como para que ela reaja a decisões judiciais proferidas nessas matérias. (iii) Ademais, nas democracias bem ordenadas há alternância no poder, de modo que o risco constante de derrota eleitoral tende a estimular a constitucionalização de matérias, para evitar que o grupo vencedor possa, por maioria simples, alterar completamente a ordem jurídica. Note-se que a separação dos poderes e o federalismo também são importantes condições políticas para a judicialização, pois promovem forte fragmentação do poder político, criando problemas de coordenação que o Judiciário é chamado a resolver. São condições institucionais: a existência e a eficácia reforçada de um catálogo de direitos; quanto ao controle de constitucionalidade: a amplitude do acesso e a extensão do rol de atos passíveis de impugnação e dos efeitos da decisão; a abrangência e o relevo político das competências da Suprema Corte; a investidura e a nomeação dos seus membros; a constitucionalização abrangente etc. Dentre as condições interpretativas para a expansão do Judiciário se destaca a noção de que os princípios são normas jurídicas suscetíveis de aplicação judicial. (...) A típica tese exposta pela dogmática jurídica nacional para a explicação da judicialização da política, vinculada à ampliação dos direitos fundamentais, da abrangência da Constituição e dos seus instrumentos de proteção, revela-se incompleta." BRANDÃO, Rodrigo. *Op. Cit.*, p. 400.

Deste modo, nossa Suprema Corte poderá bem perfazer seu importantíssimo papel institucional, cuja missão, neste sentido e não apenas por lírica constitucional, foi garantido por ocasião da manifestação do legislador constituinte originário³⁰.

Neste sentido, em primeiro lugar, buscaremos o plano de fundo da discussão que aqui pretendemos travar, relatando o fenômeno da expansão do poder judicial nas últimas décadas mundo afora. Com efeito, a Justiça Constitucional desempenha papel de relevo nos países que a adotam³¹, sendo certo que o juízo de valor acerca da compatibilidade constitucional de

³⁰ Sobre o papel do Poder Judiciário quando da implementação de políticas públicas que tencionem concretizar valores constitucionais, Virgílio Afonso da Silva nos brinda com importantes ponderações, sugerindo aperfeiçoamento do papel de controle pelo juiz, mais do que a determinação própria e direta, como vem ocorrendo em algumas decisões judiciais, e.g., que determinam o custeio de remédios, cirurgias, tratamentos médicos, etc: “(...) normas que garantem direitos sociais não são menos jurídicas do que as outras normas em uma declaração de direitos. Contudo, o fato de serem “não menos jurídicas” não me parece implicar que as normas que garantem direitos sociais devam ser tratadas como se tivessem a mesma estrutura daquelas que garantem direitos civis e políticos, nem que sejam justiciáveis da mesma maneira. Em outras palavras, talvez a tarefa dos juízes não seja a de conceder remédios, tratamentos médicos, vagas em escolas etc, a todos aqueles que recorrerem ao Judiciário. Mas, nesse caso, qual poderia ser o papel dos juízes no processo de realização dos direitos sociais? Embora haja diversas respostas possíveis a essa pergunta, eu sustento que todas elas devem partir do pressuposto de que esses direitos não podem ser tratados, exceto em casos excepcionais, como se seguissem o mesmo padrão individualista em que se baseiam relações entre um credor e um devedor. Se isso está correto, e se o Judiciário não é capaz de pensar em saúde, educação, moradia etc, de forma coletiva e global, talvez ele devesse deixar essa tarefa para o processo político. Mas não é possível ignorar que as demandas individuais continuarão a existir e que os juízes continuarão a ter que decidir sobre elas. Se, pelas razões expostas, o Judiciário não deve distribuir medicamentos ou bens, similares de forma irracional a indivíduos, ele deveria ser capaz de canalizar as demandas individuais e, em uma espécie de diálogo constitucional, exigir explicações objetivas e transparentes sobre a alocação de recursos públicos por meio das políticas governamentais, de forma a estar apto a questionar tais alocações com os poderes políticos sempre que necessário for. Ainda mais importante seria o papel do Judiciário, em conjunto com o Ministério Público, como controlador das políticas públicas já existentes. Boa parte dos problemas de efetividade do direito à saúde (e também de outros direitos sociais) decorre muito mais de desvios na execução de políticas públicas do que de falhas na elaboração dessas mesmas políticas. Nesses termos - ou seja, como controlador da execução de políticas já existentes -, o Judiciário conseguiria, ao mesmo tempo, pensar os direitos sociais de forma global, respeitar as políticas públicas planejadas pelos poderes políticos, não fazer realocação irracional e individualista de recursos escassos e, sobretudo realizar com maior eficiência os direitos sociais. Contudo, é óbvio que, para isso ocorra, o papel do Judiciário e o foco da ação do Ministério Público têm que ser repensados. Ainda mais: em um país no qual a separação de poderes é interpretada como sinônimo de não-diálogo entre os poderes, como muitas vezes ocorre no Brasil, essa é uma tarefa difícil de ser realizada. (...) contudo, soluções simples, como a distribuição de-remédios de forma desordenada, irracional e individualista não irá contribuir para a real implementação dos direitos sociais no país.” SILVA, Virgílio Afonso da. “O Judiciário e as políticas públicas”. In: SOUZA, Cláudio Pereira de e SARMIENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2008, pp. 587-599.

³¹ Segundo Graber, trata-se inclusive de papel que traz equilíbrio ao sistema democrático-constitucional, já que, por exemplo, as Cortes Supremas podem centrar sua tutela em direitos e estratos da Sociedade negligenciados (ou pelo menos não muito contemplados) pelos outros atores de poder: “(...) Courts tend to provide more protection for criminal suspects, and less for labor unions, than legislatures do. Judicial review tends to prevent

atos legiferantes, oriundos dos personagens que desempenham papel de Poder, é prática de importância consagrada. Reconhecendo o papel das Cortes Constitucionais, referindo-se especificamente à centralidade da Suprema Corte no sistema político norte-americano, assim se posiciona Robert Dahl:

Considerar a Suprema Corte dos Estados Unidos da América estritamente como uma instituição jurídica é subestimar sua importância no sistema político americano. Isso porque ela também se constitui em uma instituição política destinada a tomar decisões sobre questões polêmicas quanto à política nacional. Como instituição política, a Suprema Corte é altamente incomum, não somente porque os americanos não estão dispostos a aceitá-la como uma instituição política, mas porque são incapazes de negar tal fato, de modo que, frequentemente, tomamos as duas posições ao mesmo tempo.³²

Importante asseverar que o controle de constitucionalidade das leis, praticado por instâncias judiciais (ou de qualquer outra esfera, se pensarmos e.g. no controle sistêmico prévio feito pelo Poder Legislativo), não é, de per si, expediente debilitador da democracia. Ao contrário, ele é parte de um sistema democrático pensado para lastrear a vontade da maioria, ao mesmo tempo em que protege direitos cujos destinatários independem de arranjos políticos temporais. O que não se admite, por óbvio, é a prevalência deste controle sem limites. Neste sentido, ainda que defendendo uma relativização da importância das decisões majoritárias em prol da escolha moral das Supremas Cortes³³, nos adverte Ronald

elected officials from making certain invidious discriminations and from redistributing property. The groups whose values and interests are most often promoted by judicial power include the upper-middle class, libertarians, and, to no one's surprise, lawyers. (...). Different democratic institutions privilege different forms of participation, different interests, different values, and, most likely, different elites. Institutional alterations that disempower elite lawyers may do more to empower elite investors than the general populace. Reduced judicial oversight of administrative agencies may do more to increase the power of regulated industries than the public. The democratic merits of alternative institutional arrangements cannot be assessed on purely procedural grounds. Determining what constitutes adequate representation or diversity requires some assessment of the substantive values that democracies should protect. (...)." GRABER, Mark A. "Constructing judicial review". *Annual review of political Science*, Maryland, Baltimore, v. 8, n.1, pP. 425-451, mar. 2005, pp. 448-449.

³² DAHL, Robert. "Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy maker". *Journal of public law*, number 6, 1957, p. 279.

³³ Vale mencionar aqui a crítica de José Amaral Levi acerca deste posicionamento de Dworkin: "A maior contradição de Dworkin está no relativizar a importância da decisão majoritária própria ao parlamento na elaboração legislativa e, a seguir, pretender confiar a decisão, sobretudo em questões de moralidade política, para uma Suprema Corte, um órgão judicial coletivo, cujas decisões também são tomadas segundo o mesmo princípio majoritário, mas cujos membros não são democraticamente eleitos, nem sequer são, a rigor, responsáveis perante o parlamento ou a Sociedade (e, vale anotar, essa observação crítica final já era dirigida por Brutus contra Publius no célebre debate entre os Artigos Federalistas e os Antifederalistas). Pior: se essa compreensão das coisas, com boa vontade, talvez possa ter alguma serventia em contexto de common law, traz complicações inexoráveis e aberrantes quando transplantada para um contexto de civil law, a começar pela vulneração da autoridade da lei como fonte preponderante do Direito." AMARAL JÚNIOR, José Levi.

Dworkin:

“Any legal interpretation should aim at a coherent account of the legal order as a whole. So any interpretation of constitutional law in a democracy must take the fact of democracy into account. We should prefer an interpretation of the due process or equal protection clause that is consistent with democratic principles, as lawyers who urge conservative constitutional decisions insist. But that coin has another side. Since our nations have constitutions with disabling provisions, any interpretation of our democracy must be consistent with the fact that we have rejected unconstrained majoritarianism. So long as we see democracy as statistical, and therefore as unrelentingly majoritarian, these two demands on a successful interpretation of our law cannot both be met. We must settle for awkward compromises, like defiance or historicism or passivism, that deny our legal system integrity at the most fundamental level. When we change to a communal conception of democracy, however, then integrity is once again available. For that interpretation of our democracy permits us to understand disabling constitutional provisions not as compromising democracy but as an important part of the democratic story. We make the best of the legal order as a whole, subordinating neither of its central structuring features to the other, by interpreting disabling clauses as edicts of political and moral principle protecting democracy, not the residue of historical politics or embarrassments to be ignored so far as possible.”³⁴

Adrian Vermule também nos alerta que a possibilidade de revisão judicial das leis não é necessariamente decorrência lógica de um sistema constitucional. Antes disto é, em verdade, escolha política, com seus prós e contras, que deve ser sopesada sistemicamente:

“(...) many liberal democracies have refused, to a greater or lesser extent, to give judges the power to strike down legislation. If judges are corrupt, biased, poorly informed, or otherwise unreliable, it hardly makes sense to entrust judges with that power. And if legislative officials can be trusted to be faithful to constitutional commands, the need for judicial review is greatly diminished. (...) It is possible to draw a general conclusion. In many domains the question is posed whether one institution should review the acts of another, and if so, the intensity with which that review should occur. This question arises, for example, in the context of constitutional challenges; attacks on criminal convictions; review of punitive damage awards by juries; appellate review of trial court findings; and judicial review of agency decisions of law, fact, and policy. In all these areas it is important to pay close attention to institutional variables. The costs of error and the costs of decision are crucial. It is necessary to examine systemic effects. There is no sensible acontextual position on the question whether review, of one institution or another, should be intense or deferential, or indeed available at all.”³⁵

“Ronald Dworkin e a sua contradição majoritária”. In: CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-23/analise-constitucional-dworkin-contradicao-majoritaria> , acesso em 22/10/2020.

³⁴ DWORKIN, Ronald. “Equality, democracy and constitution: We The People in Court”. *Alberta Law Review*, vol. XXXVIII, number 2. L., Rev. 324, 1990, p. 344.

³⁵ VERMULE, Adrian. *Judging under uncertainty*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 235.

Se não se pode aceitar a supremacia do Legislativo e tampouco a do Executivo, até mesmo por razões históricas, por qual razão haveríamos de anuir com a posição de ‘senhor da Constituição’ por parte do Judiciário, tornando-o, por via de consequência, um poder mais relevante no arranjo institucional democrático do que os demais³⁶?

A questão do protagonismo judicial, no contexto da prática do poder no âmbito de nossa República, especialmente após o Pacto Social de 88, tem se revelado tema complexo, com muitas nuances e especificidades próprias do nosso sistema jurídico. Oscar Vilhena batizou nosso arranjo institucional de ‘supremocracia’, a demonstrar que a preocupação com a hipertrofia de nossa Corte Máxima, para além das responsabilidades constitucionais que lhe reservou o legislador originário, é controvérsia que merece nossa máxima atenção. Neste sentido, vale reproduzir trecho das lições de Vilhena:

“(…) se, por um lado, a liberdade com que o Supremo vem resolvendo sobre matérias tão relevantes demonstra a grande fortaleza que esta instituição adquiriu nas duas últimas décadas, contribuindo para o fortalecimento do Estado de Direito e do próprio constitucionalismo, por outro, é sintoma da fragilidade do sistema representativo em responder as expectativas sobre ele colocadas. Em um sistema em que os “poderes políticos parecem ter perdido a cerimônia com a Constituição”, nada pode parecer mais positivo do que o seu

³⁶ Sobre as deficiências havidas no funcionamento dos poderes, inclusive do Judiciário, o que, por óbvio, não justifica a primazia de nenhum deles na conformação do poder, assim se posiciona Bruno Torrano: “(…) O regime democrático, e mais particularmente o Poder Legislativo, ninguém duvida, está prenhe de deficiências por melhorar. A vontade de melhorá-las dentro da lógica institucional predominantemente democrática é exatamente o que distingue aquele que possui otimismo na democracia (mediante comparação com suas más alternativas) daquele que pretende substituí-la por algum regime menos participativo, ou mesmo autoritário, de tomada de decisões. Na lógica institucional desenhada pela Constituição da República brasileira de 1988, pré-compromissos, mecanismos supermajoritários, função contramajoritária do Poder Judiciário e gerenciamento de confiança são três das ferramentas empregadas na tentativa de preservar, em termos de eficácia sociológica, e não meramente jurídica, a configuração democrática de governo. Existem, ainda, muitas outras ferramentas, mas, (...) o que interessa é criticar a concepção que atribui ao Poder Judiciário a função de consertar a bagunça republicana. (...) Não obstante o diagnóstico de que “o Judiciário é um elemento de equilíbrio” entre os poderes seja correto à luz do gerenciamento de confiança do sistema jurídico brasileiro (sobretudo em se tratando de omissões inconstitucionais, de controle de constitucionalidade e de emprego da função contramajoritária em favor de minorias políticas), daí não se segue que “o juiz atual tem que ser ativo” ou que “o Judiciário é (ou deva ser) o protagonista do Estado do Direito”. A questão posta pelo positivismo ético é saber, em sentido amplo, como melhorar nossas práticas democráticas e como identificar e remediar perigos que as ameaçam ou mitigam, e não percorrer o caminho fácil e confortável, depositando, magicamente, nas mãos de magistrados não eleitos a esperança por dias melhores. Esse, aliás, é um ponto curioso. Todos os Poderes possuem falhas dramáticas que, elencadas de forma exaustiva, teriam o condão de tornar receoso o mais otimista. De pronto, o diagnóstico acerca da primazia dos interesses particulares sobre os interesses públicos ou sobre os deveres de ofício servem para qualquer posição contemplada com certo grau de poder.” TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à lei: entre o positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p 284.

legítimo guardião exercer a sua função precípua de preservá-la. Porém, ainda que isso possa a ser visto como desejável, sabemos todos que esta é uma tarefa cheia de percalços. Não há consenso entre os juristas sobre como melhor interpretar a Constituição, nem tampouco em como solucionar as inúmeras colisões entre seus princípios. O que não significa que a tarefa não deva ser feita da forma mais racional e controlável possível, como nos sugere Hesse. Há, no entanto, dificuldades que transcendem os problemas estritamente hermenêuticos derivados da aplicação de uma Constituição. Estas dificuldades referem-se à própria dimensão da autoridade que se entende adequada a ser exercida por um tribunal dentro de um regime que se pretenda democrático. Como aponta o próprio Ministro Celso de Mello, em uma república, nenhuma esfera de poder pode ficar imune a controles. Assim, há que se lutar pela “[...] progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder [...]”. Evidente que não pretendo aqui propor controle de ordem eleitoral para o Supremo, mas, sim, uma racionalização de sua jurisdição e uma lapidação de seu processo deliberativo, de forma a restringir as tensões políticas inerentes ao exercício de uma jurisdição constitucional como a brasileira.”³⁷

A dar lastro à visão ‘supremocrática’, em que parte substancial dos desacordos morais da Sociedade acabam por ser decididos na instância constitucional, podemos nos referir à complexa questão, cujo debate atual é apaixonadamente defendido e atacado no âmbito do Excelso Pretório, envolvendo o elasticamento da normativa constitucional no que diz respeito à presunção de inocência. O lastro se dá, entre outras razões, pela contestável alegação de que a lentidão estatal em resolver definitivamente ações criminais ensejariam desprestígio na aplicação da norma penal³⁸.

Com efeito, é preciso discutir o papel de nossas instituições se bem queremos seu aperfeiçoamento no âmbito do caldo democrático que vivemos³⁹. Neste sentido, Falcão nos

³⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, pp. 441-463, jul. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>>. Acesso em: 20/08/2020.

³⁸ Estamos a nos referir à questão da possibilidade processual de início de cumprimento de pena após sobrevir sentença condenatória oriunda de órgão colegiado do Poder Judiciário, cuja discussão nos últimos anos acabou por se tornar pauta importante para a Sociedade brasileira. No entanto, como estou a defender, precisamos nos atentar para o fato de que praticamente todas as grandes questões de nosso tempo estão submetidas ao crivo do STF nos últimos anos. Neste ano de 2020, entre outras temáticas, o Supremo decidiu, e.g., primeiro monocraticamente e depois através de seu colegiado, limitar severamente operações policiais nas favelas do Rio de Janeiro enquanto perdurar a pandemia causada pela COVID-19: *O Supremo Tribunal Federal referendou a decisão liminar que proibiu operações policiais nas favelas do Rio de Janeiro durante a epidemia da Covid-19, sob pena de responsabilização civil e criminal. O julgamento aconteceu no Plenário Virtual da Corte e se encerrou nesta terça-feira (4/8)*. VALENTE, Fernanda. *STF mantém proibição de operações policiais nas favelas do Rio de Janeiro*. 05 de agosto de 2020. In: CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-05/mantida-proibicao-operacoes-policiais-favelas-rj-durante-epidemia>. Acesso em 26/10/2020.

³⁹ Continuando na lógica da ‘supremocracia’ sugerida por Oscar Vilhena que já mencionamos neste trabalho, assim ele também se posiciona para acabar com ‘mal estar supremocrático’, cujas proposições iremos explorar em nossa tese: “(...) *algumas mudanças de natureza institucional são indispensáveis para que possamos reduzir o mal-estar supremocrático (...). Em primeiro lugar, seria a redistribuição das competências do*

coloca que:

“O fato é que decisões do Supremo provocam impactos diferentes em segmentos sociais diferentes – por renda, educação, sexo, religião, ideologia etc. Não são partes iguais. Toda decisão judicial traz consequências para além das partes. É uma inevitabilidade. Aclará-las é uma responsabilidade do juiz e atinge a legitimação do próprio tribunal. O Brasil é um país de sínteses e soluções improváveis. Qual a dose exata de respeito à letra da lei e a empatia que queremos com as ruas? Ou seja, qual a dose exata de simetria – harmonia e competição – que queremos entre os Poderes? Esse debate institucional interessa ao país. Deixemos o embate de temperamentos. Debater os rumos das instituições é preciso”.⁴⁰

Há, destarte, fatores exógenos que contribuem para o surgimento da possível tensão causada pela realidade trazida pela supremacia judicial - especialmente na modalidade que pretende açambarcar matéria própria dos outros Poderes - no âmbito das Cortes Constitucionais e do próprio Poder Judiciário de per si. Com efeito, precisamos também nos perquirir acerca do excessivo número de casos que o STF, por questão de competência constitucional, é chamado para decidir.

Em um ordenamento cujo pressuposto é a vedação do ‘*non liquet*’, defendemos que deve haver filtro de admissibilidade mais eficaz para acesso à instância suprema ou, em escolha que reputamos mais compatível com nossa realidade jurídica-institucional, redistribuição de algumas destas competências para as demais instâncias judiciais do País⁴¹.

Supremo. Este não pode continuar atuando como corte constitucional, tribunal de última instância e foro especializado. Este acúmulo de tarefas, que, na prática, apenas se tornou factível graças à crescente ampliação das decisões monocráticas, coloca o Supremo e seus Ministros em uma posição muito vulnerável. Falsas denúncias e gravações ilegais são apenas uma demonstração de como a autoridade do tribunal pode ser ameaçada. É fundamental que o Supremo seja liberado de um grande número de tarefas secundárias, para exercer a sua função precípua de jurisdição constitucional. Isto não significa adotar o modelo europeu de controle de constitucionalidade, mas, sim, dar seguimento a nossa experimentação institucional, que compõe o sistema difuso com o concentrado. Com a argüição de repercussão geral, o efeito vinculante e a súmula vinculante, o Supremo terá condição de redefinir a sua própria agenda e passar a utilizar do sistema difuso como instrumento de construção da integridade do sistema judiciário e promoção do interesse público. Definitivamente, não é necessário analisar cada recurso extraordinário e, muito menos, cada agravo de instrumento que chega ao Tribunal todos os dias. Ao restringir a sua própria jurisdição, ao se autoconter, o Supremo estaria, ao mesmo tempo, reforçando a sua autoridade remanescente e, indiretamente, fortalecendo as instâncias inferiores, que passariam, com o tempo, a ser últimas instâncias nas suas respectivas jurisdições. É preocupante a posição de subalternidade a que os tribunais de segunda instância foram relegados no Brasil, a partir de 1988, quando as suas decisões passaram a ser invariavelmente objeto de reapreciação. Com uma agenda bastante mais restrita de casos, o Supremo poderia melhorar a qualidade de seu processo deliberativo.”

VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. *Op. Cit.*, p. 441-463.

⁴⁰ FALCÃO, Joaquim. *O Supremo. Op. Cit.*, p. 86.

⁴¹ O sistema em vigor nos Estados Unidos da América parece, por exemplo, bastante eficaz para restringir o

A escolha política-normativa que permite que números assustadores de casos consigam chegar ao juízo de valor da nossa Suprema Corte é incorreta⁴², visto que, como sobredito, não podendo negar prestação jurisdicional em cada uma das demandas que por lá aportam (ainda que, por exemplo, pela via do manejo do recurso conhecido como agravo), há grande prejuízo, segundo acreditamos, no uso racional e de qualidade do tempo de que dispõem os Ministros para, em regular exercício de colegialidade, processar e deliberar ‘casos difíceis’ (com conflito aparente de princípios constitucionais), em que, por exemplo, exista necessidade de oitiva de especialistas, amigos da Corte e demais atores da Sociedade⁴³.

acesso à Suprema Corte: “*Most cases reach the Supreme Court through its appellate jurisdiction. The Judiciary Act of 1925 provided the justices with the sole discretion to determine their case load. In order to issue a writ of certiorari, which grants a court hearing to a case, at least four justices must agree (the “Rule of Four”). Three types of cases commonly reach the Supreme Court: cases involving litigants of different states, cases involving the interpretation of federal law, and cases involving the interpretation of the Constitution. The court can take official action with as few as six judges joining in deliberation, and a majority vote of the entire court is decisive; a tie vote sustains a lower-court decision. The official decision of the court is often supplemented by concurring opinions from justices who support the majority decision and dissenting opinions from justices who oppose it.*” BRITANNICA. Disponível em <https://www.britannica.com/place/United-States/The-executive-branch#ref797682>, acesso em 15/09/2020.

⁴² Vejamos o que nos diz Cristiano de Jesus Pereira Nascimento, fazendo análise comparativa com a Suprema Corte norte-americana, acerca da problemática da utilização do tempo no STF: “(..) a média anual de acórdãos da Suprema Corte norte-americana é de aproximadamente 75, referentes a casos selecionados dentro de aproximadamente 8 mil petições de certiorari. (...) O número de processos julgados pelo tribunal de cúpula não é uma necessidade do mundo físico. Antes, é uma opção de política judiciária. Ao longo do último século, o Brasil assistiu ao crescimento explosivo do número de processos no tribunal de cúpula. Tivemos nesse período seis Constituições (34, 37, 46, 67, 69 e 88), e nenhuma delas foi capaz de reverter o processo de degradação da capacidade de trabalho da corte. Nos Estados Unidos, a solução veio logo nas primeiras décadas do século e permanece basicamente a mesma até os dias de hoje: limitar drasticamente o acesso à corte, pois seria impossível cumprir a tarefa de corrigir, diretamente, os equívocos dos tribunais inferiores. A incapacidade de resolver o problema da pauta cobra um preço alto ao Supremo Tribunal Federal. É possível que a opinião pública brasileira ainda guarde a imagem de um tribunal no qual os juízes examinam e meditam cuidadosamente sobre cada processo, deliberando em colegiado (ou seja, a soma da sabedoria e experiência de homens preparados) para encontrar a melhor solução. Essa imagem, contudo, não corresponde à realidade. Não é por negligência ou desídia dos ministros que os julgamentos do tribunal não são fruto do exame pessoal e direto dos processos, seja por parte do relator do caso, seja por parte dos demais integrantes do colegiado.” NASCIMENTO, Cristiano de Jesus Pereira. *Volume de processos no STF e na Suprema Corte dos Estados Unidos: uma análise comparativa*. In: CONJUR. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47755/volume-de-processos-no-stf-e-na-suprema-corte-dos-estados-unidos-uma-analise-comparativa>, acesso em 15/09/2020.

⁴³ A lógica prevista na regulação infraconstitucional da atividade do STF, concedida pelas casas congressuais brasileiras, é bastante percuciente em permitir maior abertura e participação de distintos atores da Sociedade nos processos de controle abstrato de constitucionalidade. Nesta direção, assim pondera Campos: “*Rompendo com a tradição de declarar nula a lei inconstitucional, o artigo 27, ainda da Lei 9.868/99, previu a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões de mérito em ADC e ADI, o que passou a ser amplamente utilizado, inclusive em sede de controle difuso. Trata-se da atribuição de poder político (...). O artigo 7º, § 2º, prevê a possibilidade de participação do chamado amicus curiae, grupos sociais e experts que podem participar dos julgados não como partes, mas como intérpretes colaboradores, desde que sua*

Se o finito recurso temporal fosse melhor utilizado, certamente poderíamos ter maior acoplamento das decisões do Excelso Pretório com as expectativas qualitativas da nossa democracia.

Não me parece, no entanto, que a questão da gestão do tempo versus capacidade de julgamento é problema que aflige apenas o STF. Com efeito, focando no diagnóstico que alguns pesquisadores fazem de outras Cortes Constitucionais, parece que o excesso de casos julgados também é temática que aflige, por exemplo, a Espanha, segundo nos coloca Pablo Pérez Tremps:

“Otro problema, y el más ampliamente destacado por la doctrina y por el propio Tribunal Constitucional, es el de la sobrecarga de trabajo que soporta. En efecto, el Tribunal Constitucional, según los datos de sus memorias (v. Anexo II.1), en los últimos años há recibido en torno a los siete mil asuntos anuales, superando em algunos los diez mil, la inmensa mayoría de los cuales son recursos de amparo (por encima del 95%). Ello comporta que, pese a la «alta productividad» del Tribunal (en los últimos años éste viene a resolver más de seis mil asuntos anuales), la «bolsa» de asuntos pendientes haya crecido y que las decisiones, en especial las que tienen forma de sentencia, se adopten con una excesiva dilación (entre tres y cinco años en los recursos de amparo y hasta diez años, a veces, en control de normas con fuerza de ley y conflictos constitucionales). Esto explica, por ejemplo, que en buena parte de los conflictos de competencias que resuelve, el Tribunal tiene que comenzar por determinar la «permanencia» o no del objeto del conflicto porque el marco normativo competencial se ha visto modificado desde su planteamiento dado el tiempo transcurrido. No es éste el lugar para analizar detenidamente las causas de la sobrecarga de trabajo del Tribunal; los comentarios existentes al respecto y las propias manifestaciones institucionales del Tribunal sitúan como causa principal el excesivo número de recursos de amparo. No obstante, y resultando ello evidente, también existen algunas otras causas que abundan en el problema. Así, el lado excesivo uso del conflicto de competencias como mecanismo de resolución de las controversias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, aunque cuantitativamente pueda parecer poco relevante, no lo es tanto desde el punto de vista cualitativo ya que la complejidad técnica de algunos de estos conflictos y el sistema de deliberación de las sentencias en el seno del Tribunal producen un efecto amplificador de la incidencia de dichos conflictos en el trabajo de la institución. Y lo mismo puede afirmarse de recursos de inconstitucionalidad, que, en cuanto mecanismo abstracto de control, hace muy complejo y lento el proceso de toma de decisiones por el Tribunal.”⁴⁴

representatividade justifique a intervenção. O artigo 9º, § 1º, prevê a possibilidade de audiências públicas sobre as matérias a serem julgadas. (...) essas regras promoveram "maior abertura no processo de interpretação constitucional, ao admitir expressamente a manifestação de outros órgãos ou entidades, além das partes formais, no processo mais democrático, o legislador ordinário acabou municiando os argumentos de legitimidade da jurisdição constitucional do Supremo." CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 63.

⁴⁴ TREMP, Pablo Pérez. *Sistema de justicia constitucional*. Navarra: Ed. Aranzadi, 2016, p. 193.

Ademais, voltando para a questão da calibragem de forças entre os Poderes, em contextos sociais onde há lócus político vazio (ou ocupado por atores enfraquecidos e divididos), temos terreno ideal para o surgimento de práticas ativistas que chamam para si a tentativa de solucionar os problemas oriundos do descumprimento das promessas constitucionais e da prática democrática em si, tencionando resolver, inclusive, graves problemas que exigiriam (e exigem, como por exemplo, o problema da pandemia que nos assolou em 2020), coordenação de todas as autoridades constituídas, quer seja no âmbito das três esferas de Poder, quer seja ainda na prática do federalismo efetivo⁴⁵.

Não se pode descurar que, de igual maneira, afastando-se um pouco da lógica do enfraquecimento dos demais Poderes, a intensa judicialização da política⁴⁶ também atende,

⁴⁵ Neste sentido, alerta Virgílio da Silva: “Menos judicialização e alterações na constituição, e mais política, apoiada pelas normas constitucionais que já temos, pela ciência e pela opinião pública, talvez seja a melhor forma de combater o vírus e o obscurantismo.” DA SILVA, Virgílio. *Liberdade para demitir, meios para resistir. Sistema constitucional brasileiro tem ao menos 3 formas de reagir a estratégias irresponsáveis do presidente*. In: JOTA. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/liberdade-para-demitir-meios-para-resistir-09042020>, acesso em 08/09/2020

⁴⁶ Sobre o fenômeno da judicialização da política e seus distintos e diversos aspectos, assim pondera Ran Hirschl: “*The “judicialization of politics” is an often umbrella-like term referring to what are really three interrelated processes. At the most abstract level, the judicialization of politics refers to the spread of legal discourse, jargon, rules, and procedures into the political sphere and policy-making forums and processes. The ascendancy of legal discourse and the popularization of legal jargon are evident in virtually every aspect of modern life. It is perhaps best illustrated by the subordination of almost every decisionmaking forum in modern rule-of-law polities to quasi-judicial norms and procedures. Matters that had previously been negotiated in an informal or nonjudicial fashion have now come to be dominated by legal rules and procedures. (...) A second, more concrete aspect of the judicialization of politics is the expansion of the province of courts and judges in determining public policy outcomes, mainly through “ordinary” constitutional rights jurisprudence and the judicial redrawing of boundaries between state organs (e.g., the separation of powers, federalism). Not a single week passes by without a national high court somewhere in the world releasing a major judgment pertaining to the scope of constitutional rights protections or the limits on legislative or executive powers. (...) A third emerging class of the judicialization of politics is the reliance on courts and judges for dealing with what we might call “mega-politics”: core political controversies that define (and often divide) whole polities. The judicialization of mega-politics includes a few subcategories: judicialization of electoral processes; judicial scrutiny of executive branch prerogatives in the realms of macroeconomic planning or national security matters (i.e., the demise of what is known in constitutional theory as the “political question” doctrine); fundamental restorative justice dilemmas; judicial corroboration of regime transformation; and, above all, the judicialization of formative collective identity, nation-building processes, and struggles over the very definition—or raison d’être—of the polity as such, arguably the most problematic type of judicialization from a constitutional theory standpoint. These emerging areas of judicialized politics expand the boundaries of national high-court involvement in the political sphere beyond the ambit of constitutional rights or federalism jurisprudence and take the judicialization of politics to a point that far exceeds any previous limit. More often than not, this trend is supported, either tacitly or explicitly, by powerful political stakeholders. The result has been the transformation of supreme courts worldwide into a crucial part of their respective countries’ national policy-making apparatus. Elsewhere, I have described this process as a transition to juristocracy.*” HIRSCHL, Ran. “The New Constitutionalism and the judicialization of Pure Politics Worldwide”. *Fordham Law Review*, New York, v. 75, n.2, nov. 2009. pp. 723-727.

como veremos ao longo deste trabalho, aos interesses políticos relevantes de alguns grupos e estratos sociais. Neste sentido, assim nos fala Rodrigo Brandão:

“(…) As principais teses concebidas pela ciência política para explicar o fenômeno atual da “expansão global do Judiciário” podem ser divididas em três grupos: conceitualistas, funcionalistas e estratégicas. Dentre as primeiras se destaca a tese segundo a qual a principal causa de expansão do Judiciário teria sido a ampliação da positivação e da consciência sobre direitos que se verificou a partir do segundo pós-guerra, na linha do que é defendido pelo “neoconstitucionalismo”. Já as teorias funcionalistas vinculam a expansão do Poder Judiciário à adoção de sistemas políticos fragmentados, pois, em seu bojo, surgem problemas de coordenação entre entes autônomos que são resolvidos pelo Judiciário. Por fim, há as “teorias estratégicas”, que comungam da mesma premissa: se o Judiciário é o mais frágil dos “poderes”, a ampliação do seu papel político só é possível se contar com a concordância, expressa ou tácita, dos demais departamentos. Mas qual seria a razão para eles aceitarem fenômeno que, ao menos em princípio, reduz os seus poderes? A resposta comum é a de que a judicialização da política atende aos interesses estratégicos de grupos politicamente relevantes.”⁴⁷

Com efeito, em 2004, Paulo Bonavides já nos alertava para o mal uso da justiça constitucional em nosso País, colocando-a, segundo seu juízo naquela oportunidade, a reboque do Poder Executivo, sendo certo que haveria (e há ainda, segundo defendo), intensa necessidade de se pensar na redistribuição de competências que hoje estão conferidas ao STF:

“Duas são as condições da justiça constitucional: uma de caráter jurídico-formal (teórica); outra de caráter político-substancial (pragmática). Cresce a relevância do controle da constitucionalidade, pois ela é uma premissa da democracia. Daí a necessidade do estabelecimento de uma instância neutra, mediadora e imparcial dos conflitos constitucionais. Toda legitimidade em matéria constitucional é mais política que jurídica. No Brasil, o Poder Executivo busca fazer o controle da constitucionalidade cada vez mais no interesse do grupo governante e cada vez menos no interesse da ordem constitucional. Disso resultam as Medidas Provisórias que, com frequência, ferem princípios constitucionais da essência do sistema. Graves reparos à independência e à legitimidade da justiça constitucional no país giram ao redor de dois pontos cruciais: a pelo presidente da República e a necessidade de desmembrar do Poder Judiciário a corte de justiça que exerce o papel de guarda da Constituição. A crise do Judiciário brasileiro tem sido em grande parte a crise do Supremo Tribunal Federal. (...)”⁴⁸

⁴⁷ BRANDÃO, Rodrigo. *Op. Cit.*, p 394.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. “Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)”. *Estud. av.*, São Paulo, v. 18, n. 51, pp. 127-150, Aug. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340142004000200007&lng=en&nrm=iso, acesso on 27 Oct. 2020.

Um Poder Judiciário forte surge e se consolida apenas em regimes democráticos⁴⁹. O busílis é exatamente perceber qual a calibragem ideal para que os magistrados, ao exercerem a judicatura, não enfraqueçam o próprio regime que permite sua existência. Neste cenário, especialmente quando o Judiciário também pode padecer dos mesmos problemas que afligem os demais personagens políticos-institucionais (e.g. deficiências deliberativas), o perigo pode ser o encorajamento, com esteio e capital político popular, para que surjam 'salvadores da pátria', alocados geralmente no Poder Executivo, colocando o sistema democrático em cheque. Com esta lógica, segue nos explicando Glauco Salomão Leite:

“(…) partindo da premissa de que a escolha por um sistema de jurisdição constitucional não é uma inferência de postulados teóricos desconexos da realidade, e sim fruto de uma escolha política que avalia vantagens e desvantagens, promoveu-se na antiga e eterna discussão acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Em seu lugar, passa-se a explorar como pode funcionar um modelo de democracia constitucional que decorre da existência de uma instituição contramajoritária. Com isso, afasta-se a ideia de uma legitimidade mística de qualquer dos poderes estatais. Da mesma maneira como não é razoável supor que um Parlamento eleito se degenerará em uma ditadura da maioria, também não se crê numa espécie de infalibilidade judicial, como se as Cortes sempre decidissem a favor dos valores fundamentais da ordem constitucional. Isso aponta para a necessidade de diálogos institucionais como uma alternativa plausível para a construção coordenada do significado da Constituição, a partir das potencialidades estruturais dos agentes envolvidos e de suas capacidades institucionais”.⁵⁰

A questão da legitimidade deve ser objeto de preocupação de qualquer arquiteto institucional. Certo é que o agigantamento do Judiciário ocorre em detrimento dos espaços políticos outrora ocupados pelo Legislativo e Executivo. E, neste contexto, a questão da legitimidade para a tomada de decisões cujo destinatário final é o povo, urge.⁵¹

⁴⁹ Cf. LORENCINI, Bruno Cesar. “Garantias da Magistratura na Constituição Federal Brasileira” In: LEITE, George Salomão, STRECK, Lênio e NERY JR, Nelson (Orgs.). *Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*. Orgs., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 137.

⁵⁰ LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e constitucionalismo democrático. Do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 267.

⁵¹ Neste contexto, interessante alerta nos faz Agesta, no contexto espanhol, acerca do uso do constitucionalismo como ferramenta de controle do povo pelas minorias poderosas. Com efeito, a conformação do poder de nada vale, segundo pensamos, se não tiver como objetivo central a construção de uma Sociedade efetivamente mais equânime: “*El constitucionalismo fué, por otra parte, el instrumento de esa clase media educada, que inicialmente se reservó el uso y abuso de ese instrumento político de predominio. Cuando una nueva clase tuvo conciencia de su propia fuerza, organizó sus cuadros y los puso en acción al margen de la mecánica del juego constitucional, quebró aquel artificio como lo que era, un fragil juguete de minorías un poco deslumbradas por la aparente teatralidad de la política parlamentaria con sus marionetas que parecían hombres y sus*

Deste modo, é necessário perquirir se o problema da supremacia judicial não está antes no próprio enfraquecimento dos demais Poderes, especialmente do Legislativo, do que no próprio Poder Judiciário. Se é verdade que a legitimidade dos legisladores para a tomada de decisões em favor dos governados é seu atributo essencial (ou ao menos deveria ser), é preciso pensar também em quais mudanças e/ou aperfeiçoamentos seriam necessários - pela via da reforma político-partidária e.g. - para que o xadrez institucional voltasse a ser jogado pelo Legislativo⁵² em igualdade de condições com os demais Poderes. No entanto, nosso pressuposto é, antes de mais nada, apostar que a correção das disfuncionalidades havidas na própria Corte Constitucional pode funcionar como gatilho importante para a melhor acomodação no cenário do exercício do poder, no âmbito de nossa Sociedade.

Se o STF, como parece ser o caso de qualquer Corte Suprema inserida no ambiente democrático de vários países, perceber que o Legislativo é capaz de regular, de maneira pelo menos minimamente eficaz - e o mesmo se pode dizer do Executivo ao implementar políticas públicas - os anseios da Sociedade por melhores condições de dignidade para todos os seus espectros, é possível asseverar, segundo pensamos, que o STF se acomodará melhor, mais próximo do clássico papel de legislador negativo, que bem desempenhou, ao menos do ponto de vista institucional, na Corte Moreira Alves⁵³.

hombres que parecían marionetas. Todas las fuerzas sociales efectivas, y entre primero com los pronunciamientos y después con las juntas militares, conocieron el secreto de la debilidad de un régimen que sólo tenía la virtud pública de dar resonancia nacional a los gestos y los discursos. Lo extraño es que hasta 1923 no se decidieran a prescindir de las bambalinas; y quizá porque en esas fechas no quedaban actores capaces de dar una representación e ellas el ejército, pasable.” AGESTA, Luís Sanchez. *Historia del constitucionalismo español*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1964, p. 435.

⁵² Apostar na capacidade do Legislativo é importante até mesmo para que, de alguma forma, voltemos a desenvolver o senso de responsabilidade que o legislador deve ter para com as grandes questões da Nação. Partir do pressuposto inverso, qual seja, a de não devemos esperar quase nada (de bom) das casas congressuais, é no mínimo ‘facilitar’ a vida dos parlamentares. Neste sentido, Jeremy Waldron, no contexto da realidade norte-americana (que penso aplicável em nossa realidade) nos fala: “(...) *Conceder poder final de decisão aos tribunais pode bem tornar mais difícil reformar o parlamento ou desenvolver o ethos legislativo que a primeira pressuposição, e talvez também a terceira, pressupõe. Já ouvi especulação nesse sentido sobre os Estados Unidos: a ideia é a de que os legislativos estadunidenses, especialmente os estaduais, funcionam de maneira irresponsável e deixam de levar os direitos a sério porque o fato de saberem que os tribunais estarão disponíveis para auxiliar torna mais difícil desenvolver uma cultura responsável entre os legisladores. O quão isso é verdadeiro, eu não sei. Mas certamente merece ser levado em consideração.*” WALDRON, Jeremy. “A essência da oposição ao judicial review”. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 153-154.

⁵³ Trata-se da menção ao período em que o Ministro Moreira Alves capitaneou nossa Suprema Corte. cf. FERREIRA, Siddharta Legale e MACEDO, Marco Antonio Ferreira. “A Corte” Moreira Alves (1975-2003): A judicatura de um civilista no STF e o controle de constitucionalidade. *Observatório da Jurisdição constitucional*, ano 5, n. 2, ago./dez. 2012. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/745>, acesso em 03 de maio de 2019.

Do ponto de vista dogmático, ativismo é decidir fora do espectro da interpretação possível⁵⁴ e, neste sentido, trata-se de um ilícito constitucional. Com efeito, o Poder Judiciário é reativo. Os demais Poderes são, por sua própria natureza, propositivos⁵⁵. Assim, a partir desta clara distinção, o Poder Judiciário não está aparelhado a fazer as funções dos demais Poderes. Vejamos o que nos diz Miguel Gualano de Godoy, com base nos escritos de Tushnet, acerca desta temática:

“É certo que as demandas judiciais têm um papel importante, pois fazem com que o povo e os representantes tomem conhecimento sobre essas requisições e as levem a sério. No entanto, quando se apostam todas as fichas em uma luta exclusivamente jurídica, deixa-se de lado a contrapartida fundamental que é também mostrar e persuadir os concidadãos e representantes de que essa demanda não é vã. (...) a supremacia judicial não apenas não garante a melhor interpretação e aplicação da Constituição como também pode promover resultados imprevistos e não desejados. Por isso, constitucionalismo popular reivindica o resgate da participação popular nessa tarefa tão importante de definir o conteúdo e significado dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela constituição. (...) o exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis deve servir para promover o debate democrático, incluir possíveis minorias alijadas do debate, incrementar e descortinar argumentos, mas não para impor verticalmente a toda a Sociedade a interpretação constitucional que alguns poucos juízes entendem como correta. O constitucionalismo popular, assim, antes promove a democracia do que a transforma em uma ditadura da maioria”.⁵⁶

Importante considerar que não se pode confundir judicialização da política com ativismo judicial, visto que são fenômenos distintos. A judicialização da política⁵⁷ (e da

⁵⁴ Oto Bachof, no entanto, admite ao que parece amplo espaço de construção do Direito a partir do exercício de interpretação feito pelo Poder Judicial: *"em toda interpretação judicial de uma norma sempre existiu, ao mesmo tempo, um desenvolvimento de dita norma e que cada valoração judicial tem implicado sempre um elemento de decisão autêntica e originária sobre o ordenamento jurídico"*, BACHOF, Otto. *Jueces y constitucion*. Tradução Rodrigo B. Cano. Madrid: Civitas, 1987, pp. 24 e 58.

⁵⁵ Com efeito, as escolhas constitucionais devem ser respeitadas. Se eventual ajuste tiver que ser feito, não nos parece que as Cortes Judiciais sejam os órgãos que preponderantemente podem levar a efeito tais mudanças. Neste sentido, na lógica da concepção originalista, assim nos fala Antonin Scalia: *"It certainly cannot be said that a constitution naturally suggests changeability; to the contrary, its whole purpose is to prevent chance - to embed certain rights in such a manner that future generations cannot readily take them away. A society that adopts a bill of rights is skeptical that 'evolving standards of decency' always 'mark progress' and that societies always 'mature', as opposed to rot. Neither the text of such a document nor the intent of this framers (wichever you choose) can possibly lead to the conclusion that its only effect is to take the power of changing rights away from the legislature and give it to the courts."* SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation*. New Jersey: Princeton University Press, 1997, p. 40.

⁵⁶ GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 103-105.

⁵⁷ Sobre a judicialização da política, em seu aspecto negativo para o Poder Judiciário, nos alerta Manoel Gonçalves Ferreira Filho: *"(...) o Judiciário goza de uma confiabilidade que os Poderes "políticos" Legislativo*

própria vida cotidiana) veio para ficar e é fruto, inclusive, do aumento do controle constitucional abstrato. Isto é, segundo pensamos, legítimo. Não há, a princípio, problema algum na construção de um Poder Judiciário forte. A Constituição é para valer e estamos em um País que tenta viver a democracia social. É natural, portanto, que o Judiciário seja chamado, legitimamente, a participar desta construção, desde que com limites. Sem esta delimitação clara, o ativismo, na realidade da supremacia judicial, acaba sendo percebido como disfunção da judicialização da política. As crises de insatisfação com a democracia são recorrentes. No entanto, o ativismo por parte do Poder Judiciário pode agravar tais crises a ponto de causar possível ruptura.

Neste contexto, Elival da Silva Ramos nos faz importante alerta:

“No que concerne ao desdobramento infraconstitucional de normas-regra os riscos de extrapolações ativistas são consideravelmente menores, em face do maior grau de precisão e determinabilidade dos comandos constitucionais. Todavia, a ampla projeção sistêmica das normas-princípio, mormente as de porte constitucional, pode vir a se converter em elemento de propulsão ao ativismo judiciário, que restará configurado se as normas de desdobramento

*e Executivo perderam. Estes são olhados com desconfiança pela opinião pública, alimentada pelos meios de comunicação de massa. A presunção de que os atos destes dois Poderes sejam legítimos e visem ao interesse geral mantém-se no plano jurídico-formal. Do ângulo da opinião pública, não. São eles compostos de "políticos" e estes são objeto de escárnio, pois, todos duvidam, trabalhem para o interesse geral. Na verdade, o próprio legislador constituinte assumiu essa posição de descrença. A inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção, as minudências de caráter infraconstitucional do texto - bem como os inúmeros prazos para a edição de leis, afora a preordenação conteúdo destas, para vigorar até que venha a lei regulamentadora, que estabelece o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - demonstram suficientemente que o constituinte não acreditava no trabalho do legislador ordinário. Este descrédito não colhe o juiz. No fundo, é este uma personalidade mais próxima dos bem pensantes que fazem a opinião pública. E mais aceitável para essa burguesia "esclarecida". É formado em nível superior, selecionado por meio de concurso, adstrito à independência e à imparcialidade, por isso - entende essa faixa da Sociedade - é melhor que a ele seja dada a decisão em matérias importantes - como as grandes decisões políticas - do que aos "políticos" - vistos como ignorantes, corruptos, interesseiros, demagógicos ...Ainda mais que o processo judicial assegura a manifestação de opiniões diversas (o contraditório), e leva a decisões que são reexaminadas em nível superior. Por isso, supõe-se que essas decisões sejam corretas e objetivamente tomadas. Mas a justicialização da política tem como contrapartida inexorável a politização da justiça. O aspecto bem visível disto está no fato de que, hoje, há magistrados que notoriamente guiam seus votos pela "opinião pública", o que realmente significa dizer pelos meios de comunicação de massa. Estes "profetizam" os votos dos membros de uma Corte - o Supremo Tribunal Federal, por exemplo - analisando posições jurídicas como se fossem opções ideológicas ou partidárias. E nisto são ajudados por membros do Judiciário que, em off vazam informações, antecipam votos, movidos pelo desejo ou de agradar ou de justificar-se perante os "donos" da comunicação.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 - Judicialização da política e politização da justiça”. *Observatório da jurisdição constitucional*, ano 5, n. 2, ago/dez 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46407/46734>, acesso em 22/10/2020.*

resultarem de decisões judiciais e não de atos formalmente legislativos, como de rigor.”⁵⁸

A questão do ativismo praticado por alguns membros do Poder Judiciário acaba por perpassar a problemática havida com a hermenêutica. O modo como se interpreta o fenômeno ‘norma’ importa (e muito) para quem se dispõe a tratar do assunto, já que, ao que parece, alguns intérpretes do Direito - especialmente no exercício da judicatura - entendem que a aplicação do Direito é, de maneira preponderante, um exercício de escolha, com base em critérios um tanto quanto discricionários. Decerto que não é assim.

A vinculação da atividade judicante à lei é premissa importante em todo e qualquer ordenamento. As escolhas legiferantes, deste modo, devem ser respeitadas pelos aplicadores da norma. Eis, neste sentido, magistério de Karl Larenz:

“(…) O juiz está vinculado, em princípio, pelas valorações reconhecidas feitas pelo legislador; não lhe é permitido propor-se um fim, que considera desejável, em lugar do fim querido ou preferido pelo legislador. É outro o caso, quando hoje o fim do legislador histórico, em consequência duma alteração das circunstâncias, se tornou sem objecto, ou quando a sua observância contraria os valores fundamentais reconhecidos na ordem jurídica. Então a proposição jurídica em causa, na medida em que pode subsistir, deve ser interpretada em conformidade com os fundamentais valores e princípios da ordem jurídica actual, o que quer dizer, conforme critérios teleológicos objetivos.”⁵⁹

Com efeito, a prevalência da leitura excessivamente principiológica do Direito é questão que tem preocupado os analistas do Direito Constitucional.⁶⁰ O raciocínio intitulado

⁵⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 187.

⁵⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, pp. 391-392.

⁶⁰ Acerca desta temática, eis a ponderação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “(…) quanto ao Judiciário, não mais é ele concebido num papel passivo - como boca da lei - mas se estimula que efetive um controle de legitimidade sobre os atos do Governo e as próprias leis. Isto se manifesta no caráter relativamente “aberto” das Constituições modernas, que somam “princípios” a “regras”. Ora, aquelas dão oportunidade a esse controle de legitimidade. Observe-se que o fenômeno apontado fragiliza a segurança jurídica. Com efeito, não mais basta para o indivíduo, ou para o próprio governante, cumprir a lei, mas fica também sujeito a princípios, cuja concretização enseja opções subjetivas por parte do magistrado. Abre-se assim espaço para a judicialização da política em geral e, sobretudo, das políticas públicas em particular. O magistrado nisto se confunde com o administrador; como o juiz constitucional - já se apontou com o legislador. De tudo isso, decorre o perigo de que a judicialização resvale para uma politização da Justiça, com tudo o que de negativo possa daí resultar.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 301-302.

‘neoconstitucionalismo’⁶¹ está calcado nesta lógica, sendo certo que, através deste ferramental, alguns membros do poder judicial justificam, até mesmo filosoficamente, a razão pela qual tomam decisões de cunho preponderantemente político.

No entanto, para os fins aqui perseguidos e levando em conta as premissas que adotamos neste trabalho, interessa mais verificar, para além da questão da hermenêutica, o grau - maior ou menor - de deferência que possui o Poder Judiciário em relação aos demais Poderes institucionais. Nesta lógica, é preciso haver investimento no constante exercício dialógico entre os Poderes, conforme infere Sérgio Antônio Ferreira Victor:

“(...) o diálogo já é fato, mas precisa ser mais bem compreendido; o Supremo Tribunal Federal não invade competências do Congresso Nacional; o sistema político não dá sinal de que os diálogos entre esses órgãos possam ser intermináveis e geradores de insegurança; o estado de direito ganhará em qualidade e clareza das normas produzidas a partir do diálogo; essas novas leis gozarão, também, de maior estabilidade, pois resultarão de um consenso mais amplo, que envolverá o Judiciário; a participação do Congresso aumenta o nível de democracia na interpretação da Constituição; e, por fim, o diálogo gera accountability, algo escasso em nosso sistema político”.⁶²

O ativismo revelado pela tentativa de impor a supremacia judicial, especialmente se nos centrarmos no aspecto da invasão funcional própria e típica de outro Poder, ainda que bem intencionado (e.g. do reconhecimento jurídico-constitucional da união estável homoafetiva e do aborto dos fetos anencefálicos⁶³), é mecanismo temerário para o bom

⁶¹ Sobre a utilização da plataforma neoconstitucionalista para possibilitar amplo espectro de decisões ativistas por parte do Supremo Tribunal Federal, assim se posiciona Campos: “(...) a ascensão do ativismo judicial do Supremo também é marcada pela transformação dos métodos adjudicatórios da maioria contemporânea de ministros. A maioria da Corte abandonou a cultura jurisprudencial ligada ao positivismo legalista, de deferência aos poderes políticos e de interpretação e aplicação ortodoxa da Constituição e dos direitos constitucionais. Com a renovação dos ministros, máxime a partir da aposentadoria daqueles nomeados durante a Ditadura Militar, o conservadorismo jurisprudencial foi, aos poucos, substituído pela prática discursiva de ideias neoconstitucionalistas, todas favoráveis ao avanço do papel da Corte sobre a realidade social. Nos dias de hoje, essas novas reflexões e premissas teórico-filosóficas, que favorecem o avanço político e institucional da Corte, são aplicadas, em alguma e diferente medida, por todos os membros do Supremo. Essa transformação jurídico-cultural de práticas decisórias consiste em variável endógena que fecha o ciclo de fatores do ativismo judicial (Lawrence Baum). (...) Todos esses fatores têm oferecido estrutura ampla de oportunidades para o avanço do ativismo judicial do Supremo e ele tem, ultimamente, aceitado essas oportunidades e ampliado o papel institucional com uma independência nunca antes experimentada. Pode-se falar em uma riqueza multidimensional de decisões ativistas”. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões Judiciais do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 358.

⁶² VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e o controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 259.

⁶³ No caso do reconhecimento da união homoafetiva, trata-se de decisões prolatadas na Ação Direta de

funcionamento da estrutura democrática de qualquer País. Isto porquanto não é possível, no mundo do ser, delimitar com certeza científica quais seriam os casos de ‘ativismo nobre’ - ocasião em que se autorizaria a forte presença do Judiciário - e quais não. Assim, até para preservar a legitimidade e dignidade da função judicial, melhor seria se acreditássemos também na eficácia do Legislativo e do Executivo para bem perfazerem suas atribuições. É como acredita Hélio Pinheiro Pinto:

“Dessa forma, para se levar a sério o princípio democrático e frear o desenvolvimento da juristocracia em andamento, o STF, ao exercer sua função jurisdicional, deve se retrair ao invés de se expandir, deixando a cargo das instituições diretamente sujeiras ao controle popular o poder de decisão sobre as grandes questões que afetam a vida da coletividade, salvo quando estejam em jogo a garantia dos pressupostos da própria democracia, da liberdade de participação política dos cidadãos, dos direitos fundamentais e da proteção das minorias estigmatizadas e politicamente sub-representadas, quando então a Suprema Corte pode e deve ser mais invasiva no controle da ação dos poderes políticos. (...) Com efeito, se por um lado o ativismo judicial não se compatibiliza com o princípio da separação de poderes, por outro, o passivismo judicial – ao demitir-se da missão de fazer atuar a Constituição, vinculando-se totalmente às deliberações da política majoritária ordinária – não assegura adequadamente os próprios fundamentos da democracia, que inclui a garantia de direitos e garantias fundamentais e a proteção das minorias vulneráveis. Entre essas duas extremidades, o protagonismo-judicialização, quando autocontido, coloca o STF dentro de um espaço constitucionalmente hígido e é nessa terceira via que deve ser posta a ênfase da atuação dos juízes constitucionais frente aos poderes políticos: uma atuação materialmente ativa e heteronormativamente conformada, mas institucionalmente não dominadora”.⁶⁴

O ativismo judicial, na forma como se coloca em diversas oportunidades pela lógica da supremacia, pode representar a negação do Estado de Direito. A segurança jurídica reclama certa previsibilidade para que as pessoas possam cumprir as normas, sendo certo que o ativismo pode ser pernicioso especialmente em alguns campos – e.g. no campo penal, criando tipo penal por analogia⁶⁵. Quando cria norma, o ativismo, através da lógica da

Inconstitucionalidade 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132. STF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>, acesso em 28/08/2020. No caso da autorização do aborto dos fetos anencefálicos, trata-se de decisão prolatada no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. STF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>, acesso em 28/08/2020.

⁶⁴ PINTO, Helio Pinheiro. *Juristocracia: O STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial*. Belo Horizonte: ED. Fórum. 2018, pp.192-193.

⁶⁵ Trata-se de decisão prolatada no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) determinou que atos de homofobia e transfobia devem ser enquadrados como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989), até que o Parlamento edite lei sobre a matéria. STF. ADO 26. Disponível em:

pretendida supremacia judicial, está usurpando o poder legiferante constitucional ou infraconstitucional dos demais Poderes, prejudicando, desta forma, a própria democracia representativa *per se*.

É certo que o Judiciário pode participar da governança⁶⁶. Deve ter cuidado redobrado, no entanto, ao se fazer presente na decisão política em si. A fórmula de Montesquieu⁶⁷ pode ser flexibilizada, visto que foi pensada para uma autoridade monárquica que precisava ser freada. Hoje, no âmbito do Estado Social, há possibilidade clara de se exercer, através do Poder Judiciário, controle das normas, mas ainda dentro de certos parâmetros de *accountability*⁶⁸. Aliás, o ativismo, segundo pensamos, não aprimora a governança: vejamos

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925>, acesso em 28/08/2020.

⁶⁶ Como, por exemplo, se depreende da seguinte passagem de Mauro Cappelletti: "*Mais cedo ou mais tarde, no entanto, como confirmou a experiência italiana e de outros países, os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem também, afinal de contas, um 'ramo'. E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do estado de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas 'finalidades e princípios': o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar*". CAPPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993, p. 42.

⁶⁷ Trata-se de pensamento seminal acerca da fórmula da separação de poderes, consubstanciada em MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, senhor de la Brède e barón de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2017.

⁶⁸ É preciso ponderar-se, no entanto, que o 'judicial review', na lógica da proteção das minorias políticas em detrimento das maiorias ocasionais, pode apenas funcionar se a própria ideia de controle de compatibilidade com os valores constitucionais for aceita como expediente válido pela Sociedade. Neste sentido, antes até mesmo do poder judicial (que seria apenas o operador sistêmico), é o próprio corpo social que dá lastro neste mecanismo, aceitando que, através deste expediente, é lícito tutelar interesses minoritários, conforme nos ensina Jeremy Waldron: "*A prática do judicial review não pode fazer nada a favor dos direitos de minorias se não houver o apoio de toda a Sociedade aos direitos de minorias. A argumentação positiva que frequentemente se apresenta a favor do judicial review nessas circunstâncias parte do princípio de que existe algum respeito pelos direitos relevantes de minorias fora da própria condição de membro de uma minoria, mas que isso está confinado principalmente a elites políticas. A ideia é que os membros mais comuns da maioria não compartilham essa simpatia. Agora os membros da elite que de fato a compartilham - chamá-los-ei de simpatizantes da elite - podem estar no legislativo ou então no judiciário. O argumento em prol de conceder autoridade final aos juízes é o de que os simpatizantes da elite que estão no judiciário estão mais bem capacitados do que os simpatizantes da elite no legislativo para proteger a si próprios quando conferem direitos aos membros de uma minoria impopular. Eles estão menos vulneráveis ao clamor público e não precisam se preocupar com retaliações. Têm, por isso, maior probabilidade de proteger a minoria. Percebam como esse argumento a favor do judicial review depende de uma pressuposição específica sobre a distribuição de apoio aos direitos de minorias. Presume-se que a simpatia seja mais forte entre as elites políticas. Se isso for falso - se a simpatia for mais forte entre pessoas comuns, então não há razão para aceitar o argumento do parágrafo anterior. Pelo contrário, instituições eleitas podem ser melhores para proteger direitos de minorias porque os arranjos eleitorais fornecerão uma maneira de canalizar o apoio popular aos direitos de minorias para o parlamento, ao passo que tais canais não existem para o judiciário. Sem dúvida, a distribuição de apoio aos direitos de minorias varia caso a caso. Mas acho interessante que a maioria dos defensores do judicial review, quando partem do princípio de que haverá algum apoio aos direitos das minorias na Sociedade, estejam convencidos de que esse apoio será, em todos os casos, encontrado entre as elites, se forem*

o caso da judicialização da saúde em nosso País⁶⁹, ocasião em que o Poder Judiciário está favorecendo grupos com acesso à Justiça em detrimento da maioria da população. Neste sentido, bem coloca Claudio Lembo:

“Os governantes, como pessoas, devem possuir valores éticos definidos e impostos a partir de uma visão jusnaturalista ou, se quiserem, a partir do uso da razão. É aqui que se encontra o cabo das tormentas do Poder. O exercício hedonista do Poder leva a fragilidade a toda a comunidade. O Poder tem ação pedagógica. Aquele que se mostra permissivo na prática do Poder é figurante capaz de destruir os mais profundos sentimentos de uma Sociedade. Este é o desafio das Sociedades contemporâneas, herdado das mais pretéritas. Fixar os limites do Poder é exigência de todos os tempos e ainda mais aguda em tempos de consumismo ilimitado, que, por sua vez, leva a necessidades incomensuráveis, apesar de artificiais. O Poder, neste cenário, é insaciável. Afigura-se, como quis Hobbes, ao monstro bíblico que, vindo das águas, toma todos os espaços. A cidadania não pode permitir que o Poder – fruto da insolência de seus primitivos pais – segundo a tradição bíblica -, advindo do Jardim do Éden, avance além dos limites fixados”.⁷⁰

O exemplo da questão da fidelidade partidária⁷¹, centrada na lógica de que o Judiciário seria o condutor da moralização dos Partidos em solo pátrio, acabou por produzir um monstro na vida real, visto que possibilitou a criação de novos (e por vezes fracos) partidos, inflacionando ainda mais o cenário político-partidário fragmentado que temos em nosso País, com todos os percalços que o fenômeno carrega consigo.

O famoso ditado popular ‘o tiro saiu pela culatra’ parece ser bastante aplicável à situação ativista supramencionada, sendo certo que os resvalos e desdobramentos futuros do decisionismo judicial não são - e não poderiam ser - previstos e equacionáveis *a priori*. Com efeito, exatamente para evitar este estado de coisas - cujo exemplo da fidelidade partidária é apenas um - é que a deferência ao Poder Legislativo - desde que com mecanismos aperfeiçoados para bem desempenhar seu papel de regulador da Sociedade - cuja reforma político-partidária se faz fundamental⁷² – pode ser uma das soluções palatáveis para aplacar

encontrados em qualquer lugar. Eles defenderão isso como uma alegação empírica, mas devo dizer que isso está inteiramente em consonância com antigos preconceitos sobre o processo decisório democrático.” WALDRON, Jeremy. “A essência da oposição ao judicial review”. *Op. Cit.*, pp. 155-156.

⁶⁹ Cujá realidade já mencionamos aqui na nota 30, por ocasião de citação de lição de Virgílio da Silva

⁷⁰ LEMBO, Claudio Salvador. *O Futuro da Liberdade – Estudos e circunstâncias*. São Paulo: Ed. Loyola, 1999, pp. 192-193.

⁷¹ Trata-se de decisão que primeiro foi prolatada no bojo do MS 26.602, no âmbito do Supremo. STF. MS 26.602. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>, acesso em 29/08/2020

⁷² Elival da Silva Ramos assim coloca a questão da necessidade de buscarmos melhor eficiência das nossas

o fenômeno do ativismo, fazendo valer a lógica da harmonia e equilíbrio entre os Poderes - cláusula pétreia de nosso Pacto Social.

Ora, há que se considerar, outrossim, que a deferência e respeito às decisões dos outros Poderes importa, salvo em situações-limite, na anuência plena com um procedimento mais lento e complexo. Ademais, como é natural, a não-decisão é também uma espécie de escolha, não necessariamente ruim e autorizadora da ação do Poder Judiciário⁷³. Comportamentos institucionais omissivos, por vezes e considerando alguns cenários e contextos, são meios palatáveis para se assegurar um melhor amadurecimento na busca do consenso político possível⁷⁴.

Casas Congressuais: *“Não obstante a reorganização do quadro partidário melhora, significativamente, a eficiência do Congresso Nacional, não se deve desprezar a possibilidade de aperfeiçoamento da disciplina do processo legislativo, o que tem sido tentado apenas no tocante às medidas provisórias, no sentido de se enfrentar o grave problema de sua utilização abusiva da parte do Poder Executivo, sem se ter plena consciência, no entanto, de que o fenômeno que se busca combater guarda certa relação com o ativismo judicial, ambos estimulados pela inapetência legislativa do Parlamento. Todavia, a medida mais indicada para a aceleração do processo legislativo certamente teria chances reduzidas de ser aprovada no âmbito do Senado Federal, consistindo, precisamente, na redefinição do papel da Câmara Alta, de modo a se manifestar apenas nas matérias de interesse federativo, ressalvadas suas competências extralegislativas. Finalmente, abstraindo-se das dificuldades de sua aprovação congressual, uma reforma na distribuição de competências legislativas entre as unidades federadas, na linha de um federalismo assimétrico, poderia, igualmente, tornar a legislação mais ágil e próxima das necessidades sociais.”* RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. Op. cit., p. 293.

⁷³ Waldron, segundo penso, acerta ao considerar equivocada a lógica, amplamente difundida, que a atividade legiferante é inferior moralmente, a justificar a necessidade do ‘judicial review’: *“Pintamos a legislação com essas cores soturnas para dar credibilidade à ideia de revisão judicial (isto é, revisão judicial da legislação, sob a autoridade de uma carta de direitos) e ao silencia que, de outra maneira, seria o nosso embaraço quanto às dificuldades contramajoritárias que, às vezes, pensamos que a revisão judicial implica. Construimos, então, um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com a má fama do legislar. Os cientistas políticos sabem mais do que isso, naturalmente. Ao contrário dos professores de Direito, eles têm a boa vontade de combinar um modelo cético de adjudicação de recurso e do Supremo Tribunal”*. WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 2.

⁷⁴ De se ponderar que, embora se possa temer eventual cenário político em que há ‘tirania da maioria’, fato é que, antes de mais nada, é preciso se considerar que a participação da maioria da Sociedade nas grandes decisões acerca dos rumos que queremos é antes uma conquista civilizatória do que um defeito de nosso sistema de Governo. Neste sentido, Jeremy Waldron: *“Sometimes we talk carelessly as though there were a special problem for the legitimacy of popular majority decision-making, a problem that does not exist for other forms of political organization such as aristocracy or judicial rule. Because the phrase ‘tyranny of the majority’ trips so easily off the tongue, we tend to forget about other forms of tyranny; we tend to forget that legitimacy is an issue that pertains to all political authority. Indeed it would be very odd if there were a graver problem of legitimacy for popular majoritarian decision-making. Other political systems have all the legitimacy-related dangers of popular majoritarianism: they may get things wrong; they may have an unjust impact on particular individuals or groups; in short, they may act tyrannically. But they have in addition one legitimacy-related defect that popular majoritarianism does not have: they do not allow a voice and a vote in a final decision-procedure to every citizen of the society; instead they proceed to make final decisions about the rights of millions on the basis of the voices and votes of a few.”* WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 299.

Neste sentido, bem pondera Manoel Gonçalves Ferreira Filho que nos alerta acerca da importância da governabilidade de um país, fruto de uma série de variáveis complexas:

“Numa analogia imperfeita como todas, mas expressiva –, a governabilidade de um Estado se assemelha à de um veículo. Esta depende das características de seu motor, de sua suspensão, de seus freios e sistema de direção etc. Contudo, esses elementos não permitem a dirigibilidade em qualquer tipo de estrada ou pista, nem independentemente da finalidade para a qual foi construído e sem um mínimo de capacidade por parte do condutor. De fato, quem dirige, ou dirigiu, um automóvel, sabe que pode perder a governabilidade, ou por motivos externos ao veículo e ao condutor - o estado da pista, água ou gelo sobre ela –, ou por motivos peculiares ao próprio veículo e ao seu motorista. Da mesma forma, a governabilidade de um país depende, por um lado, das condições políticas, econômicas e sociais que o mesmo apresenta num determinado momento (condições estas que podem, ou não, resultar de mau governo) (fatores particulares), por outro, da adequação, ou inadequação, da máquina governamental (sua capacidade, inclusive o estilo de seus governantes, e recursos disponíveis) aos objetivos almejados. Por isso se vê, facilmente, que a governabilidade é relativa, não absoluta, e resulta da inter-relação entre elementos exteriores (as referidas condições políticas, econômicas e sociais) e elementos interiores (a máquina e o homem que a dirige). A governabilidade, portanto, importa uma equação de múltiplas variáveis.”⁷⁵

Destarte, é preciso levar em consideração, neste contexto, que no ensejo dado pelo próprio Poder Legislativo Brasileiro por ocasião da operacionalização da ritualística das ações de controle concentrado de constitucionalidade, a maioria das decisões da Suprema Corte carreguem consigo o efeito *erga omnes*, ampliando desta forma seu poder de fogo jurisdicional.

Assim é que (até mesmo contra a vontade de certos grupos políticos que hoje compõem nosso corpo legislativo, que por vezes se beneficiam do jogo político jogado no STF), de rigor que, através de uma reforma institucional que contemple ao mesmo tempo uma diluição desse poder residente nas mãos dos juízes supremos e também um fortalecimento do ferramental do Legislativo, ocorra valorização da atividade legiferante como múnus próprio deste Poder. Vejamos, neste contexto, o alerta de Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

“(…) mantidas as coisas exatamente no estado em que se encontram, a situação poderá se expandir tanto para o bem quanto para o mal de nosso sistema democrático. O Supremo tem estado motivado pela nossa dinâmica político-democrática a interferir nos processos decisórios cruciais, no governo e na Sociedade com intensidade e profundidade. Por sua vez, quanto mais crescer o papel da Corte, maior será a tendência a adotar visões livres, expansivas e

⁷⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e governabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 3.

inovadoras da Constituição e dos direitos constitucionais. Nossa política democrática vem alimentando o ativismo judicial e o ativismo judicial alimenta a si mesmo. A política dá a oportunidade e a Corte aproveita-a e avança sua posição e amplia o poder no arranjo institucional brasileiro. Se o melhor for retroceder ou avançar ainda mais a posição político-institucional da Corte, é imprescindível que se saiba que, em ambas as hipóteses, a deflagração e a condução do processo não cabem apenas, nem principalmente ao Supremo Tribunal Federal. O quanto de alternância de poder continuará a marcar a formação de nossos poderes políticos e o nível de interferência ou pressão do Executivo Federal sobre o Tribunal representam variáveis decisivas. A questão é muito dependente, como a história ensina, da vontade política”.⁷⁶

As decisões do STF devem ter efeito *erga omnes*, em sua maioria, especialmente se considerarmos a vinculação dos demais Poderes? Será que, com tais decisões, não há efetiva possibilidade, por exemplo e por ocasião da sindicabilidade de direitos prestacionais, em causar um desarranjo grande na implementação de políticas públicas? Por qual razão partimos da premissa de que em certas oportunidades o que é levado a cabo pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo é necessariamente mal planejado, mal feito e mal acabado? Possivelmente em um País no qual os controles próprios e internos sejam mais eficazes, presentes e desenvolvidos - sem que precisem ser necessariamente judicializados - este fenômeno não deveria ocorrer, o que *per se* denotaria um avanço institucional que ensinaria a não intervenção judicial.

Não se trata da volta ao ensejo da ultrapassada doutrina das normas programáticas. De outro lado, não há como admitir que a simples decisão judicial - ainda que revestida do valor eterno justiça - faça brotar recursos para torná-la realidade. Cremos que o problema, portanto - e eis aí mais uma vez o ponto fulcral de nossa preocupação - não é o espaço cada vez maior ocupado pelo Judiciário. Isto é inequívoco e realidade em vários países. A questão é antes saber as razões pelas quais isso foi institucionalmente possível e como fazer para que este cenário seja recalibrado.

Existem modelos e arranjos institucionais que consagram o controle de constitucionalidade, mas que, de maneira preponderante, reservam palavra importante ao Legislativo⁷⁷. Com efeito, a posição de Waldron reflete tal posição:

⁷⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões Judiciais do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 359.

⁷⁷ Importante ressaltar que a debilidade em representar os verdadeiros anseios do povo, em especial por parte do Poder Legislativo, pode resultar em perda importante de legitimidade para ação, o que acaba por trazer para o tabuleiro novos personagens que, por vezes, ao acionar o Judiciário, por exemplo, acabam por alimentar diretamente a supremacia judicial que aqui apontamos como problema. Sobre a perda de legitimidade dos detentores do poder, assim se posiciona Elio Gallego Gárcia: “*Al no existir una verdadera política y social frente al Poder siempre surgirán otras instancias que cubran ese vacío. Intelectuales, periodistas, colectivos,*

“Devemos imaginar uma Sociedade que possua: (1) instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio universal; (2) um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o estado de direito; (3) um comprometimento da parte da maioria dos membros da Sociedade e da maioria das autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias e (4) discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos (isto é, quanto ao que realmente significa o comprometimento com direitos e quais são as suas implicações) entre os membros da Sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos. (...) com relação a estas pressuposições, a Sociedade em questão deve resolver as discordâncias quanto a direitos de seus membros utilizando suas instituições legislativas. Se essas pressuposições se sustentarem, a posição a favor de consignar tais discordâncias ao judiciário é fraca e não convincente, não havendo necessidade de as decisões legislativas sobre direitos serem reavaliadas pelos tribunais. (...) permitir que decisões dos tribunais anulem decisões dos parlamentos quanto a essas questões deixa de satisfazer critérios importantes de legitimidade política”.⁷⁸

Quais as razões nos levam a desacreditar tanto na capacidade de mudança - na direção do aperfeiçoamento institucional das nossas instituições e vida cotidiana - que tem (ou devia ter) a participação política entre nós? Este é, a nosso juízo, o problema fulcral do atual direito constitucional e do pensamento democrático. Não deve ser correto, como a experiência tem demonstrado nas últimas décadas, relegar a decisão essencialmente política para ser tomada pelo Poder Judiciário. É preciso resgatar velhos foros de discussão (caso do Legislativo) e também criar novos, adaptados aos tempos modernos de comunicação massiva e em escala mundial. Com efeito, o Poder Judiciário, através de sua Corte Constitucional, não pode funcionar na lógica de terceira (e privilegiada) Câmara. Eis a maneira como José Acosta Sanchez nos coloca a questão:

“La primera explicación exorbitante de la jurisdicción constitucional remonta al siglo pasado y la presenta como una tercera Cámara legislativa con veto

sindicatos, expertos o personajes populares y mediáticos se erigirán a sí mismos en representantes del sentir general y de los intereses de la sociedad frente al Gobierno. Desaparecida una representación cualificada e institucionalizada, se erige otra sin más título que la que corresponda a su fuerza para ejercer presión sobre el gobernante. El llamado sistema representativo muestra de este modo una curiosa tendencia pendular de máximo poder y máxima debilidad, lejos de la moderación propia de un sistema bien equilibrado. (...). El resultado más grave de la conversión de la representación popular en poder ha sido, pues, la desaparición de la genuina representación popular frente al Poder. Resulta igualmente inevitable que la representación convertida en Gobierno posea los intereses propios de quienes disfrutan del Poder”. GARCÍA, Elio A. Gallego. *Representación y Poder: un intento de clarificación*. Madrid: Dykinson, 2017, pp. 52-53.

⁷⁸ WALDRON, Jeremy. *A Essência da Oposição ao Judicial Review Op. Cit.*, p. 106.

absoluto. Arranca de la crítica inglesa al sistema estadounidense. Para los juristas de Inglaterra el Tribunal Supremo de los Estados Unidos es de facto una tercera Cámara superior a las otras dos, en cuanto posee veto absoluto sobre las leyes aprobadas por ellas. En épocas de activismo e impopularidad del Tribunal Supremo esa imagen es recurrente en los propios Estados Unidos. (...) La catalogación de tercera Cámara legislativa para la jurisdicción constitucional ha encontrado sus motivos más fundados en la creatividad, activismo y politización de que ha sido acusada. Mediante la primera, se reprueba al órgano de la jurisdicción constitucional no como simple «legislador negativo», sino como legislador positivo, creador de disposiciones legislativas sin legitimidad constitucional y sin las responsabilidades políticas anejas al legislador. Si tal intromisión en el poder legislativo se produce de forma continuada o intensa, se habla de activismo. Si tiene lugar siguiendo flagrantes criterios de oportunidad y desde alineamientos notoriamente partidistas, se habla de politización.”⁷⁹

Fazendo um paralelo com a experiências de diversos outros países, o magistério de Sanchez continua:

“Por lo demás, se da una desigual intensidad de ataques a la «tercera cámaralegislativa» según los países. En Alemania e Italia, el gran prestigio de sus Tribunales constitucionales ha absorbido o neutralizado las críticas. Incluso en el país con mayor tradición anticontrol de constitucionalidad de Europa, Francia, hace década que la doctrina admite, en general, «el poder creador y normativo del juez» (...) El gran problema -añade es cómo contribuirán los jueces al desarrollo del Derecho sin avasallar la función legislativa. La revisión judicial de las leyes ha sido un área de tempestades en la historia americana porque implica opciones políticas sin responsabilidades políticas. (...) Como ejemplo paradigmático, el Tribunal Federal suizo, mediante su sentencia de 27 de octubre de 1990, impuso al Cantón de Appenzell legislar a favor del sufragio femenino. Los Tribunales Constitucionales alemán y austríaco «invitan» al legislador siempre que lo creen necesario a modificar la ley en un determinado sentido. «El Tribunal Constitucional alemán frecuentemente como una especie de superlegislado definiendo los límites dentro de los cuales el legislador debe moverse [...] encerrando al Bundestag en una densa red de reglas» (...) En Italia, «el poder normativo del Tribunal Constitucional toma dos direcciones: de una parte, la producción inmediata de normas, mediante sentenze-legge y, de otra, la participación en el proceso legislativo, mediante sentenze-indirizzo.”⁸⁰

Finalmente, acrescento a lógica havida na Bélgica e na Espanha, o supramencionado autor pondera que o funcionamento das Cortes Constitucionais como ‘terceiras câmaras’ representa hoje, mais do que nunca, uma disfuncionalidade que reflète alcance e potência indevidas destes órgãos:

⁷⁹ SANCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998, p. 362.

⁸⁰ *Idem*, p. 362.

“El Tribunal de Arbitraje belga, aún antes de la reforma constitucional que estableció en 1993 el Estado Federal, dictó importantes directrices al legislador central, mediante tres sentencias de 1989 y, sobre todo, mediante la del 14 de julio de 1990, en orden a regular la igualdad de los ciudadanos en la nueva situación de creciente descentralización. Respecto a España, (...) se registra un «deslizamiento que ha permitido al legislador negativo asumir la función del legislador a secas [...]. Esta creación "positiva" es, sin embargo; al menos en el plano legal, una manifestación patológica del sistema de control de constitucionalidad de las leyes». La explicación peyorativa o acusatoria de la jurisdicción constitucional como «tercera Cámara legislativa» incide, finalmente, en su papel sobre la configuración de la representación política y la función de los partidos, haciendo más transparente y acentuando la crisis actual de la democracia representativa. En suma, lo que comenzó siendo el siglo pasado una mera denominación despectiva de la judicial review - la de «tercera Cámara»-, es a finales de éste una metáfora que alude a problemas fundamentales del Derecho Constitucional, en virtud de la expansión y potencia de las jurisdicciones constitucionales.”⁸¹

Utilizando-nos das visões de Waldron e Tushnet⁸², para quem o problema não está localizado no tipo de conteúdo trazido pela decisão judicial e sim no postulado primeiro da razão da existência da justiça constitucional, é de se perquirir se, entre nós, de modo a permitir melhor instrumentação dialógica entre os Poderes, não seria melhor se escolhêssemos um grau mais diluído de controle de constitucionalidade. Assim, pensamos que precisamos analisar alguns modelos possíveis para traçar um paralelo que nos permita enxergar se outros arranjos não poderiam evitar a tentativa da prática da supremacia judicial que temos assistido em solo pátrio.

Ora, se partimos da premissa de que os Parlamentos funcionam inseridos em ambientes democráticos (na lógica do *free and fair elections*), ainda que de maneira imperfeita, acreditamos que esse, por suas próprias características, seja o foro prevalente para se deliberar acerca de controvérsias surgidas da aplicação, alcance e limites do Direito - especialmente aqueles de estatura constitucional. A justificativa dada para a manutenção preponderante deste ferramental na órbita da Justiça Constitucional se dá porquanto juízes não eleitos, com preparo profissional e massa crítica acima da média - longe do calor e da paixão política - poderiam estar racionalmente mais aparelhados para a tomada de decisões desse quilate.⁸³

⁸¹ *Idem*, p. 362.

⁸² Trata-se de pensadores seminais para a linha de raciocínio que aqui se quer demonstrar, cujas ideias estão retratadas em TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999 e WALDRON, Jeremy. *A Essência da Oposição ao Judicial Review*, *Op. Cit.*

⁸³ Vale lembrar a lição de Dworkin que nos diz que o magistrado-hércules é, em verdade, importante

Do nosso ponto de vista, embora reconheça que a lógica pode estar justificada no campo das ideias, a prática é absolutamente distinta, sendo certo que há também severa discordância entre os juízes de uma Corte Suprema. Deste modo, não há, aparentemente, razão lógica para se preferir o arbítrio e o juízo final de um pequeno grupo de pessoas a um grupo de representantes mais qualificado pelo sufrágio frequente do corpo eleitoral de um povo.

Se o Judiciário (e entre nós, referimo-nos especialmente ao STF, segundo queremos demonstrar) servir de anteparo firme aos abusos claros dos outros Poderes, especialmente da violência efetiva dos comandos constitucionais, sem a necessidade de se utilizar do expediente da criação do Direito, funcionando mais como uma biruta (que nos indica a direção e intensidade do vento) e menos como leme do navio, já estará certamente prestando um grande serviço ao sistema democrático em que estiver inserido. Pensar de maneira inversa poderia até mesmo nos sujeitar a um indevido enfraquecimento de cláusula pétrea que nos informa que a separação de poderes e sua respectiva convivência harmônica e equilibrada é elemento essencial de nosso ordenamento jurídico⁸⁴.

Ademais, dentre os problemas que pretendemos atacar, está o excessivo poder individual dos membros da Corte, além de algumas disfuncionalidades do órgão jurisdicional constitucional pátrio.

Pensamos, utilizando-nos do pressuposto que o legislador constituinte não usa palavras desnecessárias, que a cláusula de reserva de plenário havida no artigo 97 de nosso Pacto Social⁸⁵ é cristalina em assegurar que o exercício do *judicial review* pelo STF deve se dar em estrita observância do mecanismo da colegialidade. Não é, no entanto, o que temos visto na prática do Tribunal, como defenderemos ao longo deste trabalho. A lógica da

componente do sistema democrático e, se invalida leis a luz da constituição, o faz em reforço da democracia e não em detrimento dela: “*Hércules não é um tirano usurpador que tenta enganar o povo, privando-o de seu poder democrático. Quando intervém no governo para declarar inconstitucional alguma lei ou outro ato do governo, ele o faz a serviço de seu julgamento mais consciencioso sobre o que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição, mãe e guardiã da democracia, realmente quer dizer.*” DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 471.

⁸⁴ Nos termos do comando havido no artigo 2º de nosso Pacto Social: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. PLANALTO. *Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 30/08/2020

⁸⁵ “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público”. *Idem*.

colegialidade tem sua razão de ser visto que, segundo pensamos, reforça a legitimidade das decisões que pretendem invalidar atos comissivos de outras esferas de Poder. Ponderando acerca do expediente plural ao decidir, assim se pronuncia Lênio Streck:

“(…) Minha crítica é, pois, sistêmica. Objetiva a preservação dos direitos constitucionais dos que são atingidos e pelos que são beneficiados por uma decisão em sede cautelar. Há um direito fundamental dos cidadãos no sentido de que sejam cumpridos os artigos 10 da Lei 9.868 e 97 da CF. Parece-me que o legislador foi sábio no sentido de permitir que, no recesso, a cautelar possa ser emitida monocraticamente. Mas me parece, também, que foi mais sábio ainda ao exigir que, imediatamente, essa mesma decisão seja submetida aos demais membros do STF.”⁸⁶

Se levarmos em conta as experiências havidas em outras democracias, não nos parece que haja paralelo com o STF quando pensamos na possibilidade procedimental e processual que está à disposição dos Ministros para agir de maneira singular⁸⁷. Neste sentido, André Rufino Vale nos fala que:

“No direito comparado, é possível observar que outras Cortes Constitucionais não abrem espaço para a atuação monocrática de seus magistrados. (...) É o caso, por exemplo, do Tribunal Constitucional da Espanha, que mantém uma colegialidade muito forte no seio de seu órgão pleno pelo fato de naquele tribunal não há nenhuma abertura processual e procedimental para a atuação jurisdicional individual meio de decisões monocráticas. A colegialidade é um princípio que deve ser cultivado e preservado na prática deliberativa. Além da previsão e do respeito a certas normas e procedimentos de deliberação, ela

⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. *A decisão de um Ministro do STF pode valer como medida provisória?* In: CONJUR - <https://www.conjur.com.br/2014-dez-04/senso-incomum-decisao-ministro-stf-valer-medida-provisoria>, acesso em 22/10/2020.

⁸⁷ Não é caso de fazer juízo de valor acerca do feito de per si. Nossa crítica não é dirigida ao Douto Ministro Gilmar Mendes ou a qualquer outro componente da Corte. Ao contrário. Pessoalmente, acredito que temos homens e mulheres de elevadíssimo espírito público no STF, sendo certo que em muito contribuem para o engrandecimento de nossa Nação. A análise que estamos a fazer neste trabalho é essencialmente sistêmica, buscando racionalizar o funcionamento da Corte até atingir seu ponto ótimo. Posto isto, precisamos nos perquirir se não há muito poder individual disponível aos Ministros, dando lastro em situações como a que foi noticiada a seguir: “*Faltando poucas horas para a prescrição da acusação de crime eleitoral, o STF (Supremo Tribunal Federal) decidiu devolver para a Justiça Eleitoral de São Paulo o inquérito que estava na Corte desde 10 de setembro e que investiga o senador José Serra (PSDB-SP) por um suposto caixa dois de R\$ 5 milhões nas eleições de 2014. A decisão do ministro relator do caso no Supremo, Gilmar Mendes, é datada de 29 de outubro e só nesta terça-feira (3) entrou no sistema de acompanhamento processual do tribunal. A prescrição ocorre nesta quarta-feira (4). O caso está no STF porque o ministro acolheu um pedido da defesa e avocou o processo, isto é, chamou os autos para sua análise, o que provocou a sua paralisação.*” VALENTE, Rubens. *STF libera inquérito sobre José Serra no dia da prescrição*. In: UOL. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/colunas/rubens-valente/2020/11/04/jose-serra-investigacao-supremo-tribunal-federal.htm>, acesso em 06/11/2020.

exige o empenho e a participação efetiva de todos os integrantes nos momentos deliberativos dos tribunais. Pressupõe igualmente, a consideração por parte de cada membro de que as decisões são tomadas por todo o colegiado, e não por suas frações ou unidades. A colegialidade, dessa forma, é contrária às posturas individualistas de magistrados e, portanto, pressupõe normas e procedimentos que inibam comportamentos que visem fazer sobressair sua figura ou seus atos individuais em relação ao grupo. O Supremo Tribunal Federal possui atualmente um sistema de normas, procedimentos e práticas de deliberação que pouco favorecem essa noção de colegialidade.”⁸⁸

Tais questões, segundo pensamos, contribuem para que tenhamos certa nebulosidade institucional em solo pátrio. Assim, é necessário que miremos na correção e no aperfeiçoamento das atividades judicantes do Excelso Pretório para que este continue a contribuir com o aprofundamento da nossa experiência democrática⁸⁹.

Por óbvio, não se ignora, em razão direta do número excessivo de casos que já por anos atravancam a pauta e a agenda do STF, que não se pode pretender inviabilizar o funcionamento do Tribunal através de mudanças normativas que não levam em conta a lógica sistêmica do nosso ordenamento⁹⁰.

⁸⁸ VALLE, André Rufino. “A inconstitucionalidade das decisões cautelares monocráticas no controle abstrato de constitucionalidade”. In: TORON, Alberto Zacharias (et al). *Decisões controversas do STF: direito constitucional em casos*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 11.

⁸⁹ A questão do desrespeito frequente que o próprio STF engendra, ao permitir uso do expediente monocrático ao decidir ações de controle concentrado de constitucionalidade, combinado com o fato que a agenda do Corte é também definida sem nenhum controle e previsibilidade, tem dado ensejo a reação do Poder Legislativo. É o que nos indica André Rufino Valle: “(...) *Em um quadro no qual a violação da Constituição advém do tribunal constitucionalmente encarregado de ser o guardião da própria Constituição, é bastante previsível, no âmbito dos naturais jogos de poder que permeiam as relações político-institucionais entre Poder Legislativo e Poder Judiciário, que o Congresso Nacional reaja de alguma maneira exercendo um papel de fiscalizador do excesso de poder do STF e, dessa forma, assumindo o papel de guardião da ordem constitucional. Como era de esperar, a reação político-institucional do Congresso Nacional veio por meio do Projeto de Lei 7.104/2017, o qual contém proposta legislativa para vedar as decisões monocráticas de Ministros do STF no controle abstrato de constitucionalidade, tornando-as de competência exclusiva do Plenário da Corte*1°. Conforme o projeto, o art. 10 da Lei 9.868/1999, passaria a conter a seguinte redação: Art. 10. Poderá ser concedida medida cautelar na ação direta exclusivamente, por decisão da maioria absoluta dos membros de Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias. O projeto também prevê a revogação do atual § 1º do art. 5º da Lei 9.882/1999 (ADPF), cujo caput passaria a ter este texto: Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, exclusivamente, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental. O referido projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados no dia 3 de junho de 2018.” *Idem*, p. 14.

⁹⁰ Reconhecendo-se a dificuldade em se mudar o desenho institucional do STF mas, ao mesmo tempo, ponderando acerca da necessidade em se envidar esforços neste sentido, assim se colocam Benvindo e Rübinger-Betti: “Este artigo reconhece, naturalmente, as dificuldades de mudança de comportamentos e da construção de novos desenhos institucionais. Sabe, do mesmo modo, que o STF, com o alargamento de suas competências, acabou por reforçar práticas obstrutivas da deliberação até para lidar com o incremento de complexidade em meio à escassez de tempo. Em uma corte que, apenas em 2015, produziu 116.669 decisões,

No entanto, se alguma escolha institucional precisa ser feita, até mesmo - insistimos - em benefício fundamental do reforço da legitimidade social da nossa Corte Constitucional (no caso dela em específico e em virtude direta da natureza especial que goza em nossa topografia constitucional), essa passa, segundo pensamos, pela prevalência da lógica valorativa que já mencionamos haver no artigo 97 do nosso Pacto Social⁹¹, consagrando-se, por exemplo, a colegialidade como rito de funcionamento vital da Corte, em detrimento até mesmo do princípio da razoável duração do processo⁹².

O poder cautelar do magistrado (instituto processual próprio da prestação jurisdicional), no âmbito do STF, deve ser repensado, de modo a equalizá-lo com outras lógicas valorativas que, segundo pensamos, são tão importantes quanto tal instituto de direito adjetivo. Assim é que, diante da especialíssima natureza de nossa Corte Constitucional, o espaço de atuação individual jurisdicional dos Ministros deve ser, na medida do possível, engradado.

mas apenas 17.752 colegiadas, é visível que há um estrutural descompasso entre sua realidade cotidiana e a idealidade de uma corte constitucional. Contudo, soluções simples como as antes apresentadas, que não acarretariam maiores transtornos a essa realidade já bastante conturbada, poderiam abrir as portas para um avanço notável na capacidade deliberativa do tribunal. Ao não as promover, o STF expõe, todavia, seu lado mais humano, novamente confundindo-se com os indivíduos que o compõem. Como solipsismo supremo que é, não consegue sair da inércia que condiciona comportamentos à manutenção de sua zona de conforto. Mas, sobretudo, a resistência dos ministros à mudança, quando a obviedade dessa disfuncionalidade tão fortemente se apresenta e pequenos movimentos já trariam importantes resultados, expõe algo mais profundo: a dificuldade de seus ministros de esvaziarem-se de suas vaidades e de suas ânsias por mais poder, especialmente porque a corte, ao efetivamente deliberar, constrangerá suas tão consolidadas verdades. Repensar o processo decisório do STF não é, por isso, apenas um capricho teórico, mas uma tentativa de trazer possíveis soluções para uma quantidade expressiva de problemas práticos que ele origina.” BENVINDO, Juliano Zaiden; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. “Do Solipsismo Supremo à Deliberação Racional”. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 50, jan-jun. 2017, p. 175.

⁹¹ Artigo da Constituição Federal já mencionado na nota anterior 85.

⁹² Calamandrei, em sua seminal obra “Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados”, já asseverava a importância da colegialidade no ato de julgar: “*Nas discussões que hoje tanto se travam entre defensores dos tribunais coletivos e defensores do juízo singular, ouvi o seguinte raciocínio de um defensor do sistema colegial: – Posso admitir que os magistrados sejam favoráveis ao sistema do juiz único, visto que lhes estimula o amor-próprio e os liberta de todas as perdas de tempo da resolução em conferência. Mas não posso admitir que os advogados lhe sejam favoráveis, visto conhecerem muito bem os perigos da impressão subjetiva não temperada pela intervenção da deliberação coletiva. Creio que este raciocínio podia, mais razoavelmente, inverter-se da seguinte forma: – Posso admitir que os advogados sejam favoráveis ao sistema do juízo singular, porque o patrono conhecedor sabe que, quando seu cliente tem razão, é mais fácil convencer um do que três juízes; mas não posso admitir que lhe sejam favoráveis aos juízes, pelo menos àqueles que têm a consciência ainda tão afinada, que podem avaliar quanto é horrível alguém encontrar-se só na angústia de julgar.*” CALAMANDREI, Pierre. Eles os juízes vistos por nós os advogados. Disponível em https://www.academia.edu/33309811/Eles_os_ju%C3%ADzes_vistos_por_n%C3%B3s_os_advogados_Calamandrei, acesso em 14/09/2020

Sublinhamos. A concentração extrema de poder localizada em apenas alguns indivíduos no sistema é questão que precisa, segundo acreditamos, ser matizada, harmonizando-se tal aspecto com outros ferramentais do nosso ordenamento jurídico-social. A expansão do poder judicial nas últimas décadas é a premissa com que nos deparamos. Destarte, ainda que admitamos tal pressuposto, não nos parece correto dotar os componentes da nossa Corte Constitucional com largo espaço e possibilidade de atuação individual.

Com efeito, fazendo um paralelo que nos parece bastante aplicável ao cenário atual havido no STF, no final da década 90, apercebendo-se da capacidade imensa que tinha o Presidente da República em legislar de maneira direita, implementando sua agenda e visão de mundo de maneira unilateral, através das medidas provisórias (que de ‘provisórias’, como bem podemos lembrar, nada tinham), tivemos reação por parte do Poder Legislativo através da emenda constitucional número 32⁹³, cuja previsão normativa, através de pronunciamento claro do legislador constituinte derivado, limitou severamente o uso indiscriminado do ferramental representado pela edição das medidas provisórias por parte do Executivo.

Neste sentido e levando em consideração o contexto que acabamos por descrever, assim se pronunciou o Ministro Celso de Mello, ainda em 1999, por ocasião de entrevista para a Folha de São Paulo:

⁹³ EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32, DE 11 DE SETEMBRO DE 2001 - Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: Art. 1º Os arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal passam a vigorar com as seguintes alterações: "(...) "Art.48.§ 8º Havendo medidas provisórias em vigor na data de convocação extraordinária do Congresso Nacional, serão elas automaticamente incluídas na pauta da convocação."(NR) "Art.61. "Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (...) § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. (...) § 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. § 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional. (...) § 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo. (...) "Art.66.(....) § 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final. (...) Brasília, 11 de setembro de 2001. PLANALTO. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 30/08/2020.

“No plano institucional brasileiro, o aspecto de suma gravidade que tem me preocupado nestes últimos dois anos é a apropriação institucional pela Presidência da República de poderes legislativos, transformando as Medidas Provisórias em meio de legislação usado ordinariamente, quando a Constituição, ao definir essa forma excepcional de legislação, estabeleceu que só pode ser usada em caráter extraordinário. [...] Esse poder institucional gera grave distorção: desloca o eixo da elaboração de leis para o Executivo, quando ela é uma função clássica, típica, natural do Legislativo. O presidente da República se transformou no grande legislador do país. Essa sua compulsão legislativa fez o Brasil viver sob o signo do efêmero porque as Medidas Provisórias, por serem provisórias, introduzem um elemento normativo instável. Essa distorção institucional afeta e compromete o princípio da separação dos Poderes, uma das cláusulas pétreas, a alma da nossa Constituição.”⁹⁴

Se, como vimos, a preocupação do Ministro Celso de Mello com a ‘farra das medidas provisórias’ era o substancial deslocamento da força legiferante para a órbita do Executivo, pensamos que talvez estejamos com problema de natureza próxima nos dias atuais, no âmbito de nossa Corte Constitucional Suprema. Acreditamos que os poderes de um Ministro-Relator (ao decidir, por exemplo, quando a Corte julgará caso de sua relatoria), de Ministro-Presidente (ao definir de maneira preferencial a agenda e a pauta da Corte) ou de qualquer outro Ministro (ao pedir vista de um caso que está sendo julgado, sem compromisso coercitivo de devolução para decisão do Colegiado) são muito vastos, propiciando, como já dissemos, grande poder de influência no jogo do poder a apenas um único indivíduo⁹⁵.

⁹⁴ MELLO, Celso de. *Legislativo não faz ameaça*. Folha de S. Paulo, 11 abr. 1999, p. 8, disponível em: <https://acervo.folha.com.br/leitor.do?numero=14216&anchor=572382&origem=busca&originURL=&pd=4f77fb63ebbf07a3dea9ffe0546f485>, acesso em 02/09/2020.

⁹⁵ Razão pela qual Rios-Figueroa assevera que a preocupação com o design ‘interno’ do poder judicial, de modo a reforçar a lógica fundamental da sistemática dos freios e contrapesos, é por demais importante e certamente constituem a tônica deste trabalho: “*This essay takes a central idea of the system of checks and balances—that unchecked checkers face incentives to engage in corrupt behavior—and applies it to both inter- and intrabranched institutional design. Just as scholars of democracy speak of democratizing other institutions (e.g., the internal procedures of political parties, primary elections, decentralization, etc.), this essay argues that scholars of rule of law could scale the model of checks and balances down to the intrabranched level. In particular, while judges and prosecutors are generally considered checkers of other branches of government, they may also constitute sources of corruption if left unchecked. The institutional design of the judicial branch, therefore, should also be modeled so as to prevent the presence of “unchecked checkers.” Based on available data on the perception of corruption and on original data on judicial institutions in Latin America, preliminary results show that the perception of corruption is higher with higher levels of internal independence and with prosecutorial organs subordinated to the executive branch. However, there is no evidence that extreme values of external Independence are related to higher perceptions of corruption. The case studies in Chile and Mexico illustrate how unchecked checkers in the judiciary are detrimental to the war on corruption. At the same time, they exemplify how the mechanisms by which the intrabranched checks and balances help or hinder the combat of corruption can vary based on the particular design of a given justice system, the presence of particular institutions (such as the Contraloría in Chile), the sociopolitical context, and the important legacy, both institutionally and politically, of antecedent authoritarian regimes. This essay also has relevant implications. Perhaps the main one is that there are both theoretically founded reasons and some empirical evidence that*

Neste sentido, defendemos que precisamos de regulamentação (a semelhança do ocorrido por ocasião da Emenda Constitucional número 32) prevendo, e.g., o travamento da pauta de julgamento da Corte e devolução obrigatória em sistema de processos com pedido de vista, considerando-se abstenção a posição do Ministro que, pedindo vista, não apresenta voto dentro do prazo regular. Acreditamos que, desta forma, aperfeiçoaremos nosso Estado de Direito, relativizando-se o espaço individual de ação que alguns componentes do sistema podem possuir, gerando, outrossim, melhor governança para o STF⁹⁶. Na lógica da definição de democracia de Sartori⁹⁷, qual seja, a democracia é o reino da liberdade, é preciso entender que a defesa do Estado de Direito é condição para a preservação da Democracia.

Bem sabemos que a natureza do poder político é corromper-se⁹⁸. Assim, a consagrada lógica doutrinária nos indica, na visão clássica, a divisão do poder em três grandes círculos de competência, exercidas de maneira independente e harmônica, com controles recíprocos, não podendo haver ingerência na competência de um ou outro Poder. Tal teoria é, no cenário contemporâneo, bastante criticada, visto que, para alguns analistas, é irrealizável na prática. Basta perceber que o Poder Executivo no século XX, especialmente no período pós-guerras, colocou o Poder Legislativo nos bastidores. Hoje, no século XXI, é possível afirmar que, em

certain judicial institutions help control the perception of corruption. The search for a “correct” mix of independence and accountability for nonelected politicians such as judges and prosecutors seems to demand more research and careful analysis by both academics and politicians. Institutions such as judicial councils, which usually administer the judiciaries and the careers of lower-court judges (i.e., internal independence), also deserve more attention by academics and practitioners alike.” RÍOS-FIGUEROA, Julio. “Justice System Institutions and Corruption Control: Evidence from Latin America”. *The Justice Sytem Journal*, v. 33, n.2, 2012. pp. 210-211.

⁹⁶ Neste sentido, assim posiciona-se Corando Hübner Mendes: “*O Supremo Tribunal Federal, com arte e engenho, se fez ingovernável. Subordinado à soberania caprichosa de cada ministro, não tem dado conta do peso da sua responsabilidade institucional. Há muitas dimensões dessa ingovernabilidade, desse deliberado desapego a padrões transparentes de decisão, de gestão e de racionalidade quantitativa e qualitativa. É necessário iluminá-las para que possamos perceber uma realidade que não fomos ensinados a ver e que o próprio tribunal, conscientemente ou não, faz de tudo para ofuscar. Qualquer estudioso que almeje contribuir para a reforma e o aperfeiçoamento da corte não poderia deixar de fora de sua análise ao menos cinco dimensões, mutuamente imbricadas: a política, a jurídica, a procedimental, a ética e a gerencial. Cada uma delas merece ser tratada com o devido cuidado conceitual para que se observe não só sua especificidade, mas também sua inter-relação. E, sobretudo, para que se consiga investigar as prováveis causas estruturais e individuais dessa patologia, que não admite remédio fácil, rápido e indolor.*” MENDES, Conrado Hübner. *A ingovernabilidade do STF*. In: JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/materias19-a-ingovernabilidade-do-stf-17092014>, acesso em 15/09/2020.

⁹⁷ Cujas ideias foram demonstradas em SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisada – O Debate Contemporâneo*. São Paulo: Editora Ática, 1994.

⁹⁸ Na lógica consagrada por Lord Acton. ACTON, John-Dalberg. *Historical Essays and Studies*. FIGGIS, J. N. e LAURENCE, R. V. (orgs.). London: Macmillan, 1907. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/titles/acton-historical-essays-and-studies>, acesso em 09 de agosto de 2018.

certa medida, o Poder Judiciário está colocando o Poder Legislativo e o Poder Executivo nos bastidores. É tempo de uma nova fórmula?⁹⁹ Karl Lowenstein¹⁰⁰ prega uma nova visão, na linha do exercício do poder de determinar, executar e controlar.

Assim é que o espectro do exercício do poder de controlar será o mais proeminente no cenário político. A questão que se coloca é: Este poder de controle deve necessariamente passar pelas mãos, ao menos de maneira preponderante, dos integrantes do Poder Judiciário, especialmente no âmbito de manifestações jurisdicionais individuais? Se sim, acreditamos que tal mister – esculpido no fenômeno da judicialização da política – pode fragilizar a fórmula da separação de poderes e, por via de consequência, a contenção do poder se torna fenômeno a preocupar os analistas do Direito Constitucional, sendo portanto preocupação central deste trabalho.

Nos parece correto afirmar que povos que vivam em regimes democráticos partam da premissa básica que infere que os direitos e garantias fundamentais são essenciais e devem ser sempre levados em consideração, especialmente no modo como o cidadão se posta diante do Poder. Isto é um compromisso - nesta altura da nossa evolução civilizatória – inelutável.

A questão, portanto, não é se perquirir acerca da existência e consequente aplicação destes direitos. O dissenso ocorre na forma, no método, na frequência e no alcance de como tais direitos devem ser aplicados no seio da Sociedade. O medo do agir tirânico pelos

⁹⁹ Sobre as especialidades de cada Poder, assim se posiciona Reinhold Zippellus: *“Uma distribuição das funções organicamente adequada. Abstraindo do controlo do poder, a atribuição de funções específicas a órgãos expressamente criados para esse fim acarreta também a vantagem de uma especialização materialmente adequada. A estrutura e o procedimento dos diversos órgãos estatais são conformados de acordo com as tarefas a desempenhar precisamente por eles. Consequentemente, os órgãos do Estado deveriam limitar-se, por princípio, desde logo no interesse de um tratamento adequado e racional dos assuntos, às funções para que foram instituídos. Designo este princípio por “distribuição de funções organicamente adequada”. Abstraindo totalmente do princípio do equilíbrio dos poderes, um parlamento, p. ex., seria, logo no plano funcional, muito menos adequado para actos jurisdicionais do que um tribunal, porque os deputados não gozam das garantias pessoais de independência judicial e também não possuem obrigatoriamente a habilitação profissional para o cargo de juiz, e porque o parlamento constituiria um grémio desnecessariamente grande para actos jurisdicionais. Por outro lado, o parlamento é mais apropriado, p. ex., para o exercício discricionário da regulação jurídico-política do que um tribunal. Sobretudo em colaboração com a burocracia ministerial tem à sua disposição, regra geral, bases de informação mais amplas e melhores do que um tribunal; está preparado para negociar compromissos sociais (...) e toma as suas decisões em confronto necessário com a opinião pública e, deste modo, está submetido por retroacção a controlos democráticos, tal como são exigidos para processos de orientação política, inclusivamente para a selecção e limitação de objectivos legislativos de natureza jurídico-política. (...) Isto reveste-se de importância, p.ex., para a questão da determinação dos limites da fiscalização de leis por parte do tribunal constitucional.”* ZIPPELLUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 411-412.

¹⁰⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1978.

detentores do poder, cujo remédio seria destinar força preponderante de controle por parte das Cortes Constitucionais, encontra respaldo limitado na prática democrática. Isto porquanto, a nosso juízo, há também possibilidade de ‘tirania’ judicial. Com efeito, o remédio regular para combate desta patologia consistente no exercício arbitrário de poder pela maioria não perpassa necessariamente - de maneira singular - pelo Judiciário e sim também pelo aperfeiçoamento e fortalecimento de mecanismos inseridos dentro da própria democracia.

Aliás, nesse contexto, pondera Ricardo Luis Lorenzetti que, mais do que a escolha substantiva, as Cortes Constitucionais devem em verdade assegurar a prática procedimental do jogo político, garantindo-se portanto participação equânime de todos os espectros da Sociedade:

“No campo da filosofia do direito trabalha-se formulando uma interrogação como modo de instigar o raciocínio: por qual razão debatemos arduamente, votamos, elegemos etc., se logo há um grupo de juízes, não eleitos, que decidem por nós? Essa colocação assinala que os juízes, que são uma minoria, substituem a maioria, e afetam a base da democracia. Para que isso ocorra deve haver uma justificação e um limite. A justificação está sustentada na noção de democracia constitucional, posto que a ela interessa não só a regra da maioria, senão a tutela das minorias. Nesse sentido, os juízes são guardiões da Constituição, e, portanto das instituições e dos direitos individuais. O limite é importante, porque a atuação não deve estar destinada a substituir a vontade das maiorias ou minorias, mas a assegurar o procedimento para que ambas se expressem. De tal modo, a atuação dos juízes não deve ser, neste sentido, substantiva, mas procedimental, garantindo os instrumentos para uma expressão diversificada e plural, em vez de substituí-la por opiniões próprias. Devem sustentar as regras da Democracia e a República, que são essenciais para que a Sociedade discuta e resolva seus problemas, e não tentar substituir esse debate, salvo situações extremas.”¹⁰¹

Não se pode olvidar inclusive, até mesmo em razão do país continental em que vivemos (onde são governadas mais de duzentas milhões de almas, nas mais diferentes realidades, nos mais distintos caldos culturais), que a grande desenvoltura com que agem os componentes da Suprema Corte - verdadeiros ‘superstars jurídicos’¹⁰², podem servir de

¹⁰¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de Direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 336.

¹⁰² Nesta esteira, de se perquirir outrossim acerca da grande exposição pública dos nossos magistrados supremos. A publicidade das ações de um Poder pode se dar de diferentes maneiras. Não haveria modos distintos, adaptados a cada meio e tipo de função, de dar publicidade aos atos estatais? A ‘dose’ de publicidade, a nosso sentir, é aspecto a ser considerado no âmbito do nosso Excelso Pretório, reconhecendo-se aqui mais um problema que pode, a rigor, exacerbar o mal ativismo. A publicidade escancarada dos atos da nossa Corte Suprema pode trazer efeitos colaterais tais quais demonstrações de falso conhecimento, reforço argumentativo

premissa comportamental básica (e por vezes perigosa) para parte dos cerca de vinte mil magistrados que desempenham suas funções judicantes no Brasil¹⁰³. Assim, é de se perguntar, do ponto de vista do exercício do poder, o que será melhor: uma atitude contida, respeitando-se os limites trazidos pelo próprio ordenamento ou uma atitude mais saliente, em que se fala fora dos autos e decide-se, ao conhecer de uma situação, com base em premissas pessoais, ‘escolhendo-se’ a solução que se reputa correta, tendo a lei como mero apêndice?

O exercício cada vez mais pleno da cidadania ainda é, a nosso sentir, o melhor caminho para a concretização do nosso Pacto Social. É (ou deveria ser) o cidadão *per se* o agente privilegiado das mudanças e aperfeiçoamentos institucionais que precisamos. Daí porquanto é preciso incluir e devolver a Constituição para o Povo.

Não se pode, no entanto, como em uma mesa de jogos de azar em que se colocam todas as fichas apenas em um número ou cor, apostar que a prática da cidadania seja substituída, por exemplo, pela atuação única das Cortes Constitucionais. O direito de participação, especialmente nas esferas em que isto ocorre com mais naturalidade, deve ser estimulado. Como já sublinhamos, não se nega o fato de que o Poder Judicial (e mais ainda à Justiça Constitucional) seja um importante foro de deliberação. Não é, no entanto, a resposta última para a resolução dos problemas estruturais que temos em nossa Sociedade.

inútil, etc. Não é possível se achar um ponto de equilíbrio, sem este “espetáculo”? Talvez selecionando matérias que seriam, em outros países, objeto de plebiscito e que portanto pressuporiam participação de vários outros atores da Sociedade, o que não se aplica a toda e qualquer matéria a ser julgada. Seria necessário acrescer graus de regulação neste sentido? É pergunta válida e que já foi objeto de preocupação de alguns analistas e que, portanto, merecem algumas linhas neste trabalho. Com efeito, embora a favor da publicidade das sessões de julgamento dos Tribunais, assim pondera Felipe de Melo Fonte: “(...) o verdadeiro argumento contra o televisionamento de tribunais é a possibilidade de juízes e jurados esquecerem-se de sua missão de aplicar o Direito de modo desinteressado e passarem a atender para as demandas do público (por razões de popularidade ou medo de sanções sociais. De fato, é possível imaginar que esses riscos surjam mesmo quando não haja o televisionamento de julgamentos (...). Contudo, enquanto pendentes estudos psicológicos mais profundos sobre os efeitos das câmeras em processos criminais, e considerando o bem jurídico envolvido aqui, talvez o ideal seja, por dever de cautela, não expandir o televisionamento, especialmente se houver requerimento do réu neste sentido”. FONTE, Felipe de Melo. *Jurisdição Constitucional e Participação Popular*. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, 2016, p. 37.

¹⁰³ Não apenas para magistrados, mas também para uma Nação ávida por ‘heróis’: “O relator do processo do mensalão no Supremo Tribunal Federal (STF), Joaquim Barbosa, teve uma aparição rápida na cerimônia de posse do novo presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Felix Fischer, nesta sexta-feira. Barbosa foi assediado pela imprensa, mas não quis falar sobre o julgamento. Porém, reagiu bem-humorado quando algumas mulheres presentes no evento disseram que ele era o herói delas. “Que é isso gente. Eu sou um barnabé desse processo”, respondeu ele.” AZEVEDO, Reinaldo. *Joaquim Barbosa é chamado de “herói” em cerimônia de posse do novo presidente do STJ*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/joaquim-barbosa-e-chamado-de-8220-heroi-8221-em-cerimonia-de-posse-do-novo-presidente-do-stj/amp/>, acesso em 25/08/2020.

Destarte, a questão é, antes de tudo, de calibragem e equilíbrio ótimo entre o mister consagrado à Justiça Constitucional e o exercício regular e pleno das missões constitucionais reservadas aos demais Poderes.

Deixando claro o papel procedimental do Poder Judiciário no contexto da garantia de participação de todos os atores sociais nos processos deliberativos, assim se posiciona José Adércio Sampaio:

“Não é que as cortes sejam destituídas de um papel importante nos processos de efetivação constitucional. Ao contrário, são elas instrumentos imprescindíveis, embora não centrais, ao funcionamento do sistema político-constitucional. Sem embargo, cabe aos poderes políticos, associados a uma cidadania militante, o papel de definição do conteúdo substantivo da Constituição e de solução dos problemas sociais existentes, restando ao judiciário a tarefa de garantir que esse processo deliberativo seja realizado de forma mais adequada, segundo os pressupostos da virtude cívica e da igualdade política dos participantes.”¹⁰⁴

Não se está a pregar, por óbvio, a extinção e nem sequer o desaparecimento da Justiça Constitucional, especialmente no arranjo brasileiro em que, historicamente - por diversas vezes aliás - prestou relevantíssimos serviços ao País, ainda que agindo de maneira contramajoritária. Antes, pretende-se fortalecer, através de certos ajustes sugeridos e que, a meu sentir, se fazem necessários, o equilíbrio havido entre os Poderes¹⁰⁵, dando desta forma

¹⁰⁴ SAMPAIO, José Adércio L. “Sobre Cass Sustein e a neutralidade constitucional”. In: SUSTEIN, Cass R. *A constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. xiv.

¹⁰⁵ No contexto da necessidade de coesão entre os diversos atores com poder de veto em sistemas constitucionais democráticos, assim pondera Tsebelis: “(...) *“Minha análise concluiu que a estabilidade das políticas públicas de um sistema político aumenta quando aumenta o número dos ‘veto players’, quando sua congruência diminui e sua coesão cresce. Os resultados macropolíticos básicos dessa análise mostram que nenhuma das variáveis independentes geralmente utilizadas nas análises comparativas, como tipo de regime, sistema de partidos e número de Câmaras do Legislativo, produz as mesmas conseqüências independentemente umas das outras. Principalmente os sistemas presidencialistas (que têm múltiplos veto players institucionais) apresentam características de estabilidade do processo de formulação de políticas muito semelhantes às dos governos de coalizão nos sistemas parlamentaristas (que têm múltiplos veto players partidários). Essas características comuns aos sistemas presidencialista e parlamentarista pluripartidário contrastam com as dos sistemas bipartidários, dos governos de partido dominante ou dos governos minoritários nas democracias parlamentaristas (que têm um único veto player). Estudos empíricos que tratam do processo de formulação de políticas fornecem resultados congruentes com as expectativas do modelo. O mesmo acontece com os estudos sobre a instabilidade dos governos e dos regimes. O modelo do veto player pode ser ampliado para incluir as Cortes Supremas, as maiorias qualificadas, os referendos, as estruturas corporativistas do processo decisório, os governos locais e outros mecanismos institucionais. Pode também ser usado para gerar previsões acerca da importância e da independência do judiciário e da administração pública. Se os tribunais e as burocracias quiserem que suas decisões se sustentem e não sejam invalidadas pelos atores políticos, sua posição será mais independente e mais importante nos sistemas que contam com múltiplos veto players incongruentes e coesos.”* TSEBELIS, George. Processo decisório em sistemas políticos: veto players no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo. Rev. bras. Ci. Soc. v.12 n.34 São Paulo jun. 1999.

novo patamar de qualidade aos diálogos constitucionais institucionais¹⁰⁶. Insistimos que algumas mudanças procedimentais poderiam trazer grande incremento na qualidade deliberativa do STF, diminuindo o decisionismo individual e reforçando, no jogo do poder, a legitimidade da Corte perante os demais Poderes e a Sociedade. Neste sentido, vale mencionar a lição de Virgílio da Silva, sublinhando a necessidade de aperfeiçoamento dos processos deliberativos da nossa Corte Constitucional:

“(…) a few procedural rules and customary practices may strongly hamper the deliberative performance of a court. If one assumes that good deliberative practices are a source of legitimacy for the judicial review of legislation - as this article assumes - the result of the case-study carried out above is clear: the Brazilian Supreme Court has a legitimacy deficit. However, the case of the Brazilian Supreme Court as an institution with poor deliberative performance should not lead us to conclude that the thesis of courts as institutions with a distinctive deliberative potential must be rejected. What I tried to argue throughout this article is that each disincentive for a true deliberation in that court is caused by a particular rule or by a particular practice. Other rules and practices may lead to completely different outcomes. Hence my plea for more studies on concrete experiences. For the case of the Brazilian Supreme Court, it is possible to suggest that a few minor changes in its rules of procedures would strongly improve its deliberative performance. Additionally, some customary practices, whose origins in some cases lie more than one hundred years in the past, are worthy of review.”¹⁰⁷

É de se pensar que a lógica da supremacia judicial é, em si mesmo, perigosa. No mundo dos fatos - levando-se em consideração como a estruturação institucional da

Disponível em: http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/34/rbcs34_06.pdf, acesso em 31/08/2020

¹⁰⁶ Verbicaro, falando sobre processos de deliberação democrática, também aponta a necessidade de que os mesmos sejam estimulados através de canais próprios, distintos do poder judicial: *“Apesar da grande importância que se atribui ao Judiciário na cena democrática, é imperativo destacar que os canais político-majoritários reservados à deliberação democrática devem ser reconhecidos como a via natural de concretização de escolhas políticas e, como consequência, de implementação dos direitos fundamentais. Afirma-se, portanto, que o Poder Judiciário não pode substituir-se às instâncias majoritárias de formação da vontade política. Os canais majoritários são os mais adequados para elaborar políticas públicas e promover reformas sociais na Sociedade, uma vez que são mais aptos para acolher reivindicações sociais e implementar políticas equânimes distributivas e inclusivas. O constatado engrandecimento do Judiciário, que vem acompanhado da retração dos poderes políticos, enseja, portanto, fortes objeções democráticas por ser prejudicial à ideia de autogoverno baseado no valor da representatividade do Parlamento como fonte de legitimação política, apontando ainda ao perigo de politização da justiça e de arrebatação do poder das mãos do povo, em evidente desequilíbrio político-institucional. Nota-se que há um paradoxo nessa expansão desmedida do Judiciário a cena democrática. Isso porque ele projetou-se com a consolidação e o aprofundamento da democracia. No entanto, o excesso de intervencionismo judicial acaba por ameaçar a própria democracia que o engendrou.”* VERBICARO, Loaine Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, pp. 503-507.

¹⁰⁷ SILVA, Virgílio Afonso. “Deciding without deliberating. Internacional”. *Journal of Constitutional Law*, New York, v. 11, n3, jul 2013, pp. 583-584.

separação de poderes se operacionaliza, o Judiciário não possui ‘a bolsa’ - carregada pelo Legislativo e tampouco a ‘espada’ - conduzida pelo Executivo¹⁰⁸. O Poder Judicial possui apenas a capacidade de emitir juízos que, aliás, não subsistem por si mesmos. Assim é que, por ocasião de embates mais duros entre os detentores do Poder, o risco de uma humilhação não é desprezível¹⁰⁹, sendo certo que tal fator deve ser colocado na equação por ocasião da aposta em uma relação mais dialógica entre os Poderes. A questão é como, diante do modo como se estruturaram os mecanismos institucionais no Brasil, fazer com que tal diálogo floresça em termos mais saudáveis, propiciando uma melhor calibragem para a concretização dos nossos caros valores constitucionais em nossa jovem democracia.

A lógica do pensamento de Bickel¹¹⁰ é importante para que tentemos buscar o ‘ponto ótimo’ no equilíbrio entre os Poderes do Estado. Assim é que entre as necessidades imediatas que devem ser levadas a cabo pelo Executivo e pelo Legislativo, eleitos e escolhidos em um determinado momento eleitoral, a partir de uma plataforma e uma agenda, e as aspirações mediatas de um Povo, cabe ao Judiciário menear tal conjunto, lidando com os limites trazidos pelos valores principiológicos constitucionais, emoldurando com prudência o caminho percorrido¹¹¹. O que nos assusta é, por vezes, a aparente falta desta ‘prudência constitucional’ por parte do Supremo, fazendo transparecer paixão e volúpia, características

¹⁰⁸ Vejamos, neste sentido, a célebre passagem de Hamilton no Federalista 78: “*Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments.*” HAMILTON, Alexander. *O Federalista 78 th. “The Judges as Guardians of the Constitution.”*. Campinas: Russell, 2010, p. 477.

¹⁰⁹ Vejamos por exemplo quando o Senador Renan Calheiros se recusou a receber intimação oriunda do STF. C.f. ÁLVARES, Débora. FOLHA de SP. *Renan se recusa a assinar notificação de afastamento pelo STF*. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/poder/2016/12/1838714-renan-se-recusa-a-assinar-notificacao-de-afastamento-pelo-stf.shtml>, acesso em 02/09/2020.

¹¹⁰ BICKEL, Alexander M. “The passive virtues”. *Harvard Law Review*, vol. 75(1), 1961.

¹¹¹ Não se pode perder de vista que as Cortes Constitucionais, na lógica de Dworkin, podem operar como verdadeiros ‘foros de princípios’, onde questões sociais podem se tornar questões de direito, em busca da melhor resposta: “*(...) trabalhar abertamente e com boa vontade, para que o argumento racional de princípio oferecido pela revisão judicial seja o melhor argumento. Temos uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a Sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo isso de religião nem de profecia. Chamo isso de direito.*” DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 103.

que não lhe são próprias.

Urge, segundo pensamos, que se reflita acerca deste rearranjo institucional em benefício da própria Corte e dos Poderes instituídos. Parte da opinião pública parece já apoiar em massa o impedimento de Ministros, a diminuição de recursos disponíveis ao Judiciário e a desobediência clara às decisões da Corte, tudo como forma de reação anárquica à supremacia judicial que está a se consolidar entre nós. Assim, antes deste naufrágio democrático ocorrer, se faz mister pensar que, ao adotarmos certos mecanismos de diluição do arsenal disponível à Corte, poderemos reequilibrar nosso cenário institucional.

O Excelso Pretório não pode ser o único e exclusivo intérprete final do que é a Constituição. É sim mecanismo de fundamental importância. No entanto, é mais um ator (ainda que com bastante peso) na tentativa de dar concretude para os valores constitucionais. Se assim não o for, o que pode estar em jogo é a própria saúde da democracia, quer seja porquanto a possível usurpação de competência própria dos demais poderes pode acarretar a lógica primordial da física política - a cada ação corresponde uma reação igual ou superior em sentido contrário - quer seja porquanto não se pode perder de vista que não estamos tratando de mero joguete de poder, ganhando quem por final vence a queda de braço. Estamos, em última análise, em um País (semi) periférico, lidando com os destinos das pessoas que aqui vivem, mergulhadas em uma Sociedade injusta e desigual, em que parece que tudo ainda está por fazer.

As Cortes Constitucionais devem, a nosso juízo, funcionar como uma das vias (ainda que certamente privilegiada, como parece ter desejado o legislador originário e o próprio legislador ordinário em nosso país¹¹²) para pensar e discutir os profundos desacordos da Sociedade em relação ao significado, alcance e limites ponderados dos direitos constitucionais. No entanto, nosso STF não deve ser pensado como uma linha de chegada, para onde todos os personagens da Sociedade acorrem em busca da vitória final da interpretação constitucional.

O que tínhamos em 1999¹¹³ que nos motivou ao ensejo dos amplos poderes ordinários conferidos ao STF? Certamente o contexto do hiperpresidencialismo¹¹⁴, tão em voga na

¹¹² Vejamos por exemplo o rol bastante amplo das competências do Supremo Tribunal Federal no bojo do art. 103 do Pacto Social, bem como das leis operacionalizadoras da ritualística das ações que discutem controle concentrado de constitucionalidade (leis 9.868 e 9882 de 1999).

¹¹³ Estou a me referir às leis que operacionalizaram o rito das ações diretas, já mencionadas em nota anterior.

¹¹⁴ C.f. o artigo de BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique e CORRÊA, Flávio. Hiperpresidencialismo na América Latina. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 60, n. 2, maio/ago. 2015, pp. 115-140.

década 90, cujo efeito procurava-se dirimir, na tentativa de dar equilíbrio ao arranjo institucional brasileiro. E hoje, o que temos? Desde o julgamento da AP 470¹¹⁵, cujo resultado começou a consolidar a cristalização do apontado protagonismo judicial, temos percebido que o STF, ao açambarcar competências próprias dos outros Poderes - arvorando-se em um surpreendente ‘papel iluminista’¹¹⁶ especialmente em algumas decisões de absoluto relevo -, pretende fazer valer sua força em um contexto em que viceja o evidente enfraquecimento institucional do Parlamento e, de outro lado, um Executivo que, após cinco anárquicos anos (2013-2018), está longe de ter a força legitimadora que tinha na década 90 e na primeira década deste século.

Logo, a semelhança do ocorrido no supracitado cenário havido no final do século passado¹¹⁷, nova recalibragem deve ser levada a efeito para a manutenção do perseguido e almejado equilíbrio de forças dos Poderes Constituídos, visto que, conforme se depreende das diversas experiências históricas, este receituário continua sendo o melhor meio de contenção do exercício do poder arbitrário em detrimento dos direitos e garantias fundamentais da Sociedade e do cidadão.

A vitória jurídica, ao contrário do que comumente se pensa, pode ser apenas o início da vitória política. Como, portanto, pretende ser o STF intérprete final do contido na Constituição se o impacto efetivo para os destinatários dos direitos e garantias ali previstos dependem, por vezes, de processos de demorada implementação, fruto de negociações políticas complexas?

Ora, não é de se temer mais, no atual arranjo fático-institucional que temos, um possível endurecimento do poder dos magistrados do que uma ditadura da maioria? Acreditamos, ainda que com todos os percalços que vivemos - nesta desabalada crise da democracia que impacta severamente nossa confiança nos nossos legisladores diretos - que é mais fácil e factível colocar freio e anteparo na possibilidade da formação de uma opressiva maioria ao ter que enfrentar uma possível ‘supremocracia’¹¹⁸ que pode nos assolar.

¹¹⁵ Trata-se da menção a ação penal número 470, vulgo 'ação do mensalão', que redundou na condenação, por crimes relacionados a corrupção, de agentes políticos brasileiros de alto calibre. Cf. o resumo do andamento da ação no sítio do STF. STF. AP 470. Disponível em <https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalNoticias&idConteudo=214544>, acesso em 03 de maio de 2019

¹¹⁶ C.f. notícia veiculada no sítio CONJUR. *Em artigo, Barroso defende papel "iluminista" do Supremo.* CONJUR. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/artigo-barroso-defende-papel-iluminista-stf>, acesso em 30/09/2020.

¹¹⁷ Mais uma vez estou a me referir ao fenômeno do hiperpresidencialismo, nos termos da nota 114

¹¹⁸ Trata-se da menção à expressão de Oscar Vilhena Vieira, utilizada em artigo em que o autor afirma que o

No contexto desta propalada supremacia judicial, onde e de que modo podemos cotejar a lógica valorativa contida nos princípios basilares da soberania popular e igualdade? Se a decisão judicial da Suprema Corte constitui veículo último de pronunciamento institucional, como encaixar aí a soberania popular? Como já sobredito, não se trata apenas de, na esteira de Bickel¹¹⁹, centralizar a questão da característica contramajoritária dos juízes (especialmente quando se pronunciam acerca de matéria constitucional).

Acreditamos que é perfeitamente plausível a coexistência de um sistema de controle de constitucionalidade especializado no bojo de um sistema democrático saudável. O problema, uma vez mais, não é este. A questão a ser considerada vai mais além e esbarra na seguinte proposição: Se é verdade que a conjugação da lógica da soberania popular no ‘mundo do ser’ demanda que os cidadãos devam ter espaço de locução privilegiada, já que são os destinatários da engenharia social que se pretende efetivar na prescrição do panorama desenhado na Constituição, qual a razão da preponderância da opinião dos juízes constitucionais em detrimento de toda a comunidade política?

Não é a toa que nosso legislador originário, ao se referir à estruturação do poder em sede constitucional, faz menção primeira ao Poder Legislativo. Há na atualidade portanto, segundo pensamos, uma certa crise instalada entre o Poder Judiciário e os demais Poderes instituídos na Nação, gerando uma tensão que desgasta a prática democrática brasileira, cujo fulcro, ao que parece ser, se dá em razão da premissa sistêmica de que há um desequilíbrio de forças entre Poderes. Assim, como recalibrar este cenário na esteira do comando constitucional que nos indica a harmonia entre os polos de poder?

Uma das razões desta possível crise e da conseqüente tensão havida pode ser explicada, conforme já sublinhamos, pela lógica da supremacia judicial. Para além dos mecanismos que dotou o constituinte originário o STF, exemplo das emendas constitucionais (03/94 e 45/2004), existem as leis ordinárias que regularam o conhecimento, processamento e efeitos do controle concentrado de constitucionalidade, sendo certo que estas contribuíram por demais com o fenômeno da supremacia judicial¹²⁰.

STF é agente político central em nosso sistema. Cf. íntegra do artigo em: VILHENA. Oscar *Supremocracia*. *Op. Cit.*

¹¹⁹ Ideia trabalhada no livro de Bickel “The least dangerous branch”. Cf. íntegra em BICKEL. *The least dangerous branch*. Nova York: Bobbs-Merrill company, 1963. Disponível em: <http://www.law.uh.edu/faculty/eberman/conlaw/Bickel.pdf>, acesso em 04 de maio de 2019.

¹²⁰ Neste sentido, André Carlos Alexandre de Azevedo Campos: “O exame das Leis números 9.868, de 10.11.1999, e 9.882, de 03.12.1999, que disciplinam, respectivamente, as ADI e ADC e a ADPF, revela dimensionamento de poderes de decisão além do estabelecido na própria Constituição de 1988 e até de poderes aos quais a Corte havia recusado anteriormente. Significa dizer: o Supremo encontrou na legislação ordinária

Outra razão, que também já mencionamos, pode estar no esfarelamento do sistema partidário brasileiro, que enfraquece o processo político no Legislativo. Sabemos que a baixa capacidade de decisão do Parlamento pode funcionar como receiptuário próprio para o ensejo da supremacia judicial. De se considerar que temos um Parlamento que através da realidade política, funciona sem maiorias fortes e claras, exacerbando ainda mais o grau de frustração da Sociedade. Há que se considerar, portanto (embora não seja o fulcro fundamental deste trabalho), a crise do sistema partidário brasileiro que, esfarelado e dividido atualmente em mais de trinta agremiações, enfraquece por demais o Legislativo na relação entre os Poderes, especialmente se focarmos na atividade legiferante própria, para bem apresentar e equacionar, sem déficit democrático, os problemas que assolam a Sociedade brasileira.

Este cenário é típico de países em desenvolvimento com certo grau de capacidade econômica, querendo encurtar o caminho para o 'degrau de cima'. Neste contexto, há de surgir um voluntarismo de certos indivíduos que querem 'resolver tudo'¹²¹.

No entanto, a boa prática da separação de poderes tende a desestimular a supremacia judicial. Como bem assevera Cappelletti¹²², em uma Sociedade desenvolvida, todos os poderes são fortes – há um gabinete executivo poderoso, com controle político exercido pelo Parlamento e controle jurídico exercido pela Corte Constitucional. Aliás, as instituições funcionam melhor se conseguem se consolidar institucionalmente no tempo. Com efeito, é preciso ter apreço pelas instituições, tentando aperfeiçoar as mesmas.

*um extraordinário fator de expansão da jurisdição constitucional. No artigo II, § 1º, da Lei 9.868/99, foi atribuída eficácia erga omnes à medida cautelar concedida em ADI, enquanto o artigo 28, parágrafo único, previu a eficácia erga omnes e vinculante das decisões de mérito não apenas em ADC, como na época constava na Constituição (artigo 102, § 2º), mas em ADI, inclusive da interpretação conforme a constituição e da declaração de nulidade parcial sem redução de texto. A Corte havia anteriormente negado efeito vinculante às próprias decisões: nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, não admitiu que as decisões de mérito proferidas em ADI tivessem efeito vinculante, tão somente erga omnes; depois da EC 03/93, admitiu apenas excepcionalmente a extensão da eficácia vinculante das decisões em ADC às decisões em ADI, recusando a tese do caráter dúplice comum dessas ações. Foi inclusive arguida na Corte, por seus membros, a inconstitucionalidade do artigo 28, parágrafo único, tendo sido rejeitada pela maioria, todavia, com três votos defendendo que apenas uma reforma constitucional poderia atribuir o efeito vinculante às decisões em ADI.” CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 34.*

¹²¹ Neste sentido, podemos por exemplo nos referir à lógica pregada pelo Ministro Barroso que assevera haver, entre as capacidades institucionais das Supremas Cortes, o desempenho do papel de 'vanguarda iluminista' da Sociedade, liderando-a para atingir outros patamares civilizatórios, conforme tratei na nota 116.

¹²² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores? Op. Cit.*

Neste sentido, nos alerta José Levi do Amaral Júnior, asseverando que não devemos descreer da capacidade do povo em adotar modelo de governo que melhor vazão possa dar aos seus grandes problemas institucionais:

“(...) o Supremo Tribunal Federal brasileiro reconhece que a ‘separação dos Poderes’ resguardada pela Constituição (art. 60, § 4o, III), não invoca um modelo abstrato (por exemplo, o de Montesquieu), mas, sim, o núcleo essencial de um modelo concreto, qual seja, o arranjo institucional adotado pelo constituinte originário. Porém, vale registrar, isso não impede que emendas constitucionais modifiquem aspectos do arranjo, desde que não sejam tendentes a abolir o núcleo essencial do modelo adotado. Se o modelo de Montesquieu serve, ainda hoje, a um país que dispensa governo (os Estados Unidos), é grave equívoco pretender perenizar o atual arranjo institucional brasileiro a partir da mesma compreensão das coisas. Há, nisso, um insistente, pernicioso e deformado mimetismo institucional. E não se diga que o povo brasileiro não está apto a um parlamentarismo. Não se pode menosprezar a capacidade dele.”¹²³

Destarte, é com base na análise deste capítulo introdutório que adotamos a premissa que no cenário atual existe uma tensão causada por disfuncionalidades ritualísticas e procedimentais havidas no âmbito de STF. Deste modo, iremos trabalhar a hipótese que algumas medidas podem distensionar esse cenário, permitindo a recalibragem do equilíbrio constitucional que deve haver entre os Poderes. Quais são essas medidas e a forma de operacionalizá-las será o cerne deste trabalho.

¹²³ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis. Revista dos Tribunais (São Paulo), v. 868, 2008, pp. 67-68

CAPÍTULO I - DA EXPANSÃO GLOBAL DO PODER JUDICIAL E DAS DISTINTAS CARACTERÍSTICAS DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E DO CONSTITUCIONALISMO – O PANO DE FUNDO

“Esta vontade original e suprema organiza o governo e determina aos diversos departamentos seus respectivos poderes. Ela pode parar aqui ou estabelecer certos limites que não devem ser transgredidos por aqueles departamentos. O governo dos Estados Unidos adota esta última idéia. Os poderes do Legislativo são definidos e limitados. Seus limites não podem ser confundidos ou esquecidos. A Constituição é escrita. Qual o propósito de serem os poderes limitados e aqueles limites consignados por escrito, se puderem, a qualquer tempo, ser superados por aqueles a que se pretendeu restringir? A distinção entre poderes limitados e ilimitados é abolida se aqueles limites não contiverem as pessoas sobre as quais foram impostos, bem como se leis proibidas e leis permitidas forem igualmente obrigatórias. É uma proposição muito clara para ser contestada, a de que a Constituição prevalece sobre qualquer lei que lhe for contrária, ou que o Legislativo pode alterar a Constituição por uma lei ordinária.” *Marbury v. Madison*¹²⁴

1.1. Justiça Constitucional e *Judicial Review*

Neste tópico, iremos trabalhar o ferramental desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência que desembocou na consolidação da Justiça Constitucional e na capacidade da utilização do mecanismo do *judicial review* pelo Poder Judicial. Tal contextualização faz-se necessária para que, reconhecendo sua importância histórica para lastrear sistemas que tencionam, através da lógica dos freios e contrapesos, engradar o exercício do poder¹²⁵.

¹²⁴ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>, acesso em 02/12/2020.

¹²⁵ Sobre a contribuição do mecanismo do controle judicial de constitucionalidade para a preservação do Estado de Direito, assim pondera Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “*Essa restauração do Estado de Direito reclama em primeiro lugar que a lei seja necessariamente expressão da Justiça. Para isso, é preciso que no procedimento de sua edição haja um órgão que afira o conteúdo da norma proposta em função da concepção de justiça que prevalece na comunidade. Este órgão deve obviamente ser formado não por aqueles que se preocupam com a política, e sim por aqueles que se dedicam ao Direito. São estes que guardam, identificam, apreendem o sentido de justiça que cada povo necessariamente tem. E como pela experiência se comprova que o mais ilustrado dos legisladores se equivoca, deve existir uma garantia contra o erro, erro que consagra a injustiça, prevendo-se um controle judicial sobre todos os atos normativos. Mesmo porque é na aplicação que ressaltam as injustiças, que a priori não poderiam ser vistas, nem percebidas. Somente assim se poderá impedir que, mudadas as circunstâncias, não se reclame a observância de normas desatualizadas, anacrônicas, injustas. A existência de um conselho que no processo legislativo opine sobre a justiça de uma norma não significa que o Judiciário não possa recusá-la exatamente por injustiça. Cumpre até prever no ordenamento processual, expressamente, uma "exceção de injustiça". Ambos os caminhos devem ser assegurados para que esse duplo crivo garanta o conteúdo de justiça das normas.*” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado*

Objetivamos também entender a razão pela qual, na atualidade, podemos asseverar que, na conformação do poder, tais mecanismos necessitam de certos aperfeiçoamentos para melhor cumprirem seu relevante papel no jogo democrático.

Os teóricos do direito constitucional sublinham que os Tribunais que estão aparelhados para praticar o controle de constitucionalidade, quer seja na forma concentrada e abstrata, quer seja na forma difusa e incidental, são órgãos contramajoritários, compostos por magistrados que, geralmente, não passam pelo teste do sufrágio eleitoral. Sua principal função é zelar pela manutenção dos valores constitucionais, podendo, desta forma, decidir de forma contrária aos interesses majoritários da Sociedade, refletidos no âmbito do Poder Legislativo (considerando que, em teoria, é neste Poder que estão formadas as maiorias ocasionais que resultam da vontade eleitoral dos cidadãos, em certo lapso temporal), retirando e invalidando atos legiferantes que, a rigor, segundo critérios técnicos-jurídicos demonstrados pelos membros destas Cortes, arranham a Constituição¹²⁶.

Em defesa da necessidade da existência da revisão judicial da legislação, visando avaliar sua compatibilidade com aspectos da constitucionalidade axiológica que dão lastro para a vida em Sociedade e partindo ainda do pressuposto que a vontade tirada dos trabalhos legislativos vez por outra podem carregar consigo, como a história é rica em exemplos, atos vilipendiadores das mais básicas e mezinhas garantias, Clève nos fala:

“a compreensão inicial era, afinal de contas, de que o legislador seria incapaz de ofender os direitos fundamentais, seria incapaz de agredir a igualdade e a liberdade, exatamente porque ele encarnava a vontade popular, e encarnando por meio da representação a vontade popular, sendo ele mesmo o povo, não seria capaz de agredir a si mesmo. A história constitucional demonstrou justamente o contrário. E o curioso é que o sufrágio universal (...) talvez tenha sido o responsável pela compreensão de um novo papel da lei e, ao mesmo tempo, pela visualização da lei como, possivelmente, um instrumento de agressão à Constituição e também aos direitos fundamentais. (...). acabamos por descobrir que a lei não é uma declaração, não carrega necessariamente uma

de Direito e Constituição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 62.

¹²⁶ Acerca da necessidade da apuração das técnicas hermenêuticas para regular exercício da técnica do controle de constitucionalidade, Da Silva e Nobile assim se posicionam: “É sabido que ao exercer um papel de guardião da Constituição, as Cortes constitucionais, no caso pátrio, o STF, protegem direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstas de vontades transitórias ou conjunturais, seja por mudança de maioria política e alternância de grupos políticos no poder, ou por cenários de crise econômico-política. Além disso, especialmente em tempos de Sociedade da informação e globalização, com notícias e ideias fluindo cada vez mais rápido, as legislações facilmente tornam-se atrasadas, defasadas e incapazes de acompanhar as mudanças sociais, tornando imperioso aos juristas que apurem suas técnicas hermenêuticas para adequar norma positiva, valores constitucionais aos casos concretos.” SILVA, Irapuã Santana do Nascimento da e NOBILE, Aline. *STF e STJ: Tribunais de teses ou de casos concretos? O STF e a essência do julgamento contramajoritário das cortes constitucionais in Crise dos Poderes da República*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 195 e 196

ideia de justiça (...) A lei é o resultado de um amplo debate político e, por isso, a lei não é declaração, (...), a lei constitui. A lei, portanto, é o resultado da atuação no espaço de luta, é a manifestação da vontade política majoritária em dado momento histórico, e essa vontade pode carregar o melhor conteúdo, mas pode, em determinadas circunstâncias, agredir conquistas históricas e até a Constituição e os direitos fundamentais.”¹²⁷

Como dissemos, antes de ser um problema de per si, o mecanismo contramajoritário instrumentaliza (para longe dos problemas típicos das arenas essencialmente políticas), o controle do poder¹²⁸. Este ferramental, se funcionando em seu grau ótimo, traz evidente equilíbrio no balanceamento das forças institucionais estatais, considerando-se especialmente o elevado dinamismo social em que vivemos atualmente. Com efeito, acreditamos que tal função jurisdicional é responsável pela solidez constitucional necessária em nossas democracias, assegurando que os interesses havidos nos pactos sociais que regem as Sociedades democráticas (especialmente aqueles cujo destinatário é o cidadão em face do Poder¹²⁹) estão a salvo das alterações políticas circunstanciais.

¹²⁷ CLÈVE, Clémerson Merlin. “Controle de constitucionalidade e democracia”. In: MAUÉS, A.G.M. *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 54.

¹²⁸ Tocqueville, em passagem célebre de sua obra ‘Democracia na América’, reconhece a importância vital deste mecanismo para controlar o poder das maiorias ditas tirânicas: “[T]he Americans have given their courts immense political power; but by obliging them to attack the laws by judicial means, they have greatly lessened the dangers of that power. I wonder if this way in which American courts behave is not both the best way of preserving public order and the best way of favoring liberty. Restricted within its limits, the power granted to American courts to pronounce on the constitutionality of laws is yet one of the most powerful barriers ever created against the tyranny of political assemblies.” TOQUEVILLE, A. *Democracy in America*. New York: Ed. JP Mayer, 1969, p. 102.

¹²⁹ Neste sentido, asseverando a importância da tutela dos direitos e garantias fundamentais individuais em face do Poder, sendo certo que tais direitos devem ser amplamente sindicalizáveis no âmbito do Poder Judicial, assim se posiciona Alexy: “(...) O artigo 1º, parágrafo 3º da Lei Fundamental determina que os direitos fundamentais vinculam, como direito imediatamente válido, a legislação, o poder executivo e a jurisdição. Isso significa uma quebra das tradições constitucionais do Império e da República de Weimar. Na República de Weimar, inúmeros direitos fundamentais valiam simplesmente como proposições programáticas, que não eram executáveis judicialmente. Quem quiser ser polêmico pode dizer que eles eram lírica constitucional. Na República Federal, a observância de todos os direitos fundamentais é, ao contrário, completamente controlada pela justiça, o que começa nas instâncias inferiores, por exemplo, a justiça administrativa, e termina no Tribunal Constitucional Federal em Karlsruhe. Essa completa possibilidade de arguição perante o judiciário, que atinge todas as outras normas constitucionais, é um dos tesouros da Lei Fundamental. Todo aquele que quer escrever na constituição ideais políticos não judiciáveis deveria saber o que ele coloca em risco. Basta uma proposição constitucional não judicialmente controlável para se começar a jornada rumo à desvinculação. O controle judicial se estende a todos os três poderes. O controle do executivo, por exemplo da polícia, tem sido evidentemente realidade, ou pelo menos um postulado evidente, desde o momento em que os direitos fundamentais passaram a valer como direito positivo. Não tão evidente é, por outro lado, o controle do legislador, que, na Alemanha é exercido pelo Tribunal Constitucional Federal em diversos tipos de processo. Antes valia: direitos fundamentais somente no âmbito da lei. Hoje se diz: leis somente no âmbito dos direitos fundamentais. Constantemente a justiça freia o legislador. Exemplos conhecidos são a decisão sobre o aborto,

Do ponto de vista da tradição europeia, faz-se necessário mencionar o pensamento de Hans Kelsen que consubstanciou, na lógica da contenção do poder, a necessidade da existência de um legislador negativo, que pudesse avaliar se os atos comissivos legiferantes eram compatíveis com o sistema constitucional:

“(…) Caso o poder ilimitado de testar a constitucionalidade de leis seja reservado apenas a um órgão, por exemplo, a suprema corte, esse órgão pode estar autorizado a abolir uma lei inconstitucional não apenas individualmente, isto é, para o caso concreto, mas de modo generalizado, para todos os casos possíveis. A lei inconstitucional pode ser de todo abolida por meio de uma decisão expressa que proclame a sua anulação, ou por meio da recusa da corte em aplicar a lei ao caso concreto sob alegação manifesta da sua inconstitucionalidade, sendo então dada a essa decisão o status de um precedente, de modo que todos os outros órgãos aplicadores de Direito, em especial todos os tribunais, sejam obrigados a recusar a aplicação da lei. A anulação de uma lei é uma função legislativa, um ato – por assim dizer – de legislação negativa. Um tribunal que é competente para abolir leis – de modo individual ou geral – funciona como um legislador negativo. O poder de examinar a constitucionalidade das leis e de invalidar leis inconstitucionais pode ser conferido, como uma função mais ou menos exclusiva, a um tribunal constitucional especial, enquanto os outros tribunais têm apenas o direito de solicitar ao tribunal constitucional o exame e a anulação das leis que eles têm de aplicar mas que considerem inconstitucionais. Essa solução do problema significa uma centralização da revisão judiciária da legislação. A possibilidade de uma lei emitida por um órgão legislativo ser anulada por outro órgão constitui uma restrição digna de nota, do poder deste primeiro órgão. Tal possibilidade significa que existe, além do legislador positivo, um legislador negativo, um órgão que pode ser composto segundo um princípio totalmente diferente daquele do parlamento eleito pelo povo. Então, um antagonismo entre os dois legisladores, o positivo e o negativo, é quase que inevitável. Esse antagonismo pode ser diminuído estabelecendo-se que os membros do tribunal constitucional serão eleitos pelo parlamento.”¹³⁰

Importante ressaltar, outrossim, que para além da técnica kelseniana, cujo ensejo cristalizou o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, a tradição norte-americana contribuiu de maneira substancial com o desenvolvimento da técnica que possibilitou, aos integrantes do Poder Judicial, rever, com vistas a avaliar sua

*a decisão sobre o ensino superior e a decisão sobre o recenseamento. Com o controle também do legislador os direitos fundamentais entram em uma relação de tensão com o princípio da democracia (...) Também no caso do controle da jurisdição o Tribunal Constitucional Federal por fim pisou em um território desconhecido. Desde a decisão Lüth, de 1958, uma das decisões do Tribunal Constitucional Federal com maiores consequências, deve todo juiz, em toda decisão, observar os direitos fundamentais. Esses direitos fundamentais devem, enquanto valores ou "decisões objetivas de valores", irradiar-se sobre todo o direito.” ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do Direito*. Rio de Janeiro : Forense, 2019, pp. 115-116.*

¹³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 382-383.

compatibilidade constitucional, os atos dos demais Poderes¹³¹. Asseverando a importância deste mecanismo, assim pondera Monica Herman Caggiano:

“(…) Enfim, as mudanças, a renovação da Constituição, o processo de acomodação da Lei Maior às sempre novas e fluidas exigências, decorrentes de fatores cambiantes das modernas comunidades sociais, impõem a previsão de um processo revisional de rejuvenescimento constitucional. Nessa linha, poderíamos anotar que, no campo comparado, a Constituição inglesa - flexível e, portanto, amplamente mutante - e a norte-americana - com cerca de duzentos anos - certamente dão o exemplo da permanência da lei constitucional, driblando o passar dos tempos. Certo, no entanto, nos parece, que esta última, de natureza rígida, só logrou esse intento em razão das mutações viabilizadas, principalmente, por força do judicial review, uma técnica de controle de constitucionalidade, a atuar mediante a interpretação do preceito constitucional, um mecanismo não inscrito no texto produzido pelos founding fathers, mas que, concretamente, já se incorporou ao bloco de constitucionalidade dos americanos, sendo inadmissível, a esse passo, o seu expurgo do documento fundamental.”¹³²

Com efeito, o sistema pátrio é híbrido¹³³, sendo certo que adotamos por aqui o modelo tradicional de origem norte-americana, dando aos magistrados brasileiros, de todas as esferas e instâncias, a capacidade de, analisando um caso concreto, emitir juízo de valor acerca da constitucionalidade da matéria que está analisando. Ao mesmo tempo, temos ainda instalada em nossos Tribunais a capacidade, de acordo com as suas competências

¹³¹ Cujo caso paradigma – Marbury vs Madison – abre este tópico do trabalho.

¹³² CAGGIANO, Monica Herman Salem. “Poder constituinte derivado: as balizas da sua atuação”. In: *Reflexões em Direito Político e Econômico*. São Paulo: Ed. Mackenzie, 2002, p. 294.

¹³³ Sobre a composição destes sistemas, Lijphart nos faz importantes ponderações acerca das características dos sistemas de controle, relacionando-os com a rigidez ou flexibilidade de mudanças no regime constitucional: “(…) os países com revisão judicial centralizada costumam ter uma revisão judicial mais forte que aqueles com sistemas descentralizados: seis dos sete sistemas centralizados estão nas duas categorias superiores. Esta é uma conclusão surpreendente, de fato, porque a revisão centralizada foi originalmente desenvolvida como um acordo entre não ter absolutamente nenhuma revisão judicial e o tipo descentralizado da mesma. A explicação deve ser que, se um órgão especial é criado com o propósito expresso e exclusivo de examinar a constitucionalidade da legislação, é muito provável que ele realize essa tarefa com alguma vitalidade. (...) Há duas razões para se supor que as variáveis relativas à disjuntiva rigidez versus flexibilidade constitucional e à força da revisão judicial estejam relacionadas. Uma delas é que tanto a rigidez quanto a revisão judicial são recursos anti-majoritários, e que as constituições completamente flexíveis, com a ausência de revisão judicial, permitem a regra irrestrita da maioria. A segunda razão é que elas também se ligam logicamente, no sentido em que a revisão judicial só pode operar de forma efetiva se for apoiada pela rigidez constitucional, e vice-versa. Se houver forte revisão judicial, mas a constituição for flexível, a maioria na legislatura pode facilmente reagir a uma declaração de inconstitucionalidade, através de uma emenda à constituição. Da mesma forma, se a constituição for rígida, porém não protegida por uma revisão judicial, a maioria parlamentar poderá interpretar qualquer lei constitucionalmente questionável que queira aprovar, como se não representasse nenhuma violação à constituição.” LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, pp. 258-259.

estabelecidas em lei, da declaração de (in)constitucionalidade de leis e atos oriundos dos demais polos de poder, em exercício concentrado e abstrato deste ferramental, inspirado nos moldes imaginados por Kelsen.¹³⁴

Entre nós, de maneira absolutamente representativa do problema que tratamos neste trabalho¹³⁵, Rui Barbosa, em célebre discurso proferido em 1914 na casa congressual brasileira durante a República Velha, já nos alertava para a questão da última palavra ou,

¹³⁴ Confira-se, neste sentido, Lembo: “(...) *A preservação da constitucionalidade é fundamento maior do Estado de Direito. Entende-se como preservação da constitucionalidade a conformidade de todo o sistema legal infraconstitucional com os ditames emanados do documento maior, a própria Constituição. O modelo brasileiro de preservação da constitucionalidade tradicionalmente se ateve ao norte-americano, oriundo da clássica decisão, proferida em 1803 (Marbury vs. Madison, 5 US (1Cranch) 137, 2 L. Ed. 60), que teve como relator o Chief Justice John Marshall (1801-1835). Nesse caso, pela primeira vez, admitiu-se que a Justiça declarasse inconstitucional norma oriunda do Legislativo. Essa decisão deu origem ao sistema difuso de declaração de inconstitucionalidade. Ou seja, a exigência de a norma inferior estar conforme a Constituição. Ainda segundo o mencionado caso-padrão (land-mark), a inconstitucionalidade poderá merecer declaração por juízes de qualquer grau jurisdicional. Contrapõe-se ao sistema difuso de declaração de inconstitucionalidade o modelo europeu, que conta, como seu principal autor, com o jurista Hans Kelsen. Este introduziu, na Constituição da Áustria de 1º de outubro de 1920, um sistema concentrado de preservação de constitucionalidade, mediante ação autônoma de declaração, em abstrato, de inconstitucionalidade, prescindido, pois, de um caso concreto. O órgão incumbido de analisar a constitucionalidade das normas – in abstrato – era, na Constituição da Áustria, o Tribunal Constitucional. Toda sentença desse tribunal tinha força de uma lei posterior que derogava outra anterior (a própria lei emanada do legislativo, por exemplo), o que converteu essa corte em “legislador negativo” e em “defensor da Constituição”. Kelsen definia esta última locação como significando um órgão cuja função era defender a Constituição contra as violações. Após a Constituição de 1988, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade tornou-se híbrido. Preservou o modelo tradicional de origem estadunidense e adotou, concomitantemente, o europeu, como imaginado por Kelsen.” LEMBO, Cláudio. *A pessoa : seus direitos*. Barueri: Manole, 2007, p. 259-260.*

¹³⁵ Sobre o STF e sua função como Corte Constitucional, assim nos ensina Waldemar Martins Ferreira: “Como se vê, triparte-se a competência do Supremo Tribunal Federal. (...). Nelas, decide êle em única e derradeira instância, proferindo a última palavra, por ser o mais alto tribunal do país, a que nenhum sobrepaira. (...) Exercita êste, em casos tais, a sua grande função jurisdicional, de cunho eminentemente político, como guarda indefectível do federalismo, pugnando pela supremacia da Constituição e das leis federais. No desempenho dêsse papel insigne, bem o definiu o ministro CASTRO NUNES: “Como instância de preservação do direito federal, que é instrumento o recurso extraordinário nas suas diferentes hipóteses, não é uma instância revisora dos julgados locais, no sentido de uma terceira instância, um Super-Tribunal de Apelação – de vez que limitada a jurisdição por êle exercida ao âmbito da questão federal, que se circunscreve ao julgamento de uma questão de direito, mesmo nas hipóteses que envolvam o mérito da causa, não estendendo ao exame dos fatos e das provas, que aceita nos têrmos postos pelo tribunal recorrido, o que acentua o traço, que lhe é peculiar, de jurisdição de direito público.” - mas julga, êle mesmo, a espécie, no decidir tais côrtes a questão federal que motivou o recurso. “Por outro lado, nas causas da liberdade é êle por excelência o órgão da jurisdição do habeas-corpus. Aqui não há limitações. Originariamente ou em recurso, cabe-lhe tutelar por aquêle meio a liberdade individual com prometida em face da lei, seja qual for a jurisdição, local ou federal, comum ou especial. É, pois, um órgão à parte, desconhecido na orgânica judiciária tradicional, uma magistratura de exceção até mesmo nas garantias da função”. Não se pode dizer mais, nem melhor para acentuar o prestígio do Supremo Tribunal Federal como guardião dos princípios asseguradores da ordem constitucional nos países de organização democrática como o Brasil.” FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Max Limomad, 1954, pp. 350-351.

sendo mais específico, do direito de errar por último. Tratava então Rui Barbosa de ataques à mais alta corte de Justiça Brasileira, carreados por integrantes dos demais Poderes, resistentes a qualquer tipo de controle externo, alegando, na oportunidade, que o próprio Pacto Social então em vigor expressamente previa que era defeso ao Poder Judiciário conhecer de questões essencialmente políticas:

“Prega-se abertamente, numa conspiração partidária, contra o mais alto tribunal do país e os nossos governos nunca se acomodaram a este freio da justiça, que é a característica do regime americano, criando um sistema de governo, em cujo movimento o mecanismo da responsabilidade dos altos funcionários do estado se acham muito imperfeitamente garantidos, criando um sistema de governo no qual a irresponsabilidade é, em última análise, a condição permanente dos dois poderes políticos da nação - o poder legislativo e o poder executivo. Quis o espírito judiciário dos nossos irmãos da América do Norte que no terceiro poder existisse uma barreira contra os excessos políticos, contra a onipotência das maiorias parlamentares, contra a tendência absorvente do poder executivo.”¹³⁶

Ao longo do lapso temporal secular desde que tais mecanismos foram cristalizados no âmbito dos países que os adotaram, é possível asseverar que a Justiça Constitucional e a própria técnica do *judicial review* passaram por algumas transformações que, em verdade, amplificaram seu alcance, seu sentido e seu funcionamento. Temos, em verdade, implantado no cenário atual das democracias modernas, uma verdadeira lógica orientadora¹³⁷, sendo certo que, para além da mera análise técnica da compatibilidade sistêmica das normas, a

¹³⁶ BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*, Volume XLI (1914), Tomo III, pp. 255-257. Disponível em: <http://docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=ObrasCompletasRuiBarbosa&Pesq=%22direito%20de%20errar%20por%20%c3%baltimo%22&pagfis=41133>, acesso em 20/08/2020.

¹³⁷ Ressaltando o novel papel da Justiça Constitucional na atualidade, assim nos ensina Monica Herman: “(...) É verdade que o século XXI demonstra uma clara opção por um modelo democrático que invista em estabilidade e políticas públicas definidas. Essa exigência, contudo, não minimiza nem reduz os direitos e as garantias peculiares ao processo eleitoral. E se esse for, de fato, o padrão perseguido, caberá ao poder reformador indicar os limites do exercício do mandato parlamentar, com vistas a prestigiar a vontade efetiva e concreta do eleitor. Mantendo o sistema de candidatura partidária, o constituinte deverá estabelecer os limites autorizados para a mudança de partido e, na hipótese de permanecer livre o mandato, também ao constituinte competirá expurgar a idéia do monopólio do partido em relação à apresentação dos candidatos, viabilizando a candidatura independente. Não há que se ignorar, no entanto, a reorientação que vem atingindo o processo de controle de constitucionalidade, introduzindo uma profunda transformação quanto à atuação das Cortes Constitucionais, a exemplo do nosso Supremo Tribunal Federal que exerce esta função fiscalizatória. A idéia de controle de constitucionalidade - a justiça constitucional - passa a se apresentar como meio hábil para a manutenção do equilíbrio nas inter-relações sociais. E, nessa nova missão, a justiça constitucional assume mais que a responsabilidade pela interpretação constitucional. Investe-se da função orientadora. De uma justiça constitucional defensiva, as Cortes assumem diferenciada dimensão, aportando no século XXI na configuração de uma justiça constitucional de orientação.” CAGGIANO, Monica Herman S. “A fenomenologia dos trânsfugas no cenário político-eleitoral brasileiro”. In: LEMBO, Cláudio CAGGIANO, Monica Herman S. (orgs.). *O voto nas Américas*. Barueri: Minha Editora, 2008, p. 252.

Justiça Constitucional, com lastro na politização da justiça¹³⁸, emite verdadeiros juízos de valor acerca de como o próprio arranjo de poder deve funcionar.

Através desta lógica, Lorencini assevera que a técnica da *judicial review* pode ser elemento importante para o incremento da qualidade da democracia na qual a Justiça Constitucional está instalada, desde que haja efetivo esforço para criar o ambiente institucional para tanto:

“(…) Ao apresentarmos as três obrigações matrizes da responsabilidade do poder político - responsibility, accountability e liability -, vimos que a adoção do paradigma da democratic responsiveness acaba por influenciá-los profundamente, já que um dos objetivos do instituto da responsabilidade - e de todos os correlatos à democracia - passa a ser a aproximação entre poder político e Sociedade. Nesse escopo, entendemos que o aperfeiçoamento do judicial review pode desempenhar papel de extrema relevância, desde que as condições institucionais do Estado assim permitam. Quando falamos em condições institucionais, referimo-nos tanto ao amadurecimento, à permanência e ao bom funcionamento das instituições políticas e judiciais do Estado, quanto à consolidação do regime político democrático perante o poder constituído e a Sociedade. De fato, defender qualquer mecanismo de qualificação democrática em um ambiente em que sequer os requisitos de existência da democracia foram atendidos seria discursar no vazio. (...) Assim sendo, adotando como premissa que é possível dar esse passo em avanço à qualificação democrática, podemos verificar uma influência decisiva do judicial review em relação ao aperfeiçoamento das três obrigações matrizes da responsabilidade (...)”.¹³⁹

Com efeito, a Justiça Constitucional, atuando neste papel orientador que mencionamos, tem em alguns ordenamentos jurídicos decidido litígios bastante complexos, que demandam análise profunda acerca do conteúdo, alcance e efetividade de políticas públicas levadas a cabo, e.g., pelo Poder Executivo, com vistas a compatibilizar os valores constitucionais com os problemas gravíssimos que atingem certas Sociedades como, por exemplo, a necessária humanização das condições de cárcere e a desnutrição generalizada

¹³⁸ Sobre a utilização da Justiça Constitucional com este viés da politização, referindo-se, por exemplo, ao cenário político-eleitoral, assim coloca Monica Herman: “(...) *Consciente da sua relevância na produção da decisão política, o eleitor exerce a cidadania por intermédio de todos os instrumentos que o novo constitucionalismo e a sofisticada tecnologia colocou a sua disposição. Ele comparece às urnas e vota; mas atua, ainda, por intermédio de mecanismos diferenciados: a ação popular; o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo, as célebres ADIns, enfim, são todos mecanismos que autorizam a intervenção cidadã na implementação das decisões políticas fundamentais e, de outra parte, impulsionam e alimentam o avanço do fenômeno da politização da justiça ou judicialização da política.*”. CAGGIANO, Monica Herman. “Impacto da lei da ficha limpa nos Tribunais”. In: *Ficha Limpa - Impacto nos tribunais: tensões e confrontos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 21-22.

¹³⁹ LORENCINI, Bruno César. *Democracia qualificada e responsabilidade política*. São Paulo: LiberArs, 2018, p. 243.

que atinge segmentos populacionais expressivos. Tais demandas, entabuladas no âmbito das Cortes Supremas, são conhecidas como litígios estruturais.¹⁴⁰

A experiência de outros países reflete, deste modo, o crescimento bastante expressivo das Justiças Constitucionais posteriormente ao período pós-guerras no século XX. Ferejonh, neste contexto, aduz que o câmbio de poder das esferas legislativas próprias para o poder judicial é tendência que traz importantes desafios para todos os personagens políticos-institucionais:

“Since World War II, there has been a profound shift in power away from legislatures and toward courts and other legal institutions around the world. This shift, which has been called “judicialization,” has become more or less global in its reach, as evidenced by the fact that it is as marked in Europe, and especially recently in Eastern Europe, as it is in the United States. The spectacles of Italian judges undermining Italy’s postwar system of musical cabinets, or of newly energized French judges hounding prime ministers and presidents, are only the most visible aspects of these developments. One could also point to the role, and recent success, of judges in seeking to arrest and prosecute dictators and military leaders. Additionally, our own United States Supreme Court’s intervention into electoral politics in *Bush v. Gore* was yet another manifestation of this trend. One can distinguish at least three ways in which courts have taken on new and important roles relative to legislatures. First, courts have been increasingly able and willing to limit and regulate the exercise of parliamentary authority by imposing substantive limits on the power of legislative institutions. Second, courts have increasingly become places where substantive policy is made. Third, judges have been increasingly willing to regulate the conduct of political activity itself—whether practiced in

¹⁴⁰ Sobre a experiência argentina e indiana acerca dos litígios estruturais, assim pondera Porfiro: “*No conhecido caso Verbitsky, a Suprema Corte Argentina adotou técnicas estruturais em processo atinente aos direitos fundamentais da população carcerária. Em 15 de novembro de 2001 uma organização governamental (Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS) impetrou um habeas corpus coletivo a favor de todos os presos da província de Buenos Aires, que estavam detidos em estabelecimentos policiais superlotados. No julgamento, realizado em 2005, a Corte Suprema da Argentina, depois de reconhecer a inconstitucionalidade de tal situação, impôs diversas medidas imediatas e de longo prazo para fazer cessar o cenário de violações de direitos nos presídios. A Corte determinou a elaboração de um plano pela província de Buenos Aires, em diálogo com a Sociedade civil, que mudanças deveria contemplar mudanças nas políticas criminais e prisionais, de modo a ajustar a situação dos detentos às regras mínimas sobre tratamento de presos estabelecidas pela ONU.(...).* A Suprema Corte da Índia já julgou diferentes processos estruturais a respeito de violações massivas de direitos fundamentais. (...) mais famoso foi o caso *People’s Union for Civil Liberties v. Union of India & Others*, julgado em 2001. Nele, um grupo de ONGS voltado à defesa de direitos humanos ajuizou uma ação na Suprema Corte da Índia responsabilizando os governos federal e estadual pela desnutrição em massa de milhares de pessoas. Em 28 de novembro de 2001, a Corte estabeleceu que o governo indiano possui a obrigação de assegurar a alimentação adequada para seus cidadãos. A ordem foi direcionada aos governos estaduais e locais, que deveriam oferecer refeições diárias à população mais vulnerável. Ainda, os governos foram exortados a adotar medidas específicas para garantir a sensibilização da opinião pública sobre o assunto e a transparência dos programas. Com base nas informações de peritos e *amicus curiae*, a Corte especificou as quantidades mínimas de alimentos e nutrientes que deveriam ser oferecidos pelo governo (...).” PORFIRO, Camila Almeida. *Litígios estruturais*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2018, pp. 161-172.

or around legislatures, agencies, or the electorate—by constructing and enforcing standards of acceptable behavior for interest groups, political parties, and both elected and appointed officials. But judicialization is not simply limited to the increasingly important, pervasive, and direct roles that courts play in making policy. The fact that courts frequently intervene in policy-making processes also means that other political actors, as well as groups seeking political action, have reason to take the possibility of judicial reaction into account. Proposals need to be framed in a way to ensure that legislation will neither be struck down nor interpreted in undesirable ways. In order to achieve such a result, part of the policy debate over new legislation must aim at anticipating the response of legal institutions. So, we see a global application of one aspect of the phenomenon that de Tocqueville noted about American politics years ago: the transformation of political questions into legal ones. This means that legal/constitutional considerations and rhetoric assume new and sometimes decisive importance in ordinary legislative policy-making.”¹⁴¹

Enfatizando que o modelo de Cortes Constitucionais também encontra respaldo nos países de prática democrática mais recente, Partlett pondera que tais órgãos jurisdicionais desempenham papel importante na concretização de valores constitucionais em suas respectivas Sociedades:

“(…) new constitutions often given courts significant formal review powers over constitution-making. Furthermore, courts are frequently pulled into high-stakes disputes surrounding constitution-making processes when interests go to court in order to reverse political setbacks. The most effective courts in responding to these challenges have been in India, Colombia, and South Africa. In these countries, courts have emerged as independent and “major overseers of the exercise of political power.” This role suggests that courts can play a democratically legitimate role in constitution-making.”¹⁴²

Com efeito, nos parece que na construção de estados de inspiração social, o papel da jurisdição constitucional tem sido deveras importante, especialmente quando colabora com outros atores de poder na consecução dos projetos constitucionais que tencionam tornar tais Sociedades mais equânimes e justas¹⁴³. A prática da revisão judicial, com vistas a avaliar sua

¹⁴¹ FERREJONH, Jonh. “Judicializing Politics, Politicizing Law”. *Law and Contemporary Problems*, Durham, North Carolina, v. 65, n.3, Summer 2002, pp. 41-42.

¹⁴² PARTLETT, Willian. “Courts and constitution-making”. *Wake Forest Law Review*, Wake Forest University School of Law, Winston-Salem, CN, v. 50, 2015, p. 930.

¹⁴³ Maldonado, centrado nas experiências da Colômbia, África do Sul e Índia, confirma nossa assertiva, demonstrando o importante papel desempenhado pelas Cortes Constitucionais destes países: “*Colombia, India, and South Africa are very different countries. It might be argued then that to compare their highest courts would not be useful; the exercise would not render many profits. The “cases” under examination would run parallel to each other, not intersecting at any point. Geographically, economically, and culturally, there are important dissimilarities among these countries. For one, they are located on three different continents. The size and importance of their economies vary widely. (...) Colombia’s legal system, moreover, belongs to the*

compatibilidade constitucional é, segundo nos demonstra Lijphart¹⁴⁴, bastante difundida em vários países com realidades distintas, ainda que em matizes diversas, variando conforme o grau de força sistêmica em cada uma destas Sociedades (indo do grau forte até o fraco)¹⁴⁵.

civil law tradition, India's to the common law tradition, and South Africa's is a mixture of the civil law and common law traditions. The institutional and contextual differences among these three countries are certainly many. The three countries, however, have some important similarities. All three are liberal democracies in the process of consolidation, their levels of inequality are some of the highest in the world, their history has been marked by political violence, and their cultural diversity is notable. Likewise, these three countries have legitimate and activist constitutional or supreme courts that have addressed these political, economic, and cultural issues in rich and complex ways. In these three countries, the constitutional courts have played an important role in the protection of the rule of law and the realization of individuals' constitutional rights. The constitutions of Colombia, South Africa, and India are structured around liberal democratic values. The idea that human beings are autonomous and equal individuals is central to these constitutions. The worth of all persons is a function of their humanity. Human dignity is a fundamental value in these three countries' legal systems. These constitutions also contain a wide Bill of Rights that includes civil and political rights, social and economic rights, and collective rights. All these rights are understood as fundamental tools for the protection of autonomy and equality. The constitutional frameworks of these three countries also include the principle of separation of powers and a system of checks and balances that limit the power that can be concentrated in each branch of government. Additionally, the constitutions of Colombia, India, and South Africa are committed to democracy, and therefore to the idea that the government should be held accountable through multiparty, open, and regularly organized elections. Finally, the constitutions of these three countries establish that economic relations should be organized in the form of a market economy. The constitutional commitment to liberal democracy has not yet been completely realized in Colombia, India, or South Africa". MALDONADO, Daniel Bonilha. "Introduction: Toward a Constitutionalism of The Global South". In: MADONALDO, Daniel Bonilha (ed). *Constitutionalism on the global South: the activist tribunals of India, South Africa and Colombia*. New York: Cambridge University Press: 2013, pp. 21-22.

¹⁴⁴ "FORÇA DA REVISÃO JUDICIAL EM 36 DEMOCRACIAS, PERÍODO DE 1945 A 1996 - Forte revisão judicial [4,0] - Alemanha*, Estados Unidos, Índia, (Canadá depois de 1982). Revisão judicial de força média [3,0] - Austrália, Papua-Nova Guiné, Espanha*, Canadá [3,3], Itália [2,8], Áustria*, Maurício, (Bélgica depois de 1984*), (Canadá antes de 1982), (Colômbia depois de 1981), (França depois de 1974*), (Itália depois de 1956*). Revisão judicial fraca [2,0] - Bahamas, Jamaica, Bélgica [1,5], Colômbia [2,4], Barbados, Japão, Botsuana, Malta, França [2,2], (Colômbia antes de 1981), (Itália antes de 1956), Costa Rica, Noruega, Portugal*, Dinamarca, Grécia, Suécia, Irlanda, Trinidad, Islândia, Venezuela. Ausência de revisão judicial [1,0] - (Bélgica antes de 1984), (França antes de 1974), Finlândia, Nova Zelândia, Holanda, Reino Unido, Israel, Suíça, Luxemburgo. *Revisão judicial centralizada por tribunais especiais. Nota: Os índices de revisão judicial estão entre colchetes. LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 257.

¹⁴⁵ A demonstrar a prática recente também em países recém saídos de conturbados cenários políticos, assim nos fala Steyler, referindo-se à Namíbia: "(...) *the judicialization of Namibian politics may require a more nuanced political role. The judiciary, in protecting minority interests, cannot antagonize majoritarian interests unduly without undermining their own position; the judicialization of politics requires political accommodation, no matter what the letter or spirit of the Constitution may be. This is the dilemma that the Judicial Service Commission (JSC) and the Namibian judges face. Immediately after independence the JSC sought to reduce the lily-white complexion of the bench. The first appointment was Ismael Mohammed, the renowned civil rights lawyer from South Africa, as acting judge. By the end of 1990 Mohammed and Enoch Dumbetshe the retired chief justice of Zimbabwe with strong liberal views, were appointed to the Supreme Court. By September 1992 the first black Namibian, Pio Teek (previously the ombudsman), was appointed as judge of the High Court. At the same time the judges of the Supreme Court have not hesitated to enter the political arena and defend their constitutional position of power. (...) The expansion of judicial power was one of the key ingredient in the pacts*

Cabe notar, no entanto, que na década noventa do século XX (tendo como base os escritos de Lijphart que acabamos de mencionar), tínhamos ainda países em que havia ausência de revisão judicial¹⁴⁶, a demonstrar que a possibilidade do uso do mecanismo do *judicial review* é, em verdade, escolha política e não decorrência impositiva da conformação do poder¹⁴⁷. Ainda sim, o mecanismo revisional tem, como falamos, crescido em importância,

*that facilitated Namibian independence under majoritarian rule. The judicialization of politics entails, however, more than a constitutional structure; it is a dynamic process. The Constitution provides only the legal structure; it does not constitute the process. The process will occur when the courts exercise their power of judicial review and the other two branches accept the lessening of their power. Such acceptance will be facilitated where there is trust and mutual support among the various branches of government. In Namibia such trust is not facilitated by a rigid Bill of Rights and a constitution that isolates the judiciary from the other branches of government. A lack of trust may in the end lead to the breaking of the constitutional order. It will then be ironic that the expansion of judicial power which facilitated the establishment of a constitutional order, might undermine the continuance of that order.” STEYTLER, Nico. “The judicialization of Namibian Politics”. In: TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, pp. 506-508.*

¹⁴⁶ Vermule coloca que a ausência de controle judicial de compatibilidade das leis em um ordenamento não é, nem de longe, ensejador de sistemas tirânicos: “(...) *the absence of judicial review will immediately result in majoritarian tyranny. It is a useful tonic for such views that the absence or sharply limited of judicial review (at least of national legislation) in the Netherlands, Switzerland, Belgium, the United Kingdom, and others nations has not produced a swathe of fascist dictatorships.*” VERMULE, Adrian. *Judging under uncertainty*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 265.

¹⁴⁷ Neste sentido, confira-se Roger Stiefelmann Leal: “(...) *O exercício da jurisdição constitucional pelo Poder Judiciário não consiste, cumpre observar, nenhuma decorrência lógica ou natural. Cuida-se, antes de tudo, de uma opção de política constitucional, dentre diversas outras existentes. O exame das razões oferecidas por Alexander Hamilton sobre a questão evidencia, de um lado, o esforço de justificá-la como a melhor ou única alternativa institucional e, de outro, a tentativa de minimizar a superioridade política dos tribunais por ela propiciada. Tais argumentos não se mostram, contudo, infensos a sérias e pertinentes objeções. Das lições de Publius extrai-se que decidir um conflito entre diplomas legais – função subordinada hierarquicamente à atuação do legislador – é equivalente a controlar a constitucionalidade de uma lei – função que se sobrepõe à atuação do legislador. E, por isso, o Judiciário, que exerce a primeira função (jurisdição ordinária), deve desempenhar também a segunda (jurisdição constitucional). Segundo Hamilton, descabe ao Legislativo verificar se seus atos observam as determinações constantes do texto constitucional. Seria, para ele confiar ao delegatário o controle sobre o cumprimento da própria delegação. No entanto, desconsidera que os tribunais também são destinatários de cláusulas constitucionais, não diferindo quanto a esse ponto das demais instâncias de poder. Recorre, ainda, o autor às lições de Montesquieu para caracterizar a fragilidade “quase nada” do Poder Judiciário, muito embora defenda aparato judicial de modelagem distinta, composto por juízes vitalícios e profissionais, com poderes de negar aplicação à lei em nome da Constituição. Nesse ponto, parece trair-se, por vezes, ao qualificar expressamente o Judiciário como baluarte da Constituição ou cidadela da justiça e da segurança públicas, adjetivos inadequados ante a propalada impotência dos órgãos judiciais. Vê-se que as soluções engendradas pelo raciocínio de Publius, em face das restrições que sobre elas recaem, não devem ser irrefletidamente incorporadas, sobretudo em países de cultura política e jurídica diversa da norte-americana. Tomá-las como dogma implica desistir de pensar em soluções institucionais inovadoras, mais adequadas à realidade política e social de cada nação. A opção constitucional de atribuir o exercício da jurisdição constitucional ao Poder Judiciário, segundo a estrutura monista estadunidense, longe de ser a alternativa perfeita, suscita graves inconvenientes, que merecem ser devidamente ponderados à luz do sol. E não à sombra da retórica de Hamilton.*” LEAL, Roger Stiefelmann. “O Exercício da Jurisdição Constitucional pelo Poder Judiciário”. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes (et. al.). *Direito Constitucional, Estado de*

sendo aplicável em vários ordenamentos que outrora não o admitiam.

Neste contexto, Vallinder confirma que a expansão do poder judicial capaz de invalidar, pela lógica da judicialização da política, atos de vontade dos demais poderes, é fenômeno que se repete através do Globo:

“(...) the judicialization of politics is a worldwide phenomenon. (...) it seems hardly likely that the ongoing process of judicialization will be reverse dor even brought to a stop. It has already, to some extent, spread to eastern europeu – Hungary, for instance, has enacted a bill of rigths and a constitution court. In Russia, the constitution court has become a major polictical actor. Similar tendencies can be found in former dictatorships outside the western world. In the end a new equilibrium will perhaps be established in many countries between the rigths of citizens and the rights and obligation of the (legislative) majority”.¹⁴⁸

A França, cuja premissa cultural era considerar a lei vontade inexorável da Nação e, portanto, sem possibilidade de revisão por outro órgão distinto do Legislativo¹⁴⁹, acabou por dotar seu Conselho Constitucional de poderes mais elásticos para avaliar a compatibilidade das leis com o Pacto Social francês. É o que demonstra Dallari, ao se referir à previsão

Direito e Democracia: homenagem ao Prof. Manuel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2011, pp. 607-608.

¹⁴⁸ VALLINDER, Torbjörn. “The Judicialization of Politics. A Worldwide Phenomenon: Introduction”. *International Political Science Review*, v. 4, n.2, April 1994, p. 98.

¹⁴⁹ Aliás, não necessariamente o controle de constitucionalidade das leis precisa ser feito de maneira preponderante pelo Poder Judicial. Em diversos países, como aqui também (ao menos em teoria), o Parlamento pratica substancial e eficaz controle prévio, como pondera Stone: “*In France, deputies and senators are required to behave as constitutional judges whenever a Motion of Unconstitutionality is raised. Such motions - which are written in the form of a judicial decision - are debated "in order to determine if the proposed text is contrary to one or more constitutional provisions." During these debates, legislations cite constitutional provisions, original intent, past Council decisions, and the work of respected law professors. If the motion is adopted by a majority, the bill is declared unconstitutional and it dies. The Senate, declaring itself to have a special role in the protection of public liberties, has adopted a number of such motions. (...) Although the argument has now been forgotten, it was once widely accepted by doctrine that Parliament constituted a constitutional court whenever it debated such motions. (...) German parliamentarians possess no such procedural manoeuvre. Nonetheless, constitutional debates can be highly structured. Bundestag committee hearings regularly invite legal experts and former constitutional judges to advise them as well as to engage in "Karlsruhe-astrology" - attempts to predict the future position of the Court. The concern for constitutionality is, however, not generated by fear of FCC censure alone. As observers of German politics unanimously agree, political elites share a deeply rooted commitment to rechtsstaat ideology, a commitment that has been at the heart of state theory for more than a century. In consequence, legislators are unusually willing, even anxious, to rely on law to guide their work. Because of the consolidation of constitutional review in the Federal Republic, the rechtsstaat is today a constitutional rechtsstaat, and legislators naturally draft legislation according to their understanding of it.*” STONE, Alex. Complex coordinate construction in France and Germany. In: TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, pp. 222-223.

normativa de 2009 que instituiu, em território franco, a chamada questão prioritária de constitucionalidade:

“(…) Na literatura jurídica francesa mais recente e também no noticiário referente a decisões judiciais, é muito frequente a referência a uma QPC, que é a sigla da expressão "Questão Prioritária de Constitucionalidade". Esta é uma nova figura jurídica, uma inovação de extraordinária importância em termos de controle de constitucionalidade. (...) Para se ter ideia mais precisa a respeito da QPC, é importante ter conhecimento de uma importante emenda constitucional que teve influência direta em sua criação. Diz o o 61-1, que foi a base para a criação da QPC: Art. 61-1: ‘Quando, no curso de um processo perante uma instância judicial ou administrativa, alega-se que uma disposição legislativa ofende os direitos e liberdades que a Constituição garante, o Conselho Constitucional poderá ser acionado dirimir essa questão, por solicitação do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação, devendo pronunciar-se num prazo determinado. Uma lei orgânica determinará as condições de aplicação deste artigo". A lei orgânica aí referida, necessária para dar efetividade às disposições do artigo 61-1, é a Lei Orgânica 2009-1523, datada de 10.12.2009, contendo dispositivo estabelecendo que ela entraria em vigor no dia 01.03.2010. (...) A conclusão fundamental é que a criação desse novo instrumento jurídico de defesa dos direitos e liberdades fundamentais ampliou muito o controle de constitucionalidade, abrindo a possibilidade de controle a priori e também a posteriori, por via de ação e de exceção e, além disso, dando à cidadania o direito de se opor à aplicação de normas jurídicas contrárias aos direitos consagrados na Constituição. Apegados às concepções civilistas e legalistas originárias do fim do século com a publicação do Código Civil, em 1804, os juristas franceses mantiveram, durante muito tempo, grande apego à doutrina da soberania da lei, por considerá-la a expressão da vontade soberana da nação. Por tudo o que acaba de ser exposto, verifica-se que a França custou para aceitar o controle de constitucionalidade, mas em anos recentes acabou reconhecendo a extraordinária importância da garantia de supremacia da Constituição. E assim criou o Conselho Constitucional e depois ampliou consideravelmente suas competências, criando pouco depois uma figura jurídica especial, a QPC (...).”¹⁵⁰

Há quem diga, no entanto, que o exercício contramajoritário que perfaz a Justiça Constitucional ao efetuar a revisão judicial dos atos dos demais polos decisórios, reforça seu viés antidemocrático¹⁵¹, visto que, como já sublinhamos, a possibilidade de que membros que não se submetem ao escrutínio público direto, através do voto, tenham força sistêmica maior do que outros agentes políticos que, *a contrario sensu*, se submetem ao juízo público

¹⁵⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. “QPC e controle de constitucionalidade: evolução no direito francês”. In: LEMBO, Cláudio; CAGGIANO, Monica Herman; NETO, Manoel Carlos de Almeida (orgs.). *Juiz Constitucional - Estado e poder no século XXI*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015, p. 136-137.

¹⁵¹ Habermans, falando sobre a tal crítica que se faz à Justiça Constitucional, nos alerta: “*a crítica à jurisdição constitucional é conduzida quase sempre em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e justiça; e, nesta medida, ela é sempre uma disputa pelo princípio da divisão dos poderes*” HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 298.

de valor (ao menos de tempos em tempos), é expediente que poderia ter o condão de enfraquecer o sistema democrático¹⁵².

Neste sentido, vale reproduzir passagem do magistério de Bickel, no contexto do grande poder que a Suprema Corte¹⁵³ acumula no sistema norte-americano, que assim nos fala:

“The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system. There are various ways of sliding over this ineluctable reality. Marshall did so when he spoke of enforcing, in behalf of “the people,” the limits that they have ordained for the institutions of a limited government. And it has been done ever since in much the same fashion by all too many commentators. Marshall himself followed Hamilton, who in the 78th Federalist denied that judicial review implied a superiority of the judicial over the legislative power—denied, in other words, that judicial review constituted control by an unrepresentative minority of an elected majority. “It only supposes,” Hamilton went on, “that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former.” But the word “people” so used is an abstraction. Not necessarily a meaningless or a pernicious one by any means; always charged with emotion, but nonrepresentational—an abstraction obscuring the reality that when the Supreme Court declares unconstitutional, legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now: it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens. It is an altogether different kettle of fish,

¹⁵² Graber coloca a questão da democracia versus ‘judicial review’ de forma bastante percuciente: “A presidential candidate who promised to appoint to the federal bench only justices committed to never declaring a law unconstitutional would be electorally slaughtered. The understanding that judicial review is democratically constructed does not immunize judicial review from democratic challenge. (...) Juridical democracy or juristocracy is likely superior to some forms of democracy and inferior to others. The crucial democratic point is judicial review rarely pits the people against the courts. Political struggles over judicial power are between people who want courts to make certain policy decisions and people who prefer those decisions to be made by other institutions. (...) The merits of judicial review lie in the extent to which that practice serves values internal to democracy, rather than in the choice between democratic and some other values. All democratic institutions privilege some people at the expense of others. Whether judicial review is desirable depends on the interests democracies should privilege and whether judicial review privileges those interests in a democratically appropriate manner. Democratically constructed judicial review may weaken political accountability.” GRABER, Mark A. “Constructing judicial review”. *Annual review of political Science*, Maryland, Baltimore, v. 8, n.1, mar. 2005, pp. 448-449.

¹⁵³ Sobre o substancial poder da Suprema Corte norte-americana, vale também reproduzir a passagem de abertura da obra de Bickel, ‘The Least Dangerous Branch’: “The least dangerous branch of the American government is the most extraordinarily powerful court of law the world has ever known. The power which distinguishes the Supreme Court of the United States is that of constitutional review of actions of the other branches of government, federal and state. Curiously enough, this power of judicial review, as it is called, does not derive from any explicit constitutional command. The authority to determine the meaning and application of a written constitution is nowhere defined or even mentioned in the document itself. This is not to say that the power of judicial review cannot be placed in the Constitution; merely that it cannot be found there.” BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*. London: Yale University Press, 1962, p. 1.

and it is the reason the charge can be made that judicial review is undemocratic.”¹⁵⁴

Embora possa se argumentar que o expediente da revisão judicial das leis tencionaria reverter decisões tomadas por membros que, a rigor, representariam com mais vigor os anseios do povo, já que ungidos por pleitos eleitorais e que, portanto, nesta lógica, correríamos o risco de enfraquecer o regime democrático, de se considerar que as Cortes Supremas, em verdade, desempenham papel (como atores políticos que são) que, com bastante frequência, acompanham a lógica das escolhas do segmento do estrato político que, em determinado lapso temporal, representa a parcela majoritária e, portanto, do grupo que está a frente do Governo implementando a agenda que foi escolhida nas urnas pela maioria do corpo eleitoral. Neste sentido, a Corte Suprema é parte da aliança política que está governando o País em determinado momento.¹⁵⁵

¹⁵⁴ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*. London : Yale University Press, 1962. p. 16-17

¹⁵⁵ Com efeito, de maneira percuciente, se posiciona Robert Dahl, no contexto norte-americano: “*A política nacional nos EUA, como em outras democracias estáveis, é dominada por alianças relativamente coesas que resistem por longos períodos. É fácil lembrar a aliança de Jefferson, de Jackson, a duradoura dominação republicana dos anos pós-Guerra Civil, e a aliança new deal formada por Franklin Roosevelt. Cada uma delas é marcada por uma interrupção nas políticas passadas, um período de lutas intensas, seguidas pela consolidação e, por fim, pela dissolução e desintegração da aliança. Excetuando-se os longos períodos de transição, quando a antiga aliança se desintegrava e a nova luta para tomar o controle das instituições políticas reaparecia, a Suprema Corte é inevitavelmente uma parte da aliança nacional dominante. Como um elemento na liderança política da aliança nacional, a Suprema Corte apoia as principais políticas da aliança. Por si só, a Suprema Corte fica quase sem forças para atingir o curso da política nacional. Na ausência de acordos sólidos no âmbito da aliança, uma tentativa por parte da Suprema Corte de formular políticas nacionais está propensa a ter consequências desastrosas, como mostram a decisão Dred Scott e os casos do new deal. Sem dúvida alguma, os casos das últimas três décadas, envolvendo a liberdade dos negros, culminando na famosa decisão sobre a integração escolar, são exceções a essa generalização. (...) A Suprema Corte, porém, não é simplesmente um agente da aliança. Ela é parte essencial da liderança política e possui algumas alianças próprias de poder das quais a mais importante é a legitimidade singular atribuída às suas interpretações da Constituição. A Suprema Corte põe em risco essa legitimidade caso se oponha claramente às principais políticas da aliança dominante. Tal atitude, como vimos, normalmente não é uma que atraia a Suprema Corte. Ocorre que dentro dos limites estreitos estabelecidos pelas metas básicas de políticas públicas, a Suprema Corte pode formular políticas públicas nacionais. Seus critérios, portanto, não são opostos aos de um poderoso presidente do comitê de um congresso que não pode, em termos gerais, anular as políticas básicas substancialmente aprovadas pelo restante da liderança dominante, mas que pode, dentro desses limites, determinar importantes questões sobre temporalidade, eficácia e políticas secundárias. Assim, a Suprema Corte é menos eficaz contra uma maioria formada por legisladores e, evidentemente, menos inclinada a agir. Ela é mais eficaz quando estabelece os limites das políticas públicas para oficiais, agências, governos estaduais ou até mesmo regiões, uma tarefa que se estruturou, em grande parte, sobre as atividades da Suprema Corte. Poucas decisões tomadas pela Suprema Corte que tratam de políticas públicas podem ser interpretadas de forma sensata em termos de uma ‘maioria’ versus uma ‘minoria’. Nesse aspecto, a Suprema Corte não é diferente do restante da liderança política. (...) A principal tarefa da Suprema Corte é conferir legitimidade às políticas básicas da coalização que logrou êxito. (...) a Suprema Corte faz seu melhor para conferir*

Com efeito, levando em consideração os interesses políticos que estão entrenchados no âmbito das Supremas Cortes, o exercício da jurisdição constitucional costuma, por vezes, confirmar as escolhas dos atores políticos relevantes em determinado momento político ou ainda, dando lastro no papel substancial da Justiça Constitucional como ator político próprio, levar a cabo escolhas e implementar projetos que são de difícil concretização, em razão do jogo de poder que existe nas atuais Sociedades complexas¹⁵⁶. Tudo isto, na visão da Corte, sob o argumento que tais decisões estariam ‘conforme’ a Constituição. É o que pondera Whittington:

“I consider here three common barriers to successful action on ideological agenda items for political coalitions in American politics: federalism, entrenched interests, and coalitional heterogeneity. It should be noted that particular instances of judicial review may often involve more than one political logic. An instance of judicial review may well involve state action, for example, even when the structural obstacle of federalism is not the central political dynamic involved in the case. In each case, the central logic of the obstacle and how the exercise of judicial review may be useful for overcoming it is sketched out. In each instance, the Court is able to do what national political leaders are either constitutionally incapable of doing or politically unwilling to do themselves, and in doing so the Court runs with rather than against the interests of powerful political officials. (...)”¹⁵⁷

Neste sentido, segundo pensamos, o argumento do expediente antidemocrático da Justiça Constitucional se enfraquece um pouco, desde que estejamos diante de argumentos

*legitimidade, não simplesmente sobre as políticas particulares e restritas da aliança política dominante, mas sobre os padrões comportamentais básicos necessários para a operação de uma democracia.” DAHL, Robert. “Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy maker”. *Journal of public law*, number 6, 1957, pp. 293-294.*

¹⁵⁶ É o que prega, por exemplo, Lunardi: “(...) no Brasil, assim como em outros países, talvez o controle de constitucionalidade realizado pela Corte Constitucional seja útil aos líderes políticos do congresso e ao governo federal, sobretudo para superar os entraves do federalismo dos interesses entrenchados – que impedem o desenvolvimento de determinados setores – e da heterogeneidade da coalização política. (...) O controle de constitucionalidade também tem sido um mecanismo utilizado no Brasil para superar o problema dos interesses entrenchados, ou seja, quando a própria base aliada ou a coalização política majoritária está dividida internamente. Não havendo consenso sobre a determinada questão que precisa ser legislada, o Congresso Nacional comumente fica inerte, desejando que o Supremo Tribunal Federal resolva a questão. (...) deve ser desfeito o mito de que os parlamentares e o chefe do Executivo seriam sempre contrários a um modelo forte de controle judicial de constitucionalidade. A análise institucional leva outra conclusão, qual seja, a de que frequentemente o chefe do Executivo, coalizões políticas ligadas ao governo e os parlamentares toleram e, inclusive, em alguns casos, fomentam o controle judicial de constitucionalidade realizado pelo STF.” LUNARDI, Fabrício Castagna. *O STF na Política e a Política no STF*. São Paulo: SaraivaJur, 2020, pp. 38-42.

¹⁵⁷ WHITTINGTON, Keith E. “Interpose your friendly hand: political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court”. *America Political Science Review*, Princeton., v. 99, n.4, nov. 2005, pp. 586 – 595.

apresentados pela Corte de maneira racional.¹⁵⁸

Destarte, em seu ponto de funcionamento ótimo, a Justiça Constitucional, dotada da capacidade de revisão judicial das leis, é parte do sistema democrático¹⁵⁹, até porquanto não se pode praticar atos governamentais apenas e tão somente levando em consideração a vontade da maioria ou ainda o implemento de sua agenda e visão de mundo¹⁶⁰. Não deveria haver Governo, até mesmo se nos lembrarmos da ritualística de posse dos chefes do Executivo, que não jure lealdade na manutenção dos valores constitucionais. Nesta lógica, assim pondera Dworkin:

“Is judicial review undemocratic? In Canada and in America - and at an increasing rate throughout the democratic world - judges declare laws unconstitutional that were enacted by lawmakers who were elected by a majority or plurality of the voters. Judges declare these laws unconstitutional even though the constitutional requirements they are said to violate are not specific and detailed or self-enforcing but are written in abstract language about whose actual meaning reasonable and reasonably trained people violently disagree. It is no wonder that this form of judicial review is widely thought undemocratic. Democracy means rule by the people and this seems to be rule by the judges instead. In fact there are two respects in which a constitution might seem undemocratic, and that quick summary catches only one of them. Judges on the highest courts are appointed rather than elected, and barring extraordinary misconduct they serve for life. So a system that gives such judges great political power seems offensive to the principle that in a democracy officials are chosen by and answerable to the people. But that is not

¹⁵⁸ Vale, neste sentido, mencionar passagem de Alexy: “*Constitutional review can be successful only if the arguments presented by the constitutional court are sound and only if a sufficient number of members of the community are able and willing to exercise their rational capacities.*” ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 3, n. 4, pp. 572-581, 2005.

¹⁵⁹ Considerando as Supremas Cortes como parte inerente e inafastável do sistema político, Epstein e Knight nos falam: “*the judicial branch shares with the other branches of government a and develops some of these implications. behavior defining characteristic: it is a primary forum for the resolution of social and political conflict. Even when we take account of the distinctive institutional nature of the judicial process, law is profoundly political. To the extent that judges make law, it is the way their decisions are transformed into the rules that govern social life. We suggest a particular conception of this process: law, as generated by the Supreme Court, evolves in an incremental way. Each decision of each term of the Court modifies and builds on the existing body of legal rules and procedures. Over time, justices converge on specific common features of their decisions and, in so doing, establish new rules, new law. Although this process is slow and incremental, it is nonetheless political because the decisions of justices are strategic and aimed at affecting the substantive content of these rules. Therefore, to a significant degree, law is the cumulative product of numerous short-term strategic decisions made by the justices over the various terms of the Court. (...)*”. EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices Justices makes*. Whashington: CQ Press, 1998, pp. 183-184.

¹⁶⁰ Em defesa da Justiça Constitucional como sendo o melhor meio para se resolver questões de profundo desacordo social, Dworkin nos diz: “*A revisão judicial assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão finalmente expostas e debatidas como questões de princípio e não apenas de poder político, uma transformação que não pode ter êxito no âmbito da própria legislatura*”. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 102.

the whole story. We do not think it seriously undemocratic that other powerful officials are not elected. Secretaries of State or Defense or Treasury are not elected, and they can do more damage in a week than any single judge can in his or her judicial lifetime. American Presidents are elected, of course. But once they are in place they can wield their promethian powers almost unaccountable for at least four years, in which time they can easily destroy the world. The real threat a constitution poses to democracy is deeper, and has nothing to do with the fact that judges are not elected. We know that in a complex, representative democracy the majority's will cannot always govern. But for the most part we accept that in any democracy the majority should govern; we think that though institutional structures that insulate officials from popular opinion are necessary in practice, they are undesirable in principle. But when constitutions declare limits on the majority's power, this democratic assumption is displaced: decisions are not supposed to reflect the will of the majority then. Every official swears loyalty to the constitution, and therefore has a responsibility to defy popular will when the constitution's guarantees are in play. But that responsibility is most vivid when judges are asked to test legislation that has already been enacted, and so tacitly certified as constitutional, by other officials. Judges then claim a right and a duty to stand in the way of what the majority's representatives think proper and in the interests of the community as a whole."¹⁶¹

O problema, portanto, segundo pensamos, não está centrado no aparente aspecto antidemocrático da Justiça Constitucional e do mecanismo do *judicial review*. A questão é que, por vezes, os integrantes do poder judicial violam os próprios limites e anteparos previstos na moldura constitucional¹⁶², exacerbando sua capacidade de invalidar leis incompatíveis com os valores do Pacto Social a que eles próprios estão submetidos, fazendo prevalecer sua vontade e visão de mundo em detrimento de todas as demais¹⁶³.

¹⁶¹DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and constitution: We The People in Court. *Alberta Law Review*, vol. XXXVIII, number 2. L., Rev. 324, 1990, p. 325.

¹⁶² É como nos coloca Elival da Silva Ramos, na seguinte passagem: “Ao Poder Judiciário deveria caber, nesse modelo, o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes. No entanto, sobre ele também recaem as expectativas e pressões da Sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras. É nesse sentido que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente.” RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial : parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 271.

¹⁶³ Carlos Blanco de Moraes, no contexto europeu, nos alerta que as Cortes Constitucionais europeias agiram por algum tempo de maneira bastante ‘entusiasmada’: “Volvida uma fase em que a Justiça Constitucional se entusiasmou e se deixou fascinar com a sua própria criatividade ‘paranormativa’ gerada por uma panóplia de decisões manipulativas, verificou-se que, tanto as resistências oferecidas pelos tribunais (e, em menor grau, pelo legislador, no respeitante à salvaguarda das respectivas competências), como também os debates doutrinários sobre a legitimidade da Justiça Constitucional fizeram esfriar, desde a década de noventa, os excessos consequencialistas dos Tribunais Constitucionais, sobretudo em controlo abstracto (...).” MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 280.

Com efeito, a transferência de grande parte da capacidade decisional para as Cortes, ocasião em que as legislaturas, por exemplo, se furtam do seu papel fundamental como foro apropriado de discussão e decisão das grandes questões sociais ¹⁶⁴, representa disfuncionalidade na Justiça Constitucional que, a rigor, pode acarretar problemas sistêmicos graves. É como pondera Lunardi:

“Do ponto de vista da democracia representativa, a judicialização da política pura ou da megapolítica é extremamente problemática, na medida em que a legislatura abdica da sua função de deliberar e a entrega aos tribunais. Essa conduta, que transfere a responsabilidade da decisão política para o Judiciário, beneficia um interesse de curto prazo dos políticos – de enviar decisões impopulares e perder apoio eleitoral – às custas da sua responsabilidade política e da legitimidade democrática (...). Contudo, como a decisão é tomada pela instituição que não tinha essa atribuição, os efeitos dinâmicos podem ser devastadores, por não resolver problemas estruturais, de modo que, como consequência, podem piorar a estrutura organizacional. Ademais, ainda que, na questão de fundo, a atuação judicial seja bem sucedida, isso não resolverá os problemas subjacentes da abdicação e do enfraquecimento da responsabilidade política.”¹⁶⁵

As Cortes Constitucionais, segundo acreditamos, por primeiro em razão do método utilizado para sua composição e, em segundo lugar, porquanto suas aptidões institucionais são distintas da dos demais atores de poder, não estão capacitadas para resolver problemas complexos, típicos de outros foros de deliberação¹⁶⁶. Em verdade, o modelo mais apto a

¹⁶⁴ Sobre a questão do funcionamento razoável das instâncias legislativas e a necessidade de que não apostemos tudo na lógica da revisão judicial, assim pondera Waldron: *“Uma nota de advertência: quando digo que as instituições estão em boas condições de funcionamento, não estou presumindo que a legislação razoavelmente democrática que o parlamento promulga seja de modo geral boa ou justa no que diz respeito ao seu conteúdo. Pressuponho que parte da legislação é justa e parte dela injusta (as pessoas discordarão sobre qual é qual), e de isso é verdade tanto para as medidas que possam ser submetidas ao judicial review quanto para as medidas que ninguém está propondo que sejam submetidas ao judicial review. Tudo o que eu disse sobre os arranjos legislativos e eleitorais em bom estado de funcionamento vale mais para valores de processo do que para valores de resultado. (...) “Talvez haja circunstâncias - patologias peculiares, instituições legislativas disfuncionais, culturas políticas corruptas, legados de racismo e outras formas de preconceito endêmico - nas quais esses custos de ofuscação valham a pena ser suportados por certo tempo. Mas os defensores do judicial review devem começar a fazer suas alegações a favor da prática francamente sobre essa base - e fazê-lo com um grau de humildade e vergonha em vista das circunstâncias que a fizeram surgir - em vez de pregá-la aos quatro cantos como o epítome do respeito aos direitos e como um elemento normal e normativamente desejável da moderna democracia constitucional.”* WALDRON, Jeremy. “A essência da oposição ao judicial review”. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010, pp. 108 e 157.

¹⁶⁵ LUNARDI, Fabrício Castagna. *O STF na Política e a Política no STF*. São Paulo: SaraivaJur, 2020, p. 46.

¹⁶⁶ Waldron, pensando em modelos alternativos em que se pratica o controle de constitucionalidade no grau fraco, coloca a questão da seguinte maneira: *“(...) nem sempre pode ser fácil para os legisladores ver quais questões de direitos estão embutidas na proposta legislativa apresentada para avaliação; nem sempre pode*

propiciar funcionamento sistêmico em ponto ótimo, preservando a lógica da necessária calibragem que deve haver entre os polos decisórios republicanos, é aquele que viabiliza diálogo e troca de ‘inputs’ e ‘outputs’ saudáveis entre eles¹⁶⁷, sem que se desnature, por ato comissivo ou omissivo, a natureza institucional de um deles.

Com efeito, asseverando que aos magistrados não é dado agir para além dos limites da lei, sendo certo que as decisões legiferantes devem ser respeitadas na medida de sua razoabilidade, Barroso nos alerta que o populismo judicial, cuja prática no âmbito da Justiça Constitucional pode, por exemplo, representar escape fácil para ‘contentar’ certo estrato da opinião pública em dado momento, deve ser evitado, ainda que ao Poder Judiciário, desde que o pressuposto seja defender os valores constitucionais, aja em face do que parece representar a vontade popular:

“nessa linha, cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que embora não eleito, o poder

*ser fácil para eles vislumbrar quais questões de direitos podem surgir a partir de sua aplicação subsequente. Assim, é útil ter um mecanismo que permita aos cidadãos chamar a atenção de todos para essas questões à medida que surgem. Mas esse é um argumento a favor somente do controle de constitucionalidade fraco, não de sua forma forte, na qual a questão abstrata de direito que foi identificada é resolvida da maneira como um tribunal julgar apropriada. Esse é um argumento a favor de algo como o sistema existente no Reino Unido, no qual um tribunal pode emitir uma declaração de que existe uma questão importante de direitos em jogo. Alternativamente, esse é um argumento a favor do arranjo que encontramos em sistemas com controle de constitucionalidade ainda mais fraco, no qual o Procurador Geral tem o dever não partidário de examinar minuciosamente as propostas legislativas e identificar publicamente quaisquer questões de direitos que possam surgir.” WALDRON, Jeremy. “A essência da oposição ao judicial review”. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 117.*

¹⁶⁷ É como pensa, falando sobre a necessidade de se investir nos diálogos institucionais, quer seja pela via da Justiça Constitucional com os demais atores de poder, quer seja pela via inversa, Glauco Salomão Leite: “(...) Ocorre que, no modelo de Estado Constitucional que se consolidou na contemporaneidade, promove-se uma conciliação entre instituições políticas majoritárias e jurisdição constitucional. Assim, partindo da premissa de que a escolha por um sistema de jurisdição constitucional não é uma inferência de postulados teóricos desconexos da realidade, e sim fruto de uma escolha política que avalia vantagens e desvantagens, promoveu-se uma reformulação na antiga e eterna discussão acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Em seu lugar, passa-se a explorar como pode funcionar um modelo de democracia constitucional que decorre da existência de uma instituição contramajoritária. Com isso, afasta-se a ideia de uma legitimidade mística de qualquer dos poderes estatais. Da mesma maneira como não é razoável supor que um Parlamento eleito se degenerará em uma ditadura da maioria, também não se crê numa espécie de infalibilidade judicial, como se as Cortes sempre decidissem a favor dos valores fundamentais da ordem constitucional. Isso aponta para a necessidade de diálogos institucionais como uma alternativa plausível para a construção coordenada do significado da Constituição, a partir das potencialidades estruturais dos agentes envolvidos e de suas capacidades institucionais.” LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. pp. 268-269.

que exerce é representativo (i.e. emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contra majoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático.”¹⁶⁸

Eis que, conforme já ponderamos em tópico anterior deste trabalho, no âmbito de nossa democracia ainda um tanto quanto defeituosa, a jurisdição constitucional é absolutamente relevante, sendo certo que, em solo pátrio, o Excelso Pretório tem desempenhado papel muito digno neste mister. No entanto, a Justiça Constitucional, como ponderam Souza Neto e Sarmiento¹⁶⁹, não deve ser concebida como única e nem mesmo a principal protagonista da concretização dos planos constitucionais¹⁷⁰. Nosso Pacto Social de 1988 também deve ser pensado e debatido através de distintas e plurais interações sociais que ocorrem quando tentamos ampliar o exercício da cidadania plena. Será desta forma que iremos legitimar, da maneira mais ampla possível, nossa empreitada constitucional.

1.2 Forças e fraquezas das Cortes Constitucionais na relação com os demais atores do poder

Neste tópico, em continuidade da linha de raciocínio que estamos desenvolvendo, continuaremos a analisar a Justiça Constitucional e o exercício da revisão judicial, sendo certo que iremos nos debruçar em alguns dos aspectos do relacionamento institucional que o Poder Judicial mantém com os demais atores de poder¹⁷¹. Hoje, no atual contexto em que

¹⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. *Atualidades jurídicas*. Revista do CFOAB, 4 ed. jan-fev, 2009.

¹⁶⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, vol.06, nº02, pp. 119-161, disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11773>, acesso em 23/10/2020.

¹⁷⁰ Cass Sustein é claro, neste contexto, em argumentar pela contenção da Justiça Constitucional: “(...) a invalidação judicial centralizada de programas desenvolvidos pelo Presidente, pelo Congresso, e centenas de governos estaduais e municipais dificilmente promove o objetivo de um comedimento judicial. As considerações democráticas argumentam fortemente contra um papel judicial agressivo nessa conjuntura. Em geral, às cortes não devem se intrometer nos processos legislativos estaduais e federais nos quais os argumentos a partir de princípios básicos são tão obscuros.” SUSTEIN, Cass R. *A constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 193.

¹⁷¹ Até porquanto, segundo nos ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o Judiciário está muito longe do papel de neutralidade que se sustentava no século XIX: “*Em suma, com base em condições sócio-políticas do século XIX, sustentou ser por muito tempo a neutralização política do Judiciário como consequência do princípio da*

nos encontramos, não é crível acreditar que ao magistrado apenas é lícito agir com absoluta neutralidade. A legalidade é e ainda deve ser valor principiológico fundamental, desde que o exercício da judicatura esteja de braços dados com os demais atores sociais em papéis de poder, visando, ao menos em teoria, a consecução dos elevados objetivos elegidos pelos idealizadores do Estado Democrático Constitucional¹⁷².

Deste modo, na linha do raciocínio de Lunardi¹⁷³, a experiência histórica constitucional nos demonstra que, no mais das vezes, o Executivo e o Legislativo são dotados de mecanismos fortes o suficiente para ditar os rumos políticos de uma Sociedade¹⁷⁴. Da mesma forma, quando explicitamente confrontados pelo Judiciário, utilizando-se do expediente de freios e contrapesos, agem com relativa eficácia para limitá-lo. No entanto, há que se ponderar que o incentivo sistêmico ao exercício do controle fortificado de constitucionalidade e do ativismo judicial de per si são, por vezes, tolerados pelos demais polos de poder¹⁷⁵. Isto porquanto, como queremos demonstrar, a Justiça Constitucional -

divisão dos poderes. A transformação dessas condições, com o advento da Sociedade tecnológica e do estado social, parece desenvolver exigências no sentido de uma desneutralização, posto que o juiz é chamado a exercer uma função sócio terapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente prospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidade as políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (dura lex sed lex)." FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio. "O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?" *Revista Trimestral de Direito Público*. Malheiros, n9, 1994, pp. 40-48.

¹⁷² Com relação a forma de inter-relacionamento do Judiciário com os demais Poderes, assim se posiciona Carvalho: "(...) "from without", que é a reação do Judiciário à provocação de terceiro e que tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição. Ao fazer a revisão, o Judiciário ampliaria seu poder frente aos demais poderes; 2) "from within": é a utilização do aparato judicial na administração pública; (...). A forma mais difundida de judicialização da política, que pode ser generalizada a todos os casos, é a from without, ou seja, o controle jurisdicional de constitucionalidade." CARVALHO, Ernani Rodrigues de. "Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem". *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, n. 23, Nov. 2004. Available from: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010444782004000200011&lng=en&nrm=iso, p. 121, acesso em 08/09/2020.Man

¹⁷³ LUNARDI, Fabricio Castagna. *O STF na Política e a Política no STF*. São Paulo: SaraivaJur, 2020, p. 30.

¹⁷⁴ Desde que tenhamos composição partidária forte e representativa, segundo coloca Laudau: "Take legislative behavior within a presidential system as a paradigm case. "Abdicating" legislatures are probably most likely in contexts where party systems are either weakly developed or where the same political force controls multiple institutions. In both cases, individual legislators may lack the incentive to exercise control over the executive. In contrast, these problems may be less likely to arise where opposing institutions are in the hands of strong parties that are in opposition to the executive." LANDAU, David. "Political support and structural constitutional law". *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v.67, 2016. p. 1075.

¹⁷⁵ É o que sustenta Tate, alinhavando uma série de fatores e elementos que contribuem para que grupos políticos se utilizem do expediente judicial para fazer valer seus valores: "Democracy (...) it seems very unlike that one will encounter the judicialization of politics outside democratic polities. (...). Separation of powers. (...). A separation of powers (...) may thus facilitate a judicialization of politics that occurs for other reasons (...). Politics of rights. (...) when legitimacy is accorded to a politics of rights, it spills over to the procedures associated with the work of courts, who become key players in this politics. (...). Interest group use of the courts.

foco deste trabalho - é também ator no tabuleiro político da Nação e, por via de consequência, tendo em vista a relação que mantém com estes demais jogadores (através de seus membros que disputam lócus interna e externamente), é palco utilizado pelas coalizações políticas para menear seus conflitos e implementar sua agenda¹⁷⁶, travestidos de processos constitucionais.

Destarte, conforme nos assevera Graber, o subterfúgio utilizado pelos atores de poder para transferir seus desacordos para a arena judicial pode ocasionar possível transtorno sistêmico porquanto, como já asseveremos, a lógica procedimental e a qualidade deliberativa das Cortes é diferente¹⁷⁷ e não necessariamente aplicável para resolução de certos dilemas sociais profundos:

“(…) Unlike traditional approaches to judicial review, attention to political foundations places legislators at the center of debates over political accountability. Democratically constructed courts are politically accountable. Justices almost always make policy within parameters acceptable to most elected officials and respond to clear changes in political sentiment. Accountability problems result when politicians use courts to confuse voters. Prolabor voters in the progressive era may have supported representatives who condemned courts for antilabor decisions, not fully aware that those representatives made the statutory choices that empowered courts to make promanagement rulings. Whether alternative institutional arrangements will

*(…) the development an expansion of even a politics of rights may often more more properly be seen as the achievement of interest groups who find majoritarian decision-making processes not to their advantage than as the product of the devotion of political actors to some elevated vision of human rights. (...) Opposition use of the Court. (...) it seems likely that the experience of many others nations will document that political oppositions frequently judicialize politics by attempting to use the courts to harass and obstruct governments (...). Ineffective majoritarian institutions. (...). When executives are unable to govern through disciplined parties with effective legislative majorities, they will find it difficult to develop effective policies with the political and public support that can sustain them through opposition challenges directed to the judiciary. (...). Perceptions of the policy-making institutions. (...). When the public and the leaders of interest groups and major economic and social institutions view the majoritarian institutions as immobilized, self-serving, or even corrupt, it is hardly surprising that they would accord the policy-making of judiciaries, who have reputations for expertise and rectitude, as much or more legitimacy as that of executives and legislatures. (...). (Willful) Delegation by majoritarian institutions. Occasionally, The judicialization of politics occurs when majoritarian institutions decide that there are a certain issues that they do not wish to be burdened with deciding.” TATE, Neal C. “Why the expansion of judicial power?” In: TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995. pp. 28- 32.*

¹⁷⁶ E, neste sentido, Fischer nos alerta que, embora tentador, tal expediente é perigoso: “*Congress and the President have an obligation to decide constitutional questions. For members of Congress to shy away from these issues, claiming that the Court must make the ultimate determination, is tempting but irresponsible.*” FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as political process*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1988, p. 5.

¹⁷⁷ Com efeito, assim assevera Susteim: “*A adjudicação é um sistema excepcionalmente fraco para conseguir uma reforma social em grande escala. Raramente os tribunais se tornam especialistas na área em questão. Ademais, o enfoque nos casos sob litígio dificulta aos juizes a compreensão dos efeitos complexos e frequentemente imprevisíveis da intervenção judicial. O conhecimento desses efeitos é crucial, mas às vezes está inacessível.*” SUSTEIN, Cass R. *A constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 190.

cure this problem is doubtful. Voters will always have difficulty determining accountability when government is divided and power fragmented. Legislators who cannot use ambiguous language to foist political responsibility on to judges may use ambiguous language to foist political responsibility on to administrative agencies. When elected officials cannot foist political responsibility elsewhere, they often refrain from taking any action. (...). Having courts make policy choices when legislatures refuse to act may be the best institutional means that imperfect democracies have for improving political accountability. If elected officials will not take responsibility for making policy, they can at least be called to account for the policies made by their judicial appointees. The more serious problem with democratically constructed judicial review is that the wrong groups, interests, and values may be privileged. Courts, like other political institutions, are not neutral between power holders.”¹⁷⁸

Com efeito, as Cortes Constitucionais não estão afastadas do jogo político e tampouco decidem sem levar em consideração as consequências de suas decisões. Precisam, portanto, estar cientes de sua capacidade institucional¹⁷⁹ e atentos ao clima político que as cerca, como pondera Conrado Hüber Mendes¹⁸⁰. Se houver (como por vezes há) insensibilidade contextual por parte da Justiça Constitucional, seus veredictos poderão encontrar resistência e haverá, deste modo, dificuldade em perfazer seu mister. Com efeito,

¹⁷⁸ GRABER, Mark A. “Constructing judicial review”. *Annual review of political Science*, Maryland, Baltimore, v. 8, n.1, mar. 2005, pp. 448-449.

¹⁷⁹ Sobre a capacidade institucional das Cortes Constitucionais, Brinks, referindo-se ao contexto em que o STF está inserido, assevera que o poder judicial constitucional se sai melhor tutelando direitos amplamente aceitos pela Sociedade do que quando necessita promover uma mudança de maior amplitude: “*the court has the scope of authority and the backing to intervene on behalf of rights, and to authoritatively adjudicate inter-branch disputes should it choose to do so, although it has to expend a great deal of energy to produce a significant change in the law. In other words, it is a powerful court, somewhat limited in its ability to promote change, but with considerable capacity to protect well established and popular rules*”. BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime: The brazilian constitutional court’s role under the 1988 constitution”. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA (Org). *Courts in latin américa*. New York: Cambridge University Press, 2011, p.137.

¹⁸⁰ “*Constitutional courts do not operate in a political vacuum. This oft-repeated truism, if not much heard from legal scholars, has important implications. As a condition of intelligent and effective decision-making, if not of institutional survival itself, courts need to be perceptive and reactive to the surrounding political climate. Constitutional decisions may face resistance and cannot but rely on the allegiance of political partners to be enforced. A court that is insensitive towards this fact is less capable of carrying out its constitutional mandate. It must avoid, therefore, impolitic moves that erode its reservoir of authority and legitimacy. Indeed, the attempt to be anti-political may undermine its very political viability. Courts, therefore, do not only pursue correct decisions from the standpoint of law. Political survival is also a primary pragmatic concern. (...). A constitutional court needs, in sum, enough political ammunition to make itself respected. If that is not the case, it should back off, to an acceptable measure, from its ideal conclusions of principle. Such considerations do not only explain the successful political role played by the South African Constitutional Court, but should inspire more realistic normative theory.*” MENDES, Conrado Hüber. *FIGHTING FOR THEIR PLACE: CONSTITUTIONAL COURTS AS POLITICAL ACTORS. A REPLY TO HEINZ KLUG*, Constitutional Court Review, Volume 3, Issue 1, Jan 2010, p. 33 - 43 disponível em <http://www.saflii.org/za/journals/CCR/2010/2.pdf>, acesso em 31/08/2020.

nesta relação intensa entre os Poderes¹⁸¹, Franklin assevera que, mesmo havendo alguns mecanismos que podem proteger o poder judicial (e.g., não sendo eleitos, os magistrados, na prática da judicatura, não estariam a mercê do cálculo político estrito), quando há esforço concentrado por parte do Legislativo e do Executivo, estes podem minar severamente a capacidade de atuação judicial.¹⁸²

De rigor, portanto, que na relação com os demais atores de poder a Justiça Constitucional se aperceba que não há possibilidade de se caminhar ao largo do viés político¹⁸³. Desta forma, deve buscar deliberar de forma correta tecnicamente, mas, ao mesmo tempo, viável politicamente¹⁸⁴. Aliás, neste sentido, segundo pondera Hirshl, temos

¹⁸¹ De se considerar que, até mesmo em ambientes autoritários, há papel reservado para o poder judicial, ainda que seja para reverendar posição do governante de plantão. É o que nos coloca Ginsburg e Moustafa: “*What motivates state leaders to establish judicial institutions with varying degrees of autonomy? Following Moustafa (2007) we identify five primary functions of courts in authoritarian states. Courts are used to (1) establish social control and sideline political opponents; (2) bolster a regime’s claim to “legal” legitimacy; (3) strengthen administrative compliance within the state’s own bureaucratic machinery and solve coordination problems among competing factions within the regime; (4) facilitate trade and investment; and (5) implement controversial policies so as to allow political distance from core elements of the regime.*” GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir. “Introduction: The functions of courts in authoritarian politics”. In: GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir (eds). *Rule by law: The politics of courts in authoritarian regimes*. Cambridge University Press, 2008, p. 4.

¹⁸² “*I considerable measure, judicial independence is a function of institutional structures. The Constitution creates a federal judiciary as a separate and coequal branch, not as the servant of the president or Congress. The power of judicial review provides a basis for the third branch to critique and invalidate actions of the elected branches. And the lifetime appointment of federal judges (along with protection against salary reduction) insulates the federal judiciary from personal retribution by Congress or the president. This is well known and widely considered in the literature. Yet as Ferejohn (1999) points out, these institutional features seem insufficient to prevent a determined Congress and president from severely undermining the judiciary.*” FRANKLIN, Charles H. “Behavioral Factors affecting judicial Independence”. In: BURBANK, Stephen B; FRIEDMAN, Barry (Eds.) *Judicial Independence at the Crossroads: An interdisciplinary approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2000, p. 148.

¹⁸³ É o que defende Epstein e Knight: “*(...) In addition to internal rules, Justices need to consider two sets of institutions that establish their relationship with relevant external actors. First, because they serve in one of three branches of government, their decisions are subject to the checks and balances inherent in the separation of powers system instantiated in the Constitution. To create efficacious law - that is, policy that the other branches will respect and with which they will comply- justices must take into account the preferences and expected actions of these other government actors. Second, because the justices operate within the greater social and political context of the society as a whole, they need to be attentive to the informal norms that reflect dominant societal beliefs about the rule of law in general and the role of the Supreme Court in particular. To the extent that these rules affect the way the American people respond to the decisions of the Court, they also affect the justices' ability to influence the substantive content of the law. (...) if the members of the Court wish to create efficacious policy, they not only must be attentive to institutions that govern their relations with their colleagues but also take account of the rules that structure their interactions with external actors.*” EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices Justices makes*. Whashington: CQ Press, 1998, pp. 138-139.

¹⁸⁴ Em solo pátrio, a semelhança do que outras Cortes perfazem, o STF tem feito de maneira diuturna o que Diana Kapiszewski conceitua como ‘balanço tático’, sopesando, para além do manejo interpretativo clássico do ferramental do Direito, diversos cenários e situações que podem acarretar quaisquer de suas decisões, quer

vários casos de apropriação constitucional da política, em distintos países:

“It is obvious, for example, that politics is one of the main driving forces behind the recente constitutional wars in the United States (the so-called "Obamacare" reform or the appointment of a new Supreme Court Justice following the death of Antonin Scalia); Poland (where a newly elected populista right-wing government attempts to reconfigure and limit the jurisdiction of the Polish Constitutional Tribunal); Brazil (where the opposition has launched, and the Supreme Court reviewed an impeachment process against elected President Dilma Rousseff); or in Thailand (where the Constitutional Court has repeatedly backed the army and the old elites in their efforts to oust elected prime ministers Thaksin Shinawatra and later Yingluck Shinawatra). One could easily extend that list to include fierce politically driven constitutional struggles elsewhere - from Hungary, Turkey and Romania, to Venezuela, Pakistan and Egypt. In all of these instances, a court-centric approach or doctrinal analysis of constitutional law seems inherently limited.”¹⁸⁵

Há que se considerar que, no âmbito do Poder Legislativo, o poder econômico é exercido com bastante potência, o que, em última análise, faz com que os interesses dos estratos mais favorecidos preponderem na implementação da agenda legiferante. Destarte, na lógica desta característica das Casas Congressuais, a forma mais eficaz das minorias defenderem também seus interesses pode se dar pelo canal da Justiça Constitucional, especialmente quando estão em jogo a discussão acerca de garantias, direitos e liberdades que, no processo legislativo, podem ser ignorados ou ainda relativizados¹⁸⁶.

Dotar as Cortes Supremas desta capacidade institucional para funcionar como anteparo a uma possível tentativa de vilipêndio a determinados direitos de estatura constitucional seria, nos termos colocados por Dworkin¹⁸⁷, um arranjo inteligente¹⁸⁸ para

seja no âmbito do eventual confronto com outros atores do Poder, quer seja ainda diretamente na Sociedade. KAPISZEWSKI, Diana. “Tactical Balancing: High Court Decision Making on Politically Crucial Cases”. *Law and Society Review*, New York, v. 45, n. 2, 2011, p. 471.

¹⁸⁵ HIRSHL, Ran. “Politics and the constitution: the ties that bind”. *Review of Constitutional studies*, New York, v. 21, n.1, 2016. p. 5.

¹⁸⁶ Segundo Dworkin, se os cidadãos se respaldam em seu direito de solicitar o conhecimento e juízo de valor acerca de uma questão que querem ver reconhecida, na lógica da vedação do ‘non liquet’ ao Poder Judiciário, “esses direitos serão exercidos, a despeito de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los”. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p 32.

¹⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *Juízes Políticos e Democracia*. In: O Estado de São Paulo, 26/abril, 1997.

¹⁸⁸ Com efeito, meditando sobre o arranjo sistêmico do poder, Lembo afirma que um Judiciário independente é condição fundamental para o exercício da democracia plena: “(...) Estamos em bom período para o exercício da democracia. Esta é irreversível por toda a parte e também aqui no Brasil. As instituições forjadas no processo de redemocratização mostraram-se fortes e suportaram todos os embates políticos destes últimos anos. Nas nossas instituições, um poder as qualifica. O Poder Judiciário é independente e age com autonomia e isenção perante os acontecimentos. Pode assim, sem a intromissão do Executivo, operar com firmeza em

sopesar as forças e correntes havidas em uma democracia¹⁸⁹. Neste diapasão, Alexy defende com veemência a importância da Justiça Constitucional, no contexto alemão, para a prevalência dos direitos e garantias fundamentais por obra e mão própria do Tribunal Teotônico:

“(…) Se a discussão sobre os direitos fundamentais não pudesse ter outra sustentação além do texto constitucional e do vacilante solo de seu surgimento, seria de se esperar uma luta de idéias sem fim e quase sem limites. Se não é isso o que ocorre, isso se deve, em grande medida, à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Ao longo de sua práxis jurisprudencial de mais de cinquenta anos, ele nunca deixou de criar novas determinações dentro do amplo campo de possibilidades aberto pelo texto constitucional. O significado atual dos direitos fundamentais é devido sobretudo à jurisprudência desse tribunal. A ciência dos direitos fundamentais – a despeito das controvérsias em torno do efeito vinculante das decisões do Tribunal Constitucional Federal - tornou-se, em considerável medida, uma ciência da jurisprudência constitucional.”¹⁹⁰

Contudo, de maneira percuciente, Sustain nos alerta que, embora tenhamos dificuldades instaladas, por exemplo, no âmbito do Poder Legislativo, com cristalinas deficiências havidas em seu processo deliberativo, não podemos nos descuidar também dos evidentes problemas análogos ocorridos no bojo do Poder Judicial¹⁹¹. Não se pode, segundo

situações de corrupção política e uso irregular dos equipamentos públicos. A existência de um Judiciário qualificado permite transformar em aprendizado cívico os lamentáveis acontecimentos expostos à opinião pública pelos meios de comunicação. Vive-se o nascimento de um novo tempo. O ciclo da redemocratização acabou. Venceu a democracia.” LEMBO, Cláudio. *Eles temem a liberdade*. Barueri: Minha Editora, 2006, p. 64.

¹⁸⁹ Alexy também coloca a questão de maneira semelhante: “*A proposição fundamental ‘todo poder provém do povo’ exige conceber não só o parlamento como, ainda, o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, certamente, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem mais um caráter idealístico do que aquela do parlamento. O cotidiano da exploração parlamentar contém o perigo de que maiorias imponham-se (...), dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidos erros graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, mas em nome do povo, contra os seus representantes políticos”*. ALEXY, Robert. “Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático”. In: *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 53-54.

¹⁹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 27-28.

¹⁹¹ Na mesma linha, assim coloca Souza Neto e Sarmiento: “*A concepção que sustenta o protagonismo jurisdicional no campo constitucional nos parece incorreta tanto no plano descritivo quanto na esfera normativa. Sob o prisma descritivo, ela transmite uma imagem muito parcial do fenômeno constitucional, que não é captado com todas as suas nuances e riquezas, enfatizando-se apenas a ação de um dentre os vários agentes importantes da concretização constitucional. Sob o ângulo normativo, favorece-se um governo à moda platônica, de presumidos sábios, que são convidados a assumir uma posição paternalista diante de uma Sociedade infantilizada. E se não é correto, no debate sob a legitimidade da jurisdição constitucional, idealizar*

pensamos, partir da premissa equivocada que a Corte Constitucional não tenha, ela própria, como já sublinhamos aqui, uma agenda política e seus próprios problemas funcionais, que se reproduzem na relação havida entre os atores do Poder, objeto deste tópico:

“A abordagem geral de Dworkin - incluindo seu ataque ao uso do entendimento original - não alcança as várias deficiências institucionais do judiciário. Nossa contribuição sobre o que os juízes devem fazer devem atentar para essas deficiências. Elas incluem o fato de que o judiciário é composto de advogados vindos de um segmento estreito e particular da Sociedade; a falta aos juízes de boas ferramentas para destrinchar fatos; seu isolamento dos grupos e eventos relevantes; sua concentração sobre os detalhes de casos particulares; e sua inabilidade de processar os efeitos sistêmicos décadas decisões. Dworkin aponta corretamente dificuldades nas nossas atuais práticas democráticas, tanto em termos de sua conexão com a democracia, propriamente concebida, quanto em termos década capacidade limitada nesses processos de deliberar sobre questões de princípio. Porém, esse é só um lado da ilustração. É vital enfrentar as deficiências comparativas das cortes.”¹⁹²

Para bem sublinhar a questão das deficiências deliberativas, demonstrando que devemos partir do pressuposto que nos informa que as instâncias legislativas tomam suas decisões por maioria de votos, sendo certo que tal metodologia pode esconder em seu bojo certo viés negativo (se considerarmos possível achatamento dos direitos de grupos mal representados ou desfavorecidos politicamente), novamente nos socorremos do posicionamento de Waldron que nos informa que, se o problema é a questão procedimental, temos o mesmo defeito havido no âmbito das Cortes Constitucionais.

Ora, no âmbito da Justiça Constitucional norte-americana, cinco votos derrubam quatro¹⁹³. Tudo isso, deste modo, deve ser ponderado quando estudamos as relações político-

o Legislativo como encarnação da vontade geral do povo, tampouco se deve cometer o mesmo erro em relação ao Judiciário, supondo que os juízes constitucionais sejam sempre agentes virtuosos e sábios, imunes ao erro, sem agenda política própria e preocupados apenas com a proteção dos direitos fundamentais, dos valores republicanos e dos pressupostos da democracia.” SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, vol.06, nº02, pp. 119-161.

¹⁹²SUSTEIN, Cass R. *A constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 182.

¹⁹³ Eis a maneira como Waldron coloca a questão: “(...) *Meu objetivo (...) foi apresentar a legislação sob uma luz melhor do que geralmente acontece na filosofia jurídica e política. Como disse no início, vale a pena perguntar como seria desenvolver um retrato róseo das legislaturas e seus métodos que estivesse à altura, em sua normatividade e, talvez, em sua ingenuidade, do retrato dos tribunais que apresentamos nos momentos mais elevados da nossa jurisprudência constitucional. Pergunto isto em parte porque, em questões de projeto constitucional e reforma constitucional, é importante comparar semelhante com semelhante. Estamos todos familiarizados com a maneira como a arbitrariedade da decisão majoritária no parlamento ou no congresso é citada como uma maneira de realçar a legitimidade das cartas de direitos e da revisão judicial. No fim, naturalmente, é uma estratégia sem esperança para os oponentes do majoritarismo. Os próprios tribunais de*

sociais havidas na conformação do poder, partindo da premissa, como já falamos anteriormente, que na Justiça Constitucional também existem defeitos e disfuncionalidades análogas aos outros atores.¹⁹⁴

Adentrando na lógica do comportamento das Cortes no âmbito do seu relacionamento com os demais polos decisoriais da Sociedade, temos alguns dos estudiosos da área defendendo que a chamada postura minimalista do poder judicial seria a melhor forma de, no jogo político, reter sua respectiva capacidade legitimadora para perfazer seu mister, sem necessariamente invadir lócus dos outros atores. Neste sentido, Horwitz nos fornece fatores que devem concorrer para que o Judiciário (especialmente a Justiça Constitucional que, como sustentamos, pode atuar com grande potência) pratique tal postura:

“First, courts will defer to particular institutions where they are convinced those institutions possess superior legal authority relative to the deciding court. Second, courts are inclined to defer to institutions when they believe those institutions are blessed with a superior expertise within some particular area of knowledge—in other words, when those institutions possess a superior epistemic authority relative to the deciding court.”¹⁹⁵

*recursos são, invariavelmente, corpos de múltiplos membros que geralmente discordam entre si, mesmo após deliberação. (Talvez especialmente após deliberação!) E, quando discordam, também eles tomam suas decisões por meio de votação e decisão majoritária. Cinco votos derrotam quatro no Supremo Tribunal dos Estados Unidos. A diferença, quando uma questão é deslocada da legislatura para o tribunal, é uma diferença de grupos de constituintes, não uma diferença de método de decisão. Portanto, se votar produz resultados arbitrários sob o princípio da decisão majoritária, então, boa parte do direito constitucional norte-americano é arbitrário”. WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 156.*

¹⁹⁴ E, uma vez mais, dado que ambos possuem problemas e disfuncionalidades, traçando interessante comparação entre o Legislativo e o Judiciário (e as razões pelas quais, por exemplo, o sistema de eleições legislativas, ainda que imperfeito, é uma evidente vantagem democrática competitiva a favorecer o Legislativo), Waldron pondera: “(...) *O sistema de eleições legislativas também não é perfeito, mas ele é evidentemente superior por ser questão de democracia e de valores democráticos em comparação à base indireta e limitada de legitimidade democrática do judiciário. Os legisladores são regularmente responsabilizados perante seus eleitores e se comportam como se suas credenciais eleitorais fossem importantes em relação ao ethos geral de sua participação na tomada de decisão política. Nada disso é verdade para os Juizes. Segundo, mesmo que admitamos que as difíceis questões de direitos deveriam ser decididas por esses nove homens e mulheres, por que deveriam elas ser decididas por maioria simples de votos entre os Juizes? (...) no final das contas, a coisa se resume a contagens individuais: 5 votos contra 4 na Suprema Corte dos EUA, independente dos argumentos que os Juizes forjaram. Se a decisão majoritária for questionada nesse contexto, podemos responder mais ou menos da mesma maneira que imaginamos uma resposta em nome dos parlamentos? Na verdade, não, não podemos. A decisão majoritária é apropriada para pessoas que tenham uma razão moral para insistir em serem vistas como iguais em alguns processos decisórios. No entanto, não consigo ver qualquer base moral para essa razão no caso dos Juizes da Suprema Corte. Eles não representam ninguém. Sua reivindicação para participar é funcional, não é uma questão de prerrogativa.*” WALDRON, Jeremy. “A essência da oposição ao judicial review”. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 140-141.

¹⁹⁵ HORWITZ, Paul. “Three Facts of Deference”, *83 Notre Dame L. Rev.* 551, 2008. Available at:

Destarte, a deferência – e naturalmente a postura minimalista na atuação judicial – é mais natural se partimos da premissa que certos órgãos e esferas de Poder possuem maior capacidade instrumental e de lastro democrático para atuar em favor dos destinatários do exercício do poder.

De outro lado, o minimalismo na lógica comportamental e procedimental que poderia ser adotada pelos membros do Poder Judiciário quando perfazem seu múnus, deve ser sopesado, a depender do tipo de desafio e contexto havido no caso real que está sendo analisado. Se de um lado é verdade que tal postura diminui a possibilidade de erro e de amplitude dos custos de implementação da decisão¹⁹⁶, é também verdade que em algumas oportunidades decisões minimalistas são impróprias para afirmar a efetividade de grandes valores constitucionais que podem estar em jogo.¹⁹⁷

Quando analisamos as experiências de vários países dotados de Justiça Constitucional, com capacidade de revisão judicial, podemos verificar claramente que por

<http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol83/iss3/3> , acesso em 20/08/2020.

¹⁹⁶ Vermule insiste na melhor adequação das instâncias legislativas para certos tipos de decisão: “(...) *under conditions of severe uncertainty and bounded rationality, judge’s best bet is to limit themselves to enforcing clear and specific coordinating texts and leave more aspirational or open-ended provisions to legislatures. (...) Courts should enforce, through substantive judicial review, only the sort of clear and specific constitutional texts that tend to promote structural and coordinating goals. In cases where constitutional texts are ambiguous, can be read at multiple levels of generality, or embody vaguely stated political aspirations, courts should defer to legislatures as an institution better placed to update the Constitution over time. (...) Just as I gested that courts should defer to agencies when statutes contain gaps or ambiguities, so too I shall suggest that courts should defer to legislatures when constitutional provisions contain gaps or ambiguities. Because the Constitution contains less clear and specific text than do most modern regulatory statutes, however, in operation these recommendations will mean that courts have a smaller role in constitutional interpretation than in statutory interpretation.*” VERMULE, Adrian. *Judging under uncertainty*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 233 e p. 280.

¹⁹⁷ É como sugere Sustain: “*Many judges are minimalists. They favor rulings that are narrow, in the sense that they govern only the circumstances of the particular case, and also shallow, in the sense that they do not accept a deep theory of the legal provision at issue. In law, narrow and shallow decisions have real advantages insofar as they reduce both decision costs and error costs; make space for democratic engagement on fundamental questions; and reflect a norm of civic respect. In many cases, however, minimalism is hard to justify in these ways. Sometimes small steps increase the aggregate costs of decisions; sometimes they produce large errors, especially when they export decision-making burdens to fallible people. Predictability is an important variable, and minimalist decisions can compromise predictability. Sometimes large, nonminimalist steps serve democratic values and do not compromise the norm of civic respect. It follows that the justifications for minimalism are unconvincing in many contexts. The debate between minimalists and their adversaries is closely related to the debate between those who prefer standards and those who prefer rules, though there are some important differences*”. SUSTEIN, Cass R., “Beyond Judicial Minimalism”. *Harvard Public Law Working Paper*, No. 08-40, September 25, 2008. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1274200> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1274200>.

vezes há evidente turbulência na relação entre os Poderes. A América Latina, por exemplo, é contumaz em nos apresentar diversas ocasiões em que graves atribulações institucionais ocorreram. Helmke classifica tais episódios de ‘crises judiciais’ e assim nos pondera:

“Perhaps most obviously, sanctions against courts abound in the region (...). All but a handful of countries in the region have entirely escaped judicial crises. In Argentina, Bolivia, and Ecuador, courts have been targeted by nearly every recent democratic government. From Carlos Menem’s infamous court-packing scheme in 1990 to Lucio Gutierrez’s illfated attempt to remove all thirty-one judges on the Ecuadorian Supreme Court in 2005 to Evo Morales’s nearly constant harassment of the Bolivian judiciary since his election in 2006, executives routinely concentrate their energies on attacking judges. In other well-known instances, from Alberto Fujimori’s self-coup in Peru in 1992 to Jorge Serrano’s unsuccessful effort to stage a Fujimorazo the next year in Guatemala to Hugo Chavez’s attempts to consolidate his power through constitutional change in 1999, courts have often been the casualty of broader institutional battles. Even in relatively stable countries, judges have come under repeated and highly public threat, if not actual attack. In Chile, Presidents Aylwin and Frei both attempted several times to remove Pinochet-era judges from power. In Uruguay, long a bastion of judicial independence in the region, one of the leading presidential candidates in 2009, Jose Mujica, recently had this to say about the court’s handling of amnesty: “I want to know the truth, but the judiciary doesn’t care a damn. It carries the stench of vengeance from the slut that gave birth to it. Meanwhile, in present-day Honduras, the judiciary has landed at the center of one of the country’s worst institutional crises in memory. So far, the court remains intact, but perhaps only because it chose to come down on the winning side of Zelaya’s battle with the legislature over this reelection”.¹⁹⁸

E, continuando, Helmke nos assevera que, no período de 1985 até 2008, é possível traçar dois padrões de comportamento distintos na América Latina. Em alguns casos, o poder judicial de alguns países sofreu múltiplos ataques e passou por severas crises institucionais, tais como Equador, Bolívia, Argentina¹⁹⁹, Venezuela, Peru e até mesmo o Chile, reconhecido

¹⁹⁸ HELMKE, Gretchen; STATON, Jeffrey K. “The puzzling judicial politics of latin américa: a theory of litigation, judicial decisions, and interbranch conflict”. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (org.). *Courts in latin américa*. New York : Cambridge University Press, 2011, pp. 308-309.

¹⁹⁹ Na mudança da presidência da Corte Argentina em 2014, a demonstrar que o poder judicial argentino, ainda que com o histórico de ataques que estamos a mencionar, continua sendo importante jogador no tabuleiro político daquele país, Roldan nos informa: “(...) *na parte da administração do judiciário, espera-se uma redução estrutural, tentando mostrar um certo ajuste. A relação com os magistrados federais, responsáveis pelas causas de corrupção, é ainda uma incógnita. Espera-se que a redistribuição de cargos e privilégios reestruture a dinâmica institucional, agregando um novo esquema de controles institucionais. Pelo outro lado, existem vários temas fundamentais para o governo: a esperada sentença sobre o cálculo das aposentadorias, atualização, tema sobre o qual há uma enorme quantidade de casos esperando nos diferentes tribunais; o caso Farmacity; uma importante lista de decretos assinados pelo presidente Macri sobre conteúdo e sua constitucionalidade; causas sobre ART; sobre a nova normativa migratória; sobre direitos trabalhistas, entre muitos outros. O novo presidente aos poucos estabelecerá seu perfil, e se espera que esteja alinhado ao*

por sua estabilidade política durante o lapso temporal supramencionado. Em outros países da mesma região, no entanto, os juízes não sofreram qualquer ataque severo.²⁰⁰

De outro lado, ainda que em diferentes perspectivas, temos exemplos também em que as Supremas Cortes enfatizaram seu papel de defensora das instituições democráticas, fazendo prevalecer suas decisões procedimentais acerca dos pleitos eleitorais de seus respectivos países, preponderando sobre os representantes legislativos próprios. Eis como se posiciona Miller, relatando contexto fático havido nos Estados Unidos e Alemanha:

“That different constitutional cultures with respect to the role of the judiciary in settling electoral disputes and, therefore, with respect to the tension between judicializing and populist tendencies in the United States and Germany is nowhere more evident than in the general tone of the scholarly response to these decisions. German scholars, if they responded at all, went about a disciplined and subdued analysis of the constitutional norms at issue in the Constitutional Court's decision. None remarked the plain fact that the Court had inserted itself in the political process to finally settle the Hessen state election and to finally entrench such a role for the judiciary. Meanwhile, after more than five hundred United States law professors published a petition in the press protesting the Supreme Court's intervention in the 2000 Presidential election, the legitimacy and legality of the Court's intervention has come to serve as the eye of a still-swirling scholarly storm. In spite of the general alarm expressed by the American scholarly community, the Supreme Court's *Bush v. Gore* decision constitutes America's movement in the direction of the heavily judicialized democratic perspective characteristic of postwar Germany. (...) The Constitutional Court, in defining the *gutte Sitten* standard, expressed concern that nothing less than the free and equal formation of the will and intent of the voters was at stake. Similarly, the U.S. Supreme Court was confronted, in part, with the task of determining the constitutionality of Florida's standard for reviewing an election, that is, to determine the "intent of the voters." What principle of democracy should be clearer: An election should be an expression of the voters' will. Both Courts, however, intervened to decide the disputed elections and, in so doing, thwarted populist proceedings designed to keep the review of elections as close as possible to the voters themselves by placing such reviews in the hands of the people's elected representatives. Both systems anticipated procedures that incorporated elected representatives in the election review process. But, both courts found it necessary, although extolling the virtues and primacy of the will of the people, to take the election review process (and thereby, the election decision as well) out of the hands of the people's directly elected representatives and officials. (...) Both the German Federal Constitutional Court and the U.S. Supreme Court strongly emphasized that the desire to discern, promote, and protect the will of

presidente Macri. Em uma Corte Suprema com apenas cinco magistrados, precisa-se de três votos para decidir, e já existe um trio coeso para decidir temas fundamentais. As negociações estão em andamento e temos que esperar como vai ser a dinâmica da nova Corte Suprema: se vai se tratar de uma Corte que procure restabelecer os direitos da cidadania, ou se vai se tratar de uma nova Corte de maioria automática ao estilo da corte do menemismo na década dos noventa.” ROLDAN, Andres Del Rio. *A nova Presidência da Corte Suprema Argentina*. In: JOTA, disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-nova-presidencia-da-corte-suprema-argentina-29092018>, acesso em 23/10/2020.

²⁰⁰ HELMKE, Gretchen; STATON, Jeffrey K. *The puzzling judicial politics of latin américa ... Op. Cit.*, pp. 308-309.

the people, especially as it is uniquely (even preeminently) expressed through the act of voting, was central to their consideration of the cases. In either case, however, the message is clear: Make way for the lords of democracy.”²⁰¹

Nos episódios acima relatados, podemos perceber que as Cortes Supremas, diante de problemas complexos havidos nos pleitos eleitorais dos países que mencionamos²⁰², lastreadas no discurso da necessária tutela dos valores democráticos-constitucionais envolvidos na profunda cizânia instalada, agiram com força e firmeza para, ao que parece, reafirmar o papel do Poder Judicial na defesa dos direitos e garantias fundamentais²⁰³,

²⁰¹ MILLER, Russell A. "Lords of Democracy: The Judicialization of "Pure Politics" in the United States and Germany", *61 Wash. & Lee L. Rev.* 587, 2004, pp. 20-21.

²⁰² Há histórico de embates entre a Suprema Corte dos Estados Unidos e o titular do Executivo daquele país, segundo por exemplo podemos ver no relato de Acemoglu e Robinson acerca da ocasião em que ocorreu queda de braço entre Franklin D. Roosevelt e o Poder Judicial, por ocasião da implementação das reformas do New Deal: “*Franklin D. Roosevelt, candidato democrata e primo de Teddy Roosevelt, foi eleito presidente em 1932, em meio à Grande Depressão. Chegou ao poder com suficiente aprovação popular para implementar um ambicioso leque de políticas de combate à recessão, (...). Ele havia conquistado uma vitória sólida, com 57% dos votos, e o Partido Democrata era majoritário no Congresso quanto no Senado, o que era mais do que bastante para a aprovação das medidas relativas ao New Deal. Entretanto, algumas dessas leis tiveram a constitucionalidade questionada e foram levadas a julgamento na Suprema Corte, onde o capital eleitoral de Roosevelt não exercia influência quase nenhuma. (...) Em 27 de maio de 1935, a Suprema Corte decidiu-se, por unanimidade, pela inconstitucionalidade de seu Título I. Seu veredicto postulava, em tom solene, que “condições extraordinárias podem exigir soluções extraordinárias. No entanto, [...] condições extraordinárias não criam nem ampliam o poder constitucional”. Com popularidade recorde, Roosevelt não toleraria que a Suprema Corte desmantelasse seu programa de políticas públicas. (...) Roosevelt salientou em seguida que a Constituição americana, a rigor, não concedia à Suprema Corte o direito de questionar a constitucionalidade da legislação. Na época, o Juiz Bushrod Washington havia estipulado que a Suprema Corte “decidisse em favor da validade [de determinada lei] até que a violação da Constituição por ela perpetrada fosse comprovada sem sombra de dúvida”. Então, atacou: “Nos últimos quatro anos, a sólida regra de conferir aos estatutos o benefício da dúvida foi deixada de lado. A Suprema Corte tem funcionado não como órgão judicial, mas como agência legislativa”. Roosevelt defendeu que dispunha de suficiente capital eleitoral para mudar essa situação e que, “após cuidadosa consideração das reformas a propor, o único método claramente constitucional [...] é injetar sangue novo em todas as instâncias do nosso judiciário. Essa ideia, apresentada por Roosevelt como Projeto de Reorganização do Judiciário teria bastado para remover os magistrados empossados anteriormente por governos mais conservadores, os mais ferrenhos opositores do New Deal. (...) Louis Brandeis era, àquela altura, juiz da Suprema Corte. Embora simpatizasse com boa parte da legislação proposta por Roosevelt, posicionou-se contra as tentativas presidenciais de erodir o poder do mais alto tribunal do país e suas alegações de sobrecarga dos magistrados. (...) Roosevelt não conseguiria livrar-se das restrições impostas pela Suprema Corte ao seu poder.”* ACEMOGLU, Daron; ROBISON, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 49-54.

²⁰³ Com efeito, Alexy nos informa que a defesa dos direitos e garantias fundamentais em âmbito judicial é, de maneira paradoxal, reafirmação da democracia e método antidemocrático: “(...) *Os direitos fundamentais são extremamente democráticos porque com a garantia dos direitos de liberdade e igualdade eles asseguram existência e o desenvolvimento das pessoas, que são capazes de manter vivo o processo democrático, e porque com a garantia das liberdades de opinião, de imprensa, de transmissão por radiodifusão, de reunião e de associação, assim como como direito de voto e com as outras liberdades políticas eles asseguram as condições*

criando um precedente que tornou possível a intensa judicialização eleitoral dos seus respectivos escrutínios nacionais.

Há, no entanto, crítica fundamentada a esta postura fortificada por parte da Justiça Constitucional, cujo foro, conforme aqui já asseveramos, poderia ser inadequado, especialmente se levarmos em conta a questão do déficit de legitimidade democrática que acaba por, segundo parte da doutrina²⁰⁴, perpassar a Justiça Constitucional. Nesse contexto, Ingeborg Maus alerta acerca do perigo da transformação das Cortes Supremas em superego da Nação, onde decide-se, inclusive, para muito além dos limites da Constituição.²⁰⁵

Na mesma lógica, utilizando-se do contexto espanhol, Navot²⁰⁶ assevera que na Espanha estabeleceu-se uma espécie de codificação dos direitos parlamentares, sendo certo que, neste sentido, há aumento substancial do controle judicial dos atos praticados pelos membros do legislativo daquele País, sempre em cotejo com os valores constitucionais que expressam direitos e garantias fundamentais. Com efeito, a doutrina que sugeria a existência de atos *interna corporis*, imunes ao crivo do Judiciário Constitucional, está caindo em desuso, sendo certo que, nesse contexto, toda decisão de natureza congressual estaria suscetível ao

de funcionamento do processo democrático. Ao contrário, os direitos fundamentais são extremamente antidemocráticos porque eles suspeitam do processo democrático. Através da vinculação também do legislador eles retiram competências decisórias da maioria parlamentarmente legitimada. Constantemente vemos a oposição primeiro perder no processo democrático e depois ganhar no areópago de Karlsruhe.” ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 120.

²⁰⁴ Vide por exemplo as lições de Bickel, já mencionadas neste trabalho.

²⁰⁵ “*A ascensão do TFC [Tribunal Federal Constitucional] à condição de censor ilimitado do legislador ocorre por meio do mecanismo acima descrito por Luhmann. Assediado ilimitadamente pelas oposições do momento, e em especial sobrecarregado de queixas constitucionais (Verfassungsbeschwerde), o TFC procede à sua auto-reprodução e gerencia uma "mais-valia" que de longe supera suas vastas competências constitucionais. Sobretudo no início de sua jurisprudência o TFC ocupou-se, nos conflitos que lhe foram apresentados, com a definição de seus próprios limites. Questões de pouca importância relativa, como a sincronização dos períodos de legislatura na construção do Estado alemão-ocidental, motivaram o Tribunal a discutir sua própria competência e métodos de interpretação constitucional, menosprezando qualquer limitação constitucional. O TFC afirmou então austeramente que seus parâmetros de controle de constitucionalidade das leis (ou controle de atos constitucionais relevantes) não deveriam ser pautados pela Constituição vigente, podendo ultrapassar os seus horizontes”. Enquanto a uma prática judiciária quase religiosa corresponde uma veneração popular da Justiça, o superego constitucional assume traços imperceptíveis, coincidindo com formações "naturais" da consciência e tornando-se portador da tradição no sentido atribuído por Freud. Por conta de seus métodos específicos de interpretação constitucional, atua o TFC menos como "Guardião da Constituição" do que como garantidor da própria história jurisprudencial, à qual se refere legitimamente de modo auto-referencial. Tal história fornece-lhe fundamentações que não necessitam mais ser justificadas, sendo somente descritas retrospectivamente dentro de cada sistema de referências.”* MAUS, Ingeborg. “Judiciário como superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na Sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, nov. 2000, pp. 190-192.

²⁰⁶ NAVOT, Suzie. “El control jurisdiccional de los actos parlamentarios: un análisis comparado de la evolución jurisprudencial en España e Israel. *Revista Española de Derecho Constitucional*.” Madri, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 77:153-196, maio/ago, 2006, p. 192.

juízo de valor do Tribunal Constitucional.²⁰⁷

Neste sentido, afirma Enterría que:

“Hoy esta posibilidad de inmunidad judicial de cualquier titular o ejerciente del poder público está ya formalmente prohibida por la Constitución, como el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han tenido ocasión de proclamar muchas veces. (Por eso resulta difícil de comprender el intento de rehabilitar por Ley, y aun expandir, el concierto de ‘acto político’).”²⁰⁸

Problemas e disfuncionalidades localizados na arquitetura institucional do Tribunal Constitucional espanhol, no entanto, também se fazem presentes, mesmo no cenário de expansão do poder de fogo deste órgão no arranjo de poder do país ibérico, segundo nos alertam Tremps²⁰⁹, Callejón, Villar e Rey²¹⁰.

²⁰⁷ É o ‘terceiro gigante’, a que se refere Cappeletti: “Estamos, pois, em face de dois desenvolvimentos paralelos de grande alcance, cada um deles revelando os claros sintomas da profunda crise do nosso mundo contemporâneo. De um lado, existe o gigantismo do Poder Legislativo, chamado a intervir ou a ‘interferir’ em esferas sempre maiores de assuntos e de atividade; de outro lado, há o conseqüente gigantismo do ramo administrativo, profunda e potencialmente repressivo. (...) a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais - tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas de gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo - não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”. CAPPELETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993, pp. 46-47.

²⁰⁸ ENTERRÍA, Eduardo García. *Democracia, Jueces y control de la Administración*. Navarra: Civitas, 2009, p. 170.

²⁰⁹ “(...) no significa, en absoluto modelo español de justicia constitucional no sufra problemas. Se trata de problemas de muy distinta naturaleza. Resumiendo mucho destacando sólo aquellos que más pueden afectar al model 10 y su conjunto, pueden concretarse así: a) excesivo papel del Tribunal Constitucional como «comisionado del poder constituyente. b) excesiva carga de trabajo; c) tensiones con el Poder Judicial singularmente con el Tribunal Supremo; d) El Tribunal Constitucional, ¿tribunal de garantías?; e) excesiva rigidez respecto de la declaración de inconstitucionalidad de normas; f) algunos problemas técnicos derivados de la europeización del sistema iurídico-político; y g) falta de diligencia institucional por parte del Poder Legislativo en la renovación de los miembros del Tribunal Constitucional.” TREMPs, Pablo Pérez. *Sistema de justicia constitucional*. Navarra: Ed. Aranzadi, 2016, p. 192.

²¹⁰ “(...) Esa pretensión de dar una respuesta conjunta a todos los problemas que se han suscitado en los años de vigencia de la LOTC, se sigue manifestando en el apartado II de la Exposición de Motivos, en el que se definen esos problemas, siempre centrados en la cuestión esencial del recurso de amparo: «La experiencia acumulada tras más de 25 años de actividad del Tribunal Constitucional desde su creación ha puesto de manifiesto la existencia de una serie de situaciones y circunstancias en la realidad práctica que con el transcurso del tiempo han llegado a convertirse en problemas para el mejor resultado del trabajo del Tribunal. Entre ellas destaca, por un lado, el crecimiento del número de recursos de amparo hasta el punto de ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal. Por otro lado, la realidad de los hechos ha permitido también constatar la lentitud de los procedimientos que se desarrollan ante este Alto Tribunal, cuestiones todas ellas respecto de las que es el momento de dar respuesta legislativa. En este sentido, esta ley

Na Austrália, tivemos também nas últimas décadas uma expansão considerável do juízo de valor que a Corte Suprema pode fazer sobre os atos praticados pelo Gabinete Governamental australiano. Outrora, existiam atos e documentos que permaneciam preservados do confronto do público. Segundo Slater e Gallingan, na relação entre os polos de poder daquele país, atualmente não existem mais práticas de governo que não podem ser avaliadas e avalizadas através do crivo do poder judicial:

“The modern Australian cabinet is no longer the small and highly secret body (...), but a complex organization with routinized processes for submissions, recording of proceedings and decisions, and preservation of documents. Despite such growth and bureaucratization, the cabinet does retain the central features of collective responsibility and secrecy, which remain crucial to its functioning. Until the 1970s, the courts exempted government departments generally and cabinets in particular from judicial scrutiny, accepting at face value ministerial claims by the minister, or even the department head, of immunity from production of records on the grounds of public interest. As blanket exemption for such a broad class of documents was whittled down through the judiciary's requiring a balancing of aspects of the public interest, the cabinet remained sacrosanct. However, that changed dramatically in *Sankey v. Whillam* with the High Court insisting that there was no class of exempt documents, not even those of the cabinet. Rather, it was the duty of the courts to balance the competing claims of public interest and decide for or against disclosure in a particular case. In overturning the Federal Court's ruling on disclosure of cabinet notebooks, the High Court nevertheless reaffirmed the right of the courts to determine such matters. At a time when there is a good deal of concern about increasing executive dominance, particularly among the judiciary, this rather bold extension of judicial oversight to the cabinet itself represents a significant counterbalance. It fits with the larger pattern of the increased judicialization of Australian politics evident in the New Administrative Law.”²¹¹

Portanto, quando se considera o cenário em que procuramos medir a força sistêmica

*orgánica intenta dar solución a todo este conjunto de problemas, y para ello procede a adecuar la normativa para dar respuesta a los problemas y exigencias que se derivan de la realidad práctica del funcionamiento y organización del Tribunal Constitucional. La cuestión del amparo, así como los otros problemas que se intentan resolver con la reforma, se abordan a través de diversas modificaciones que no afectan sólo a la LOTC. Por un lado, se intenta, en los términos indicados por la Exposición de Motivos (...) reordenar la dedicación que el Tribunal Constitucional otorga a cada una de sus funciones para cumplir adecuadamente con su misión constitucional. Pero, al mismo tiempo, (...), se aborda también una revisión de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en materia de amparo.” CALLEJÓN, Francisco Balaguer; VILLAR, Gregorio Cámara; REY, Luis Felipe Medina. *La nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tecnos, 2008, pp. 14-15.*

²¹¹ SLATER, David R.; GALLINGAN, Brian. “Judicial intrusion into the Australian Cabinet”. In: TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995. p. 98.

das Cortes Constitucionais no aparato do poder, podemos afirmar que a taxa de sucesso da atuação do poder judicial está intimamente ligada ao número de vezes em que, através da revisão judicial, as políticas públicas foram substancialmente, nos termos colocados por Shapiro²¹², ditadas naquela arena. Destarte, na prática, o que se vê é que os juízes, nesse contexto, estariam muito mais dispostos a ser árbitros dos conflitos havidos entre Poderes e níveis governamentais²¹³ do que, de fato, tutelarem o núcleo de direitos garantidores em face da vontade política dos detentores de poder de plantão.

Ainda perseverando na análise do movimento de ação e reação que pode ocorrer na intensa e complexa relação polarizada que pode haver entre os diversos polos decisoriais sociais²¹⁴, partindo-se do pressuposto da prática de ativismo por parte da Justiça

²¹² “In the realm of constitutional judicial review, the question addressed here is success. How and when have constitutional courts succeeded? Success will be defined narrowly and positivistically in terms of when an exercist of constitutional judicial review has changed public policy in the direction the court wants public policy to go. Obviously implicit in this definition of success is the precondition that the court manages to establish and retain its power to exercise judicial review. What it does not contain is any substantive component such as changing public policy in a direction more favorable to ‘human rights’ or ‘social justice’.” SHAPIRO, Martin. “Judicial Review in Developed Democracies”. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005, p.7.

²¹³ E, neste sentido, podemos mencionar a posição de Ely, que na leitura de Sérgio Antonio Ferreira Victor, nos informa que os Tribunais Constitucionais deveriam atuar, na lógica corretiva, apenas nas chamadas falhas do mercado político: “Ely propõe uma alternativa intermediária. Ele quer escapar da armadilha criada pela dicotomia explicada acima, segundo a qual o Judiciário deve preencher o texto constitucional, que é vago e ambíguo, com valores, sejam eles retirados da Constituição ou da história legislativa, sejam eles do próprio juiz, da razão ou do direito natural. A proposta de Ely é no sentido de que a Suprema Corte não deve impor seus valores (seja lá quais forem) às cláusulas constitucionais de textura aberta, mas apenas atuar em uma margem mínima de ação corretiva. Assim, a Corte não deveria, segundo afirma, agir como um impedimento elitista aos supostos excessos substantivos cometidos pelos órgãos representativos politicamente responsáveis, senão apenas atuar com a finalidade de aperfeiçoar o processo de tomada de decisões democráticas pelos órgãos competentes para tanto. A legitimidade da atuação do Judiciário estaria vinculada à identificação de falhas no mercado político, o que ele aproxima de uma função antitruste, no sentido regulatório-econômico. Significa dizer que os tribunais, em especial a Suprema Corte, não devem atuar para ditar resultados substantivos, mas somente agir quando o mercado — nesse caso o mercado político — estiver funcionando mal.” VICTOR, Sérgio Antonio Ferreira. *O controle judicial de constitucionalidade na obra do americano John Hart Ely*. In: CONJUR, disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-jun-07/controle-judicial-constitucionalidade-obra-john-hart-ely>, acesso em 23/10/2020.

²¹⁴ Como exemplo de reação à tomada de decisão pelo Poder Judiciário, Milligan pondera que o Legislativo, por vezes, pode optar por contornar, mediante expediente legiferante, algumas das decisões mais substantivas por parte da Corte Constitucional. É o que ele chama de ‘congressional end-runs’: “(...) congressional end-runs undoubtedly constrain the decision making of the strategic Justices assumed by judicial politics scholars. End-runs occur when Congress mitigates the policy costs of adverse judicial review through neither formal limits on the Court’s authority nor substitution of its own constitutional interpretation for that of the Court, but through a different decision that cannot, as a practical if not legal matter, be invalidated by the Court. End-runs come in several forms, including congressional decisions to adjust appropriations, grant authority to the Executive Branch, modify certain contingent laws, and reorient legislation in alternate constitutional clauses.

Constitucional, precisamos ponderar acerca do que se pode chamar de ‘efeito backlash’. Com efeito, Marmelstein contribui para o debate desta maneira:

“O processo segue uma lógica que pode assim ser resumida. (1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.”²¹⁵

O caso canadense, por exemplo, é digno de nota e merece ser avaliado, posto que a experiência havida nesse país é bastante interessante para que possamos entender a complexa relação que a Justiça Constitucional pode ter, por exemplo, com o Poder Legislativo no arranjo institucional social. Neste sentido, mecanismos alternativos podem ajudar a regular a tensão natural havida entre a democracia e o constitucionalismo clássico, segundo enxergam as casas congressuais e o poder judicial, cada um com seu próprio viés.

No âmbito do ordenamento supramencionado, temos o ‘ato constitucional canadense de 1982’, em que três comandos lá inseridos nos chamam atenção. O primeiro deles foi a inclusão positivada de uma ‘carta de direitos e garantias’, meneando, com estatura constitucional, a relação havida entre o cidadão e o poder. Em segundo lugar, o legislador canadense reconheceu a capacidade de revisão judicial de leis pelo poder judicial. Tais expedientes são bastante instigantes, já que previstos em país de tradição inglesa.

*Importantly, end-runs are generally more affordable for Congress than either of the two congressional constraints addressed in the prevailing judicial politics literature.” MILLIGAN, Luke M. “Congressional End-Run: The ignored constraint on judicial review”. *Georgia Law Review*, v. 45, n. 1, fall 210. p. 273.*

²¹⁵ MARMELSTEIN, George. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial*. In: *DireitosFundamentais.Net*. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdiacao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>, acesso em 26/10/2020.

No entanto, e eis aqui o ponto de maior interesse ao nosso trabalho, o pacto social canadense dotou o Poder Legislativo com a capacidade de aplicação do que convencionou-se chamar de ‘cláusula do não obstante’, prevendo que o Parlamento pode, por até cinco anos, suspender a aplicação de decisão judicial de cunho substantivo. Vejamos como Albert coloca a questão:

“A fascinating counter-example-in which political culture has refused to conform to constitutional structure-comes from Canada. The recent Canadian Constitution Act was enacted in 1982. It is significant for several reasons, but perhaps mostly for three new institutional mechanisms that it introduced to the Canadian polity. First and foremost, it included the entrenched Charter of Rights and Freedoms. Second, it ushered in a constitutionalized power of judicial review of those entrenched rights. Finally, the Charter also features a clause-called the notwithstanding clause-authorizing legislatures to suspend the application of a judicial decision for up to five years.’ This clause is Canada’s answer to reconciling the enduring tension between constitutionalism and democracy. The notwithstanding clause was conceived as a constitutional device to ensure legislators the last word in shaping matters of public policy. At the time, the bordering United States had witnessed an increasing frequency of judicial review, perhaps best encapsulated, at least in the minds of its critics, in *Roe v. Wade*.” Canadian constitutional drafters were therefore motivated in part by the concern that the new power of judicial review would embolden the judiciary.” But something quite extraordinary has happened in the intervening years. The clause has been invoked with diminishing frequency-only seventeen times, and not once by the federal Parliament’ ”- and is now politically radioactive, virtually relegated to desuetude.”. There are several reasons for this trend but the most important may be that the judiciary is more trusted as an institution than the legislature,” and is more likely, according to a majority of Canadians, to reach the right answer”²¹⁶

Trata-se, ao que parece, de mecanismo que tenta criar ambiente em que as relações dialógicas entre os poderes são estimuladas, no contexto em que não há última palavra dada por nenhum Poder. É bem verdade que o expediente foi poucas vezes utilizado. No entanto, não deixa de representar, segundo pensamos, engenharia institucional interessante, especialmente porquanto, neste contexto, talvez o Poder Judicial, não contando com o monopólio da última palavra, seja mais reflexivo ao decidir questões de cunho político mais saliente.²¹⁷

²¹⁶ ALBERT, Richard. “Counterconstitutionalism”. *Dalhousie Law Journal*, v. 31, n. 1, spring 2008. pp. 20-21.

²¹⁷ Roy, neste sentido e referindo-se ao Canadá, defende que a simples existência deste mecanismo – e por via de consequência sua possibilidade de uso pelo Poder Legislativo – torna o Judiciário menos propenso a decidir apropriando-se do lócus de outros poderes: “*Supporters of section 33 further maintain that, while it is useful and, indeed, very valuable for the courts to play a role in the elaboration of the rights and freedoms that Canadians should enjoy, it is not proper for them to act as legislators. Judges may remain in office for many*

No cenário institucional brasileiro recente, o Supremo Tribunal Federal, na conformação do contexto de poder pátrio, tem se notabilizado por, especialmente ao longo destas duas primeiras décadas do século XXI, praticar papel de absoluto relevo substantivo no campo político, participando ativamente de todas as grandes questões nacionais²¹⁸. Neste sentido, conforme nos alerta Recondo, lastreado pelo ferramental que o legislador originário concedeu ao STF a partir de 1988, tínhamos componentes de nossa Corte Constitucional que já rivalizavam por exemplo, desde a década de 90, com figuras peso-pesado do

*years after their appointment, long after the government that appointed them has left. That they do so now is not questioned; however, if they had a greater “political” role, their non-accountability to the electorate might well be a source of controversy. Closely linked to this is the assertion that a policy-making role would compromise the independence and impartiality of the courts and would hasten their politicization. It may thus be argued that a legislative override, by allowing final political decisions to be made by the elected representatives, mitigates the politicization of the courts. In the United States, where the courts interpret and apply a constitution that has no equivalent to section 33, judicial decisions about the constitution have a greater finality and the stakes are correspondingly higher. The significant political element in the selection of judges, particularly at the United States Supreme Court level, has been openly acknowledged; indeed, the president's power to nominate the judges of federal courts means that the composition of those courts is quite regularly an issue in presidential election campaigns. A president may have the opportunity to name ideologically compatible judges who will continue to exercise a great deal of power long after he or she has left office. In contrast, in Canada, there has been little evidence that judges are selected according to how they would rule in various cases. If, however, the Charter did not contain a notwithstanding clause and the courts were the final arbiters of social values, it seems safe to speculate that this situation would be vulnerable to change. Closely linked to the submission that legislators, and not judges, should have the final word on public policy matters is the “safety valve” or “unintended consequences” argument. Simply put, this suggests that the notwithstanding clause is needed where a judicial decision based on Charter guarantees might result in a threat to important societal values or goals. Because the Charter rights and freedoms are generally stated and are susceptible to varying constructions and interpretation, the courts may render judgments that the drafters did not anticipate (“unintended consequences”). In short, section 33 has been justified on the grounds that it preserves the principle of parliamentary sovereignty. As well, legislators, unlike judges, are electorally accountable. Section 33 also makes it possible for Parliament or a provincial legislature to correct any unfortunate judicial interpretation of the Charter.” ROY, Marc-André. “The Notwithstanding Clause of the Charter”. *Legal and Social Affairs Division*. Library of Parliament. 2018. disponível em: https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en_CA/ResearchPublications/201817E, acesso em 01/09/2020.*

²¹⁸ Embora, segundo defende Brinks, considerando o aspecto quantitativo e no cenário de longo prazo, o STF tem se notabilizado por reforçar as políticas governamentais: “[STF] It remains a credible forum for ventilating separation of powers disputes (unlike courts that generate a perception that they are merely instruments of the executive), but it tends to favor the executive when it comes to validating expansions of presidential powers. It is perhaps more vigorous in enforcing rights against the government, but here too it favors core, consensual first generation rights over positive rights that might generate obstacles to the government’s pro-market reforms. In either case, it will act cautiously, well within mainstream understandings of the law and with a view to the potential consequences of its actions for the system as a whole. It will be, in other words, a faithful servant of the regime.” BRINKS, Daniel M. ‘Faithful servants of the regime’ - The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1450837, acesso em 31/08/2020.

Legislativo.²¹⁹ Com efeito, a discussão acerca de como se relacionam os Poderes Executivo e Legislativo com a esfera judicial não é nova entre nós. Rui Barbosa, por ocasião dos primeiros anos de nossa República, já defendia a proibição da sistemática que pressupunha controle dos atos políticos pelo STF, nos moldes do que já ocorria nos Estados Unidos:

“(…) A justiça, como a nossa Constituição a criou no art. 59, é quem traça definitivamente aos dois poderes políticos a suas órbitas respectivas. O nosso governo, porém, que não se acomoda ao verdadeiro espírito republicano, porque o espírito republicano é o espírito da responsabilidade, é o espírito da publicidade, é o espírito da sujeição constante a fiscalização pública, os nossos governos, já não podendo aturar os freios do tribunal de contas, contra o qual ser embatem constantemente, em revoltas sucessivas, pretendem agora aluir também a Justiça Federal, sem a qual este sistema é uma burla, sem a qual este sistema é um estelionato, sem a qual este sistema é um roubo, sem a qual este sistema é a mais indigna das formas de governo. No art. 59, é categórica a letra constitucional, estatuinto de acordo com a praxe geral, e, nos Estados Unidos, a interpretação ali dada à sua lei orgânica é que o Supremo Tribunal conhecerá, em última instância, das causas em que se contestar a validade, assim dos atos do poder executivo, como do poder legislativo perante a Constituição (…).”²²⁰

Em consequência de grave crise de representação que estamos sofrendo atualmente²²¹, Faria nos alerta que, neste contexto, o STF, na relação entre os Poderes e na lógica neoconstitucionalista, funcionaria como um verdadeiro amortecedor destes evidentes percalços que causam profunda desconexão entre o parlamento e a sociedade civil. Ademais, o Excelso Pretório estaria apto a servir como canal de concretização de alguns anseios sociais

²¹⁹ Com efeito, Recondo nos relata um episódio bastante simbólico do cenário que estamos a descrever: “(…) No início de 1997, o senador Antônio Carlos Magalhães se tornou presidente do Senado. Pertence presidia o Supremo, com mandato até maio daquele ano. Estava em curso no Senado a CPI dos Precatórios - que investigava irregularidades relacionadas a títulos públicos emitidos por várias administrações estaduais e municipais. Os integrantes da comissão quebraram o sigilo telefônico de um dos investigados, e, em abril, o ministro Carlos Velloso, liminarmente, suspendeu a decisão. “Temos os meios de fazer com que o Supremo faça cumprir as nossas leis e possa interpretá-las como elas devem ser interpretadas. Acho que não deve haver confronto entre os Poderes, mas, em havendo, evidentemente não é o Legislativo que vai perder”, reagiu ACM. Pertence, em plenário, retrucou, lendo uma carta em resposta ao presidente do Senado: “Sempre haverá os nostálgicos dos tempos idos. E, no regime democrático, até a nostalgia da ditadura é livre”. E continuou: “Desde Napoleão, a ninguém mais ocorrera proibir o juiz de interpretar as leis”. Conforme noticiário da época, ACM contestou: “O que acho [...] é que não está certo esse debate público de ministros do STF. A tribuna política é o Congresso e até mesmo o Executivo. O juiz Julga nos autos. O juiz não fica discutindo na imprensa. E um hábito errado do STF.” RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os Onze - o STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Cia das Letras, 2019, p. 240.

²²⁰ BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*, Volume XLI (1914), Tomo III, pp. 255-257. Disponível em: <http://docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=ObrasCompletasRuiBarbosa&Pesq=%22direito%20de%20errar%20por%20c3%baltimo%22&pagfis=41133>, acesso em 20/08/2020.

²²¹ Por exemplo, Manuel Castells, em sua obra *Ruptura*, sustenta que estamos a viver grave crise no âmbito de nossa democracia liberal. CASTELLS, Manuel. *Ruptura*. São Paulo: Zahar, 2018.

sensíveis, o que poderia justificar sua expansão e apropriação da política estrita. No entanto, segundo o autor, tal visão do poder judicial é bastante romantizada e merece ser olhada com reserva:

“De acordo com os neoconstitucionalistas, em razão do poder econômico no financiamento eleitoral, de pressões corporativas e da apropriação de verbas públicas por certos grupos, esses sistemas não representariam a vontade majoritária da população. Com isso, os partidos estariam cada vez mais desconectados da Sociedade civil, levando-a a encarar a política com indiferença e desconfiança. Assim, ao invalidar um ato do Legislativo, O STF neutralizaria os vícios de representatividade, agindo de modo contrarrepresentativo. (...) parte do déficit democrático da representação política. Ainda segundo os neoconstitucionalistas, a crise de legitimidade do Legislativo permitiu a expansão do Judiciário, levando-o a se tornar mais sensível aos anseios sociais do que os canais encarregados de promover agregação de interesses e tomar decisões coletivas. Assim, a Sociedade se identificaria menos com os parlamentares e mais com os magistrados, que seriam imunes ao populismo. (...) questão trata do que chamam de "substantivação" do conceito de democracia. Para eles, a democracia não se limita à regra de maioria e ao papel legislativo dos parlamentos, implicando um aumento do peso político do Judiciário. Se os parlamentos são legitimados pelo voto, a justiça seria legitimada por um processo discursivo ao fim do qual são explicitadas as razões das decisões tomadas. O problema é que, ao recorrer muitas vezes a argumentos extrajurídicos e a juízos de oportunidade não deduzidos das leis interpretadas, os juízes podem construir regras distanciadas das diretrizes gerais da ordem legal. E quanto mais se apegam a princípios e doutrinas muito amplas, mais tendem a extravasar os limites dos casos concretos sub judice. Com isso, o Judiciário deixa de operar com base na legalidade e imparcialidade, convertendo-se numa instituição que decide com critérios políticos – e a politização judicial implica parcialidade e protagonismo. Esses argumentos são polêmicos, por entreabrir uma visão romantizada das virtudes da magistratura e da justiça.”²²²

A questão, segundo nossa ótica, não passa necessariamente pela quantidade de vezes em que a Corte Constitucional Pátria interfere nos demais Poderes ou toma decisões essencialmente políticas. O busílis, em verdade, está na possibilidade de tomada de decisões profundamente qualitativas²²³ que, embora não ocorram em grande número, turbam a

²²² FARIA, José Eduardo. *Corrupção, justiça e moralidade pública*. São Paulo: Perspectiva, 2019, pp. 30-32.

²²³ Delmanto, em artigo publicado no informativo jurídico Migalhas, chega a mencionar, em expressão bastante forte, que estaríamos vivendo uma ‘ditadura do Judiciário’, utilizando para tanto dois casos emblemáticos recentemente ocorridos. Em um deles, o STF inviabilizou nomeação de uma Ministra do Trabalho, na gestão Temer, sob o argumento que em face dela pendiam a propositura de duas reclamações trabalhistas. Em outro, o Supremo suspendeu decreto presidencial que fixava condições e parâmetros para a concessão de indulto de natal, substituindo por completo a vontade do Chefe do Executivo: “(...) *Dois episódios exigem reflexão. O primeiro diz respeito à nomeação de uma deputada federal para o cargo de ministra do Trabalho. Ajuizada ação contra o ato presidencial, várias instâncias judiciais federais obstaram a nomeação por entender que ela feriria a moralidade pública. Isto porque a parlamentar teria sofrido duas condenações na Justiça do Trabalho em processos movidos por dois ex-motoristas particulares, sendo que em um deles foi julgada a revelia e, no*

qualidade democrática de nossa Sociedade, especialmente se considerarmos que a estrutura e o design institucional do STF - preocupação central deste trabalho - concentra, por vezes, excessivo poder nas mãos de poucos.²²⁴ É o que nos alerta Horbach:

“(…) se o funcionamento dos poderes é adequado, não há por que promover a intervenção do Judiciário na atuação do Executivo ou do Legislativo, não há por que proporcionar a supremacia do poder eminentemente jurídico sobre as manifestações típicas da política. As questões políticas e os atos de governo, portanto, apresentam-se como categorias pragmáticas, menos que teóricas, voltadas à harmonia entre os poderes. Desse modo, a reflexão que resta é que, talvez, com sua supressão – ou com sua redução –, tida por muitos como um significativo avanço do Estado de Direito, tenha-se em verdade o sintoma de uma latente – ou mesmo patente – crise institucional, que ora se desloca para o Judiciário, com consequências ainda imprevisíveis.”²²⁵

outro, fez um acordo com o reclamante que foi homologado. Fácil perceber a inexistência de qualquer ofensa à moralidade pública em virtude dessas duas ações. (...) O segundo episódio – a meu ver mais grave – se refere ao último indulto de natal, tradicionalmente concedido em todos os finais de ano aos presos primários, autores de crimes praticados sem violência ou grave ameaça a pessoa que já tivesse cumprido 1/4 (um quarto) da pena, como ocorreu em 2016. Justamente preocupado com a vergonhosa e medieval situação da imensa maioria dos presídios brasileiros, o Presidente da República, por razões de política criminal, reduziu esse prazo para 1/5 (um quinto). Foi o bastante para operadores do direito de índole punitiva e parte da mídia desprovida de sensibilidade social, protestarem e a ilustre Procuradora Geral da República, Raquel Dodge, arguir a inconstitucionalidade parcial do decreto presidencial. A inclita presidente do Supremo, ministra Cármen Lúcia, optou por suspendê-lo por inteiro, deixando presos mesmo aqueles que já houvessem cumprido 1/4 (um quarto) da pena. Já o preclaro relator, ministro Luís Roberto Barroso, ao rever parcialmente a decisão da presidente, agravou ainda mais o indulto, decidindo, em liminar, que ele não se aplica aos crimes de corrupção e de associação criminosa. Isto quando o art. 5º, LXIII, da CF não considera tais delitos insuscetíveis de graça ou anistia, nem de indulto, e a lei penal não os classifica como hediondos (art. 1º, I a VII-B, da lei 8.072/90). Quanto aos demais crimes, decidiu, também monocraticamente, que ele só beneficiaria aos que tivessem cumprido 1/3 (um terço) da pena. (...)” DELMANTO, Roberto. A ditadura do Judiciário. In: Migalhas – 15/03/2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/276327/a-ditadura-do-judiciario>, acesso em 07/09/2020.

²²⁴ Confira-se trecho da sabatina no Senado Federal do Ministro Alexandre de Moraes, ocasião em que foi perguntado acerca da decisão do STF ao derrubar a cláusula de barreira para partidos: “Em respostas ao senador José Pimentel (PT-CE), o ministro da Justiça licenciado, Alexandre de Moraes, afirmou que o Supremo Tribunal Federal (STF) “substituiu uma opção legítima do legislador” ao declarar a inconstitucionalidade da chamada cláusula de barreira para partidos políticos em 2006. (...) Pimentel lembrou que o dispositivo foi aprovado pelo Congresso em 1995 para ter validade nas eleições de 2006, mas foi considerado inconstitucional pela unanimidade dos ministros do STF à época, sob o argumento de que prejudicaria os pequenos partidos. (...) Para Alexandre de Moraes, o STF não deveria interferir nessas questões eleitorais. - Esse é um dos grandes exemplos onde o Poder Judiciário substituiu uma opção legítima do legislador – afirmou o indicado para a vaga de Teori Zavascki no STF”. SÁ, Roque de. Moraes. STF ‘substituiu legislador’ ao derrubar cláusula de barreira para partidos. In: Agência Senado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/02/21/moraes-stf-substituiu-legislador2019-ao-derrubar-clausula-de-barreira-para-partidos>, acesso em 07/09/2020.

²²⁵ HORBACH, Carlos Bastide. “Controle judicial da atividade política. As questões políticas e os atos de governo”. *Revista de Informação Legislativa*, v. 182, 2009, p.16.

Com este pano de fundo, nos últimos anos é possível enumerar alguns casos muito representativos em que, de maneira preocupante, o Supremo mediu forças com os demais atores de poder no Brasil. Com efeito, o caso da ‘vaquejada’, que ensejou resposta (por parte do Judiciário)²²⁶ e contrarresposta (por parte do Legislativo)²²⁷ é bastante simbólico do cenário que aqui queremos demonstrar. O afastamento do Senador Renan Calheiros de suas funções como presidente do Senado Federal, em decisão monocrática, posteriormente reformada em plenário apenas para deixá-lo fora da linha da sucessão presidencial²²⁸, também foi caso recente que demonstrou quão conturbada pode ser a relação entre os Poderes no âmbito brasileiro. Nesta linha de raciocínio, também podemos mencionar a decisão do STF que, nos termos colocados por Streck, anulou a capacidade que foi constitucionalmente conferida ao Senado Federal para retirar do plano jurídico leis inconstitucionais, praticando, desta forma, afronta aos valores principiológicos que dão lastro ao próprio Pacto Social:

“(…) Todavia, o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal, de maneira que excluir sua competência ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal significaria reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intralegislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; significa por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo

²²⁶ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 CEARÁ - RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO - VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada.”

STF. ADI 4.983. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4983relator.pdf>, acesso em 07/09/2020.

²²⁷ SENADO. *Emenda Constitucional nº 96* - Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Disponível em:

https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/EMC96_06.06.2017/EMC96.asp, acesso em 07/09/2020.

²²⁸ 07/12/2016 PLENÁRIO - REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 402 DISTRITO FEDERAL - RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO - REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. CELSO DE MELLO. E M E N T A: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – PRETENDIDO AFASTAMENTO CAUTELAR DO PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL NO QUE SE REFERE AO EXERCÍCIO DESSA ESPECÍFICA FUNÇÃO INSTITUCIONAL EM RAZÃO DE OSTENTAR A CONDIÇÃO DE RÉU NO ÂMBITO DE PROCESSO DE ÍNDOLE PENAL CONTRA ELE EXISTENTE. STF. *MC em ADPF 402*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF402Ementa.pdf>. Acesso em 07/09/2020.

o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988. (...). Com efeito, atribuir eficácia erga omnes e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (...), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada de decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado! Tal decisão aqui terá, na verdade, efeitos avocatórios. Afinal, não é à toa que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos ex nunc e não ex tunc. Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais.”²²⁹

Autores há, no entanto, que sugerem que o caminho que estamos a trilhar, enrobustecendo a capacidade institucional da nossa Corte Constitucional, deve ser prestigiado. Dirley da Cunha Júnior²³⁰, por exemplo, sugere que o STF deve agir ‘com vontade de constituição’, quando do exercício do controle concentrado de constitucionalidade, especialmente se detectado ato omissivo que vulnera a concretização dos valores constitucionais por parte dos demais Poderes, parametrizando ele próprio a matéria discutida, caso a omissão persista.

Acreditamos que a Sociedade brasileira precisa buscar efetivar ao máximo o plano idealizado pelo legislador constituinte originário. Merecemos todos uma Sociedade mais justa e equânime, em que as pessoas possam ter a oportunidade de viver a plenitude de suas potencialidades. No entanto, ainda que diante da aparente inaptidão legislativa e incapacidade executiva, apostar no poder judicial como veículo realizador das reformas que precisamos, na lógica do necessário aperfeiçoamento de nossa democracia é, no dizer de Hélio Pinheiro Pinto²³¹, correr o risco de mergulharmos em uma perigosa ‘juristocracia’.

²²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Mut(il)ação Constitucional: de como o debate acerca dos limites obscurecem o debate acerca dos limites da constituição in Crise dos Poderes da República*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, pp. 211-224.

²³⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 675.

²³¹ “Se o Brasil precisa de reforma político-constitucional para o aperfeiçoamento da democracia e das instituições democráticas, é desejável que ela seja feita por políticos e, posteriormente, sindicada pelo STF, se for o caso disso. Realizar judicialmente a própria reforma constitucional, mesmo que com a melhor das intenções, é dar um passo demasiadamente largo à luz da separação de poderes que estrutura o Estado Democrático de Direito brasileiro. Diante desse quadro, é preciso encontrar mecanismo de contenção legítima do avanço exagerado do Estado Juristocrático de Direito. De um modo geral, o STF só tem avançado na competência do Congresso Nacional para suprir a inapetência legislativa do Parlamento (o caso da greve dos servidores públicos civis é o exemplo mais eloquente). Assim, uma reforma política que busque otimizar qualitativa e quantitativamente a atuação do legislador poderá diminuir os espaços político-normativos vazios, tornando desnecessária a intervenção frequente da Suprema Corte”. PINTO, Hélio Pinheiro. *Juristocracia: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial*. Belo Horizonte : Fórum, 2017, pp. 190-193.

Os reparos institucionais fundamentais para o caso brasileiro passam antes, no contexto da saudável relação que deve haver entre os Poderes²³², pela busca, segundo pensamos, do aperfeiçoamento das nossas instâncias legiferantes. A partir daí, havendo diminuição do vazio legal ou ainda, e melhor falando, investindo, e.g., em uma deliberação parlamentar eficaz e de qualidade, cremos que não precisaremos da constante atuação judicial substantiva.

Nesse sentido, para encerrar este tópico, vale reproduzir o magistério de Godoy que nos alerta que apenas faz sentido investir nossa energia na reforma do Poder Judiciário no Brasil se e somente se, meditarmos profundamente também acerca do (des)acerto do design estruturante dos demais Poderes:

“(…) a crítica aqui realizada é também plenamente compatível (e necessária) com uma crítica radical ao modo como estão organizamos os poderes políticos no Brasil. Dessa forma, é importante deixar claro que quaisquer propostas de reforma que objetivem limitar a atuação do Poder Judiciário, mas deixem de lado o atual e questionável modo de organização e exercício dos Poderes Executivo e Legislativo devem ser vistas com extrema desconfiança, quando não com rechaço. Isso porque uma reforma que imponha limites apenas às cortes e aos juízes teria como resultado um conseqüente aumento do poder dos demais ramos políticos devido a constrição imposta ao Poder Judiciário. Assim, estar-se-ia contribuindo para o aumento, reforço e concentração de poder nos Poderes Executivo e Legislativo, os quais hoje também carecem de amplos, efetivos e contínuos controles e participação populares.”²³³

1.3. Populismo constitucional, constitucionalismo abusivo e contraconstitucionalismo

Neste tópico iremos abordar aspectos que defluem de certas decisões, posicionamentos e atitudes das Cortes Constitucionais que podem, a rigor, traduzir o uso do

²³² Com efeito, no contexto das chamadas ‘sentenças estruturais’, falando acerca da sincronia que deve haver entre os diversos atores institucionais, assim se posiciona Camila Almeida Porfiro: “(…) o Poder Judiciário não consegue, sozinho, superar cenários de violações sistêmicas a direitos fundamentais e tampouco representa o *locus ideal* para a coordenação de políticas públicas. Esse ramo estatal, por muito tempo concebido como o “*menos perigoso*” para os direitos, não é melhor (ou o único caminho) para a concretização das promessas constitucionais. Se reconhece, portanto, que somente a atuação do Congresso, do Executivo e da Sociedade civil é que pode gerar mudanças reais e permanentes na Sociedade. É, de fato, ingênuo imaginar que o Judiciário seja capaz de resolver problemas políticos, sociais e econômicos que os outros Poderes não foram capazes de solucionar. Ademais, as sentenças estruturais são, por vezes, demasiadamente autoritárias e não produzem impactos efetivos na proteção de direitos. Nesse sentido, é preciso deixar assentado que o discurso dos direitos deve ser compatibilizado com a realidade: as decisões estruturais são apenas um dos vários canais possíveis para a efetividade constitucional. (...)” PORFIRO, Camila Almeida. *Litígios estruturais*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2018, pp. 161-172.

²³³ GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 97.

ferramental normativo constitucional para a prática do que se convencionou chamar de ‘populismo constitucional’.

Na mesma esteira, fenômenos próximos ao supramencionado ‘populismo constitucional’, como o ‘constitucionalismo abusivo’ e o ‘contraconstitucionalismo’ também serão analisados, com vistas a avaliar, partindo do pressuposto do papel de relevo que a Justiça Constitucional atualmente assumiu na conformação do poder, as perspectivas de melhoria no design estrutural-normativo do Supremo Tribunal Federal, para que tais manifestações disfuncionais sejam, na medida do possível, mimetizadas no cenário político brasileiro, segundo defende nossa tese.

O chamado populismo constitucional é espécie do gênero populismo²³⁴. Em síntese, magistrados constitucionais se arrogam em representantes diretos da vontade geral do povo²³⁵, tomando para si papel que não lhes cabe, principalmente se tal mister se der em

²³⁴ Adotamos aqui, de maneira bastante sintética, o conceito de Laclau, que assevera que o fenômeno populista consubstancia-se em uma lógica política que constitui o povo antagonicamente contra o seu inimigo. LACLAU, Ernesto. “Posfácio”. In: MENDONÇA, Daniel de e rodrigues, Léo Peixoto. *Pós-estruturalismo e Teoria do Discurso: em torno de Ernesto Laclau*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2008.

²³⁵ Sobre este fenômeno em terras brasileiras, Arguelhes nos alerta acerca do populismo judicial que, em alguns casos, pode estar sendo levado a cabo, especialmente a partir do momento em que alguns componentes da Corte Constitucional pátria se arrogam no direito de funcionar como ‘vanguarda’ da Sociedade: “*Because judges do not need to make claims to represent the people to keep their office or maintain their authority, we might believe they will not make them. However, even if institutional independence gives judges no incentives to consider popular demands when deciding, it does not actually discourage them to do so. Other forces – like peer pressure or professionalism – might prevent a judge from talking like a politician. But, as the case of Brazil shows, these forces will not necessarily carry the day against the incentives provided by the broader political environment. From her insulated position, a judge can claim to speak for the people. In a recent paper, Justice Barroso actually made the counter-intuitive claim that judicial independence can be an advantage when it comes to representing popular will. He argued that, in Brazil, “in many situations judges and courts have become more representative of aspirations and social demands than traditional political institutions.” Although acknowledging that this is a sort of distortion of democratic ideals, Barroso goes on to say that, because Congress is often paralyzed by “special interests” and “veto players,” “it is not unusual or surprising that the Judiciary, in certain contexts, is the best interpreter of the majority sentiment.” Members of Congress are selected via a process in which powerful minorities play a decisive role, while judges are supposedly recruited from Brazilian society in general by means of open public examinations. In Barroso’s argument life tenure itself would make judges better at reading popular sentiment, as “they are not subject to the short-term tribulations of electoral politics, nor, at least in principle, to populist temptations. That is, having to worry about re-election would make one’s representation claims weaker. Constitutional scholars will probably take issue with Barroso’s normative argument (as I do). Still, the fact that a constitutional judge made it is part of a phenomenon taking place in Brazil, and perhaps elsewhere as well. General distrust of representative institutions might be a threat to judicial authority and the rule of law more broadly. But it can still empower and embolden individual judges who seize the opportunity to present themselves as speaking for the people.” ARGUELHES, Diego Werneck. “Judges Speaking for the People: Judicial Populism Beyond Judicial Decisions”. *Int’l J. Const. L. Blog*, May 4, 2017. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2017/05/judges-speaking-for-the-people-judicial-populism-beyond-judicial-decisions/>, acesso em 26/08/2020.*

razão da alegação (que pode ser apenas aparentemente verdadeira) que os demais personagens institucionais estão apenas preocupados com seus próprios interesses escusos e eleitoreiros. No contexto colombiano, Sarmiento acerca da apropriação progressiva da normativa constitucional por alguns atores de poder visando a obtenção de dividendos políticos de curto lapso temporal nos assevera:

“En efecto, el populismo constitucional se refiere a aquella práctica política que se apropia progresivamente de la Constitución para convertirla en un instrumento al servicio de intereses electorales y coyunturales de corto plazo, dejando de lado su capacidad fundadora e integradora de la comunidad política. Así, el populismo tendría dos efectos conversos, por un lado, resulta útil y se construye a partir de agendas políticas individuales, que responden a coyunturas específicas y períodos electorales, y, por otro, se fundamenta en apropiaciones simbólicas, algunas veces alimentadas por hechos sociales o ‘acontecimientos’ que deslumbran al electorado, y que, por supuesto, permiten una importante acumulación de capital político, –este último, el objetivo final del(os) autor(es) del proyecto de Acto Legislativo– a la vez de apropiación simbólica de la Constitución, edificado desde una falaz capacidad transformadora de la reforma legal. La eficacia simbólica a la que se hace referencia está acompañada además de lo que la doctrina en estudios críticos del derecho ha denominado el fetichismo legal, y que en ciencia política se ha acumulado en el ‘populismo’, en sentido normativo. Sus riesgos son muchos, pero quizá el más nocivo y común sea la ineficacia sistemática del ordenamiento constitucional que, por demás, convierte a la Constitución (o la norma) en el origen de ‘todos los males’ y legitima medios de resistencia antagónicos contra un Estado que es dirigido por normas que no son aplicadas y que tienen una muy reducida capacidad de transformación social, muy a pesar de la carga valorativa y aspiracional que puedan contener.”²³⁶

Com efeito, a apropriação política da Constituição para uso eleitoral ou ainda para efetivar valores que correspondam à visão conjuntural de mundo de um ou mais membros da Corte Constitucional (tudo isso em curto prazo de tempo)²³⁷, ou ainda por certos grupos

²³⁶ SARMIENTO, E. Juan Pablo. “El populismo constitucional en Colombia, hacia la instrumentalización simbólica de la Constitución por medio de proyectos de actos legislativos fallidos”. *Estudios sócio-jurídicos, Universidad del Rosario*, Bogotá, v.15, n.2, dec. 2013. pp. 79-80.

²³⁷ Torrano, comentando a função ‘vanguardista’ das Cortes Constitucionais, defendida entre nós, por exemplo, pelo Ministro Barroso, assim pondera: “(...) Barroso (...) esclareceu que “ninguém deseja o Judiciário como instância hegemônica e a interpretação constitucional não pode se transformar em usurpação da função legislativa”, e, ainda, reforçou “nunca [ser] demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juizes”. São, claro, belas palavras. Todavia, na vida e no direito, o abismo entre o dito e o feito só consegue ser superado com uma sólida ponte de coerência e comprometimento. Seria um equívoco deduzir, do texto acima, que o pós-positivismo de Barroso posiciona-se contrariamente ao fenômeno daquilo que chamo de “reponderação”. Mais do que os livros, devemos observar os padrões de comportamento do magistrado Barroso –e daí extrair o modo pelo qual a concepção de direito pos-positivista molda suas decisões. O fato é que, em julgamentos proferidos no Supremo Tribunal Federal, o referido Ministro não raro dispõe-se a dar um passo à frente para propor, com base em juízos pessoais de desaprovação ética, a substituição de opções políticas previamente estabelecidas pelo Constituinte ou pelo legislador. Foi assim, por exemplo, que no habeas corpus 124.306/RJ,

políticos (neste caso utilizando-se da Corte) pode ser tática perniciosa para o ambiente social em que o fenômeno populista ocorre, cujo lastro fundamental, no âmbito do Poder Judiciário, tem sido a prestação jurisdicional calcada, sem limites precisos, na leitura essencialmente principiológica do texto constitucional.²³⁸ Em acréscimo, é de se ponderar que a lógica do ‘livre convencimento do juiz’ – argumento bastante utilizado nas prestações jurisdicionais em solo pátrio - não é, segundo pondera Carvalho Netto e Martins²³⁹, expediente ensejador

Barroso decidiu, invocando argumentos substantivos relativos à autonomia da mulher, à igualdade de gênero e à proporcionalidade, que a criminalização da gestação até o primeiro trimestre de gravidez é, simplesmente, inconstitucional. O voto que foi vencedor na Primeira Turma, é criticável em diversos aspectos filosóficos e morais. Desde logo, são incompreensíveis as razões pelas quais Barroso, por um lado, chega à conclusão de que a discussão sobre o início da vida constitui assunto filosoficamente controverso a ponto de não haver “solução jurídica” possível, mas, por outro, aponta soluções jurídicas tão claras e contundentes para questões igualmente controversas do ponto de vista filosófico como “autonomia” e “igualdade”. Trata-se, em verdade, de nítido juízo seletivo a partir do qual o Ministro se propõe a discutir com mais profundidade assuntos éticos com os quais concorda ou tem mais familiaridade, enquanto encerra prematuramente o processo interpretativo concernente a assuntos éticos com os quais não concorda ou carece de maior embasamento filosófico. Minha proposta aqui, todavia, não é criticar exaustivamente o referido voto, e sim apontar para o fato de que o magistrado Barroso se mostra muito eloquente quando se vê no direito de moldar as leis segundo os princípios morais aos quais está disposto a conferir, pessoalmente, maior peso relativo. Claro, o discurso que sustenta a correção moral do direito posto vem sempre recheado menções honrosas e abstratas aos “direitos fundamentais”, e apenas demonstra que o uso oportunista da teoria do controle de constitucionalidade pode ser entendido como mais um dos métodos retóricos à disposição daqueles que desejam dobrar o direito à luz de suas concepções pessoais de Justiça” TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à lei : entre o positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 152-153.

²³⁸ Com efeito, exorbitar os limites próprios e autorizados de atuação da Suprema Corte tem sido preocupação constante dos próprios componentes do Excelso Pretório. Neste sentido, ouçamos a fala do Ministro Tofolli, no bojo de voto proferido em ação de controle concentrado de constitucionalidade: “Tenho muito receio da principiolatria, que, no início deste novo século, parece substituir a antiga legislatria. Fala-se hoje em uma nova figura jurídica, a jurisprudência, um direito nascido da mescla - muitas vezes espúria - entre as forças democráticas da atividade legislativa e a criação jurisprudencial livre. Esse papel de agente ponderador, que escolhe entre valores, deve ser primordialmente cometido ao legislativo. O juiz pode e deve interpretar o direito com referência a valores. Isso não é mais posto em causa. No entanto, não se pode usar dos princípios como meio de substituição da vontade geral da lei pela vontade hermética, esotérica de um juiz, que, em diversas situações, busca modelos teóricos para ajustar exteriormente as conclusões internas a que ele chegou por meios obscuros e de impossível sindicância por critérios de aferição universal.” STF. ADI 4451/DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>, acesso em 24/10/2020.

²³⁹ “O ‘livre convencimento do juiz’ é um argumento muito utilizado na jurisprudência do STF. Como exemplo, citamos a seguinte passagem do voto do ministro Luiz Fux: “O diploma constitucional hoje vigente é dotado de um amplo catálogo de expressões de compreensão equívoca, identificados pela doutrina como cláusulas abertas ou conceitos jurídicos indeterminados, que adquirem densidade normativa a partir da atividade do intérprete, o qual, inevitavelmente, se vale de suas convicções políticas e sociais para delinear a configuração dos princípios jurídicos” (ADI 4.029/DF, fl. 02). O problema deste argumento é que ele parte da constatação óbvia de que todos, inclusive os juizes, estão imersos em um horizonte histórico e social que lhes imprime uma certa visão-de-mundo, para concluir que o juiz está livre para se valer de suas “convicções políticas e sociais” na delicada tarefa de interpretação dos princípios constitucionais. Os princípios não são uma licença em branco para que os juizes atuem de forma parcial, argumentando com base em convicções pessoais como fazem os parlamentares que são apropriadamente eleitos para isso. (...) A ideia de que o juiz é livre para

de uma licença ampla para decidir.

Isto porquanto, por primeiro, segundo pensamos, a concretização de projetos constitucionais (que por sua própria natureza, são complexos e demandam olhar sistêmico) é estratégia de longo prazo. Em segundo lugar, como já ponderamos neste trabalho, a efetivação dos valores previstos no Pacto Social demanda esforço conjunto da Sociedade, com a participação de vários e distintos atores, sem a prevalência de qualquer um deles (ainda que a Justiça Constitucional tenha função de relevo perfazendo seu mister em nosso arranjo institucional)²⁴⁰.

Segundo pondera o magistério de Canotilho, o tempo do poder judicial passivo já passou. Hoje, em razão da complexidade fática em que vivemos, é de se admitir que as Cortes Constitucionais perfaçam mais do que o papel kelseniano de legislador negativo²⁴¹,

decidir em face de princípios constitucionais amplos e abstratos é um grave equívoco. Isso merece ser esclarecido, pois nesse assunto é tentadora a ideia de que a decisão depende mais de quem decide do que propriamente das vagas e ambíguas palavras escritas na Constituição.” CARVALHO NETTO, Menelick; MARTINS, Argemiro. *O sentido da imparcialidade e o guardião da Constituição*. In: Jota, 19-6-2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-sentido-da-imparcialidade-e-o-guardiao-da-constituicao-19072016>, acesso em 02/09/2020.

²⁴⁰ Bercovici, neste sentido, assevera: “*Ao contrário do que afirmam os tribunais, o direito constitucional não é monopólio do judiciário. O direito constitucional e a interpretação constitucional são fruto de uma ação coordenada entre os poderes políticos e o judiciário. Nenhuma instituição, muito menos o judiciário, pode ter a palavra final nas questões constitucionais. A questão fundamental (e não respondida pelos adeptos do “positivismo jurisprudencial”) é a da substituição do Poder Legislativo, eleito pelo povo, pelo governo dos juízes constitucionais. Em quem o cidadão deve confiar: no representante eleito ou no juiz constitucional? Se o legislador não pode fugir à tentação do arbítrio, por que o juiz poderia?*” BERCOVICI, Gilberto. “Constituição e política: uma relação difícil”. *Lua nova*, Nº 61, 2004, p. 21.

²⁴¹ Em outra passagem de seus escritos, distintos do que adiante mencionaremos, Canotilho segue na mesma lógica: “*Cremos que não vale a pena voltar a insistir no modelo de “juiz autômato” da lei mesmo quando se pretende esgrimir com as razões a favor da sobrevivência desta espécie de decisor. Através do juiz aplicador-executor da lei defende-se a independência do juiz que em nome do povo diz o direito normativamente posto pela vontade popular. Também se nos afigura deslocado neste momento retomar as discutidas teorias hermenêuticas da realização do direito e as teorias morais da decisão justa, para vir dar apoio ao juiz garantidor dos direitos ou ao juiz concretizador de valores. A vossa liminar é mais incisiva: a radicação jurídico-política de magistraturas activas conduz ou não a um estado de juízes dominado por um activismo politicamente conformador das magistraturas? A nossa resposta é decididamente negativa se recortamos com rigor os limites do activismo judicial. Desde logo, limites jurídico-constitucionais, ou seja, limites do direito constitucional positivo. Mesmo quando os juízes se podem assumir tendencialmente como “legisladores negativos” (ao declararem a inconstitucionalidade de normas) ou criadores de direito (ao elaborarem “normas” para a decisão do caso), os juízes estão vinculados à constituição e à lei, à distribuição funcional de competências constitucionais, à separação de poderes e ao princípio democrático.*” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Um Olhar Jurídico-Constitucional sobre a Judicialização da Política. Tópicos para uma intervenção no Congresso dos Magistrados Brasileiros”. *Revista de Direito Administrativo – Atlas*, Curitiba, 16 de novembro de 2006, p. 91. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:cQbRekX4kLkJ:bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/42122/40814+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=br>, acesso em 22/10/2020.

desde que, no desempenho da revisão judicial, os magistrados permaneçam vinculados aos estritos limites da lei²⁴² e no anteparo das próprias previsões constitucionais que pretendem utilizar como ferramental de suas decisões²⁴³, vinculados portanto à distribuição horizontal e vertical das funções estatais (na lógica da separação de poderes) e respeitando-se, outrossim, o ambiente democrático.²⁴⁴ Neste contexto, segundo pondera Monica Herman Salem Caggiano, a segurança jurídica e a própria democracia devem encontrar seu lastro nos anteparos pensados nos termos do constitucionalismo clássico:

“(…)É fato que os “mortos” não devem governar os “vivos”; mas disso não decorre a exigência de demolição da idéia de rigidez constitucional. A própria previsão de reforma da Constituição – quer por via revisional, quer por via de emenda – atende razoavelmente à necessidade de adaptar as Constituições à realidade fática. E mais que isto, rompida a estabilidade constitucional e o núcleo duro do postulado do Estado de Direito, qual seria a estrutura jurídica, sólida o suficiente para garantir e preservar a democracia? A fragilidade e a expansividade dos processos de interpretação constitucional já demonstraram flagrante fracasso quando do aniquilamento da democrática Constituição de Weimar, abrindo as portas para o nazismo. A segurança jurídica e a democracia ainda se encontram na dependência do velho constitucionalismo.”²⁴⁵

A prática da interpretação constitucional é ajustada, na esteira do populismo

²⁴² Nunca é demais reafirmar o papel da aplicação da lei por parte do Poder Judicial, buscando em seu mister a paz social. Neste sentido, Rovira: *“Los titulares del Poder Judicial deben prepararse para usar bien las leyes porque la interpretación no es más que adiestramiento previo y reconocer que la culpa de sus abusos no será siempre del sistema ni exclusivamente de las leyes o la escasez de medios materiales, sino en gran medida también de ellos mismo que son responsables individualmente. El juez es responsable porque tiene libertad en su actuar, porque tiene poder.”* ROVIRA, Antonio. JURISDICCIÓN Y CONSTITUCIÓN. Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca) Num 120. Octubre-Noviembre 1998.

²⁴³ Elival da Silva Ramos nos alerta que, na lógica da tentativa de se efetivar determinadas visões de mundo, alguns magistrados estão a obter supedâneo no chamado ‘neoconstitucionalismo’: *“Por seu turno, no plano da Dogmática, a tendência teórica auto-intitulada de neoconstitucionalismo, a despeito de padecer de inúmeras fragilidades, vem se constituindo em elemento incentivador do ativismo, por haver se disseminado na doutrina brasileira, começando, agora, a influir no âmbito de nossa jurisprudência constitucional. A principiologização do direito, característica do moralismo jurídico, desponta como a face mais visível desse pretenso “positivismo” tupiniquim, abrindo as portas do sistema jurídico ao subjetivismo de decisões judiciais que, valendo-se dos contornos menos nítidos das normas-princípio e potencializando-lhes os efeitos para além do que seria lícito fazer, deixam de concretizar a Constituição para, a bem de ver, construí-la, ao sabor das preferências axiológicas de seus prolotores.”* RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial : parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 314.

²⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas - Atlas, 245:91, maio/ago, 2007.

²⁴⁵ CAGGIANO, Monica Herman. “Democracia x Constitucionalismo – um navio à deriva”. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito : estudos e documentos de trabalho / Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 1, 2011. Disponível em: http://www.direito.usp.br/pos/arquivos/cadernos/caderno_1_2011.pdf, acesso em 23/10/2020.*

constitucional, de acordo com o resultado esperado pelo interesse envolvido. Deste modo, a lei, a jurisprudência e a doutrina – todas fontes fundamentais do Direito – são distorcidas para atender a pressões políticas, quer seja do próprio Governo, quer seja por parte das elites que, invariavelmente, possuem amplo e privilegiado acesso à Justiça Constitucional²⁴⁶ e, portanto, litigam com grande amplitude²⁴⁷. Deste modo, em uma espécie de constitucionalismo seletivo, como nos coloca Lunardi²⁴⁸, há evidente distorção do uso do mecanismo da revisão judicial dos atos legiferantes – prática que é garantidora dos valores e limites constitucionais – amplificada em muito a partir do grande poder individual que cada Ministro do STF possui *per se* no sistema brasileiro.

²⁴⁶ E, neste sentido, segundo pondera Brandão, temos manifestações do ativismo judicial em cinco dimensões: “(...) Há basicamente cinco manifestações de ativismo judicial a partir da aplicação direta de princípios constitucionais: (i) afastamento significativo do sentido literal do dispositivo interpretado; (ii) criação de norma infraconstitucional na hipótese de inconstitucionalidade por omissão; (iii) invalidação de norma legal ou administrativa; (iv) criação de norma constitucional; (v) imposição de medidas concretas aos Poderes Legislativo e/ou Executivo. Ademais, percebe-se não apenas uma maior abertura do STF a argumentos interdisciplinares, como também uma tendência de fundamentar as suas decisões em razões amplas e profundas (maximalismo), pois as respectivas teses se caracterizaram pela abrangência – já que incidem não apenas ao caso concreto, mas sobre um amplo leque de hipóteses que guardam alguma similaridade entre si –, e pela profundidade – pois enfatizam complexas teorias que por sua vez, se embasam em princípios de alta densidade moral em detrimento de regras jurídicas preexistentes.” BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais - a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p. 79.

²⁴⁷ Tal fenômeno se reproduz, para além do Brasil, também em diversos ordenamentos alienígenas, demonstrando que certos estratos da população possuem acesso privilegiado à justiça, conforme nos coloca Epp: “*The democratization of access to the judicial agenda, however, remains limited in important ways. In India, which is dominated by a state bureaucracy and plagued by great economic inequality, there remain great limits on access to the judicial agenda. Indian rights advocacy groups and official legal aid, for instance, suffer from chronic underfunding. No support structure is static, however, and the continued efforts of rights-advocacy organizations, along with the growth of India's middle class, may generate the resources necessary for development of a broader support structure. In Canada and Britain too, although resource shortages are not as great as in India, rights-advocacy groups nonetheless still face significant financial limitations. Their legal professions and interest-group systems have developed the organizational structures capable of supporting sustained rights litigation, but resource limitations still limit the extent and frequency of litigation campaigns. By contrast, in the United States the political environment, the large population, and the size and diverse structure of the legal profession seem ideally suited for the growth of independent, nonparty organizations and other sources of support for sustained rightsbased litigation. Nonetheless, even in the United States there remain significant limits to the democratization of access to courts. One of the most important is the relative lack of support for strategic litigation by the truly poor; as a consequence, there is little litigation aimed at improving the conditions of the least well-off. Rights litigation, as some critics have observed, benefits primarily the "haves:" those groups possessing the resources necessary to pursue litigation. Thus, before the development of government-sponsored legal defense services, the rights of the accused generally failed to reach the appellate judicial agenda. Similarly, rights claims based on poverty or economic class still fail to reach the judicial agenda.*” EPP, Charles R. *THE RIGHTS REVOLUTION - Lawyers, activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. The University of Chicago Press : Chicago and London, 1998. pp. 198-205.

²⁴⁸ LUNARDI, Fabrício Castagna. *O STF na Política e a Política no STF*. São Paulo: SaraivaJur, 2020, pp. 131-132.

Neste sentido, alguns pesquisadores argumentam que pode haver mudança de alicerce lógico do Pacto Social mesmo sem a participação do legislador constituinte derivado²⁴⁹. A teoria do ‘desmembramento constitucional’, nos termos colocados por Richard Albert²⁵⁰, prega que é possível mudar os pilares conceituais da Constituição sem necessariamente inaugurar um novo regime constitucional. Geralmente, quando isto ocorre, a própria Corte Constitucional encarrega-se de barrar tal tentativa. No entanto, no contexto da expansão do poder judicial, tal tentativa por vezes é levada a cabo pela própria Corte. Com efeito, Agresto nos alerta inclusive que a autocontenção da capacidade jurisdicional, em um contexto em que os magistrados acabam por ser arrogar um mandato constitucional superior aos demais participantes do processo político, costuma ser mecanismo pouco efetivo na prática:

“(…) the demand for judicial self-restraint is hardly a sufficient solution to the problem of judicial power within a democracy. The demand for self-restraint is usually ineffectual when addressed to most holders of political power. It may be especially fruitless when those holders power can also see themselves as possessing special insight into constitutional mandates and constitutional right.

²⁴⁹ Acerca da importância do poder originário em contrapartida dos limites de interpretação do Tribunal Constitucional, assim assevera Enterría: “(...) *En efecto, si en su función interpretativa de la Constitución el pueblo, como titular del poder constituyente, entendiéndose que el Tribunal había llegado a una conclusión inaceptable (o porque se tratase de una consecuencia implícita en la Constitución de que el constituyente no hubiese tenido conciencia clara y que al serle explicitada no admite, o bien - hipótesis no rechazable como real - porque entendiéndose la decisión del Tribunal excede del marco constitucional), podrá poner en movimiento el poder de revisión constitucional y definir la nueva norma en el sentido el constituyente decida, según su libertad incondicionada.*” ENTERRÍA, Eduardo García. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Navarra: Civitas, 2006, p. 213.

²⁵⁰ Neste sentido: “*Constitutional dismemberment is a phenomenon and a concept. We cannot deny that constitutional dismemberment exists as a phenomenon today: around the world, we continue to see efforts to make transformative constitutional changes without breaking legal continuity. I have sought to identify this phenomenon by giving it a name: constitutional dismemberment. A constitutional dismemberment seeks deliberately to alter the fundamental rights, structure, or identity of the constitution with recourse to the ordinary rules of constitutional amendment. The conventional theory of constitutional change denies the legitimacy of a constitutional dismemberment. Courts therefore ordinarily disallow constitutional dismemberments for exceeding the amendment power held by the amending actors. Yet in the conventional theory of constitutional change, a constitutional alteration yields only one of two results. It is either an amendment, in which case courts recognize it as constitutional, because the amendment changes the constitution consistent with its existing framework and presuppositions. Or, alternatively, it introduces a change to the constitution that fails to cohere with the existing constitution, in which case courts generally invalidate the change made as an amendment and require political actors to engage in an altogether new constitution-making process in order to formalize the transformative change they wish to make. The concept of constitutional dismemberment occupies the space between an amendment and a new constitution. It recognizes that a transformative change need not amount conceptually to a new constitution and that, instead, the transformative change should be understood as the unmaking of the constitution within the existing constitutional order subject to its own internal rules.*” ALBERT, Richard. “Constitutional Amendment and Dismemberment”. *Yale Journal of International Law*, Boston College Law School, v. 43, Research Paper 424, p. 84.

And (...) if the fear is that the nondemocratic element may become the antidemocratic of element, ruling in place of the democracy, then calls for self-restraint will be not only inappropriate but probably ineffective”²⁵¹

Em cenário ainda pior, praticando o constitucionalismo abusivo através das Cortes Constitucionais ²⁵², alguns atores acabam por agir erodindo por completo o sistema democrático, efetivando práticas autoritárias com ‘aparência de democracia’. É o que nos alerta Landau:

“(…) an increasingly important phenomenon: the use of mechanisms of constitutional change to erode the democratic order. A rash of recent incidents in a diverse group of countries such as Hungary, Egypt, and Venezuela has shown that the tools of constitutional amendment and replacement can be used by would-be autocrats to undermine democracy with relative ease. Since military coups and other blatant ruptures in the constitutional order have fallen out of favor, actors instead rework the constitutional order with subtle changes in order to make themselves difficult to dislodge and to disable or pack courts and other accountability institutions. The resulting regimes continue to have elections and are not fully authoritarian, but they are significantly less democratic than they were previously. Even worse, the problem of abusive constitutionalism remains largely unresolved, since democratic defense mechanisms in both comparative constitutional law and international law are largely ineffective against it. Some of the mechanisms most relied upon in the literature — such as the German conception of militant democracy and the unconstitutional-constitutional amendments doctrine — are in fact either difficult to deploy against the threat of abusive constitutionalism or easily avoidable by would-be authoritarian actors.”²⁵³

Continuando nesta linha de raciocínio, aproveitando mais uma vez a contribuição de Albert, há que se preocupar com o fenômeno do contraconstitucionalismo e também do supraconstitucionalismo (ambos correlatos), na medida em que, tais práticas, sob a

²⁵¹ AGRESTO, Jonh. *The Supreme Court and Constitutional Democracy*. Ithaca: Cornell University, 1984, pp. 37-38.

²⁵² Vejamos que a alegação de constitucionalismo abusivo é também utilizada pelo STF em face de atos recentes do Poder Executivo, capitaneado pelo Presidente Jair Bolsonaro: “ADPF 622/DF. DECISÃO: Ementa: DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DECRETO Nº 10.003/2019. COMPOSIÇÃO E FUNCIONAMENTO DO CONSELHO NACIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – CONANDA. CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. 1. Importância de evitar os riscos do constitucionalismo abusivo: prática que promove a interpretação ou a alteração do ordenamento jurídico, de forma a concentrar poderes no Chefe do Executivo e a desabilitar agentes que exercem controle sobre a sua atuação.” STF. ADPF 622. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342072532&ext=.pdf>, acesso em 02/09/2020.

²⁵³ LANDAU, D. “Abusive Constitutionalism”. *University of California, Davis Law Review*, v. 47, n. 189, 2013, p. 189.

roupagem do atendimento estrito ao espírito constitucional de uma Sociedade, acabam em verdade por causar achatamento das práticas democráticas, já que tiram dos diversos atores sociais a possibilidade de influir na construção dos elementos que poderiam viabilizar verdadeiramente os valores constitucionais (colocando, por exemplo, excessivo peso no papel das Cortes Constitucionais neste arranjo):

“The first form of democratic constitutionalism that works a considerable harm upon the prospect of participatory democracy is contraconstitutionalism. Its mission is to serve the interest of a rich conception of democracy-one that extends beyond a procedural understanding of democracy and instead embraces a substantive view of democracy. However, this form of constitutionalism dooms itself to failure by relying on the constitutional text alone to create a constitutional culture that seeks to cultivate participatory democracy. Supraconstitutionalism is a second form of democratic constitutionalism that runs counter to participatory democracy. Its defining practice is to hierarchize rights in such a way as to place certain rights beyond the reach of a democratically mobilized people, and effectively outside of the bounds of constitutionalism. Though its purpose is to stand in defense of fundamental rights deemed untouchable, supraconstitutionalism may actually divest those fundamental rights of their force in the process of elevating them above other rights.”²⁵⁴

Como já sublinhamos, acreditamos que o Poder Judiciário, ainda que em posição privilegiada (pelo próprio ferramental técnico-constitucional que possui) precise ser considerado como mais um dos atores aptos a interpretar os valores constitucionais²⁵⁵. Não apenas o preponderante e muito menos o único em nosso arsenal institucional. Perigoso, outrossim, é que o STF, e.g., procure se legitimar frente a opinião pública pretendendo ir ao encontro dos seus pretensos anseios²⁵⁶. Embora tentador, cumprir expectativas e anseios da

²⁵⁴ ALBERT, Richard. “Counterconstitutionalism”. *Dalhousie Law Journal*, v. 31, n1, pp. 4-5.

²⁵⁵ Na mesma lógica de Albert, ao falar acerca do constitucionalismo popular (em contraposição, ao menos em teoria, ao populismo constitucional), Brettschneider nos fala: “*Theorists of “popular constitutionalism” seek to ground constitutional interpretation in the democratic value of selfgovernment. They claim that the “people themselves,” and not judges, should have the democratic authority to interpret the Constitution. These theorists regard judicial review by elite, unelected judges as being “counter-majoritarian” or undemocratic.*” BRETTSCHEIDER, Corey. “Popular constitutionalism *contra* populismo”. *Constitutional Commentary*, v. 30, n.1, winter 2015, p. 81.

²⁵⁶ Reconhecendo a capacidade da participação de amplo espectro da Sociedade na construção dos valores constitucionais, assim pondera Souza Neto e Sarmiento: “(...) *na democracia, qualquer decisão dos poderes públicos, inclusive do STF, é passível de discussão e crítica. A mobilização e a crítica pública contra uma decisão do STF em matéria constitucional não devem ser vistas como patologias, incompatíveis com o Estado de Direito. A crítica pública pode antes exprimir a vitalidade da cultura constitucional; pode significar que a Sociedade se importa com a Constituição e que a gramática constitucional está também presente nos embates políticos e sociais, o que deve ser comemorado e não lamentado.*” SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. “Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e

opinião pública não é, nem de longe, função preponderante do poder judicial.²⁵⁷

O constitucionalismo popular, nos termos colocados por Tushnet, é episódio institucional importante, desde que parta do pressuposto da efetiva participação plural e horizontal dos diversos segmentos da Sociedade, em oposição à supremacia judicial.²⁵⁸

Com efeito, em nosso panorama institucional, o Supremo não deve se comportar como ator político comum e ordinário (já que dotado de expedientes muito poderosos de contrabalanceamento de poder)²⁵⁹, relacionando-se (especialmente na pessoa de seus

alguns parâmetros de autocontenção judicial”. *Revista Quaestio Iuris*, vol.06, nº02, 2013. pp. 137-138.

²⁵⁷ O atual cenário social, no entanto, é complexo. Com efeito, as Constitucionais por vezes querem se comportar como ‘redentoras’ do povo. Garapon, reconhecendo esta realidade, assim nos coloca a questão: “(...) a justiça tornou-se o lugar de eleição das paixões democráticas e o tribunal do último palco do combate político. A opinião pública está hoje mais inclinada a identificar-se com a vítima do que com o árbitro, mais com o governado do que com o governante, mais com o contrapoder do que com o poder, mais com o justiceiro do que com o legislador.” GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 101.

²⁵⁸ Neste sentido, assim pondera Tushnet: “*Popular constitutionalism expresses democracy's core commitment to popular self-government, while judicial supremacy expresses a commitment to government by elites. Advocates for judicial supremacy say that the people had their say when they created the Constitution but have no continuing role in its interpretation except to go along with what judges tell them. Advocates for popular constitutionalism give the people an ongoing role—living constitutionalism by the people rather than Supreme Court justices.*” TUSHNET, Mark. *Taking Back the Constitution*. London: Yale University Press, p. 246.

²⁵⁹ Um dos expedientes a disposição do STF é o mecanismo da repercussão geral. Pensado para reforçar a racionalidade da jurisprudência em solo pátrio, pode ser utilizado como mecanismo para atender interesses governamentais e/ou para colocar uma determinada matéria fora do alcance legislativo, especialmente se praticado através de decisão individual de apenas um Ministro. É como pondera Lunardi: “(...) uma vez reconhecida a repercussão geral, bem como a relação de causalidade de prejudicialidade entre a decisão que será proferida no Recurso Extraordinária e a dos processos versando sobre matéria idêntica em curso no STJ, no TST, nos TRFs, nos TRTs e nos TJs, poderá o ministro relator do STF, monocraticamente, determinar o sobrestamento de todos os processos até o julgamento da matéria pelo plenário da Corte. (...) Em diversos casos, no Brasil, observa-se que o STF se utiliza da suspensão dos processos judiciais – que possuem como ponto controvertido a questão constitucional discutida em repercussão geral – como mecanismo para atender a interesses do governo federal. A partir disto, surge a hipótese de que o Supremo, pareado com os interesses do governo federal, não julga a questão e mantém suspensos processos que versam sobre estas questões, a fim de evitar que as condenações judiciais contra a União sejam pagas. (...) Observa-se, assim, que a utilização da suspensão dos processos pelo reconhecimento da repercussão geral tem gerado, na prática, a negativa da Justiça àqueles que alegam possuir um direito constitucional, muitas vezes já reconhecido pelas instâncias judiciais ordinárias. Vale dizer, o direito de natureza constitucional é garantido pelas demais instâncias ordinárias, mas o STF, que deveria ser o guardião da Constituição, atua, na prática, para impedir que esses direitos sejam efetivados, gerando um estado permanente de non liquet. A questão se torna ainda mais problemática porque essa prática do STF – de suspender ações indefinidamente e não julgar a questão de fundo – se coloca como uma espécie de regra supraconstitucional, na medida em que os próprios tribunais superiores trabalham politicamente junto ao Congresso Nacional para que o prazo de suspensão não se limitasse a um ano. Assim, não há qualquer indicativo de que haveria o seu cumprimento mesmo se o prazo máximo de suspensão fosse mantido na legislação. A colocação fora do alcance da modificação legislativa e dos limites do constitucionalismo (supraconstitucionalismo) também é uma prática de constitucionalismo judicial.” LUNARDI, Fabrício Castagna. *O STF na Política e a Política no STF*. São Paulo: SaraivaJur, 2020, pp. 155-157.

componentes, *per se* considerados) com os demais jogadores utilizando-se da lógica e da clivagem que se traduz em barganha essencialmente política. Deste modo caminha o magistério de Benvindo e Estorillo:

“Essa ênfase pragmática, que catalisa a posição do STF como um agente poderoso no exercício da barganha política, também se expressa no modo como ele se relaciona com os demais poderes. Uma das estratégias é esvaziar as atribuições típicas de outros poderes por meio de decisões que as condicionam a um olhar sempre permanente do STF. Por exemplo, no julgamento do MS 32033-DF, Ministro Gilmar Mendes apontou como inconstitucional o processo legislativo que tratava de novas regras partidárias (PL 4470/2012), simplesmente porque aquela apressada votação não fazia sentido, dentre outros fatos, por beneficiar os próprios parlamentares. Segundo ele, “essa interferência seria ofensiva à lealdade da concorrência democrática, afigurando-se casuística e direcionada a atores políticos específicos”. Para Gilmar Mendes, o fato de a Câmara dos Deputados ter deliberado de forma estranhamente célere seria já um motivo para suspender o projeto de lei, como se o STF tivesse o poder de determinar qual é o ritmo adequado da deliberação de outro poder. É visível que o argumento do Ministro não passava de uma discordância pessoal para rejeitar um processo legislativo que entendeu “indevido”, embora sem apontar qualquer irregularidade material ou de procedimento naquela decisão de inconstitucionalidade. (...) o STF, exatamente nesse ambiente de maior poder e de capacidade de barganha política expandida, tem utilizado de estratégias – aqui destacadas a sincronicidade e a o uso seletivo da subsunção – para fins que não condizem com o discurso que busca lhe conferir legitimidade. Neste contexto, em que o STF delibera sem, efetivamente, deliberar – ou delibera estrategicamente para um fim abusivo – tem-se, visivelmente, o seu deslocamento de “guardião da Constituição” para um player efetivo no jogo político, ampliando-se, por conseguinte, sua potencialidade para barganhas políticas por meio do uso da decisão judicial como instrumento de legitimação de tais práticas. Como player da barganha política, o direito e o perfil deliberativo tornam-se secundários, embora sejam instrumentalizados para a justificação da prática política. Por isso, tem-se o abuso constitucional: usa-se o direito constitucional – e os próprios procedimentos que buscam efetivá-lo na prática – contra o próprio constitucionalismo. (...).”²⁶⁰

Dentro da tônica deste trabalho, apontando direcionamentos para minorar a prática do constitucionalismo abusivo e do contraconstitucionalismo no bojo de nossa Corte Constitucional, os supramencionados autores continuam a ponderar, de maneira bastante elucidativa:

“Um recurso constitucional processual específico para quando se vislumbrem tais casos de sincronicidade e uso deslocado da subsunção, direcionado ao Plenário, pode não ser a opção ideal, mas poderia ser um começo, por exemplo.

²⁶⁰ BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. “O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo”. *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, a.18, n.1, jul.2017, pp. 175-189.

É necessário também insistir no argumento de que devemos exigir transparência decisória de uma corte constitucional. Um mínimo de compatibilidade empírica, um mínimo de coerência dos argumentos e, sobretudo, uma efetiva deliberação devem ser os requisitos mais básicos a se exigir dos Ministros do STF, individualmente, e da Corte, como instituição.”²⁶¹

A busca pela legitimidade e legitimação é ínsita ao poder judicial, como pondera Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁶², especialmente no âmbito da Corte Constitucional que, como já asseveramos, carrega consigo grande poder de contrabalanceamento sistêmico, sem desconsiderar o sempre presente e alegado déficit democrático que o assola²⁶³.

É preciso ponderar que, embora firme no seu papel contramajoritário (no contexto da contenção do exercício arbitrário de poder que pode colocar em perigo os direitos-garante do cidadão), as Cortes Constitucionais não podem, de maneira frequente e excessiva, manter-se totalmente desacopladas dos anseios populares refletidos pela opinião pública. Com efeito, Burbank e Friedman inclusive nos chamam a atenção para o importante papel da mídia neste contexto, cujo importante mister impacta diretamente na percepção que a Sociedade tem acerca da atividade jurisdicional das Cortes Supremas:

“Dependent on the media for information about the Court’s work, most members of the public have not been aware that the Court has sapped the value of their statutory and constitutional rights by making it more difficult to enforce them. The resulting lack of accountability has freed the justices to do indirectly what prudent management of the institution’s perceived legitimacy would prevent them from doing directly. The Court recognizes that its public standing is not hurt by decisions that the public does not learn about. The media must recognize, then, that by not covering the Court’s private enforcement cases, they are enabling the subterranean counterrevolution”²⁶⁴

Quanto maior o nível de insatisfação e desconfiança da população em relação ao

²⁶¹ *Idem.*

²⁶² “(...) Resulta do exposto que todo Poder que se enquadra no que é ressentido pelo povo como critério legítimo de apropriação do mando tende a ser obedecido, mesmo sem ter de recorrer à compulsão. Ao contrário, quando o Poder se estabelece contra essa legitimidade, difícil é para ele obter essa obediência. Pode consegui-lo, pela força e pela astúcia, durante um certo tempo. Entretanto, somente persistirá mais duradouramente se aproveitar esse período de coerção para lograr a legitimação. Quer dizer, para infundir no povo o sentimento de sua legitimidade”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e governabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 87.

²⁶³ Na lógica de Bickel, que já mencionamos neste trabalho.

²⁶⁴ BURBANK, Stephen B; FRIEDMAN, Barry. “Reconsidering Judicial Independence”. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Eds). *Judicial Independence at the crossroads: an interdisciplinary approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002, pp. 9-42 e pp. 33-34.

Poder Judiciário – até porquanto o cidadão comum não participa da escolha dos membros mais relevantes da magistratura – maior a chance de ocorrer constrangimento perfazendo seu importante mister²⁶⁵.

Assim é que a visão do público acerca do trabalho da Corte, por exemplo no combate à corrupção²⁶⁶, exsurge apenas da grande visibilidade que alguns casos tomam. Com efeito, a opinião pública se forma (e reflete) a partir de apenas parte ínfima de todas as decisões tomadas, preocupando-se, sobremaneira, com os resultados de tais (poucas) decisões, deixando, por óbvio de lado (até por falta de capacitação técnica), todo o ferramental da Ciência Jurídica utilizado pelos magistrados para que se produzam tais *outputs*.

Nos parece que a influência da opinião pública nas deliberações da Corte Constitucional Brasileira é inegável. O STF, em moldes próximos do que ocorre nas demais instâncias deliberativas estatais, também é caixa de ressonância da Sociedade, sendo certo que lá aportam também os anseios das diversas correntes que compõem a opinião pública.²⁶⁷

²⁶⁵ Helmke, falando acerca do juízo de valor que a opinião pública faz acerca do Poder Judiciário na América Latina, nos assevera que o índice de confiança, ao contrário dos Estados Unidos e sua Suprema Corte, é apenas um pouco mais alto do que os índices dos demais Poderes: “*One of the most widely touted facts about the rule of law gap in Latin America is how poorly the public regards the judiciary. Latinobarómetro surveys provide us with an overview of the evolution of public opinion about the judiciary over the last decade and across countries. On average, the percentage of Latin American citizens reporting that they had “a lot” or “some” confidence in the judiciary has hovered in the mid-30% range for most of the period, varying between a high of 38% in 1995, the first year for which we have data, and a low of 20% in 2003. Such figures clearly contrast with the American public’s image of the United States Supreme Court today. Friedman, for instance, cites a recent Gallup poll with 69% of the public reporting trust in the judicial branch. Moreover, whereas the judiciary has emerged as the most trusted branch of government in the United States, in Latin America the judiciary routinely scores only slightly higher than the legislature and slightly lower than the executive branch*”. HELMKE, Gretchen. “Public Support and judicial crisis in Latin America”. *Journal of Constitutional Law*, v. 13, n2, 2010. p. 398.

²⁶⁶ Em solo pátrio, podemos certamente nos referir aos dois casos paradigmáticos, quais sejam, a ação penal 470 (vulgarmente conhecida como ‘Ação do Mensalão’) e a Operação Lava-Jato (com suas repercussões no Supremo).

²⁶⁷ Com este contexto, vale reproduzir lição de Brandão. Para ele, levar em consideração a opinião pública pode ser fator que facilite a humildade dos magistrados acerca do acerto de suas decisões, especialmente quando há grande reação da Sociedade ao tomar conhecimento delas: “*(...) Há razões consequencialistas e epistêmicas para a Suprema Corte considerar a opinião pública. Quanto às primeiras, vale notar que o alinhamento, no essencial, da sua jurisprudência com a opinião pública confere à Corte instrumento de reforço na implementação das suas decisões mesmo quando haja sérias resistências no meio político (diante do alto custo político da sua não implementação). Ademais, a sintonia com a opinião pública reforça o apoio popular difuso à Suprema Corte, fator que lhe confere maior potencial de proferir decisões contramajoritárias em prol de minorias estigmatizadas no processo político. Dentre as razões epistêmicas, partindo-se de uma premissa de humildade dos juizes, é de se esperar que eles não estejam muito seguros da correção das suas decisões caso haja forte opinião pública em sentido contrário, sobretudo em sede de questões morais controvertidas*”. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais - a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p. 34.

É preciso, no entanto, em respeito às características próprias do design do Poder Judiciário em seu órgão mais relevante, encontrar equilíbrio ótimo que propicie o acoplamento de tais desejos populares com o juízo técnico-racional que deve conter o pronunciamento do Corte Constitucional²⁶⁸. Necessário se faz haver certo tempero entre respaldar o que está refletido na opinião pública e a discussão técnica-constitucional propriamente dita. É como se posiciona Valle em seu magistério:

“(…) é plausível afirmar que a prática deliberativa observada na Corte, especialmente nos julgamentos dos casos mais polêmicos, realmente demonstra sofrer o impacto da verdadeira avalanche de opiniões públicas que cobre o colegiado de magistrados e que certamente os influencia, de modo direto ou indireto. O Supremo Tribunal Federal é hoje uma caixa de ressonância da opinião pública expressada por diversos canais legítimos. Como já constatado, a própria conformação institucional do modelo deliberativo, de publicidade extrema, fornece as condições favoráveis para essa ampla abertura à recepção dos mais diversos discursos sociais. A influência ocorre não apenas pela via das relações político-institucionais da Corte com os meios de comunicação, ou de modo informal pela própria inserção social e vivência política de cada Ministro, mas também através dos canais formais de abertura do processo constitucional, como os amici curiae e as audiências públicas, que permitem ao Tribunal absorver e apreciar, por meio de mecanismos procedimentais pré-estabelecidos, as opiniões expressadas por esses discursos presentes na Sociedade a respeito dos temas objeto de julgamento. Essas são características atualmente marcantes da deliberação no Supremo Tribunal Federal. O desenvolvimento e o constante aperfeiçoamento de um modelo de deliberação pública, tal como o que é hoje adotado no STF, dependem de um tratamento adequado dessas questões, que dizem respeito à

²⁶⁸ Até porquanto as Cortes deveriam, no grau ideal, refletir a distribuição social da própria comunidade em que está inserida. Tratarei do modo como as cortes constitucionais poderiam ser compostas em capítulo próprio. No entanto, adianto pensamento de Sathe que, se referindo ao contexto indiano, mostra a importância deste acoplamento social entre comunidade e Justiça Constitucional: *“A constitutional court must be representative of all sections of society. We may not call it reservation, but some representatives from the most disadvantaged sections must be on the Court in order to make it a true national court. In the present Supreme Court, there are twenty-five judges, including the Chief Justice. Of these judges, two are Muslims, one is Parsi, and one is Christian. There is one female judge, but no judge from a Scheduled Caste or Scheduled Tribe. The legitimacy of the Supreme Court depends upon the reflection of Indian pluralism in its composition. Women, as well as members of the Scheduled Castes and Scheduled Tribes, ought to be appointed to the Court in larger numbers. We must therefore know how judges are selected. What are the criteria for their selection? Should only professional competence be considered, or should consideration include such factors as a lawyers’ participation in legal aid, public interest litigation, or politics? Judges like Krishna Iyer, P.B. Sawant, and K.S. Hegde were active in politics before joining the judiciary, and produced judgments that were unbiased. In fact, all of the aforementioned stand out as examples of good judges. One of the reasons for the high legitimacy of the Supreme Court is that in the peoples’ mind, it is a body aloof from politics. The judges are not apolitical, but they must be capable of deciding matters before them in a politically dispassionate manner. Their past political experience may be an asset if they act impartially as judges.”* SATHE, S.P. “Judicial Activism: The Indian Experience”. 6 WASH. U. J. L. & POL’Y 029, 2001. Disponível em: https://openscholarship.wustl.edu/law_journal_law_policy/vol6/iss1/3, acesso em 23/10/2020.

relação entre a Corte Constitucional e a opinião pública, mas que também interferem na própria concepção a respeito de suas funções na democracia. Os Ministros demonstram estar conscientes de que sua prática deliberativa envolve o difícil ônus de lidar cotidianamente com a exposição pública e a absorção formal ou informal de uma diversidade e de uma pluralidade de discursos que emanam da Sociedade. Como se trata de um fator que fundamentalmente integra a prática decisória, o colegiado de magistrados deve sempre estar atento para que as manifestações da opinião pública sejam canalizadas de forma adequada e não interfiram excessivamente em aspectos cruciais dessa prática, como a formação da convicção, a construção das razões de decidir, a definição da pauta de julgamentos etc. Assim, parece haver uma percepção de que os Ministros podem levar em conta a opinião pública – mesmo porque ela invariavelmente sempre exercerá algum tipo de influência –, mas não podem permitir que ela passe a pautar as atividades do Tribunal e de alguma forma possa ser decisiva em determinados julgamentos. Esse é um cuidado que, como demonstra a prática de decisão no STF, requer o desenvolvimento de um modelo de deliberação pública.”²⁶⁹

O ‘efeito manada’²⁷⁰ também atinge a Corte Constitucional, nos moldes colocados por Mello²⁷¹, especialmente se considerarmos os julgamentos televisionados através da TV

²⁶⁹ VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Tese (doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Alicante; Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2015, p. 322.

²⁷⁰ Sobre tal efeito, estudado no âmbito da Psicologia, c.f. JESUS, Jaqueline Gomes de. “Psicologia das massas: contexto e desafios brasileiros”. *Psicol. Soc.*, Belo Horizonte, v. 25, n. 3, pp. 493-503, 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010271822013000300003&lng=en&nrm=iso>. acesso em 16/11/2020.

²⁷¹ “Uma espécie de efeito manada se produz na população e, nessas circunstâncias, qualquer grupo pode ser levado a posições extremas, equivocadas e reforçadoras de preconceitos. Os juízes, como qualquer cidadão, estão sujeitos a tais mecanismos. Como todas as pessoas, buscam o reconhecimento e temem o isolamento. É ínfimo o nível de informação direta de que se dispõe sobre o comportamento de um magistrado, sobre as decisões que profere ou sobre as suas opiniões. Os julgados que ganham visibilidade são levados a público sobretudo pela imprensa. A mídia é um poderoso intermediário entre os juízes de uma corte constitucional e todos os grupos com os quais se importam: os amigos, os colegas de profissão, a comunidade jurídica, os movimentos sociais e, sobretudo, a opinião pública. A percepção geral a seu respeito não emerge necessariamente de forma espontânea. Sujeita-se a um processo de animação social que pode ser edificante ou devastador. Assim como a população em geral, os integrantes de uma corte são expostos e vulneráveis ao contágio informacional e ao contágio reputacional. O Supremo Tribunal Federal tem julgado casos de grande relevo para o país, a exemplo do impeachment da presidente da República, do afastamento do presidente da Câmara dos Deputados e da prisão preventiva de Senador da República acusado de obstar investigação federal sobre corrupção envolvendo a cúpula da política. As causas que examina tratam sobre questões determinantes para o futuro do país; atraem a atenção da mídia e o interesse de seus consumidores; suscitam preconceitos e provocam estereótipos. Os julgamentos do pleno do STF são televisionados ao vivo. A corte comunica-se institucionalmente com o público pela Rádio Justiça, está presente nas redes sociais, recebe manifestações por meio da central do cidadão, convoca audiências públicas para debater temas de relevo sob a sua apreciação e admite a participação de entidades da Sociedade civil nos feitos que aprecia, a fim de ampliar o debate neles travados. As palavras e os atos dos ministros são meticulosamente acompanhados pela mídia. Há enorme interesse a respeito das suas opiniões. Suas ações têm grande visibilidade. Suas declarações e votos geram ondas de comentários nas redes sociais. Seus entendimentos são avaliados pela imprensa e julgados pelo público; a mesma imprensa, os mesmos juízes e o mesmo público que se sujeitam ao contágio informacional, ao contágio reputacional, ao efeito manada. De fato, o processo decisório e a vida dos ministros

Justiça. Certamente, os magistrados do Excelso Pretório não estão imunes à pressão exercida pelas diversas correntes de opinião que surgem no seio da Sociedade, cuja paixão e reações emocionais extremas, em especial diante do contexto que vivemos, são por vezes guiadas para longe da racionalidade que se espera da análise dos costumeiramente importantes assuntos que aportam no STF, especialmente no exercício do controle concentrado e direto de constitucionalidade.

Deste modo, embora tenhamos sublinhado a importância da opinião pública como sendo um dos fatores para o lastro necessário ao bom desempenho dos ferramentais utilizados pela Justiça Constitucional, ter este elemento como base central para medir a atuação da Corte, quer seja para reforçar sua legitimidade, quer seja para politizá-la com os mesmos parâmetros utilizados para medir outras esferas de realização pública, pode não ser recomendável.

É de se notar, em um aparte que demonstra a complexa relação que hoje se desenvolve entre o STF e a Sociedade brasileira, que a ampla exposição das sessões de julgamento da Corte Suprema, especialmente nas oportunidades em que seus membros deixam a mostra suas diferenças pessoais²⁷², pode, outrossim, gerar desgaste institucional na imagem do órgão jurisdicional perante a opinião pública, tornando ainda mais difícil contornar os problemas que aqui já apontamos e que versam acerca da legitimidade que o exercício da jurisdição constitucional possui.

Não há como desconsiderar os reflexos e a interferência (própria e imprópria) da opinião pública no âmbito do exercício da judicatura constitucional, conforme nos coloca Friedman²⁷³. No entanto, ainda que com evidente conexão, tal proximidade deve ser

do Supremo têm sido tratados como um espetáculo. E a espetacularização da vida pode facilmente torná-la prisioneira da mídia, da opinião popular e do populismo judicial.” MELLO, Patrícia Perrone Campos. “Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir das reflexões da literatura estrangeira”. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.14, n.1, 2017, pp. 418-419.

²⁷² Entre nós, temos exemplo de várias discussões públicas entre os componentes do STF que pautaram (mais do que o conteúdo do que estava sendo julgado) a imprensa e a opinião pública por vários dias: “*Após a discussão sobre o julgamento de quinta-feira (22) do habeas corpus do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, os ministros começaram a votar uma ação sobre a proibição de doações ocultas de pessoas físicas nas campanhas eleitorais. A regra foi mantida pela maioria dos ministros. Durante o voto, o ministro Gilmar Mendes voltou a falar sobre a prisão de condenados em segunda instância e fez críticas aos colegas. O ministro Luís Roberto Barroso reagiu e os dois tiveram uma discussão acalorada. (...) A presidente do Supremo tentou interromper chamando um intervalo. “Senhores ministros, eu vou suspender a sessão, eu vou suspender a sessão. Está suspensa a sessão”, disse Cármen. (...)*” GLOBO. *Discussão acalorada entre Barroso e Gilmar suspende sessão no Supremo*. Disponível em <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/03/discussao-acalorada-entre-barroso-e-gilmar-suspende-sessao-no-supremo.amp>. Acesso em 25/08/2020.

²⁷³ “*Public opinion and judicial review are connected. From a normative position they probably should be. But*

sopesada com outras características desejáveis ao sistema, qual seja, a defesa racional dos valores constitucionais escolhidos pelo legislador constituinte e o anteparo ao exercício do poder arbitrário, ainda que o manejo deste por atores de poder esteja aparente e momentaneamente autorizado por corrente majoritária da Sociedade.

Com efeito, encerrando este tópico, o equilíbrio é, no mais das vezes, o cenário desejável. Afastando-se das práticas constitucionais populistas e do próprio constitucionalismo abusivo, a moderação por parte das Cortes Constitucionais em seu mister (incluindo por óbvio o Excelso Pretório), conforme nos fala Lunardi, é de rigor:

“(…) é preciso encontrar mecanismos de controle público sobre a atividade dos ministros da Corte Constitucional brasileira. Na medida em que o poder judicial cresce, também deve aumentar a publicização da sua atuação e as exigências de prestação de contas perante a opinião pública, sem que se desconheça os riscos de segui-la. A questão central é encontrar um equilíbrio entre a pouca e a demasiada capacidade de resposta judicial à opinião pública. De um lado, a aproximação entre a opinião pública e o STF poderia ser um importante fator para suprir o seu déficit de legitimidade. De outro lado, é preciso considerar os seus riscos e ter o necessário cuidado para não a seguir cegamente, sob pena de desvirtuar a própria missão constitucional da Corte.”²⁷⁴

1.4. Processos dialógicos e a questão da última palavra

Encerrando este capítulo que pretende demonstrar o pano de fundo para dar ensejo ao posicionamento que iremos defender neste trabalho, acreditamos que a análise das relações dialógicas que podem mantidas entre os polos decisoriais, bem como entre os diversos atores da Sociedade, em seus distintos contextos, é medida de rigor para que, em ambiente institucional qualidade democrática mínima²⁷⁵, os valores constitucionais havidos

that connection is at a distance, it is mediated. There is a certain amount of slack between public support for the Supreme Court, and its views about what the Court does. That is probably a good and important thing. Even popular constitutionalism is, and must be, something other than the satisfaction of immediate political desires. But the slack is not endless, nor is it fixed. It is a function of how informed the public is, and how it is informed. This ensures - for better or for worse - that diffuse support is not static.” FRIEDMAN, Barry. “Mediated popular constitutionalism”. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, Michigan, v. 101, n8, 2013, pp. 2635-2636.

²⁷⁴ LUNARDI, Fabrício Castangna. *O STF na política e a política no STF*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 274.

²⁷⁵ Neste sentido, Lembo nos alerta que a harmonia entre os poderes é valor fundamental de uma Sociedade com alta qualidade democrática, destacando, na passagem que aqui reproduzimos, a importância dos partidos políticos: “*Na América Latina, os poderes raramente são harmônicos e constantemente conflitam entre si, pois um imagina-se superior ao outro e, quando as condições se apresentam, ocorre a inevitável subordinação Na maioria das vezes, quem leva desvantagem neste jogo de braços fortes é o Legislativo, um poder desarmado.*”

em nosso Pacto Social possam ser viabilizados de maneira mais eficaz e com mais alcance, no rumo de uma nação mais equânime²⁷⁶.

Seguindo a linha de raciocínio que temos desenvolvido ao longo dos tópicos pregressos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, ainda que imbuídos das melhores das intenções, a assunção do papel único na difícil tarefa de interpretar o sentido, alcance e limite das estruturas normativas constitucionais.

Deve ser ele - Poder Judiciário (cujo foco é a prática jurisdicional no âmbito do STF, tendo em vista a análise estrutural que estamos a fazer da Corte²⁷⁷) - integrante de um sistema plural e horizontal nesta tarefa hermenêutica, tendo em alguns casos papel de maior relevo e em outros destaque menor. Tudo, segundo penso, com vistas a obter, como resultado deste esforço conjunto, a melhor lógica-garante resultante de uma Sociedade mais justa. Deste modo é fundamental a admissão de outros atores e personagens sociais para que, em ambiente dialógico, exercitem a melhor interpretação possível da Constituição.

Há, no âmbito da doutrina, posições que defendem lógicas opostas ou, ao menos, diferentes acerca do papel desempenhado pela Justiça Constitucional quando valora e define

Hoje, há um péssimo hábito entre os analistas dos temas políticos, que denigrem os partidos políticos e apresentam-nos como incapazes de conferir governabilidade. Nada mais equivocado. Os partidos políticos, nos momentos decisivos, sempre se mostram capazes de atuar como condutores das várias vontades contidas na Sociedade. A presença de múltiplos partidos, por sua vez, permite o desenvolvimento de conflitos na arena política. Caso contrário, estes eclodiriam em lutas fratricidas. É melhor que pessoas com afinidades doutrinárias constituam um partido e se afastem do confronto violento. Este gera o caos na Sociedade.” LEMBO, Cláudio. *Eles temem a liberdade*. Barueri: Minha Editora, 2006, p. 46 .

²⁷⁶ Empregamos o termo ‘equidade’ aqui como coloca Rawls, em síntese absolutamente simples que aqui reproduzimos do extenso e complexo pensamento deste filósofo, ao ponderar acerca de uma Sociedade guiada pela Justiça e Verdade: “Uma vez que todos estão numa situação semelhante e ninguém pode designar princípios para favorecer sua condição particular, os princípios da justiça são o resultado de um consenso ou ajuste equitativo. [...] A essa maneira de considerar os princípios da justiça eu chamarei de justiça como equidade.” RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 33.

²⁷⁷ Epstein e Knight, em breve passagem de seus escritos, nos asseveram sobre a importância do estudo das decisões oriundas da Corte Suprema, tendo em vista que, como importante ‘player’ sistêmico, suas decisões são por demais impactantes: - *Questões dialógicas e o problema da última palavra*

“(…) if we are interested in explaining democratic politics in general and the development of specific policies in particular, we ignore the judicial branch of government at our peril. In the specialized division of labor that characterizes contemporary political science, the courts and the choices of judges have received scant attention from scholars other than those whose interests are related either to judicial behavior or to certain areas of political theory. Our analysis highlights the important strategic implications of the separation of powers system in the U.S. constitutional framework. We have emphasized only one aspect of that system, of the dynamic strategic interaction that produces American policy and law - the effects of the other branches of government on judicial decisions. But, if we conceive of democratic law making as an ongoing game among the actors in all three branches of government, as we do, it is clear that all students of politics must give greater attention to the role courts play in this process. We believe, and hope we have demonstrated, that the strategic approach to analyzing judicial decisions provides a promising and fruitful way of understanding this interrelationship.” EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices Justices makes*. Whashington: CQ Press, 1998.

o alcance e os limites da normativa constitucional que devem repercutir na Sociedade. Com efeito, entre nós, Rui Barbosa, ao tratar da intangibilidade das demandas essencialmente políticas pelo Poder Judiciário (cuja constitucionalização acabou por ser positivada em 1934²⁷⁸), defendia, como já falamos neste trabalho, que ao Supremo cabia o direito de errar por último, ou seja, era de sua competência primordial ter a última palavra acerca do que era constitucional²⁷⁹.

Mendes, em posição distinta, assevera que, em verdade, em um sistema mais democrático e mais adaptado à complexa realidade atual, não há última palavra, ao menos no sentido utilizado pelo Águia de Haia. Destarte, contemplando o valor do relacionamento dialógico entre os diversos atores sistêmicos, com ‘inputs’ e ‘outputs’ recíprocos e oriundos do Direito e da Política, o mecanismo da revisão judicial seria apenas a última palavra provisória:

“(…) Por meio dos conceitos de “última palavra provisória” e de “rodadas procedimentais”, procuro dar a exata dimensão e limitação daquela pergunta. Teorias do diálogo, ao observarem o fato da continuidade (das ‘sequências legislativas’, e assim por diante), põem a simples existência da revisão judicial sob uma nova luz. Última palavra e diálogo, nesse sentido, complementam-se. Assim como o Direito e a política precisam de ‘últimas palavras provisórias’, precisam também de continuidade.”²⁸⁰

²⁷⁸ C.f. *Constituição de 1934 – Art. 68 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.* PLANALTO. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm, acesso em 02/11/2020.

²⁷⁹ “(…) *A evasiva das causas políticas é um princípio verdadeiro, quando entendido como se deve entender. Indubitavelmente a Justiça não pode conhecer dos casos que forem exclusivos e absolutamente políticos, mas a autoridade competente para definir quais são os casos políticos e casos não políticos é justamente essa justiça suprema, cujas sentenças agora se contestam. (...) Em todas as organizações políticas ou judiciais há sempre uma autoridade extrema para errar em último lugar. Alguém, senhores, nas coisas deste mundo, se há de admitir o direito de errar por último. Acaso vossas excelências poderiam convir nessa infalibilidade que agora se arroga de poder qualquer desses ramos da administração pública, o legislativo ou executivo, dizer quando erra e quando acerta o Supremo Tribunal Federal? O Supremo Tribunal Federal, senhores, não sendo infalível, pode errar, mas alguém deve ficar o direito de errar, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade. Isso é humano. Entre os crentes o primeiro Tribunal é o da Santa Fé, do vigário de Cristo; mas quando ele decide em casos particulares, todo mundo sabe que ele não pronuncia dogmas, mas as suas decisões são aceitas como verdades, embora estejam sujeitas também a erro, e isso porque senhor presidente, acima desse tribunal não existe outro religioso na cristandade.*” BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*, Volume XLI (1914), Tomo III, pp. 255-257. Disponível em: <http://docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=ObrasCompletasRuiBarbosa&Pesq=%22direito%20de%20errar%20por%20%20c3%baltimo%22&pagfis=41133>, acesso em 20/08/2020.

²⁸⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 238.

O desempenho do papel de guarda e tutela da Constituição, nos termos colocados pelo legislador constituinte originário²⁸¹, não significa, segundo se depreende do magistério de Godoy²⁸², que o Excelso Pretório é detentor monopolista da última palavra acerca do significado exegético das normas do Pacto Social. Com efeito, como defensor dos valores constitucionais, deve ser mais uma necessária voz para criar, no âmbito social, a cultura dialógica entre os Poderes e demais sujeitos da Sociedade. As prestações jurisdicionais oriundas da Justiça Constitucional (ora mais ousadas, ora mais comedidas) devem ser, desta forma, entendidas como parte de um extenso procedimento democrático²⁸³, provocando reações e pronunciamentos de outros polos decisoriais acerca dos grandes desacordos havidos no seio social, tudo com vistas a melhorar o desempenho deliberativo como um todo. Mendes, neste sentido, continua a nos falar:

“A revisão judicial não precisa ser vista apenas como um dique ou uma barreira de contenção, mas também como um mecanismo propulsor de melhores deliberações. Não serve somente para (tentar) nos proteger da política quando esta sucumbe ao pânico ou irracionalidade, mas para desafiar a superar-se em qualidade. A corte pode ser um catalisador deliberativo. Simboliza um esforço para fazer da democracia um regime que não apenas separe maiorias e minorias, estructure a competição política periódica e selecione as elites vencedoras e perdedoras, mas também seja capaz de discernir entre bons e maus argumentos. Isso não exclui a competição, mas a qualifica. A dimensão deliberativa aponta para uma demanda mais densa de legitimidade, que não se limita a uma mera certificação procedimental. Torna a paisagem democrática mais variada. Não se limita a um retrato frio e insofista de uma coletividade tomando decisões, pura e simplesmente. Mostra os pressupostos e as condições subjacentes ao valor moral desse processo de decisão coletiva.”²⁸⁴

²⁸¹ A ensejar intensa discussão acerca deste papel de guardião, nos termos do caput do art. 102 da Constituição Federal, confira-se pronunciamento do Ministro Celso de Mello: “*A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, caput) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso país confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. [ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, j. 25-8-2005, P, DJE de 20-8-2010.]*”. STF. ADI 3345. Disponível em: <https://constituicao.stf.jus.br/dispositivo/cf-88-parte-1-titulo-4-capitulo-3-sec-2-artigo-102>, acesso em 02/11/2020

²⁸² GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 167.

²⁸³ Nesta mesma linha, Campos nos fala: “(...) *A interpretação constitucional não pode ser encarada como tarefa exclusiva do Supremo Tribunal Federal. A Corte pode ter a última palavra sobre um caso particular, mas não necessariamente acerca da questão constitucional mais ampla que governa o caso. A definição da questão mais ampla deve ser o resultado da “construção coordenada” entre os poderes, i.e., de um processo dialógico.*” CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 23.

²⁸⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 231.

Nesta mesma lógica, Streck²⁸⁵ pondera que, mesmo diante do exercício da revisão judicial através do controle concentrado e abstrato de compatibilidade constitucional²⁸⁶, a legitimidade do pronunciamento da Corte Constitucional estará calcada não apenas no mister expressamente previsto pelo legislador originário, mas sobretudo porque a prestação jurisdicional se dará no bojo de processo em que a Sociedade, através de distintos personagens, também garantiu sua participação.²⁸⁷

²⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Mut(il)ação Constitucional: de como o debate acerca dos limites obscurecem o debate acerca dos limites da constituição in Crise dos Poderes da República*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, pp. 211-224.

²⁸⁶ Para além do controle concentrado estrito de constitucionalidade, Pinto nos alerta acerca da preocupante possibilidade do STF contribuir não apenas com a ‘última palavra’ e sim com a ‘última palavra, em primeiro lugar’, no uso indiscriminado do expediente da edição das súmulas vinculantes: “(...) *Esta concentração de poder ainda se exaspera pelo fato de o conceito de "preceito fundamental", ou o esclarecimento das hipóteses em que haveria o seu descumprimento, não se encontrar na Constituição nem na lei reguladora da ADPF. Ou seja, caberá ao próprio Tribunal, de forma inevitavelmente discricionária, estabelecer o parâmetro constitucional da fiscalização a ser exercida na ADPF, podendo suprir qualquer lacuna no modelo de fiscalização judicial concentrado da constitucionalidade, sendo-lhe possível esvaziar o sistema de controle difuso. Portanto, caso o STF não seja autocontido no uso desta nova ferramenta da jurisdição constitucional, pode, se assim o desejar suprimir a jurisdição constitucional dos órgãos inferiores do Poder Judiciário e, nessa medida, "deixará de ser o intérprete último para se converter em intérprete único da Constituição, transformando-se numa instância autoritária e deslegitimada de poder. Esta ampliação dos poderes do STF já seria por demais generosa. Entretanto, a crescente ascensão daquele Tribunal continuou a ser viabilizada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que, por meio da criação da "súmula vinculante" e do instituto da "repercussão geral", claramente buscou "abstratizar" o sistema de controle difuso da constitucionalidade, concentrando-o no STF. Realmente, por meio da edição de súmula vinculante, o STF ficou autorizado a conceder eficácia erga omnes e efeitos vinculantes às suas decisões proferidas pelo sistema difuso de controle da constitucionalidade, de modo que foi delegado ao Tribunal poder tipicamente legislativo, autorizando-o a criar normas gerais, abstratas e obrigatória para os demais órgãos do Poder Judiciário e para toda a administração pública, sendo que, até o dia 29.06.2016, o STF já tinha aprovado 56 dessas súmulas. Assim, se o STF quiser poderá reduzir a quase nada a discricionariedade dos órgãos do Poder Executivo e a livre convicção dos juízes inferiores na interpretação e aplicação da Constituição, aniquilando o controle de difuso da constitucionalidade. Portanto, a súmula vinculante conferiu ao STF o poder de "dar a última palavra em primeiro lugar."* PINTO, Hélio Pinheiro. *Juristocracia: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 245.

²⁸⁷ Leite, trabalhando o mister da Justiça Constitucional, contribui com interessante ponderação acerca da compatibilidade do chamado ativismo judicial como ensejador das relações dialógicas, aptas a propiciar melhor participação da Sociedade neste contexto: “(...) *A jurisdição constitucional é concebida como um elemento de uma estrutura dialógica que interage com outros atores estatais e sociais, numa relação paritária. Isso significa a possibilidade do legislador democrático construir interpretações autônomas da Constituição, inclusive em sentido contrário às desenvolvidas judicialmente. Nessa relação dialética, o pronunciamento de uma Corte não é mais visto como a etapa final de um debate público, pois ele poderá se estender para outros fóruns. (...) não só a possibilidade, como a necessidade, de uma perspectiva dialógica para compreender a dinâmica institucional entre o STF e as instâncias majoritárias. Assim, é importante retirar dos ombros de um único Tribunal o encargo de cumprir as numerosas e difíceis promessas constitucionais. É preciso compreender qual contribuição a Corte pode oferecer no processo dialógico de concretização constitucional, sem excluir os demais poderes. Assim, foi asseverado que o ativismo judicial do STF, em vez de ser exercido apenas como um sinal de elevada autoridade, é frutífero enquanto estratégia que almeja desencadear reações*

Com efeito, Kramer, em seu magistério, assevera que o povo deve ser participante ativo do processo hermenêutico que resulta na conjugação dos valores havidos no Pacto Social²⁸⁸, clamando, portanto, a Constituição para si²⁸⁹. Nesse cenário, a Justiça Constitucional seria ‘serva’ e não ‘mestra’ do povo:

“To control the Supreme Court, we must first lay claim to the Constitution ourselves. That means publicly repudiating justices who say that they, not we, possess the ultimate authority to interpret the Constitution. It means publicly reprimanding politicians who insist that "as Americans" we should submissively yield to whatever the Supreme Court decides. It means refusing to be deflected by arguments that constitutional law is too complex or difficult for ordinary citizens. Constitutional law is indeed complex, because legitimating judicial authority has offered the legal system an excuse to emphasize technical requirements of precedent and formal argument that necessarily complicated matters. But this complexity was created by the Court for the Court and is itself a product of judicializing constitutional law. In reclaiming the Constitution, we reclaim the Constitution's legacy as, in Franklin D. Roosevelt's words, "a layman's instrument of government" and not "a lawyer's contract." Above all, it means insisting that the Supreme Court is

na esfera política, sobretudo nos casos de inércias das instituições representativas. Ativismo judicial e diálogos institucionais, portanto, não são incompatíveis. Por vezes, diante de obstáculos políticos que impedem a atuação inaugural das instituições majoritárias em certas matérias, por meio de práticas ativistas a Corte poderá dar início à interação, removendo, inclusive, tais obstáculos, para liberar os canais de interlocução com o legislador. Desse modo, o STF pode agir como importante mediador de diálogos constitucionais, resgatando, a partir de argumentos de razão pública, a responsabilidade política das deliberações na esfera representativa, o que representa um modo equilibrado para reconciliar os postulados do constitucionalismo e da democracia.” LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 45.

²⁸⁸ Neste sentido também pondera Cattoni de Oliveira: “Logo, a tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora, um tribunal não pode mudar a Constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: numa democracia, este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional. O papel da jurisdição é o de levar adiante a tarefa de construir interpretativamente, com a participação da Sociedade, o sentido normativo da Constituição e do projeto de Sociedade democrática nela consubstanciado. (...)” CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. BH : Ed. Mandamentos, 2006, p. 49.

²⁸⁹ A participação do povo, como destinatário final dos efeitos do projeto constitucional, é essencial no poder-dever de interpretar a Constituição. Assim pondera Elival da Silva Ramos: “Não devemos incidir no equívoco elitista de tentar concretizar uma Constituição democrática, paradoxalmente, atribuindo ao povo um papel secundário. O ativismo judicial, que seduz os incautos e agrupa os aristocratas do direito, existe tanto na jurisprudência “progressista” a proclamar a aplicabilidade imediata de direitos sociais veiculados por normas programáticas, quanto na resistência abusiva da Suprema Corte estadunidense à legislação trabalhista, no período do “governo dos juizes”. Compete aos juristas democratas colocar o seu saber a serviço da construção de instituições que permitam o triunfo de um governo que se faça não apenas em benefício do povo, mas com a sua participação decisiva, diretamente, sob determinadas condições, e indiretamente, de modo diuturno, por meio dos instrumentos de representação política. Quanto às distorções na prática da especialização funcional demandada pela separação dos Poderes, devem ser combatidas sem tréguas (...)” RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo : Saraiva, 2010, pp. 316-317.

our servant and not our master: a servant whose seriousness and knowledge deserves much deference but who is ultimately supposed to yield to our judgments about what the Constitution means and not the reverse”²⁹⁰

Aliás, para além das discussões havidas através dos canais democráticos representativos próprios, quer seja através dos Poderes Executivo e Legislativo, quer seja através do acesso à Justiça Constitucional, não podemos nos descurar da possibilidade da prática da democracia direta que, segundo pensamos, pode também constituir expediente absolutamente eficaz para a concretização dos valores constitucionais. É como pensa Alessandro Soares:

“Com efeito, às cidadãs e aos cidadãos brasileiros deveria ser conferida a competência para propor a implementação de consultas populares (referendos e plebiscitos), estas podendo versar inclusive sobre a aprovação de reformas constitucionais, a convocação de Assembleias Constituintes revisoras, a adoção de tratados internacionais e a revogação de mandato eletivo – sempre respeitando, em todas essas hipóteses, os direitos e garantias fundamentais, bem como o princípio democrático.”²⁹¹

No cenário brasileiro, conforme nos coloca Victor²⁹², o potencial dialógico entre os diversos atores de poder é relevante. A colaboração institucional entre Judiciário, Legislativo e Executivo poderá permitir a construção de sentidos constitucionais que melhor contribuirão para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Com efeito, foi o constante diálogo institucional que permitiu, por exemplo, ajustes e aperfeiçoamentos na utilização do ferramental das medidas provisórias ao longo das últimas décadas, incrementando o nível de governança do nosso sistema democrático.

Continuando com seu magistério, Victor²⁹³ assevera que a constituição, para além de documento-norma, reflete as condições políticas do País, sendo certo que o exercício dialógico frequente entre diversos atores sociais certamente poderá melhorar nossos resultados frente aos enormes desafios que temos como País²⁹⁴. Ademais, para além da

²⁹⁰ KRAMER, Larry D. *We the People – Who was the last word on the Constitution?* In: Boston Review. <https://bostonreview.net/archives/BR29.1/kramer.html>, acesso em 19/08/2020.

²⁹¹ SOARES, Alessandro. *A democracia direta no constitucionalismo latino-americano e europeu*. São Paulo : LiberArs, 2017. p. 543.

²⁹² VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 251-253.

²⁹³ *Idem*.

²⁹⁴ E continua asseverando Victor, em outra passagem de sua obra: “(...) *Em casos polêmicos como os da união*

crítica que se faz acerca da possível insegurança jurídica, soluções gestadas na lógica dialógica tendem a ser mais perenes, visto que abarcam uma compreensão mais alargada dos macro-interesses em jogo, equacionando melhor a tensão entre atos de governo e atos jurisdicionais, na lógica do *judicial review*.

Com efeito, novas formas de participação no âmbito da jurisdição constitucional estão fomentando as relações dialógicas das Cortes com diversos segmentos da Sociedade que antes não eram ouvidos. Neste sentido, audiências públicas e a admissão dos ‘amigos da Corte’ são iniciativas que devem ser celebradas. Gargarella²⁹⁵, no contexto da América

homoafetiva e os das cotas para afrodescendentes nas universidades públicas, o voto do Min. Gilmar Mendes fez a ressalva de que a decisão da Corte deveria servir de estímulo para que o legislador conformasse com mais detalhamento as respectivas matérias. A ideia é que, (...), o diálogo existe e acontece no mundo dos fatos. É preciso que os Poderes Judiciário e Legislativo tomem consciência da existência desse diálogo institucional e de suas potencialidades e, para isso, é necessário que a academia reflita sobre o tema e divulgue aos atores políticos e jurídicos as suas conclusões. A literatura cuidou também do problema do descumprimento antecipado da Constituição por parte de parlamentares. Isso foi verificado no Brasil. O caso refere-se às hipóteses em que os parlamentares aprovam leis que são populares, sabendo-as inconstitucionais, confiando no controle de constitucionalidade pela Suprema Corte em momento posterior. Foi exatamente isso o que ocorreu com a aprovação da LC n. 135/2010 (conhecida como Lei da Ficha Limpa). Em razão de o projeto ter origem popular, vários parlamentares o aprovaram mesmo contra seus respectivos interesses, deixando na Lei cláusulas que previam retroatividade legal claramente inconstitucional (artigo que previu punição a parlamentares que renunciaram antes do advento da Lei). Nesse caso específico, no entanto, o STF reconheceu a constitucionalidade da Lei, para surpresa dos parlamentares. (...) o diálogo já é fato, mas precisa ser mais bem compreendido; o Supremo Tribunal Federal não invade competências do Congresso Nacional; o sistema político não dá nem um sinal de que os diálogos entre esses órgãos possam ser intermináveis e geradores de insegurança; o estado de direito ganhará em qualidade e clareza das normas produzidas a partir do diálogo; essas novas leis gozarão, também, de maior estabilidade, pois resultarão de um consenso mais amplo, que envolverá o Judiciário; a participação do Congresso aumenta o nível de democracia na interpretação da Constituição; e, por fim, o diálogo gera accountability, algo escasso em nosso sistema político.” Idem, p. 233 e p. 259.

²⁹⁵ Gargarella é ávido defensor de um ‘constitucionalismo dialógico’, desde que os mecanismos de participação sejam, para além da defesa de uma simples renovação do Poder Legislativo, aperfeiçoados para de fato garantir participação popular de qualidade: “(...) *en la medida en que las minorías más desaventajadas sigan contando con problemas para influir en política, y en general las mayorías populares cuenten con poco o ningún acceso efectivo y significativo a sus representantes políticos, luego, resulta difícil traducir la recuperación de un lugar más central para el Poder Legislativo como una recuperación del lugar del “pueblo” en la política. Por supuesto, desde un punto de vista democrático (a secas) tenemos razones para acompañar desarrollos como los citados, que vuelven a “recolocar” al legislativo en un lugar de importancia, vis a vis el Poder Judicial. Sin embargo, desde el punto de vista de los ideales igualitarios de una democracia deliberativa, tales desarrollos siguen dejándonos en una situación de desolación: mientras los cambios no sean de otro tipo, podemos decir, la política seguirá siendo asunto de otros. En otros términos, la política seguirá estando muy poco informada por las necesidades, prioridades, y particulares interpretaciones de la cosa pública que pueda tener la ciudadanía. En tal sentido, la aparición de instancias tales como los “procesos de consulta” en materias que afectan a las comunidades indígenas; o las “audiencias públicas” celebradas en el ámbito judicial (o legislativo) representan, sin dudas, buenas noticias. Allí anida la promesa de un proceso de toma de decisiones más genuinamente vinculado con las expectativas ciudadanas. A pesar de ello, y como sabemos, todas estas novedades han aparecido muy “golpeadas”, en la práctica concreta. Ello así, ya sea porque el*

Latina, no entanto assevera que, embora bemvindas, tais ferramentais devem ser aperfeiçoados:

“(…) as celebradas, atraentes e interessantes instâncias do diálogo judicial resultaram finalmente freadas, desativadas ou distorcidas por dilações ou vícios ligados à prática tradicional. As valiosas audiências públicas convocadas pela justiça, na saúde, no Brasil; ou em relação à mídia lei na Argentina, terminaram desembocando em instâncias típicas de decisionismo judicial, ainda que abertas, previamente, ao reconhecimento de vozes antes não escutadas. Nos casos mais ríspidos e mais incômodos para os velhos poderes, as instâncias de diálogo acabaram sendo abortadas quase antes de começar, como ocorreu na Colômbia, em matéria de reorganização carcerária. Em outras ocasiões, como ocorreu na Argentina, no caso de ajustes de aposentadoria, a decisão da Corte – orientada a iniciar um diálogo com o poder político, ao invés de impor uma decisão – terminou com reiteradas desatenções ao diálogo, por parte dos poderes interpelados. Finalmente, e que certamente tem sido o principal problema destas medidas dialógicas, é que elas ficaram muito apegadas à decisão discricionária do poder judiciário. Na atualidade, portanto, não se pode dizer que as Cortes de Colômbia, Argentina ou Brasil são Cortes “dialógicas”. Mais precisamente, trata-se de Cortes que eventualmente – e sem noticiar-nos quando, em quais casos, e por que razões – utilizam ferramentas dialógicas.”²⁹⁶

Ao analisarmos a lógica estrutural dos Poderes Legislativo e Judiciário, ambos com suas vantagens e desvantagens institucionais, é preciso ressaltar que a questão da prevalência da última palavra, localizada preferencialmente em um ou outro foro, acaba por nos apresentar duas linhas de pensamento um tanto quanto distintas, simbolizadas de um lado pelos escritos de Dworkin e de outro lado pela posição de Waldron²⁹⁷.

Longo Filho²⁹⁸, de maneira sintética, nos informa que Dworkin centra sua linha de raciocínio na ênfase da capacidade judicial, através do exercício do ‘judicial review’, de

poder político se ha ocupado de obstaculizar o socavar la importancia de tales eventos; ya sea porque los poderes políticos y judiciales se han seguido reservando la autoridad plena y final de decisión, frente a los mismos (Roach 2004, 93). Los debates, entonces, aparecen en la medida en que la voluntad discrecional de las autoridades de turno así lo indique; y el peso de tales intervenciones ciudadanas queda en absoluto dependiente –otra vez– de dicha voluntad discrecional. A lo largo de este trabajo, me interesó dejar en claro por qué es que este tipo de resultados, vinculados con la práctica efectiva de los sistemas de “frenos y contrapesos”, no pueden verse como azarosos o simplemente desafortunados, sino como resultados esperables, propios, de dicho sistema institucional.” GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. Revista Argentina de Teoría Jurídica, Buenos Aires, v. 14, n.2, diciembre 2013, pp.24-25.

²⁹⁶ *Idem*, p. 71.

²⁹⁷ Ambos os autores já tiveram parte dos seus escritos mencionados neste trabalho.

²⁹⁸ LONGO FILHO, Fernando José. “A Última Palavra e Diálogo Institucional: Relações com as Teorias Democráticas em Dworkin e Waldron”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir*. UFRGS, Porto Alegre, v. 10, n. 3, dez. 2015. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/58328>>. Acesso em: 21 out. 2020.

conceber a solução mais apropriada para a exegese constitucional. Já Waldron, desenvolvendo sua lógica, afirma que o parlamento é o locus político privilegiado para o melhor exercício da última palavra acerca do alcance da Constituição.

No entanto, de maneira percuciente, Longo Filho²⁹⁹ nos aponta importante similitude entre as duas linhas de pensamento, qual seja, ambos os doutrinadores reconhecem que devemos buscar uma democracia constitucional alicerçada em critérios substantivos, convergindo outrossim para anuir que o respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão em face do Poder é titularidade da comunidade política. Assim é que, neste contexto, constata-se que a construção do sentido, alcance e limites do Pacto Social é obra essencialmente dialógica, abarcando os poderes constituídos e, por conseguinte, todos os atores da coletividade social.³⁰⁰

A experiência em outros sistemas constitucionais³⁰¹ também nos aponta que a relação dialógica, sem estabelecer monopólio da última palavra acerca dos sentidos da Constituição para apenas um ator, é expediente promissor para diminuir a entropia democrática. Neste sentido, no contexto do ordenamento holandês, Meuwese e Snel ponderam que os diálogos

²⁹⁹ *Idem.*

³⁰⁰ Neste mesmo contexto, Sustain, caminhando em lógica também distinta da perfilada por Dworkin, sustenta haver uma ‘constituição parcial’, cuja construção é poder-dever de todos e não apenas dos componentes da Justiça Constitucional: “(...) na última geração desceu ênfase demais ao papel das cortes no sistema constitucional americano. Essa ‘concentração judicial’ é um problema para o pensamento constitucional dos Estados Unidos e que ainda persiste. Ela ajudou a enfraquecer o senso de responsabilidade de outros agentes públicos e de cidadãos comuns, além de desviar a atenção de estratégias não judiciais. Radicada no paradigma irresistível de *Marbury vs Madison*, que criou o controle de constitucionalidade, a noção de que a Constituição está voltada para os juizes foi intensamente alimentada pela nossa experiência da Corte Warren. Entretanto, a Constituição é direcionada a todos, não apenas aos juizes. Suas frases expansivas têm seu devido papel para os legisladores, agentes executivos e também cidades comuns.” SUSTAIN, Cass R. *A constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 12.

³⁰¹ Vejamos, por exemplo, a lógica adotada na Costa Rica, em que se reconhece a necessidade de menor papel da Sala Constitucional e maior papel do povo, através dos foros legislativos próprios: “(...) A impossibilidade, por parte da Sala Constitucional, de rever a validade dos procedimentos de consulta popular, considerando que tal atribuição é exclusiva do Tribunal Supremo Eleitoral, fará com que no futuro, projetos de grande volatilidade política não sejam decididos em forma definitiva na Sala mas pela população, sob a supervisão do organismo eleitoral. Este é, no que parece, um processo irreversível. (...) a resposta mais coerente com o discurso que deslegitima a Justiça Constitucional impõe uma apropriação das grandes discussões políticas por parte dos órgãos democraticamente eleitos. O eixo do debate político deve trasladar-se da Sala Constitucional para os legítimos atores de tais decisões, os quais deverão assumir a responsabilidade que gearem estas atuações, sem transferi-la o Judiciário, para o Tribunal Supremo Eleitoral, ou para qualquer outra instancia imparcial e técnica.” PÉREZ, Marvin Carvajal. “Controle de constitucionalidade e governo dos juizes na Costa Rica”. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (et. al.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: homenagem ao Prof. Manuel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo : Ed. Quartier Latin, 2011, p. 534.

institucionais carreados entre os diversos atores de poder podem representar o meio termo entre a supremacia judicial e a supremacia legislativa.

Além disto, na tentativa de engajamento dos demais atores sociais, a Holanda, (reconhecendo que sua Suprema Corte não pode se distanciar por demais dos anseios do povo e dos representantes dos demais órgãos governamentais, como bem ponderou seu ouvidor nacional), está a investir nos distintos mecanismos dialógicos visando propiciar modo mais heterogêneo do que os meios tradicionais de se estabelecer o sentido da Constituição na Sociedade:

“(…) The core of constitutional dialogue between the judiciary and the legislature is that they engage in a conversation about constitutional meaning, in which both actors (should) listen in order to learn from each other's perspectives, which can then lead to modifying their own views accordingly. By 'institutional dialogue' is meant that courts and legislatures participate in a dialogue aimed at achieving the proper balance between constitutional principles and public policies and the existence of this dialogue constitutes a good reason for not conceiving of judicial review as democratically illegitimate and applies 'anywhere legislatures are able to reverse, modify, avoid, or otherwise reply to judicial decisions nullifying legislation. In this way, 'dialogue' represents the 'middle way between judicial supremacy on the one hand, and legislative supremacy on the other'. As the legislature, helped by institutional mechanisms such as declarations of incompatibility, has the possibility to modify judicial decisions regarding constitutional matters, the sharp edges are being removed from the counter-majoritarian dilemma. (...) Commonly, concerns regarding the countermajoritarian dilemmalying behind this willingness to break the traditional monopoly of the courts (and legislatures) were deemed to have preference over constitutional interpretation and to give up hierarchical mechanisms in favour of heterarchical ones. However, within the institutionalist tradition efforts were made to include the people in dialogues involving the judiciary. Equilibrium theories focus on the judiciary's capacity to facilitate society-wide constitutional debate. (...) these theories provide a much more promising account of constitutional dialogue than the coordinate construction theories and theories of judicial principle. The central assumption here is that if a (highest) court strays too far from what the other branches of government and the people accept its announcements, political constraints such as the power of judicial appointments and popular backlash will bring this court back into line. In the Dutch context this concern has been voiced by the National Ombudsman, when he predicted that the further the traditional constitutional branches merge into a unitas politica, the greater the societal counter-forces that will emerge as an extra-constitutional form of checks and balances. (...) In the Netherlands, Vranken has championed the potential for 'constitutional dialogue' in the sense of the deference of the Supreme Court towards civil society in the sense that the court can more actively and explicitly recognize and help shape self-regulation.”³⁰²

De se ressaltar, mais uma vez sublinhando as experiências de outros ordenamentos,

³⁰² MEUWESE, Anne; SNEL, M.R.V. “Constitutional dialogue”. *Utrecht Law Review*, volume 9, issue 2 (March) 2013, p. 128-131.

que encontrei interessante lógica havida na Espanha, inserida no contexto comunitário europeu.

Assim é que, segundo Alles, que discorre em sua obra acerca das funções da Constituição em uma perspectiva funcional, uma evolução do entendimento sobre a importância da coerência sistêmica ocorreu naquele país recentemente, criando a possibilidade de um diálogo mais intenso não apenas entre os diversos atores de poder, mas também no âmbito interjurisdicional.

Tal avanço acabou por viabilizar colóquios entre o sistema judicial espanhol e o sistema judicial comunitário europeu, evitando-se, desta forma, discrepâncias jurisprudenciais e dando lastro, outrossim, a um entendimento doutrinário mais uniforme acerca de uma série de importantes matérias constitucionais.³⁰³

Finalmente, com base no que expusemos neste tópico, cremos que, por primeiro, devemos entender que a Justiça Constitucional, embora com participação procedimental robusta, não deve ter o monopólio da última palavra³⁰⁴. Em segundo lugar, a partir deste

³⁰³ “(...) *Una de las innovaciones más significativas acaecidas en los últimos años en el ámbito de la función de interpretación constitucional ha venido dada por la interpretación que se deriva del denominado diálogo interjurisdiccional. Como consecuencia del carácter multinivel de la Constitución, de sus diversos niveles textuales (Constitución, TUE, TFUE, Carta de Derechos Fundamentales de la UE) y de sus plurales jurisdicciones (TC, Poder Judicial, TJUE y TEDH), con el avance de la integración supraestatal europea fueron surgiendo discrepancias jurisprudenciales en relación con contenidos materialmente constitucionales que necesitan de un entendimiento doctrinal coherente, esto es, una unificación de criterios. Aunque en muchos casos el cumplimiento de la función de interpretación constitucional no ha sufrido de forma definitiva porque los cauces formalizados de relación interjurisdiccional han sido eficaces, como en el caso de la cuestión prejudicial ante el TJUE, en otros supuestos las discrepancias y contradicciones existentes han comprometido la existencia de un ordenamiento que proclama el principio de seguridad jurídica y que precisa del cumplimiento correcto de la función de interpretación constitucional. Para intentar superar estas dificultades, uno de los instrumentos no formalizados jurídicamente más eficaces ha venido dado por el diálogo entre jurisdicciones para la protección de los derechos fundamentales, de gran importancia para cumplir la función de integración constitucional y la función de interpretación de la Constitución. Materias como la ejecución hipotecaria (STJUE de 17 de julio de 2014, Asunto C-169/14) o la orden europea de detención y entrega, han permitido así ampliar la configuración de las relaciones entre las jurisdicciones del Estado (constitucional y ordinaria’32) y el TJUE, a quien el art. 19.1 del Tratado de la Unión Europea atribuye la función de garantizar “el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratado” (en concordancia con los arts. 251 y siguientes del TFUE).” ALLES, José Joaquín Fernández. *Las funciones de la Constitución - la perspectiva funcionalista en el Derecho Constitucional Español*. Madrid: Dykinson, 2018, pp. 123-124.*

³⁰⁴ É como também coloca Clève e Lorenzetto: “(...) *Ao reconhecer que a relação entre os Poderes pode ocorrer de formas plurais, procurou-se delinear os aspectos centrais relacionados à teoria dos diálogos institucionais. As considerações sobre os lugares institucionais ocupados por cada um dos Poderes não podem mais ser utilizadas como sinônimo de fronteiras intransponíveis. Como alternativa, encaminha-se para considerar a importância dos diálogos intra e interinstitucional. As fronteiras entre o Direito e a política se atenuaram com a possibilidade da submissão de questões políticas para o judiciário. A respeito de tal fenômeno, pouco pode ser feito para que as coisas voltem a um lugar idealizado em que o Judiciário decide estritamente questões técnicas e o Legislativo delibera apenas sobre questões políticas. A judicialização da*

pressuposto, devemos investir cada vez mais, na lógica consagrada por Peter Häberle³⁰⁵, em uma participação aberta e qualitativa por parte de vários atores sociais distintos que, cada um a sua maneira, sem pretender obter prevalência, irão contribuir para o alcance em nível ótimo dos significados constitucionais. Destarte, nos termos colocados por Brandão, a lógica dialógica é ferramental importante para a consecução deste objetivo:

“Acredita-se que um modelo dialógico articula de forma mais proveitosa o autogoverno do povo e os direitos fundamentais do que os modelos de supremacia, já que: (i) provê múltiplos pontos de acesso aos interessados em determinada questão constitucional, na medida em que eles poderão atuar perante instituições diversamente representativas, o que promove o pluralismo

*política indica que outros caminhos podem ser buscados pelas partes que demandam seus direitos para além da relação tradicional de representantes e representados. Trata-se de um sinal de amadurecimento das instituições democráticas, que passam a admitir desacordos entre os cidadãos e os traduzem nos termos institucionais adequados para abordar (address) a questão. Por outro lado, exceto do ponto de vista estritamente processual, a concepção de que o Judiciário deve possuir a palavra final para a resolução dos conflitos constitucionais precisa ser mitigada. O Judiciário pode vir a ser o locus final de um conflito, mas não necessariamente. A alternativa que considera a importância da manutenção das instituições, sem que isso signifique um conservadorismo autorreferenciado, precisa ser complementada pela abertura de tais instituições para aportes epistêmicos provenientes dos outros Poderes e das partes atingidas pelas decisões. A reflexão sobre o Judiciário como detentor da palavra definitiva é importante para evitar a imobilização e a manutenção de um status quo injustificável. Diante da demanda para que os parlamentares observem os direitos fundamentais na formulação de seus projetos legislativos também pode ser formulada a demanda para que os juízes respondam os conflitos que lhes são apresentados de maneira dialógica. Em razão da perspectiva única que os juízes podem fornecer para os casos com expectativa de maior durabilidade das respostas formuladas por eles para questões constitucionais, precisa-se considerar, em termos mais amplos, a necessidade da continuidade da conversa entre os ramos do Poder e o povo, ou seja, a manutenção dos espaços públicos de deliberação (...). Logo, percebe-se que a política é uma forma social complexa a qual pressupõe que os desacordos devam ser resolvidos através dos meios institucionais estabelecidos, mas, de igual sorte, pressupõe que os atores políticos irão continuar a discordar a propósito de suas agendas e objetivos políticos. O direito, por outro lado, está pautado pela presunção da formação de acordos, mas não necessariamente no fato de que consensos serão alcançados. O amadurecimento do Estado Democrático de Direito possui como teste sua capacidade de manter um conjunto institucional ao longo do tempo, mas, de igual sorte, fazer com que tais instituições possam ser objeto de atualizações, de mudanças estruturais que venham a adequar a tensão entre o Direito e a política. Assim, ainda que a estrutura institucional da decisão judicial demande que as partes defendam seus casos com argumentações como se elas pudessem ser objeto de respostas definitivas, a busca por consensos no espaço jurídico não pode ofuscar o Judiciário para os fatos políticos que pulsam na vida social e que animam a vida em Sociedade. Eis que a discordância a respeito das decisões judiciais pode sempre reavivar controvérsias políticas e, até onde a vista alcança, as formas mais aprimoradas de resolução das tensões entre Direito e política ocorrem através da dialógica institucional.” CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016, pp. 145-147.*

³⁰⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2003.

e a democracia; (ii) reduz a oportunidade de atuação unilateral de qualquer dos Poderes, fator que tende a conter o exercício arbitrário do poder estatal.”³⁰⁶

³⁰⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial ... Op. Cit.* Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2017, p 255.

CAPÍTULO II – A CORTE SUPREMA COMO ARENA POLÍTICA – O CONTEXTO BRASILEIRO

“The checking and cutting down of legislative power, by numerous detailed prohibitions in the constitution, cannot be accomplished without making the government petty and incompetent. This process has already been carried much too far in some of our States. Under no system can the power of courts go far to save a people from ruin; our chief protection lies elsewhere. If this be true, it is of the greatest public importance to put the matter in its true light.”
THAYER, James B.³⁰⁷

2.1.O STF protagonizando³⁰⁸ o jogo político

De proêmio, desencadeando nosso arrazoado neste capítulo, pretendemos demonstrar que, no contexto brasileiro, nossa Suprema Corte foi pensada, no âmbito da arquitetura constitucional, para ser personagem relevante no cenário político-institucional brasileiro. Galvão, lembrando a razão pela qual a engenharia constitucional em 1988 reforçou o STF na conformação do poder em solo pátrio e destacando preocupação com o atual contexto em que está mergulhado o poder judicial, assim pondera:

“(…) Relativamente ao Brasil, no começo de sua experiência democrática, uma Corte Constitucional com amplos poderes fazia-se necessária para fortalecer o compromisso com os direitos fundamentais e aniquilar os espectros da ditadura. Vinte anos depois, entretanto, a população depara-se com a possibilidade de ter restringida sua participação na tomada de decisões político-sociais. Assim, não há, no campo teórico, um argumento definitivo em favor de uma Jurisdição Constitucional substantiva. Ao contrário, a constatação é de que o discurso dos direitos humanos perde sua força emancipatória quando retirado do ambiente político. Trata-se, então, de uma

³⁰⁷ THAYER, James B. “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”. *Harvard Law Review*, , Vol. 7, No. 3, Oct. 25, 1893, pp. 129-156. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/1322284.pdf>, acesso em 19/08/2020.

³⁰⁸ A questão da supremacia judicial é objeto de análise já por tempo longo na doutrina. Neste sentido, basta mencionar breve passagem de importante obra do início do século XX, escrita por Lambert: “*Oligarchie judiciaire ou aristocratic de la robe, c’est toujours la même idée présentée, tantôt sur le ton de la critique, tantôt sur celui de l’apologétique. En 1914 un des livres les plus sincèrement impartiaux qui aient été consacrés à la matière prenait ce titre: la doctrine américaine de la suprématie judiciaire. Ces étiquettes extraites de l’abondante littérature du sujet suffisent pour entrevoir le contenu qu’elles recouvrent.*” LAMBERT, Edouard. *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux états-unis*. Paris: Marcel Giard Ed., 1921. Disponível em: http://idcel.univ-lyon3.fr/fileadmin/medias/Documents_IDCEL/Fonds_numerise/Ecrits_d_Edouard_Lambert/1921_le_gouvernement_des_juges_aux_Etats-Unis- part.1.pdf, acesso em 28/08/2020.

questão de filosofia política: eleger qual estrutura institucional é mais adequada para decidir determinados assuntos em nome da coletividade. Questões de direitos fundamentais normalmente envolvem desacordos razoáveis, que não serão resolvidos mediante uma decisão judicial. Isso deveria, ao menos, nos levar a refletir sobre as reais consequências da adoção do atual modelo de controle de constitucionalidade.”³⁰⁹

Isso porquanto, quer seja pelo grande número de competências que lhe foram atribuídas pelo legislador originário, quer seja pelos meios alargados de acesso abstrato e concentrado à Justiça Constitucional (através de um grande número de atores legitimados), o STF desde 1988 tem a sua disposição grande cardápio de possibilidades para exercer juízo de valor sobre praticamente toda e qualquer questão social brasileira (grandes ou pequenas; relevantes para um grande estrato da população ou para apenas as partes que estão a litigar).

Neste contexto, Oscar Vilhena assevera em seu magistério a ocorrência de uma hiperconstitucionalização da sociedade brasileira a partir da vigência de nosso atual regime constitucional³¹⁰, sendo certo que, ao contrário de outras democracias contemporâneas, no Supremo estão concentradas tarefas destinadas a três tipos de Tribunais, quais sejam, corte constitucional; tribunal de recurso e instância de julgamento de altas autoridades:

“(…) Múltiplas foram as escolhas institucionais que levaram a essa exacerbada concentração de poderes nas mãos do STF. A primeira dessas escolhas diz respeito à própria natureza ambiciosa da Constituição de 1988, que, (...), corretamente desconfiada do legislador, pode deliberar sobre tudo. Assim, a Constituição transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas, numa espécie de compromisso maximizador. Esse processo, chamado por muitos colegas de constitucionalização do direito

³⁰⁹ GALVÃO, Jorge Octávio. “Concentração de poder da jurisdição constitucional: uma análise crítica de seus pressupostos filosóficos”. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: homenagem ao Prof. Manuel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2011, pp. 391-392.

³¹⁰ A questão do papel de nossa Corte Suprema em nosso ordenamento jurídico não é nova. Vejamos passagem do magistério de Castro Nunes que, em 1943, asseverava que na República Velha ainda não se sabia da relevância do Supremo na conformação do poder, enaltecendo o papel de Rui Barbosa neste sentido: “*Nos primeiros tempos da República o Tribunal não tinha a consciência do seu papel no regime. Êste representava para muitos dos juizes que o compunham e que traziam do Império uma bagagem intelectual copiosa e até brilhante, mas inadequada à compreensão das novas instituições, um sistema pouco conhecido e que teria de receber na órbita judiciária uma aplicação perturbada pelos preconceitos da educação jurídica haurida nas fontes romanas, reinícolas, nas tradições do antigo regime e nos expositores do direito público francês. Coube a RUI BARBOSA um grande papel na evolução do pensamento jurisprudencial da nossa Suprema Corte. Quando um dia se escrever a história do Supremo Tribunal desde os seus primórdios indecisos e vacilantes em face da declaração de inconstitucionalidade de uma lei do Congresso, será preciso reservar à obra de doutrinação do insigne constitucionalista um lugar de honra.*” NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. São Paulo: Ed. Revista Forense, 1943, p. 168.

criou, no entanto, uma enorme esfera de tensão constitucional e por consequência gerou uma explosão da litigiosidade constitucional. A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de discricionariedade atribuído ao corpo político para tomar decisões políticas relevantes foi reduzido. A segunda escolha institucional que pode nos ajudar a compreender a expansão de autoridade do Supremo refere-se à sobreposição das funções atribuídas ao Tribunal. Ao STF foram atribuídas funções que na maioria das democracias contemporâneas estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, tribunais de recursos e tribunais de primeira e última instâncias em casos envolvendo altas autoridades.”³¹¹

Se de início³¹², nos primeiros anos da década 90, a Corte acabou por não preencher grande lócus político, ao longo do tempo a presença da Justiça Constitucional se avolumou. Em primeiro lugar, em razão da evolução do entendimento do papel da Corte na conformação do poder, cuja contribuição dos novos integrantes da Corte ao longo dos anos foi decisiva para a consolidação da atual magnitude que aqui descrevemos. Em segundo lugar, podemos asseverar que tal distinção também ocorreu em consequência direta das escolhas feitas pelo próprio legislador infraconstitucional, por exemplo ao regulamentar a processualística das ações concentradas³¹³, outorgando através delas poderes que, a rigor, estão a dar lastro no

³¹¹ VILHENA, Oscar. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, pp. 166-178.

³¹² Arguelhes, neste contexto, chama a atenção para interessante fato. Em 1986, durante os trabalhos da Assembleia Constituinte, a maioria dos ministros do STF posicionou-se no sentido de preferir acesso restrito ao controle abstrato de constitucionalidade: “(...)É interessante notar que antes e durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) a maioria dos Ministros do STF da época revelou preferir um acesso restrito ao controle abstrato, concentrado por via direta. Em 1986, o Supremo Tribunal Federal enviou mensagem pública, formal e oficial à Comissão Afonso Arinos, que havia acabado de ser convocada pelo Presidente José Sarney para elaborar um projeto de constituição. Entre as inúmeras recomendações constantes daquela mensagem, afirmaram os Ministros: ‘Quanto à pretendida outorga de legitimidade para representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual a certos órgãos do Poder Público (Executivo, Legislativo e Judiciário) ou, mesmo a entidades de direito público ou privado, entendeu a Corte que ela deve continuar a cargo, exclusivamente, da Procuradoria-Geral da República. Se se entende que seu titular fica excessivamente vinculado ao Poder Executivo, diante da demissibilidade *ad nutum*, então será caso de pô-la em discussão, com eventual outorga de garantias maiores para o exercício do cargo. Isso, porém, deve ser considerado, com maior segurança, pelo próprio Poder Constituinte, abstendo-se a Corte de outras considerações por envolverem temas ligados aos Poderes Executivo e Legislativo.’ ARGUELHES, Diego Werneck. “Poder não é querer - preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização”. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (orgs.). *Jurisdição Constitucional em 2020*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 34.

³¹³ Estamos a nos referir, especialmente, às leis que regularam o rito das ações diretas, quais sejam, as leis 9868/99 e 9882/99. No entanto, para além disto, Manoel Gonçalves nos assevera que o percurso de agigantamento dos poderes do Supremo tem sido percorrido com frequência, através de vários outros diplomas: “(...) A transformação do Supremo Tribunal Federal em órgão constituinte deu-se com a Lei n. 9.868/99, cujo art. 27 previu a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Note-se que isto se fez por lei ordinária, conquanto sempre se tenha entendido que a competência do STF seja matéria constitucional (e,

exercício da jurisdição constitucional, pelos Ministros da Corte de per si considerados, com grande potência.

Neste contexto, Hélio Pinheiro Pinto faz um interessante retrato do progressivo aumento de poder do STF pela via das leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999 que, segundo ele, não apenas adjetivaram o controle concentrado de constitucionalidade, mas também fizeram opção clara pela prevalência do controle abstrato, cuja competência originária faz do Excelso Pretório um tribunal constitucional bastante forte do ponto de vista sistêmico, em detrimento do controle difuso, em que o Supremo funciona apenas como instância recursal:

“(…) O processo de expansão normativa dos poderes do STF continuou sendo levado a efeito, desta vez pelo legislador ordinário. No ano de 1999, o Congresso Nacional resolveu disciplinar o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade

*acrescente-se, a Emenda Constitucional n. 45/2004 que poderia coonestá-lo é silente sobre o assunto). Vale, por sua importância, citar o texto de tal artigo: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Decorre deste preceito haver sido dada ao Supremo Tribunal Federal a competência de alterar, de modo temporário, ou definitivo a Constituição. Outro não é o alcance de restringir os efeitos da declaração, seja por algum tempo, seja definitivamente. De passagem, acrescente-se que tal modulação tem nítido caráter político. Comprova-o a exigência formal: a sua aprovação exige dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, quando a declaração jurídica de inconstitucionalidade só reclama a maioria absoluta. Corrobora-o poder ter como fundamento “excepcional interesse social”. Este papel constituinte foi intensificado pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Nesta (art. 103-A), é dado ao Supremo Tribunal Federal o direito de editar, por maioria de dois terços e em questões que suscitem “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos”, súmulas – enunciados normativos escritos – sobre a “validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas”, com isto fixando direta ou indiretamente o sentido e o próprio conteúdo da Constituição. O texto presume que isto se faça com base em “reiteradas decisões” (ressalva que parece “flexibilizada” na prática). Está o Supremo Tribunal Federal habilitado a editar verdadeiras normas constitucionais, que interpretariam a Constituição, mas que podem modificá-la ou desdobrá-la. Está nisto algo que é muito difícil de distinguir da função do poder constituinte derivado. Pode-se ademais indicar que o Supremo Tribunal Federal, em nome de uma pretendida mutação constitucional, está em vias de “apagar” o art. 52, X, da Constituição. Este, com efeito, prevê a competência privativa do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal”. Esta suspensão já fora considerada pelo próprio Supremo Tribunal Federal como dispensada no caso do controle abstrato. Agora, em discussão sobre a extensão erga omnes de declaração de inconstitucionalidade em decisão do controle desconcentrado, os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau já entenderam ser ela desnecessária também para decisões no controle in concreto. Tudo indica que esta posição irá prevalecer. Acrescente-se o que traz a Lei n. 12.063/2009, já referida, que disciplina a ação de inconstitucionalidade por omissão. Esta, no art. 12-F, admite medida cautelar em tais ações, adotada pela maioria absoluta do Tribunal, “em caso de excepcional urgência da matéria”. Ora, no § 1º deste artigo, prevê que tal cautelar consista em providências que especifica, ou ainda em outra providência”, não especificada, que adote o Tribunal. Não será surpreendente que esta “providência” venha a ser uma legislação provisória.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 283-285.*

(Lei nº 9.868), bem como da arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei nº 9.882), todas de competência do STF. Contudo, essas leis não estabeleceram apenas o rito daquelas ações, fortalecendo o controle abstrato da constitucionalidade em detrimento do controle difuso. Com efeito, a Lei nº 9.868/99 atribuiu efeitos vinculantes, já anteriormente consagrados para a ADC, às decisões de mérito do STF prolatadas também na ADI (art. 28, parágrafo único). Além disso, previu em seu art. 27, a possibilidade de o STF, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, modular temporalmente os efeitos das decisões proferidas na ADC e ADI, restringindo o alcance da declaração de inconstitucionalidade ou decidindo que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Por outro lado, a Lei nº 9.882/99, para além de disciplinar a ADPF autônoma, já prevista na Constituição (art. 102, §1º),^{5º} criou uma ADPF incidental, dando um passo extraordinário rumo à ampliação dos poderes do STF. A arguição incidental – que não tem natureza de ação, mas de um incidente processual, pois pressupõe a existência de um processo já em curso – é cabível "quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição" (art. 1º, parágrafo único, I). Com isso, as normas que só poderiam ser fiscalizadas pelo sistema difuso – porque estavam excluídas do controle concentrado (direito pré-constitucional e atos normativos municipais) a partir da Lei nº 9.982/99 passaram a ser também objeto de controle direto de constitucionalidade no STF. Trata-se de uma lei de constitucionalidade duvidosa, pois introduz, embora disfarçadamente, a possibilidade de avocação de processo de fiscalização difusa da constitucionalidade em curso em qualquer instância do Poder Judiciário, concentrando enormes poderes nas mãos daquela Corte."³¹⁴

Arguelhes, asseverando que a composição da Corte (cujo reflexo no colegiado é a somatória não linear das personalidades e visões de mundo de cada um dos Ministros³¹⁵), é

³¹⁴ PINTO, Hélio Pinheiro. *Juristocracia: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial*. Belo Horizonte :Fórum, 2018, pp. 111-114.

³¹⁵ Acerca da composição da Corte Constitucional, considerando os prismas do colegiado e individuais de cada um dos Ministros, no exercício dos múltiplos papéis nas relações comunicativas que ela desempenha com a Sociedade, assim se manifestam Falcão e Oliveira: “*As mensagens originadas do STF decorrem dos múltiplos papéis que ele pode exercer na relação comunicativa. (...) Primeiro, o sujeito emissor é o ministro do STF enquanto agente político que produz decisões jurisdicionais. Essas decisões são produzidas e comunicadas dentro dos autos, no exercício e dentro dos limites legais, e podem ser escritas ou orais: liminares, votos, despachos etc. Segundo, o sujeito emissor é o STF enquanto instituição (em geral o plenário), que também toma decisões e envia mensagens diferentes daquelas dos votos individuais dos ministros, normalmente, como resultado de uma votação no exercício de seu dever constitucional como instituição e também dentro dos autos. Em ambos os casos, as mensagens emitidas são de conteúdo técnico-jurídico e estritamente reguladas, inclusive quanto à forma, periodicidade, linguagem, publicidade e mesmo suporte comunicativo, a saber, o Diário Oficial da União. Terceiro, o sujeito emissor é o ministro, que atua profissionalmente, mas fora dos autos, ao enviar múltiplas mensagens técnico-interpretativas, doutrinárias e argumentativas por meio de livros, revistas, artigos, opiniões, palestras e conferências. Por fim, o sujeito emissor é o ministro que atua como indivíduo ao expressar opiniões – jurídicas ou não –, mas agora fora dos autos. Lembremos que a Constituição exige, além do notável saber jurídico, reputação ilibada. E essa reputação – que deve ser entendida como um dever a ser cumprido antes, durante e depois de ele tomar posse do mandato de ministro do STF –, se consubstancia em atos, fatos e imagens, captadas principalmente pela cobertura da mídia do dia a dia da Corte e se expressa no interesse por seus ministros. Diz respeito, por exemplo, à personalidade individual, sua formação, sua estética, sua vida privada que se torna pública, suas relações sociais, suas preferências*”

fundamental para que possamos entender períodos e contextos em que houve maior restrição, ao lado de períodos em que ocorre maior protagonismo³¹⁶, assim pondera:

“(…) Independentemente do rótulo conceitual – “ativismo”, “judicialização” – que seja utilizado para discutir a transformação do papel do STF na vida nacional, fatos político-institucionais exógenos à composição do tribunal são insuficientes. Se o poder do STF em controle abstrato foi reconstruído em direções restritivas após a transição porque uma maioria de Ministros assim o quis, como compreender a progressiva transformação da contenção de ontem no protagonismo de hoje sem levar em conta o “querer” dos membros do tribunal? Nesse sentido, é preciso redobrada cautela com narrativas que “despersonalizem” a construção do protagonismo do STF dos anos 1990 aos dias de hoje – sejam elas formuladas por acadêmicos ou articuladas nas decisões e nas frequentes manifestações públicas dos próprios Ministros. Importa saber quais são as ideias e preferências dominantes, entre os Ministros do Supremo, com relação ao papel do STF na democracia brasileira. Qualquer que seja o rótulo conceitual ou a perspectiva adotada, o fato é que processos de restrição ou de expansão desse papel dependem também do que uma dada composição do tribunal deseja poder fazer.”³¹⁷

intelectuais e políticas – sendo que a atividade política propriamente dita é proibida pela própria Constituição”. FALCAO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. “O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista?” *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, pp. 429-469, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452013000100013&lng=en&nrm=iso. acesso em 31 Aug. 2020.

³¹⁶ De se notar, conforme pondera Campos, que desde a Emenda constitucional número 03 de 1993, ocasião em que se criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC –, passando pelas leis 9868/99 e 9882/99 (já citadas neste trabalho) e também pela Emenda Constitucional número 45 de 2004, que os poderes decisórios do STF tem sido constantemente expandidos pelo Poder Legislativo: “(…) a Constituição operou processo conjunto de redução do controle difuso e ampliação do controle concentrado, “uma vez que as questões constitucionais passaram a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”. Não se esgotou o processo de fortalecimento institucional do Supremo com a disciplina generosa do constituinte originário, mas teve forte continuidade com as ações do constituinte derivado em duas oportunidades distintas, a Emenda Constitucional nº 03/93 e a Emenda Constitucional número 45/2004 e do próprio legislador ordinário, com as Leis nºs 9.868/1999 e 9.882/1999. A EC 03/93 criou a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), atribuindo apenas ao Presidente da República, às Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República a legitimidade para a propositura. Diferente do que acontecia com a ADI, foi previsto, expressamente, a eficácia vinculante das decisões tomadas em ADC. Estabelecida para servir de instrumento de fixação de entendimento homogêneo diante de um quadro de “divergências interpretativas e jurisdicionais”, a medida teve a constitucionalidade questionada, tendo o Supremo, por ocasião da Questão de Ordem na ADC 1, relatada pelo ministro Moreira Alves, confirmado a legitimidade. Desde então, a ADC trouxe consigo a ampliação do poder interpretativo e decisório do Supremo em face, principalmente, das outras instâncias judiciais. Muito antes da EC 45/2004, houve medidas do próprio legislador ordinário expansivas dos poderes decisórios da Corte.” CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 63.

³¹⁷ ARGUELHES, Diego Werneck. *Poder não é querer - preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização*. Op. Cit., p. 113.

Com efeito, na lógica trazida por Lunardi³¹⁸, no acréscimo da ampliação da revisão constitucional que acima mencionamos, o fenômeno da judicialização da política também acabou por contribuir com uma nova dinâmica nas disputas havidas no campo da política brasileira. O ferramental das ações concentradas que tramitam no Excelso Pretório é, na atualidade, ponto de veto substancial no jogo do poder, sendo utilizado por diversos personagens para derrubar vitórias parlamentares ou ainda para negociar espaço no processo deliberativo³¹⁹.

O uso por parte de grupos políticos do âmbito judicial para fazer valer seu posicionamento é, aliás, algo que deve ser sopesado, como já sublinhamos neste trabalho.

³¹⁸ LUNARDI, Fabrício Castagna. *O STF na Política e a Política no STF*. São Paulo: SaraivaJur, 2020, p. 49.

³¹⁹ A transferência das decisões políticas do Legislativo para o ambiente judicial, como já sublinhei neste trabalho, é apontada por Hirshl como fator de ensejo à supremacia judicial: *“Assertion of judicial supremacy of the type described in this paper cannot take place, let alone be sustained, without the tacit or explicit support of influential political stakeholders. It is unrealistic, and indeed utterly naïve, to assume that core political questions such as the struggle over the nature of Canada as a confederation of two founding peoples, Israel’s wrestling with the question of “who is a Jew?” and its status as a Jewish and democratic state, the struggle over the status of Islamic law in predominantly Muslim countries, or the transition to democracy in South Africa, could have been transferred to courts without at least the tacit support of pertinent political stakeholders in these countries. Like any other political institutions, constitutional courts do not operate in an institutional or ideological vacuum. Their explicitly political jurisprudence cannot be understood separately from the concrete social, political, and economic struggles that shape a given political system. Indeed, political deference to the judiciary, and the consequent judicialization of mega-politics, are integral parts and importante manifestations of those struggles, and cannot be understood in isolation from them. This brings us to a critical yet often neglected aspect of the story—the political determinants of judicialization. An authentic, “bottom up” judicialization is more likely to occur when judicial institutions are perceived by social movements, interest groups, and political activists as more reputable, impartial, and effective decision-making bodies than other bureaucracy-heavy government institutions or biased majoritarian decisionmaking arenas. An all-encompassing judicialization of politics is, ceteris paribus, less likely to occur in a polity featuring a unified, assertive political system that is capable of restraining the judiciary. In such polities, the political sphere may signal credible threats to an overactive judiciary that exert a chilling effect on courts. Conversely, the more dysfunctional or deadlocked the political system and its decision-making institutions are in a given rule-of-law polity, the greater the likelihood of expansive judicial power in that polity. Greater fragmentation of power among political branches reduces their ability to rein in courts, and correspondingly increases the likelihood of courts asserting themselves. From the politicians’ point of view, delegating contentious political questions to the courts may be an effective means of shifting responsibility, and thereby reducing the risks to themselves and to the institutional apparatus within which they operate. The calculus of the “blame deflection” strategy is quite intuitive. If delegation of powers can increase credit and/or reduce blame attributed to the politician as a result of the policy decision of the delegated body, then such delegation can benefit the politician. At the very least, the transfer of contested political “hot potatoes” to the courts offers a convenient retreat for politicians who have been unwilling or unable to settle contentious public disputes in the political sphere. It may also offer refuge for politicians seeking to avoid difficult or “no win” decisions and/or avoid the collapse of deadlocked or fragile governing coalitions. Conversely, political oppositions may seek to judicialize politics (for example, through petitions and injunctions against government policies) in order to harass and obstruct governments. At times, opposition politicians may resort to litigation in an attempt to enhance their media exposure, regardless of the actual outcome of litigation”*. HIRSHL, Ran. “The New Constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide”. *Fordham Law Review*, New York, v.75, n2, nov2006, pp. 744-746.

Há que se considerar que, por vezes, no xadrez político, é estrategicamente melhor transferir a decisão política para a Corte, pois há, por certo, custo político menor neste cenário. Ora, se isto é verdade, acreditamos que o caminho inverso possa ser fundamental, devendo-se reforçar o aparato do Poder Legislativo para que este, na medida do possível, possa de fato e de direito exercer com responsabilidade seu múnus. A captura política das Cortes, aliás, é preocupação que demonstra Couso, asseverando que, em países em que a independência do Poder Judiciário ainda é fator em jogo, o aspecto da judicialização da política pode facilmente transformar-se em politização da justiça:

“(…) la experiencia histórica indica que en países con una débil tradición de respeto al Estado de derecho, la judicialización de la política suele acabar con la independencia de la judicatura, ya que los gobernantes –al advertir el potencial de poder político de las cortes– sucumben a la tentación de intervenir la judicatura con personas que les parezcan confiables. Aunque, por cierto, se necesita más tiempo para hacer un pronunciamiento tajante respecto del impacto de la judicialización de la política en su modalidad de control de la constitucionalidad de las leyes en los procesos de consolidación democrática, la evidencia disponible hasta el momento (así como los aportes teóricos de Nonet y Selznick) sugiere que los fracasos arriba mencionados no son algo excepcional en el contexto de regímenes con una débil tradición de respeto al Estado de derecho. En otras palabras, la introducción prematura de procesos de judicialización de la política –al transformar a la judicatura en una arena política más– introduce incentivos irresistibles para que los gobiernos intervengan al poder judicial. Por ello, alentar la judicialización de la política en democracias no consolidadas, antes de que se haya institucionalizado firmemente la independencia de la judicatura, conlleva el riesgo de que en lugar de una judicialización de la política, se produzca más bien una politización de la justicia.”³²⁰

Com esta perspectiva, mais uma vez nos escoramos no pensamento de Waldron, para quem desacordos morais são importantes sinais civilizatórios, visto que demonstram que a Sociedade em que estamos inseridos percebe a discussão acerca de direitos como assunto sério, digno de ser ponderado no âmbito dos foros adequados para tanto:

“We do disagree about rights, and it is understandable that we do. We should neither fear nor be ashamed of such disagreement, nor hush and hustle it away from the forums in which important decisions of principle are made in our society. We should welcome it. Such disagreement is a sign-the best possible sign in modern circumstances - that people take rights seriously. Of course, as I have said a million times, a person who finds himself in disagreement with

³²⁰ COUSO, Javier. “Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política”. *Revista de Ciencia Política*, Santiago, v. 24, n. 2, 2004. pp. 45-46.

others is not for that reason disqualified from regarding his own view as correct. We must, each of us, keep faith with our own convictions. But taking rights seriously is also a matter of how we respond to contradiction by others, even on an issue of rights. Though each of us reasonably regards his own views as important, we must also (each of us) respect the elementary condition of being with others, which is both the essence of politics and the principle of recognition that lies at the heart of the idea of rights. When one confronts a right-bearer, one is not just dealing with a person entitled to liberty, sustenance, or protection. One is confronting above all a particular intelligence - a mind and consciousness which is not one's own, which is not under one's intellectual control, which has its own view of the world and its own account of the proper basis of relations with those whom it sees as other. To take rights seriously, then, is to respond respectfully to this aspect of otherness and then to be willing to participate vigorously- but as an equal – in the determination of how we are to live together in the circumstances and the society that we share.”³²¹

Voltando para a análise institucional acerca do Supremo no cenário de poder brasileiro, segundo continua a ponderar Lunardi³²², na lógica da revisão judicial que pretende analisar a compatibilidade constitucional dos atos dos demais Poderes, o STF lança mão de diversos meios de interpretação (conforme ou não conforme), além da possibilidade de modulação temporal dos efeitos de suas decisões, bem como sentenças aditivas³²³, aptas a construir e a formular, através da via judicial, até mesmo políticas públicas.

Destarte, na atualidade, sempre que se tomam decisões no âmbito do Legislativo e do Executivo, faz-se necessário avaliar estrategicamente qual será o comportamento do Supremo, visto que, como sublinhado, é ator capaz não apenas de anular, mas também de criar normas e regulamentações, equiparando-se neste sentido às demais instâncias decisórias. Não se pode, portanto, explicar o STF, na atualidade, apenas pela lógica e pensamento jurídico e sim também como local onde jogadores do tabuleiro político³²⁴

³²¹ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 311.

³²² LUNARDI, Fabrício Castagna. *O STF na Política e a Política no STF*. São Paulo: SaraivaJur, 2020, p. 58.

³²³ Sobre as decisões de cunho aditivo no cenário pátrio, assim se manifesta Elival da Silva Ramos: “(...) a emissão de sentenças ditas substitutivas afigura-se rematado abuso ativista, pois constituem decisões de acolhimento por meio das quais se declara, *prima facie*, a inconstitucionalidade de um dispositivo legal, disso resultando uma lacuna normativa, a qual é, desde logo, suprida pela Corte, substituindo o conteúdo prescritivo do enunciado por um outro, respeitoso dos ditames constitucionais, mas desrespeitoso ao limite da textualidade.” RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial : parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 312.

³²⁴ Com efeito, Lins, de maneira bastante percuciente, nos alerta que não é caso de criticar a judicialização da política e sim, partindo deste pressuposto inevitável nos dias de hoje, entender como o processo político funciona ‘interna corporis’ dentro da Corte, com vistas a aperfeiçoar sua atuação, tema central deste trabalho: “(...) Diante disso, talvez a postura a ser assumida não seja a de combater a judicialização da política, mas a de concentrar esforços em desnudar e aceitar como opções políticas determinadas posições da corte para, a partir daí, abrir o campo para a crítica que demanda uma maior democratização de suas práticas. O caminho, assim, seria jogar mais luz no que há de político em seu *modus operandi* e menos na natureza dos casos que são levados à apreciação, permitindo identificar e trazer para o centro da discussão os momentos em que a

podem travar nova disputa em razão de derrota prévia³²⁵. Godoy, sublinhando a questão do embate político havido no âmbito da Corte, ainda que fora da clivagem partidária própria, assim pondera:

“(...) o fato de o Poder Judiciário ser um Poder afastado das paixões políticas e pressões eleitorais realmente é um benefício. Mas, tal fato não é suficiente para transferir-se a ele o poder exclusivo de interpretação da constituição. Se, por um lado, tal isolamento é benéfico, por outro somente quem está profundamente envolvido com a causa, ouviu e participou juntamente com os potencialmente afetados poderá tomar a melhor decisão. Ou seja, aquele é um argumento epistêmico bom, mas que sucumbe diante de outro ainda melhor. O Poder Judiciário também não protege necessariamente as pré-condições da democracia, pois ele não está fora da política e, portanto, não escapa da tarefa de também definir o que é a própria democracia. Nesse mesmo sentido, juízes e cortes, ainda que afastados dos interesses e debates político-partidários, também são atores políticos por excelência. Não estão isolados do mundo e muito menos da política que os circunda.”³²⁶

Tal empoderamento da Suprema Corte - considerando-se a expansão do poder judicial como fenômeno contemporâneo que adotamos como pano de fundo no capítulo dois deste trabalho e na lógica da judicialização da política que acima mencionamos - pode ocorrer através do que a doutrina classifica como ativismo judicial. Trata-se de conceito com múltiplas e distintas classificações, com várias nuances. Neste contexto, Brandão nos alerta para o cuidado que devemos ter com a associação - quase mitológica para alguns - entre o papel de guarda dos valores constitucionais (cujo lastro é a expressão do legislador constituinte) e o teor direto das decisões do STF, como se estas (e somente estas) representassem as exteriorizações mais autorizadas da vontade da Constituição:

forma jurídica é apenas uma aparência vazia, se afastando de um padrão democrático de legitimação. Ao fazê-lo, retiramos o STF de seu lugar hierarquicamente superior, de único detentor do saber técnico-jurídico, para trazê-lo de volta ao mesmo patamar dos demais atores do jogo político institucional, sujeito, assim como eles, a questionamentos das mais diversas naturezas sobre sua atuação.” LINS, Silvia Follain de Figueiredo. *A ascensão do STF e os limites do poder: teoria e prática na narrativa constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Gramma, 2019, pp. 17-19.

³²⁵ Scalia aponta que, partindo do pressuposto do exercício da política que também é feita na Suprema Corte (no contexto norte-americano), assevera que, à semelhança do que aponta Dahl (que já citamos), as maiorias também se fazem presentes nesta arena: “*If the courts are free to write the Constitution anew, they will, by God, write it the way the majority wants; the appointment and confirmation process will see to that. This, of course, is the end of the Bill of Rights, whose meaning will be committed to the very body it was meant to protect against: the majority. By trying to make the Constitution do everything that needs doing from age to age, we shall have caused it to do nothing at all.*” SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation*. New Jersey: Princeton University Press, 1997.

³²⁶ GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 90.

“(…) Apesar de a sua jurisprudência atual ser ativista e maximalista, o STF continua a fundamentar a legitimidade da sua atuação em uma mítica associação entre o teor das suas decisões e o sentido da Constituição, como se a circunstância de a Constituição lhe conferir a sua guarda garantisse, de antemão, que as suas decisões deveriam ser compreendidas como meras revelações da vontade do poder constituinte originário. Cuida-se de uma perspectiva juriscêntrica que enfatiza a interpretação judicial da Constituição e, inversamente, dá pouco relevo à interpretação da Constituição fora das Cortes, com o efeito prático de imunizar as decisões do STF de crítica ou de correção.”³²⁷

Nesta perspectiva, Cannon³²⁸, em sua obra que procura categorizar o ativismo judicial, pondera que o fenômeno em testilha pode se cristalizar através de distintas roupagens e algumas possibilidades, sugerindo que se consubstanciam desde o grau com que as Cortes anulam decisões políticas oriundas do processo democrático (majoritarismo)³²⁹, passando pela possibilidade das Cortes adotarem métodos interpretativos *contra legem* (fidelidade interpretativa), até o ponto em que as Cortes podem estabelecer, segundo sua vontade própria, políticas que substituem as escolhas discricionárias de outros atores sociais (especificidade de política).

Na mesma lógica, Marshall³³⁰ nos apresenta o ativismo judicial como um ‘pecado’, apresentando sete variantes distintas. Segundo pensamos, traçando um paralelo com o contexto brasileiro, quatro destas matizes são bastante identificáveis em nosso sistema: o ativismo de precedentes, em que a Corte não respeita seu próprio histórico jurisprudencial³³¹;

³²⁷ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais - a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p. 56.

³²⁸ CANON, Bradley C. “A framework for the analysis of judicial activism”. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. *Supreme Court Activism and restraint*. Judicature, Volume 66, Number 6, December-January 1983. pp. 386-387.

³²⁹ Na lógica do majoritarismo, cuja exteriorização se consubstancia através da supremacia judicial, Brandão alerta: “As críticas institucionais à supremacia judicial se fundam nos problemas das capacidades institucionais e dos efeitos sistêmicos. A primeira alerta para o risco de mitificarem-se as virtudes das instituições e dos agentes públicos de carne e osso; a segunda adverte para o potencial de decisões amplas e profundas gerarem externalidades negativas, especialmente pelos efeitos deletérios que consequências não antecipadas da decisão podem gerar em sistemas complexos. O primeiro aspecto da crítica democrática chama atenção para o desacordo razoável na interpretação de princípios morais abstratos, de maneira a sua concretização por instituição legitimada pelo voto popular.” BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais... Op. Cit.*, p. 49.

³³⁰ MARSHALL, William P. “Conservatives and the seven sins of judicial activism”. *Colorado Law Review*. Vol. 73., 2002, p. 1220.

³³¹ Vilhena, em trecho de sua obra “A Batalha dos Poderes”, assim assevera: “A definição das circunstâncias em que o STF deve se comportar de uma ou outra maneira e as nuances desse comportamento exigem a construção de padrões racionais para a tomada de decisões. Esses padrões devem ser elaborados pelos

o ativismo jurisdicional, ocasião em que as Cortes claramente expandem os limites de sua atuação³³²; o ativismo correcional, que ocorre quando as Cortes mantêm os demais atores sob sua constante supervisão e o ativismo partidário, em que as Cortes são utilizadas para executar objetivos ligados a correntes políticas.

Caminhando agora com Young³³³, este pondera que, pensando-se nas muitas facetas do ativismo, todos os sistemas jurídicos em que há controle judicial de leis o praticam em algum grau ou de alguma maneira, já que o poder judicial pode julgar, de maneira retrospectiva, atos dos poderes políticos em âmbito federal ou estadual; desprezar o sentido textual da norma ou seu histórico; afastar-se de correntes jurisprudenciais estabelecidas³³⁴;

tribunais, em forte diálogo com a academia, por intermédio de seus precedentes. O estabelecimento de padrões racionais e consistentes é indispensável para que a Sociedade (e a comunidade jurídica) possa estabilizar suas expectativas em relação ao comportamento do Judiciário, assim como para o próprio controle social da atuação do Judiciário. O STF tem tido muita dificuldade de estabelecer padrões claros e consistentes que possam estabilizar sua jurisprudência.” VILHENA, Oscar. A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 39.

³³² É também como se posiciona Elival da Silva Ramos: “Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.” RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial : parâmetros dogmáticos. Op. Cit.*, p. 308.

³³³ YOUNG, Ernest A. “Judicial Activism and conservative politics”. *Colorado Law Review*. vol. 73, 2002, p. 1144.

³³⁴ Uma vez mais reconhecendo que a falta de racionalidade na lógica jurisprudencial pode dar ensejo ao ativismo, conforme já mencionamos neste trabalho, Ranieri pondera da mesma forma: “(...) É importante ressaltar que não se está sugerindo que o STF passe a abandonar a Constituição em sua atuação no âmbito dos direitos sociais, assim como fez quanto aos direitos de liberdade. Apenas está sendo exposta uma incoerência prática na aplicação da ideologia neoconstitucionalista. Isto deveria levar a uma maior vinculação, pela corte suprema brasileira e pelos demais órgãos judiciais, às disposições legais e constitucionais em relação a todos os direitos, em respeito a exigências democráticas basilares. No concernente à atuação do STF, nota-se que a corte se utiliza da fragilidade advinda do modelo neoconstitucional para se colocar em uma posição estratégica. Enquanto nos precedentes de direitos fundamentais sociais afirma expressamente não ser o órgão supremo na definição das obrigações a serem prestados pelo Estado, na jurisprudência que utiliza como base para os julgamentos de direitos de liberdade o STF se vê como a última voz na definição do conteúdo constitucional, impedindo até mesmo a edição de emendas constitucionais se o legislador não comprovar que a sua decisão é melhor que a do tribunal. (...) Portanto, o STF possui precedentes que lhe garantem limites de atuação distintos, possibilitando, assim, que os ministros decidam quando e como agir – e, em consequência, quando não agir. Assim, a corte suprema brasileira não possui um perfil institucional definido. Ao contrário de ser a maior garantidora dos direitos fundamentais, como seus ministros repetem em seus votos, o STF, em verdade, possui jurisprudência que protegeria qualquer tipo de atuação: ativista legitimada, autocontida, usurpadora ou passivista. Basta que os seus julgadores escolham os precedentes corretos para que justifiquem a atuação de uma forma ou de outra. Isto, como é claro, é extremamente perigoso para o sistema democrático. Ainda que a composição atual do tribunal tenha posições costumeiramente protetivas aos direitos fundamentais, diversos ministros serão substituídos nos próximos anos, talvez por julgadores que não tenham a mesma vinculação aos direitos fundamentais. Mesmo que isto não ocorra, da forma como se encontra o acervo atual de precedentes do STF,

agir de maneira maximalista, sem considerar os efeitos de suas decisões; exercer poderes saneadores alargados ou, por fim, decidir com viés político-partidário.

Kmiec³³⁵, por sua vez, assevera que há cinco grandes significados para o fenômeno intitulado ativismo judicial. Por primeiro, uma Corte ativista é aquela que invalida ações constitucionalmente defensáveis dos demais poderes. Em segundo lugar, uma Corte pode praticar ativismo quando não obedece a uma lógica racional de precedentes. Em terceiro lugar, pode ser ativista quando legisla pela via judicial³³⁶. Em quarto, a Corte está a praticar o ativismo quando não se utiliza de métodos exegéticos aceitos pela comunidade e, por final, uma Corte é certamente ativista quando julga apenas guiada pelos resultados que quer obter³³⁷.

Finalmente, Cross e Lindquist³³⁸, procurando medir a extensão do fenômeno

os ministros que ora compõem a corte podem facilmente mudar de posições e passar a ser mais deferentes aos Poderes políticos, mesmo em casos de flagrante ofensa a direitos fundamentais. A dissonância na jurisprudência da corte lhes permite isto.” RAMALHO, Ranieri. *STF e o neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 227.

³³⁵ KMIEC, Keenan D. “The origin and current meanings of judicial activism”. *California Law Review*, vol. 92. 2004.

³³⁶ E mais uma vez nos socorrendo de Elival da Silva Ramos, assevera-se que, entre nós, o STF legislou, por exemplo, quando decidiu a questão da perda de mandato em razão de desfiliação partidária: *“Ainda mais nítida é a incursão ativista nos julgados sobre perda de mandato por desfiliação partidária, na medida em que se procedeu ao desdobramento ou reforço de um princípio constitucional (o princípio da representação proporcional), sem se atentar para a necessidade de obrigatória intervenção de cunho normativo, da alçada do Poder Constituinte de revisão ou do legislador ordinário.*” RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial : parâmetros dogmáticos*. *Op. Cit.*, p. 313.

³³⁷ No cenário pátrio, Benvindo nos alerta, por exemplo, que para além do anteparo à manutenção dos direitos e garantias fundamentais, em verdade o Supremo decide expressivamente a favor de interesses corporativos: *“o tema dos “direitos fundamentais” não tem sido efetivamente o grande objeto do controle concentrado de constitucionalidade. No âmbito das ADIs contra legislação federal, verifica-se que, com pequenas flutuações, as decisões de procedência relativas a direitos fundamentais não ultrapassaram 11% dos casos e, no caso das ADIs contra legislação estadual, somente se alcançou o índice de 11% no ano atípico de 2012, mais devido a uma retração do número global de julgamentos do que, de fato, a um incremento de decisões nesse campo. Entre todos os casos enquadrados no âmbito dos direitos fundamentais, constatou-se que 1/4 das decisões se referia aos direitos de igualdade e proporcionalidade (indicando falta de razoabilidade de certas leis e garantias ao processo judicial); 10%, aos clássicos direitos de primeira geração, tais como irretroatividade das leis e direitos de liberdade; e menos de 5%, à proteção de direitos difusos e direitos da ordem social. Porém, mesmo nessa esfera de direitos fundamentais, percebe-se que parte relevante desse montante está relacionada à defesa de interesses corporativos – eis a razão para se ter uma prevalência de questões sobre isonomia e garantias processuais –, com poucos casos mais diretamente relacionados a temas de direitos voltados para um espectro mais geral da Sociedade. Prevalece, sim, um certo controle corporativo de constitucionalidade, muito mais do que um controle destinado a defender os direitos e as garantias dos cidadãos em geral. Aliás, no âmbito das ADIs contra legislação federal, pode-se dizer que 60% das decisões sobre direitos fundamentais são, na verdade, decisões em prol de interesses corporativos (...)*”. BENVINDO, Juliano Zaiden. “A última palavra, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 51, n. 201, jan-mar 2014 .

³³⁸ CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. “Measuring judicial Activism”. *Minnesota Law Review*. vol

ativismo judicial, o agruparam em dois grandes grupos: o ativismo institucional e o ativismo ideológico. No campo da institucionalidade, haveria falta de deferência aos atores que foram alçados ao poder através do voto popular; falta de discrição para com seu próprio lócus sistêmico e ausência de respeito ao arcabouço jurisprudencial. No campo ideológico, na lógica da prática do julgamento orientado para os resultados que se quer obter, as Cortes praticariam ativismo ao tentar impor sua própria agenda e visão de mundo³³⁹.

Torrano, no contexto do ativismo judicial que se traduz em corrente antimajoritária ao decidido pelos legisladores, partindo por vezes do pressuposto equivocado que, no âmbito do Poder Legislativo, as decisões, no mais das vezes, são tomadas levando-se em conta acordos espúrios e não republicanos, nos faz importante alerta para que não criemos imagem idealizada do modo como certas decisões são tomadas no âmbito do Poder Judicial, considerando, outrossim, que eventuais aspectos negativos do modo como se escolhe no Legislativo podem ocorrer também no âmbito das Cortes Judiciais:

“(…) Magistrados estão tão sujeitos a agir mediante razões pessoais e corporativistas quanto Legisladores. Por outro lado, aquele que advoga ou já advogou sabe das dificuldades de ter uma decisão minutada por estagiários ou servidores, sem, não raro, a devida revisão ou análise processual pelo juiz. Sabe, também, que sempre existem aqueles magistrados que, encantados com sua própria sabedoria, decidem de acordo com suas próprias opiniões. Isso para dizer o mínimo do mínimo. Nenhuma das falhas citadas, todavia, parecem suficientes para amenizar, mínimo que seja, a esperança daqueles que olham o Poder Judiciário como o oráculo da democracia. Mas a contradição de postura logo se faz presente. Ao adentrar no campo do Poder Legislativo, esses mesmos teóricos que não se assustam ou não enxergam as misérias do Judiciário adquirem, em automático, feições exacerbadamente céticas. Artigos, dados, estatísticas e conceitos já não se prestam como combustível para um inconformismo construtivo: ao contrário, são apresentados com a

91, 2007, pp. 133-137.

³³⁹ Entre nós, o Ministro Barroso se notabiliza por ser defensor do chamado papel ‘iluminista’ das Cortes Constitucionais, sendo certo que, ao STF, e.g., caberia exercer papel de vanguarda da Sociedade, funcionando a Justiça Constitucional como um motor de arranque para levar-nos a patamares civilizatórios mais altos. Segundo Torrano, trata-se de exemplo de prática ativista: “(…) Barroso tem apelado com certa frequência a teses como a da ‘Função Iluminista’ do Supremo Tribunal Federal (...) e a da interpretação constitucional pragmaticamente orientada. (...) Indago, agora, o seguinte: além da contradição com a postura teórica de seus livros, o que há de comum nas reiteradas propostas de Barroso acerca do papel iluminista do Supremo e da viabilidade de ligar-se, quando menos se espera, o botão do pragmatismo jurídico com o fim de trazer “melhores consequências” para a Sociedade? Resposta: a sedução da linguagem. A escrita flui. A escrita gera empatia. E, acima de tudo, é clara. Trata-se, por evidência, de qualidades típicas de um bom escritor - e Barroso é um excelente. (...) a vinculação decisória a concepções pessoais de justiça – queira-se chamar isso de “função iluminista” ou de “avaliação pragmática” -, e não àquilo que se pode deduzir da moralidade institucionalizada do sistema, conduz à enfermidade um paciente bem conhecido: o Estado de Direito.” TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à lei : entre o positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 319.

única intenção de colocar sob suspeita a dignidade da lei enquanto fonte do direito: (...) é interessante notar que o "antimajoritarismo" defendido por aqueles que apressadamente criticam Legislativo ignora o fato público e notório de que as decisões tomadas por colegiados de juízes, seja em Tribunais de segunda instância, seja nos Tribunais superiores também obedecem à mesma lógica e estrutura do majoritarismo: acórdãos proferidos em julgamentos de causas normais se orientam pelo entendimento da maioria simples da Turma, e a declaração de inconstitucionalidade de uma lei exige o cômputo de uma maioria absoluta, desde que presente o quórum, no caso do STF, de 8 dos 11 ministros. A diferença das duas hipóteses de majoritarismo é que, enquanto aquele pressuposto pelo Legislativo convoca o debate público de centenas de representantes do povo, aquele pressuposto pelo Judiciário, geralmente, convoca uma cúpula centralizada de magistrados não eleitos. (...) mesmo com todas as deficiências notórias pelas quais passa o ordenamento jurídico pátrio, o fato é que nunca houve na história brasileira melhor momento para se cumprir a letra da lei regularmente promulgada – isto é, em estrita consonância com o procedimento legislativo e em um contexto de conversação não distorcida. Em outros termos, o fato de o Legislativo ter muito por resolver não torna automaticamente verdadeira a assertiva de que precisamos de mais ativismo judicial.”³⁴⁰

Baseados nas nuances do ativismo judicial que acima descrevemos, precisamos ponderar acerca do desenho sistêmico das Cortes Constitucionais, focados especialmente, neste capítulo, no STF. Assim é que, neste contexto, Diana Kapiszewski nos alerta que, no âmbito das chamadas oportunidades constitucionais para que as cortes atuem, temos quatro pontos relevantes: a) como a Constituição distribui o poder entre os atores do governo; b) quais os pré-compromissos ideológicos refletem; c) como aloca o poder entre o Estado e a Sociedade (em particular através da concessão de direitos); e d) quais os mecanismos que estabelece para acionar o judiciário e, especificamente, o tribunal constitucional.³⁴¹

Deste modo, com as sistematizações feitas acima, faz-se necessário considerar que o ativismo judicial, representado pela possibilidade da tomada de decisão essencialmente política no âmbito da Justiça Constitucional, pode ser perigoso para o ambiente democrático. Como já ponderamos anteriormente neste trabalho, questões sensíveis não devem ser protagonizadas pelo poder judicial, conforme nos expõe Sustain:

“A invalidação judicial de desfechos políticos poderia muito bem ter efeitos corrosivos sobre processos democráticos. Dentro dessa conexão é importante que se lembre que muito possivelmente Martin Luther King foi uma fonte muito mais importante de mudanças constitucionais do que qualquer uma ou até mesmo do que todas as decisões sobre questões raciais da Suprema Corte

³⁴⁰ TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à lei... Op. Cit.*, p. 152.

³⁴¹ KAPISZEMSKI, Diana. “Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition.” In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Orgs.) *Courts in Latin America*. New York : Cambridge University Press, 2011. pp. 154-186.

do Justice Warren. Em todo o caso, os canais políticos são frequentemente muito melhores para realizar reformas sensíveis e eficientes. Se as questões de moralidade possuem uma tendência para se tornarem questões de Direito Constitucional, a sua decisão final entre apenas nove juízes pode ser prejudicial para a prática da cidadania.”³⁴²

O STF, como parte dos mecanismos imaginados para mitigar o exercício do poder, é essencial para o regular funcionamento da democracia, como coloca Faria³⁴³. Sociedades complexas contemporâneas pedem formas de raciocínio jurídico que incorporam conceitos axiológicos como a dignidade da pessoa humana. Reconhecer, outrossim, que o Supremo desempenhe certo protagonismo em algumas questões exegéticas complexas é perfeitamente admissível. No entanto, anuir com interpretações muito extensivas porquanto estas, em tese, poderiam representar certo avanço civilizatório, é temerário³⁴⁴.

Prossegue Faria ³⁴⁵ dizendo que os defensores de tal potencialidade contrarrepresentativa, cultores da lógica neoconstitucionalista³⁴⁶, dizem que são poucas as

³⁴² SUSTEIN, Cass R. *A constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 186.

³⁴³ FARIA, José Eduardo. *Corrupção, justiça e moralidade pública*. São Paulo: Perspectiva, 2019, p 34.

³⁴⁴ Godoy, por exemplo, assevera em seu magistério que a crítica à supremacia judicial é válida apenas porquanto, a partir daí, poderemos exigir aperfeiçoamentos do exercício do poder também nos demais foros do Legislativo e do Executivo: “(...) em que pese a necessária e bem-vinda expansão de direitos e garantias pela Constituição de 1988, tanto ela quanto a maioria das novas constituições latino-americanas (como, por exemplo, a Argentina de 1994, a da Venezuela de 1999 ou a da Bolívia de 2009, entre outras), apostaram muito mais fortemente na transformação social por meio da previsão e garantia de direitos do que na reformulação da organização e no exercício do poder. Vale dizer, tivemos avanços amplos e profundos que devem ser celebrados e defendidos à exaustão, mas deixou-se praticamente inalterada e não se mexeu naquilo que Roberto Gargarella chamou de “casa de máquinas da constituição”, ou seja, a forma como se deve dar o processo democrático de tomada das decisões. (...) criticar a supremacia judicial não significa ser automaticamente a favor do Legislativo ou tampouco encará-lo como a melhor expressão da vontade popular. O que a crítica à supremacia judicial possibilita mostra aos juristas é como se pode e deve conhecer os limites do Direito, da sua atuação jurisdicional, e, assim, melhorar justamente o desempenho do nosso papel no cumprimento das promessas constitucionais, bem como exigir o mesmo dos demais Poderes, órgãos e instituições.” GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 108-109.

³⁴⁵ FARIA, José Eduardo. *Corrupção, justiça e moralidade pública*. Op. Cit., p 34.

³⁴⁶ Sobre o quanto a postura neoconstitucionalista acaba por gerar insegurança jurídica sistêmica, assim pondera Monica Herman: “Impositivo reconhecer que a Sociedade do século XX e a que aporta no presente apresenta-se muito diferente quanto às expectativas em relação ao Estado. A cidadania sofreu profunda remodelação. E o Estado ganhou a responsabilidade direta e irrefutável de amoldar as políticas públicas de forma a atender as perspectivas da cidadania no complexo mundo contemporâneo pigmentado pelos fenômenos da globalização e do multiculturalismo. A questão que se coloca, no entanto, é a pertinente à elasticidade, flexibilidade e mutabilidade que impregnam a teoria denominada “neoconstitucionalismo” que opera com valores. Abandonada a idéia da rigidez, da superioridade, da estabilidade e da previsibilidade constitucional como serão resguardados os direitos fundamentais? Qual exatamente o instrumento e mecânica a preservar a segurança jurídica? O que se depreende é que o constitucionalismo que pretende ser contemporâneo – ou a teoria do neoconstitucionalismo – assume uma postura descompromissada com o

decisões do Excelso Pretório nesse sentido. O problema, no entanto, não é quantitativo. É qualitativo, visto que abre precedentes perigosos.³⁴⁷

Com efeito, Eros Grau pondera que, ultimamente, o Tribunal Constitucional pátrio tem agido de modo a sacrificar a harmonia entre os Poderes que, como sabemos, é exigência constitucional:

“(…) É que o STF de alguns anos para cá tem-se excedido, tem ido muito além do que a Constituição e a prudência permitem, passando a exercer não apenas o controle da constitucionalidade, mas também o controle da razoabilidade das leis. Não somente ministros do STF, mas juízes de qualquer instância julgam-se no direito de decidir se determinada lei é, ou não, razoável. O que não prevalece, em cada decisão, é a preferência, o subjetivismo de cada um desses ministros ou juízes. No Estado democrático de direito o poder é uno e indivisível, embora as funções estatais sejam distribuídas entre Legislativo,

princípio da segurança jurídica, que exsurge na trajetória evolutiva da idéia de Estado de Direito, buscando exatamente lhe assegurar reforço, robustecendo a missão maior de uma Constituição, qual seja estabelecer limites e engradar o Poder.” CAGGIANO, Monica Herman. “Democracia x Constitucionalismo – um navio à deriva”. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito : estudos e documentos de trabalho / Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 1, 2011. Disponível em http://www.direito.usp.br/pos/arquivos/cadernos/caderno_1_2011.pdf, acesso em 23/10/2020.*

³⁴⁷ Torrano, neste contexto, assevera que o STF tem sido menos procedimentalista (preocupando-se com o regular procedimento dos demais poderes frente, e.g., ao devido processo legal) e mais ativista substancial (ou seja, fazendo ele mesmo escolhas políticas): “(...) *tolerar o outro não é tentar doutriná-lo conforme aquilo que "eu" penso ser moralmente adequado, nem tampouco, no campo específico do controle de constitucionalidade, propor, sob um sentimento de erudição hegemônica, a declaração de inconstitucionalidade de normas jurídicas que “minha” teoria ética considera injustas. Ao contrário, tolerar o outro é estar ciente de que, embora uma lei que respeita o devido processo legislativo ofenda a “minha” concepção pessoal de Bem, ela certamente retrata a visão de mundo de diversas outras pessoas que manifestaram, em igualdade de condições, e por intermédio da participação política, as suas crenças e valores. A função contramajoritária do Judiciário, nessa lógica, deve ser encarada como um importante empreendimento corretivo em condições excepcionais, um modo de violar o princípio majoritário, fazendo prevalecer, sempre ou em grande parte do tempo, a visão das minorias. (...) enfatizar o primado do Legislativo conduz o teórico à contrapartida de afirmar que, ao menos em uma acepção específica, o ativismo judicial é desejável. O único ativismo judicial reprovável do ponto de vista democrático é aquele que se conhece como ativismo judicial substantivo e que se relaciona com a modificação injustificada, pelo Judiciário, das escolhas morais e políticas realizadas regularmente, e dentro da ampla discricionariedade propiciada por cláusulas gerais constitucionais, nos procedimentos comunicativos do Poder Legislativo. Mas não é indesejável – ao contrário, é muito bem vindo - aquilo que se conhece por ativismo judicial procedimental: o exercício, por parte do Poder Judiciário, de estrita fiscalização e controle da dimensão comunicativa que deve reger as disputas políticas do Poder Legislativo. Com efeito, uma das tarefas mais relevantes do Poder Judiciário em uma democracia é a de garantir que o processo deliberativo do Poder Legislativo seja um jogo limpo. São passíveis de invalidação leis que constituam produto de fatos imorais e antidemocráticos como compra de votos, corrupção ativa ou passiva, legislação em causa própria – como eventual autoanistia de crimes cometidos em razão de cargo político -, manobras regimentais derivadas de interpretações manifestamente inadequadas dos regimentos internos das casas do Congresso Nacional, e assim por diante. O problema, neste ponto, é que o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem agido exatamente no sentido oposto. Hoje, o STF é um Tribunal substancialmente ativista e procedimentalmente passivista.”* TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à lei... op. Cit.*, pp. 407-408.

Executivo e Judiciário. Todos eles exercitam a função normativa – função legislativa, função regulamentar e função regimental – mas a parcela mais relevante dessa função, a legislativa, é própria do Legislativo. Ao Poder Judiciário é vedado o seu exercício (exercício da função legislativa), ainda que lhe caiba o da função regimental. Essa regra essencial ao Estado democrático de direito é rompida sempre que os juízes passam a exercer o controle da razoabilidade – ou proporcionalidade – das leis. O que então prevalece na decisão judicial já não é a Constituição, porém a preferência, o valor que cada juiz adote, subjetivamente, como critério de aferição da razoabilidade ou proporcionalidade de cada lei. Em outros termos, o juiz avalia não a sua constitucionalidade, mas se a lei é boa (razoável) ou má (irrazoável), segundo suas preferências pessoais. Cada qual – repito – decide conforme o seu gosto pessoal. Ainda que os juízes devam considerar as pautas da razoabilidade e da proporcionalidade na Constituição, não estão autorizados a decidir cada caso discricionariamente, segundo os valores que adotem, tomando como sem valor, como se não valesse nada, tudo quanto não corresponda aos seus valores. Como se tivessem legitimidade para exercer função legislativa. Perde-se assim a referência da Constituição e a harmonia entre os Poderes é sacrificada. No caso do Supremo Tribunal Federal tudo se torna ainda mais grave na medida em que o tribunal sai do seu recato e, voluntariamente, submete-se às pressões da Sociedade, pressões às quais tipicamente, caracteristicamente, deve estar sujeito o Legislativo. O que a um Poder dá legitimidade – o decidir do Legislativo sob pressão social – a outro desnatura.”³⁴⁸

Continuando nossa linha de raciocínio, parte da doutrina³⁴⁹ sustenta que, em oposição ao ativismo judicial, poderíamos nos perquirir se uma autorestrição por parte da própria Corte Constitucional, consciente que o possível abuso das práticas ativistas poderia, a médio-longo prazo, minar seu próprio lastro legitimador para bem perfazer seu múnus, poderia ser a solução para que, do ponto de vista funcional, atingíssemos o ponto de equilíbrio ótimo na conformação do poder³⁵⁰.

Posner, no entanto, nos lembra que, mesmo nos primeiros anos da construção dos

³⁴⁸ GRAU, Eros. “Prefácio”. In: ANDRADA, Bonifácio de. *Direito constitucional moderno e a nova revisão da constituição*. Brasília: Edições Câmara, 2014, p. 13.

³⁴⁹ Neste sentido, confira-se a citação a Thayer, feita no início deste capítulo.

³⁵⁰ Sobre a autocontenção judicial, mencionando situações em que a Corte Constitucional deve ter necessária deferência às escolhas dos demais Poderes, Clève e Lorenzetto assim ponderam: “(...) Além dos casos que reclamam, em princípio, uma postura ativa por parte da Corte, entende-se que outras ocasiões demandam um controle débil (*soft*), a autocontenção ou deferência para com as decisões do legislador: A) no caso de políticas públicas instrumentalizadoras de direitos sociais naquilo que se reporta à eficácia derivada ou que exceda as fronteiras do mínimo existencial. B) nas questões eminentemente políticas, considerando, sempre, porém, que tais questões não constituem cláusula imunizadora. Há necessidade de respeito à dimensão política da vida e da discricionariedade legislativa em relação àquilo que não é obrigatório constitucionalmente. C) nos resultados plebiscitários, referendários, leis de iniciativa popular, momentos constituintes e, mesmo, leis novas que resultam de um processo regular e aberto de deliberação, deve-se, em princípio, prestar deferência diante dos resultados e das razões do legislador. Não se trata aqui de admitir uma postura procedimentalista. Trata-se de, no processo argumentativo e deliberativo levado a termo pelo Judiciário, considerar, com peso adequado, as razões do legislador.” CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016, p. 83.

Estados Unidos como País, ocasião em que os pais fundadores estavam diretamente preocupados com a arquitetura constitucional-institucional da Sociedade que queriam, seria ingênuo pretender colocar nas mãos do legislador o peso de decidir em favor da Comunidade. Daí porquanto o sistema de freios e contrapesos foi deveras importante.

Hoje, segundo ele, tal visão continua a ser igualmente válida. No entanto, com a profissionalização da magistratura, no contexto da Sociedade complexa em que vivemos, mesmo se fosse o caso de apostar que haveria naturalmente um sentimento de autocontenção³⁵¹ no exercício da judicatura, isto não ocorreria³⁵². Não parece, desta forma, que o Judiciário irá abrir mão, ao menos não facilmente, do espaço de poder que adquiriu na contemporaneidade:

“The argument for constitutional restraint that Thayer himself put greatest weight on—the debilitating effect of aggressive judicial review on the responsible (including constitutionally attuned) exercise of the legislative power by legislators—reflects a naive conception of the capacity and incentives of American legislators, in his time as in ours. Thayer might have replied to such an accusation by arguing that it was precisely the neglect of his standard that had debilitated Congress's exercise of its function of constitutional interpretation. But such a reply would be implausible. Nothing in the character, motivations, or experience of people who become legislators suggests that were it not for judicial activism they would be responsible interpreters of constitutional provisions and guardians of constitutional values. It is true that invocations of the Constitution are part of the rhetoric of legislative deliberations, but are they more? In the earliest period, when key members of Congress had been personally involved in the drafting and ratification of the Constitution and there were as yet few judicial decisions construing it, their constitutional arguments were more than rhetoric. But changes in the nation's political culture, and the increasing output of constitutional rulings by an increasingly professionalized judiciary, wrote finis to serious congressional participation in constitutional interpretation. It would be quixotic to try to reverse the trend, as Thayer hoped could be done if only judges would review the constitutionality of statutes with a lighter touch. The lighter touch would not improve the intelligence or character of legislators, enlighten the public, dissolve Arrow's impossibility theorem, or weaken interest groups; and

³⁵¹ Lamb inclusive pondera ter dúvidas severas acerca do efetivo conceito do que seria o fenômeno auto restrição judicial: “*Judicial restraint is a belief system, a role conception, a philosophy of how judges ought to function in a democratic society. Yet ideas such as restraint—thought to be widely understood—are often exceedingly difficult to define, analyze, and apply precisely. Among those who have seriously embraced restraint, there apparently exists a consensus that judicial interpretation should not take on the stark character of “legislation.” But, beyond that point, agreement seems to decrease, for the meaning of restraint invariably depends on the context in which it is being used, the time period in which it is used, and who is using it.*” LAMB, M. Charles. *Judicial Restraint Reappraised*, 31 CATH. U. L. REV. 181 (1982). Available at: <https://scholarship.law.edu/lawreview/vol31/iss2/6> <https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2239&context=lawreview>, acesso em 19/08/2020.

anyway the Supreme Court is not about to relinquish power to other branches of government. But you knew that.”³⁵³

Destarte, levando em consideração o que já asseveramos ao longo deste trabalho, precisamos considerar que o trabalho frequente das Cortes Constitucionais deve levar, sempre em sua máxima extensão possível, à consecução dos objetivos constitucionais elegidos pelo Povo. Atribuir-se guardião dos valores havidos no Pacto Social, portanto, pressupõe que tal objetivo esteja sempre no horizonte de possibilidades dos operadores do Direito, especialmente para aqueles que ocupam espaços de Poder.

No entanto, e aqui voltamos nossa preocupação com a atividade jurisdicional do STF (cuja expansão sistêmica, como estamos a considerar neste tópico, tem caminhado em uma curva ascendente³⁵⁴), não nos parece razoável atribuir peso mais relevante ou ainda

³⁵³ POSNER, Richard A. "The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint," *100 California Law Review* 519, 2012. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2815&context=journal_articles. Acesso em 20/08/2020.

³⁵⁴ Ainda que decisão revestida de inegável mérito democrático, vejamos por exemplo a recente decisão, proferida em sede cautelar, no bojo da ADPF 738/2020, determinando a repartição igualitária do fundo partidário (já para o pleito municipal de 2020), entre candidaturas brancas e negras. Com efeito, a problemática que colocamos neste trabalho parte da assertiva que tais discussões não deveriam passar pelo Judiciário – de maneira preferencial - e sim pelo Legislativo, preponderantemente. Uma vez mais, não por conta da matéria e sim porquanto decisões deste quilate, proferidas por uma única pessoa no sistema, constituem excessivo poder: “MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 738 - DISTRITO FEDERAL - RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI - REQTE.(S) :PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL). Trata-se de ação de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, por meio da qual pretende “seja reconhecida a imediata aplicação dos efeitos do julgamento realizado pelo E. Tribunal Superior Eleitoral na Consulta nº 0600306-47.2019.6.00.0000”, assim respondida: “[...] Primeiro quesito respondido afirmativamente nos seguintes termos: os recursos públicos do Fundo Partidário e do FEFC e o tempo de rádio e TV destinados às candidaturas de mulheres, pela aplicação das decisões judiciais do STF na ADI nº 5617/DF e do TSE na Consulta nº 0600252-18/DF, devem ser repartidos entre mulheres negras e brancas na exata proporção das candidaturas apresentadas pelas agremiações. [...] Segundo quesito é respondido negativamente, não sendo adequado o estabelecimento, pelo TSE, de política de reserva de candidaturas para pessoas negras no patamar de 30%. Terceiro e quarto quesitos respondidos afirmativamente, nos seguintes termos: os recursos públicos do Fundo Partidário e do FEFC e o tempo de rádio e TV devem ser destinados ao custeio das candidaturas de homens negros na exata proporção das candidaturas apresentadas pelas agremiações” (págs.1-5 - documento eletrônico 11, grifei). No entanto, na sequência, o TSE decidiu, por maioria de votos, vencidos, no ponto, os Ministros Luís Roberto Barroso (Relator), Edson Fachin e Alexandre de Moraes, que aquilo que se continha na Consulta número 0600306-47.2019.6.00.0000 só seria aplicável a partir das eleições de 2022, mediante a edição de resolução, nos termos do voto vencedor do Ministro Og Fernandes, acompanhado pelos Ministros Luís Felipe Salomão, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto e Sérgio Banhos. Daí o inconformismo do PSOL, o qual, na exordial da presente ADPF (...) a obrigação dos partidos políticos de tratar igualmente, ou melhor, equitativamente os candidatos decorre da incontornável obrigação que têm de resguardar o regime democrático e os direitos fundamentais (art. 16, caput, da CF) e do inarredável dever de dar concreção aos objetivos fundamentais da República, dentre os quais se destaca o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo,

preferencial para as Cortes Supremas na defesa dos objetivos constitucionais, cuja existência deflui de uma escolha do povo no momento da celebração das cláusulas constituintes e, também, por ocasião da manifestação do poder constituinte derivado. Com efeito, pela supremacia judicial que estamos a vivenciar em solo pátrio, despreza-se (ou pelo menos, diminui-se) o também relevante papel de outras fontes ou instituições neste sagrado objetivo, qual seja, a construção de um Estado de Direito sadio.

Nunca é demais lembrar, conforme pondera Tushnet, que a supremacia judicial pode sim servir para perfazer, em regimes constitucionais ainda não estabilizados, parte do trabalho de construção que outros poderes acabam, por ato intencional ou omissivo, não fazendo. No entanto, a supremacia judicial, na lógica de captura que já expus aqui, também pode servir para a manutenção de correntes políticas já enfraquecidas no âmbito dos demais polos decisoriais, o que pode ensejar atraso, por exemplo, na implementação de agenda sufragada em pleitos eleitorais:

“When a constitutional regime is firmly established, the Court is simply one of its institutions. Judicial supremacy makes sense then because the Court can do some of the regime's work. It can mop up backwaters that aren't worth Congress's attention. More important, it can invoke the Constitution to get rid of policies enacted during the former regime, when a Congress hobbled by remnants of the prior regime cannot. (...) As constitutional regimes decay, judicial supremacy becomes increasingly attractive to the adherents of the old order, who generally control the Court well after they have lost their grip on Congress and the presidency. Judicial supremacy allows the Court to protect the former regime's accomplishments and, if worse comes to worst, thwart the new regime's initiatives—at least until the new regime gets firm grip on the government, including the Supreme Court.”³⁵⁵

Neste contexto³⁵⁶, há até mesmo o reconhecimento por parte dos próprios Ministros

cor, idade” (art. 3o, IV, CF). Sublinho, por oportuno, que, segundo o calendário eleitoral, ainda se está no período das convenções partidárias, qual seja, de 31/8 a 16/9, em que as legendas escolhem os candidatos, cujo registro deve ser feito até o dia 26/9. Tal cronograma evidencia que a implementação dos incentivos propostos pelo TSE, discriminados na resposta à Consulta, desde já, não causará nenhum prejuízo às agremiações políticas, sobretudo porque a propaganda eleitoral ainda não começou, iniciando-se apenas em 27/9. Mas não é só isso: os referidos prazos também deixam claro o perigo na demora, a revelar que uma decisão initio litis ou de mérito proferida nestes autos, pelo STF, após essas datas, à toda a evidência, perderia o seu objeto por manifesta intempestividade. Isso posto, defiro a medida cautelar, ad referendum do Plenário do STF, para determinar a imediata aplicação dos incentivos às candidaturas de pessoas negras, nos exatos termos da resposta do TSE à Consulta 600306-47, ainda nas eleições de 2020. Requistem-se informações ao Tribunal Superior Eleitoral. Após as informações, dê-se vista ao Procurador-Geral da República. Publique-se. Brasília, 9 de setembro de 2020. Ministro Ricardo Lewandowski – Relator”. STF. ADPF 738/2020. Disponível em www.stf.jus.br, acesso em 14/09/2020

³⁵⁵ TUSHNET, Mark. *Taking Back the Constitution*. London: Yale University Press, p. 255.

³⁵⁶ Rodriguez, por exemplo, nos traz posição bastante lúcida acerca de como, no contexto que expusemos de

que estão a compor a corte atualmente acerca da problemática da legitimidade do Excelso Pretório quando pretende tratar de problemas que não lhe são próprios, ao menos do ponto de vista do exercício da política estrita, em direta confrontação com os demais polos decisórios. Ademais, é preciso considerar que a supremacia judicial pode pressupor constante achatamento do lócus dos demais poderes, em alguns casos até mesmo em face de comandos constitucionais.³⁵⁷

Com efeito, Campos enumera uma série de casos em que, ao longo das décadas, a contar da vigência do nosso Pacto Social de 1988, o Supremo decidiu questões absolutamente relevantes, demonstrando claramente que, com lastro no papel de guardião

‘captura da Corte’, personagens sistêmicos poderosos podem, através da Justiça Constitucional, subtrair certas discussões do debate público: *“Desta forma, os poderosos livram-se da necessidade de justificar racionalmente suas posições de domínio ao excluir determinados conceitos jurídicos e desenhos institucionais do debate público. Tal procedimento, que pode se dar com a utilização de tipos variados de argumentos, ou seja, com a incorporação de diversas das “entidades” judiciais a que nos referimos acima, pode vir a transformar o direito em mero instrumento para satisfazer o interesse deste ou daquele grupo social. No Brasil, a criação de zonas de autarquia está ligada a uma falsa justificação das decisões judiciais (e de poder em geral) com fundamento em argumentos exclusivamente personalistas e em conceitos ou raciocínios naturalizados. Ambos os procedimentos têm o potencial de retirar da esfera pública a possibilidade de debater as razões para decidir e a justificativa do desenho do Estado, tornando ambas completamente imunes ao debate racional e público. Além disso, eles parecem guardar semelhanças com manobras parecidas, noticiadas pela teoria social em outras realidades e contextos.”* RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes? Para uma crítica ao Direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 21.

³⁵⁷ Para demonstrar nossa linha de raciocínio, consideremos por exemplo a decisão do STF no bojo da Reclamação 4.335/AC, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes que, raciocinando na lógica da mutação constitucional, deixou de aplicar o art. 52, X, da CF, em evidente capitis deminutio do Senado Federal, segundo nos ensina Streck: *“O julgamento da Reclamação 4.335/AC que acabou por equiparar os efeitos do controle difuso aos do controle concentrado e, por consequência, a possibilidade de se atribuir efeito erga omnes e vinculante às decisões emanadas do controle difuso, dispensando-se a participação do Senado Federal ou transformando-o em uma espécie de diário oficial do Supremo Tribunal Federal. O que nos votos foi denominado de “mutação constitucional”, consistiu, na verdade, a não atribuição de uma (nova) norma a um texto (Sinngabung), mas, sim a substituição de um texto por outro texto (construído pelo Supremo Tribunal Federal). (...) Deixar de aplicar o art. 52, X, significa não só abrir precedente de não cumprimento de normas constitucional - enfraquecendo sobremodo a força normativa da Constituição - mas também suportar as consequências, uma vez que a integridade também supõe integridade da própria Constituição. E, não se pode esquecer que a não aplicação de uma norma é uma forma de aplicação. Incorreta. Mas é. Na realidade, há uma questão que se levantar como condição de possibilidade na discussão acerca da validade (e da força normativa) do art. 52, X, da Constituição do Brasil. Trata-se de uma questão paradigmática, uma vez que sua ratificação (o que vem sendo repetido pelo menos desde 1934), em uma Constituição dos tempos de estado democrático de direito, dá-se exatamente pela exigência democrática de participação da Sociedade no processo de decisão acerca da (in)constitucionalidade de uma lei produzida pela vontade geral. Por isso, o art. 52, X é muito mais importante do que ser bem pensado. Ele consubstancia um deslocamento do polo de tensão do solipsismo das decisões do Judiciário em direção da esfera pública de controle dessas decisões.”* STRECK, Lenio Luiz. *Mut(il)ação Constitucional: de como o debate acerca dos limites obscurecem o debate acerca dos limites da constituição in Crise dos Poderes da República*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, pp. 211-224.

último dos valores constitucionais, tem sido voz preponderante no exercício do poder em nossa Sociedade. Escrevendo ainda em 2014 (e asseverando acerca da relevância da ação penal 470, vulgo ‘mensalão’³⁵⁸), Campos não menciona, na lista a seguir, os resvalos da Operação Lava Jato no bojo do Supremo, que gerou, segundo penso, grande potencial desestruturador na República, sendo certo que merece, certamente, figurar como caso-emblema da supremacia que estamos aqui a sugerir:

“(…) aos poucos, a Corte abandonou as ortodoxias de autorrestrrição judicial: flexibilizou os requisitos de legitimidade para a propositura de ADI em favor das entidades de classe, intensificou o controle de constitucionalidade dos pressupostos de urgência e de relevância das medidas provisórias, passou a escrutinar a constitucionalidade das leis orçamentárias, utilizou o mandado de injunção para suprir lacunas inconstitucionais, inclusive com eficácia erga omnes. Por sua vez, é de se observar que o Supremo, desde o início da vigência da Constituição de 1988, sempre demonstrou disposição em declarar inconstitucionais emendas constitucionais. Nos temas de alta sensibilidade e de repercussão político-partidário-eleitoral, a Corte decidiu: sobre o número de vereadores que os municípios poderiam ter, impôs a verticalização das coligações partidário-eleitorais para o ano de 2006, embora emenda constitucional dispusesse em sentido contrário, julgou inconstitucionais as chamadas "cláusulas de barreira" da Lei nº 9.096/95, por considerá-las particularmente excessivas e desproporcionais, impôs aos parlamentares a "fidelidade partidária, sob pena de perda do mandato, decidiu o destino dos mandatos entre os partidos e as coligações partidárias nos casos de vacância, renúncia ou licença do candidato eleito, decidiu a validade e a aplicabilidade da "Lei da Ficha-Limpa". No campo das questões morais mais cruciais da atualidade, pautado, principalmente, nos princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade e da igualdade, o Supremo: julgou a constitucionalidade da autorização legal de pesquisas e tratamentos médicos com células-tronco embrionárias ("Lei de Biossegurança"), legitimou a união homoafetiva como união estável, descriminalizou aborto de fetos anencéfalos, validou as políticas de reserva de cotas étnico-raciais (ações afirmativas raciais) e de cotas socioeconômicas no ensino público. A Corte também tem interferido sobre a demarcação contínua de terras indígenas e de terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos. Sobre os outros poderes, o Supremo tem imposto a vedação da prática de nepotismo, o dever de boa-fé objetiva na nomeação de candidatos aprovados concurso público dentro do número de vagas previstas no Edital do concurso. Contra os Executivos e Legislativos estaduais, o Supremo julgou inconstitucional a criação de novos municípios até que fosse editada a lei complementar exigida pelo §4º do artigo 18 da Constituição e atacou fortemente a "Guerra Fiscal" entre estados e Distrito Federal. Ademais, a Corte tem cuidado de casos de impressionante repercussão midiática: o julgamento da Lei da Anistia, o "caso Battisti", a definição da competência concorrente (originária) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para investigar magistrados. Mas, sem dúvida, nenhum julgamento midiático supera o "caso Mensalão", ação penal contra os interesses do Governo federal e de seu partido político. A seleção acima de

³⁵⁸ Confira-se notícia do sítio do STF acerca do início do julgamento da referida ação penal: Corte Suprema do Brasil inicia o julgamento do mensalão. <https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalNoticias&idConteudo=214544>, acesso em 24/10/2020.

casos relevantes deixa claro o protagonismo institucional do Supremo Tribunal Federal.³⁵⁹

A partir destes argumentos, vejamos, com detalhes, o discurso do Ministro Luiz Fux por ocasião de sua recente assunção na presidência da nossa Corte Constitucional, admitindo a prática de ativismo deletério, ao mesmo tempo em que, por conveniência e estratégia política, agentes dos outros Poderes transferem propositadamente a decisão para o STF³⁶⁰, visando não arcar com as inevitáveis consequências das escolhas que fazem:

“(...) meu norte será a lição mais elementar que aprendi ao longo de décadas no exercício da Magistratura: a necessária deferência aos demais Poderes no âmbito de suas competências, combinada com a altivez e vigilância na tutela das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Afinal, o mandamento da harmonia entre os Poderes não se confunde com contemplação e subserviência. As três últimas décadas testemunharam as deliberações valiosas do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, na consolidação e avanço do processo democrático e social e no resguardo dos direitos fundamentais e das regras do jogo democrático. Se assim o é, também não se podem desconsiderar as críticas, em vozes mais ou menos nítidas e intensas, de que o Poder Judiciário estaria se ocupando de atribuições próprias dos canais de legítima expressão da vontade popular, reservada apenas aos Poderes integrados por mandatários eleitos. Em referência a tal juízo de censura, é

³⁵⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 252.

³⁶⁰ Com efeito, no cenário atual nos parece que tudo acaba por ser decidido no STF. Vejamos que, até mesmo o recentíssimo contexto pandêmico que nos circunda, acaba por depender do juízo de valor dos Ministros do Supremo. Neste sentido, temos que a questão da vacinação em face da COVID-19 acabará, pela via da propositura de uma ADPF por um partido político, por ser decidida no âmbito da Corte Constitucional, já havendo inclusive despacho cautelar para que se prestem ao Supremo informações acerca da política pública decidida (ou não) pelo Poder Executivo Federal: “O ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal votou para que o governo federal apresente, em 30 dias, um plano de vacinação contra a Covid-19. O plano terá de ser atualizados todo mês até o fim de 2021 e ser enviado, também, ao Congresso Nacional. (...) O relator das duas ações que pedem que o governo federal adquira doses das vacinas Coronavac, contra a Covid-19, entendeu que o Executivo deve apresentar à Corte um planejamento detalhado das estratégias para o enfrentamento à pandemia, com a identificação de datas e recursos para assegurar a “oferta e distribuição tempestiva, universal e gratuita de vacinas, em qualidade e quantidade suficiente para a imunização de toda a população brasileira, segundo critérios técnicos e científicos pertinentes, assegurada a maior cobertura vacinal possível”. (...) Ainda, Lewandowski refuta o argumento de que o Judiciário não poderia impor obrigações à administração pública. Ele cita o RE 592.581, que assentou que é lícito impor medidas de obras emergenciais em presídios diante da reiterada omissão do Estado. “Não obstante, em situações como esta sob análise, marcada por incertezas quanto às medidas mais apropriadas para o enfrentamento da pandemia, em especial no concernente à eficácia do distanciamento social e dos imunizantes em cogitação, assim como por dúvidas acerca de um futuro acesso universal às vacinas, não posso deixar de asseverar, com toda a convicção, que incumbe ao Supremo Tribunal Federal exercer o seu poder contramajoritário, oferecendo a necessária resistência às ações e omissões de outros Poderes da República, de maneira a garantir a integral observância dos ditames constitucionais.” POMPEU, Ana. *Lewandowski: governo deve apresentar plano de vacinação contra a Covid-19 em 30 dias*. In: JOTA, disponível em <https://www.jota.info/stf/do-supremo/lewandowski-governo-deve-apresentar-plano-de-vacinacao-contr-a-covid-19-em-30-dias-24112020>, acesso em 24/11/2020.

comum o emprego das expressões “judicialização da política” e “ativismo judicial”. Esse é um aspecto da jurisdição que me é muito caro e preocupante. Assistimos, cotidianamente, o Poder Judiciário ser instado a decidir questões para as quais não dispõe de capacidade institucional. Mais ainda, a cláusula pétreia de que nenhuma lesão ou ameaça deva escapar à apreciação judicial, erigiu uma zona de conforto para os agentes políticos. Em consequência, alguns grupos de poder que não desejam arcar com as consequências de suas próprias decisões acabam por permitir a transferência voluntária e prematura de conflitos de natureza política para o Poder Judiciário, instando os juízes a plasmarem provimentos judiciais sobre temas que demandam debate em outras arenas. Essa prática tem exposto o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, a um protagonismo deletério, corroendo a credibilidade dos tribunais quando decidem questões permeadas por desacordos morais que deveriam ter sido decididas no Parlamento. Essa disfuncionalidade desconhece que o Supremo Tribunal Federal não detém o monopólio das respostas – nem é o legítimo oráculo – para todos os dilemas morais, políticos e econômicos de uma nação. Tanto quanto possível, os poderes Legislativo e Executivo devem resolver interna corporis seus próprios conflitos e arcar com as consequências políticas de suas próprias decisões. Imbuído dessa premissa, conclamo os agentes políticos e os atores do sistema de justiça aqui presentes para darmos um basta na judicialização vulgar e epidêmica de temas e conflitos em que a decisão política deva reinar. Trata-se de compromisso que se revela fundamental para a sustentabilidade de nossa democracia, para a autoridade de nossa Constituição, e para a harmonia entre os poderes. Aos nossos olhos, o Judiciário deve atuar movido pela virtude passiva, devolvendo à arena política e administrativa os temas que não lhe competem à luz da Constituição. E, quando excepcionalmente assumir esse protagonismo, o Judiciário poderá, em lugar de intervir verticalmente, atuar como catalisador e indutor do processo político-democrático, emitindo incentivos de atuação e de coordenação recíproca às instituições e aos atores políticos. (...) Por outro lado, se devemos deferência ao espaço legítimo de atuação da política, não podemos abrir mão da independência judicial atuante por um ambiente político probo, íntegro e respeitado. De forma harmônica e mantendo um diálogo permanente com os demais Poderes, o Judiciário não hesitará em proferir decisões exemplares para a proteção das minorias, da liberdade de expressão e de imprensa, para a preservação da nossa democracia e do sistema republicano de governo. Igualmente, não mediremos esforços para o fortalecimento do combate à corrupção, que ainda circula de forma sombria em ambientes pouco republicanos em nosso país.”³⁶¹

Como já mencionei, a questão que envolve a prática ativista do Excelso Pretório não é de quantidade, mas sim de qualidade. Algumas decisões substantivas acabam por chamar maior atenção doutrinária. Hélio Pinheiro Pinto³⁶², e.g., menciona algumas ocasiões em que o Supremo chamou para si até mesmo a possibilidade de desempenhar o papel de poder constituinte derivado, consubstanciando postura evidente de supremacia judicial³⁶³. Segundo

³⁶¹ FUX, Luiz. *Discurso de posse na presidência do STF em 10 de setembro de 2020*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoPosseFux.pdf>, acesso em 26/10/2020.

³⁶² PINTO, Hélio Pinheiro. *Juristocracia: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial*, Op. Cit., p. 85.

³⁶³ O STF, a partir deste contexto, tem mantido postura resiliente às críticas acerca de sua postura institucional, o que, nos termos colocados por Lins, dificulta a discussão acerca do aperfeiçoamento das disfuncionalidades da Corte: “(...) característica que marcaria o momento em que vivemos é um certo monopólio do discurso

sua análise, isso teria ocorrido, por exemplo, quando o STF determinou perda de mandato parlamentar por infidelidade partidária, sem que tal sanção estivesse constitucionalmente prevista ou, em decisão que já mencionamos neste trabalho, na ocasião em que o controle de fiscalização de constitucionalidade por parte do Senado Federal, no exercício da modalidade difusa, foi avocado pelo Tribunal, anulando função da Casa Alta que está prevista no art. 52 da Carta.

Há, nos termos colocados por Almeida³⁶⁴, diante da postura do STF na prática da supremacia judicial, algumas reações por parte do mundo político. Com efeito, as propostas de emenda à Constituição 33/2011³⁶⁵ e 35/2015³⁶⁶ ainda são consideradas, segundo análise do supramencionado autor, tímidas. No entanto, representativas do descontentamento de parcela dos atores sociais que estão a perceber que, sob o manto da decisão judicial, pode se esconder uma Corte ‘justiceira’, praticando uma espécie de decisionismo que tende a ser nefasto para o Estado de Direito em solo pátrio³⁶⁷.

jurídico conquistado pelo Judiciário em detrimento dos demais Poderes, que parecem ter reconhecido (ou terem sido forçados a reconhecer em razão do novo equilíbrio de forças) a autonomia do Direito como linguagem técnica. Quando ocorrem, as reações políticas às decisões da corte não contêm, em sua maioria, um questionamento mais relevante das razões jurídicas que as fundamentaram ou do procedimento de deliberação adotado e têm recebido respostas institucionais veementes. Acusando qualquer crítica aos julgamentos (ou até aos ministros) de tentativa espúria de controle do tribunal, o STF tem tido sucesso na realização de uma blindagem institucional de inquirições mais profundas sobre sua atuação ao menos no que se refere aos demais atores do jogo democrático. Investindo nesta postura intransigente em relação às críticas, a discussão sobre alguns elementos que definem a identidade da corte acabam ficando em segundo plano quando se trata de debater a judicialização da política, como, por exemplo, a forma como ela define para si uma agenda mais ativa ou mais passiva, que se reflete nos conflitos em que se mostra disposta a entrar, a liberdade de atuação individual dos ministros seja no exercício de atribuição judicante seja em suas manifestações e atividades fora do tribunal, bem como a relação que estabelece com a própria jurisprudência.” LINS, Silvia Follain de Figueiredo. *A ascensão do STF e os limites do poder: teoria e prática na narrativa constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Gramma, 2019, p. 118.

³⁶⁴ ALMEIDA, Plínio Regis Baima de. *Poder Judiciário e política: o dilema do constitucionalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, pp. 168-169.

³⁶⁵ Trata-se de emenda que tencionava regrar com mais cuidado a questão da colegialidade para declaração de inconstitucionalidade por parte do Supremo e, ainda, submeter tais declarações ao crivo do Congresso. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>, acesso em 25/10/2020.

³⁶⁶ Trata-se de emenda que tencionava mudar a forma de composição da Corte Constitucional, introduzindo, outrossim, mandato para os membros do Supremo. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120337>, acesso em 25/10/2020.

³⁶⁷ Carvalho Netto e Martins, neste sentido e a partir de algumas recentes decisões controversas, asseveram que o STF não pode se comportar como dono ‘supremo’ da Constituição: “O STF tende a ignorar a dimensão da disputa narrativa interna ao caso judicial concreto, valendo-se, no mais das vezes, dos princípios constitucionais como uma licença para praticar o mais puro decisionismo judicial, especialmente quando afirma o seu papel de “Guardião da Constituição”, entendido este como o órgão que dá “a última palavra sobre o sentido normativo das regras constitucionais” (RE 599.633, fl. 02). O principal problema dessa postura é a crença de que uma decisão judicial sobre um direito constitucional qualquer é legítima apenas por

Neste sentido, ainda segundo o autor acima, em primeiro lugar, será necessário desconstruir a imagem de um poder judicial baseado em suposta neutralidade técnica, reconhecendo-o como absolutamente influente no cenário político. Vejamos que a propalada neutralidade técnica, como lastro e pressuposto para a atuação dos magistrados, não existe mais na prática jurisdicional, em especial no contexto de uma Sociedade fraturada por dissensos e por posições políticas bastante díspares, conforme se depreende do magistério de Celly Cook Inatomi:

“(…) Nas conjunturas políticas atuais, de crescimento do conservadorismo em diversas partes do mundo, o Judiciário e os juízes têm despontado como atores políticos muito relevantes, afetando a política e a efetividade de direitos de forma muito significativa. Isso não significa, porém, que, em conjunturas anteriores ou mais liberais, os juízes não atuassem politicamente. Significa apenas que questões como neutralidade e imparcialidade, que apareciam como princípios obrigatórios da atuação dos juízes, deixaram de ter o apelo tradicional até mesmo enquanto discurso. Hoje, juízes se manifestam publicamente sobre seus posicionamentos e ideologias políticas e, em alguns casos, esse comportamento é esperado e desejado pela própria população, além de servir como sinalizador para futuras indicações e nomeações políticas. Votos e julgamentos são adiantados por juízes na mídia antes mesmo do encerramento de processos judiciais, numa demonstração de que eles devem se reportar à Sociedade como um poder eleito, prestando conta de seus atos e

ser uma decisão tomada por um órgão legalmente competente, pouco importando a correção da decisão ou mesmo as razões dessa decisão para o convencimento dos jurisdicionados. Com isso, toda a discussão acerca dos direitos constitucionais é esvaziada em prol de um argumento de autoridade, de um decisionismo insondável e injustificado a partir de qualquer critério racional. É essa compreensão que está subjacente em significativa parte das decisões judiciais do STF. O decisionismo judicial do STF implica em sua parcialidade, para verificar isso basta mencionar alguns casos recentes. Contrasta a decretação da prisão preventiva do então senador Delcídio Amaral com a negação do mesmo pedido quanto aos senadores Renan Calheiros e Romero Jucá, apesar de todos serem flagrados em conversações onde, supostamente, “tramavam” contra a operação Lava-Jato (AC 4.039, AC 4.173). Também foi imparcial a suspensão da posse do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva como ministro da Casa Civil, determinada pelo ministro Gilmar Mendes em um momento político crítico para o governo Dilma Rousseff, com base em uma interceptação telefônica ilegal, assim reconhecida, tardiamente, pelo próprio STF (Rcl 23.457). A imparcialidade não pode ser apenas um argumento descartável em razão do “livre convencimento do juiz”. Ela tampouco pode ser reduzida a mera “subjetividade”, pois a imparcialidade justifica a autonomia institucional do STF, traduzida na vitaliciedade dos juízes nos cargos, na inamovibilidade de suas funções, na irredutibilidade de seus vencimentos e na proibição de filiação partidária. Trata-se de um princípio constitucional que impõe limites e que deve ser levado a sério. Ignorá-la, como vem fazendo o STF, deslegitima a própria corte. O Guardião da Constituição não é apenas o órgão capaz de dizer, por último, aquilo que a Constituição é. O Guardião não pode ser simplesmente o “dono” da Constituição, pois paradoxalmente já a destruiu como a base pública da ordem jurídico-política, precisamente ao dela dispor como se sua fosse. Assim, ele renuncia ao governo das leis em favor do governo dos homens, enfim tem-se um ente “supremo”, mas não propriamente um “tribunal”. CARVALHO NETTO, Menelick; MARTINS, Argemiro. O sentido da imparcialidade e o guardião da Constituição. In: Jota, 19-6-2016. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-sentido-da-imparcialidade-e-o-guardiao-da-constituicao-19072016>, acesso em 02/09/2020.

pensamentos. E, diferentemente de juízes que reconheceríamos como “ativistas” liberais, não estão defendendo direitos de cidadania, sobretudo de minorias, mas sim a sua restrição, quando não a sua completa negação, tudo com o apoio de parte da Sociedade, de políticos e da mídia conservadora. Ao invés de se mostrarem responsivos aos pedidos de justiça de minorias marginalizadas, mostram-se sujeitos a pressões políticas e midiáticas de atores que defendem exclusões dessas minorias de dos direitos. Assim, entender por que, em quais temas, e de que forma o Judiciário atua politicamente se faz primordial, dado que suas ações afetam significativamente o andar da política, bem como a efetivação dos direitos de cidadania.”³⁶⁸

A partir daí, Almeida³⁶⁹ assevera que no âmbito do nosso ambiente institucional, confrontados com o real estado das coisas, poderemos desenvolver controles democráticos que tencionem não apenas aferir eventuais excessos cometidos pelo Judiciário, mas também acoplar, de maneira equilibrada e em constante processo dialógico, a prática da prestação jurisdicional na consecução efetiva dos valores constitucionais.

Com efeito, Virgílio da Silva nos coloca de maneira bastante percuciente que, embora padeça de possível vício de inconstitucionalidade, a emenda³⁷⁰ que pretendeu colocar o controle de constitucionalidade sob crivo último das nossas casas congressuais é ainda menos preocupante do que certas decisões do próprio Supremo que, ao contrário da referida iniciativa legiferante (que, a rigor, deu início apenas a uma discussão no ambiente democrático), possuem força e resvala no mundo fático, produzindo efeitos concretos (e por vezes deletérios) no seio da Sociedade:

“Na semana passada, todos os holofotes estavam apontados para a Câmara dos Deputados, que discutia uma proposta de emenda constitucional (PEC) que, segundo muitos, é flagrantemente inconstitucional, por ferir a separação de poderes. Contudo, a decisão mais inquietante, em vários sentidos, inclusive em relação à própria separação de poderes, estava sendo tomada no prédio ao lado, no Supremo Tribunal Federal (STF). No dia seguinte, nas primeiras páginas dos jornais, o grande vilão, como sempre, foi o poder Legislativo. A PEC analisada na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) da Câmara é polêmica, com certeza. Sua constitucionalidade é questionável, não há dúvidas. Mas, do ponto de vista jurídico, da separação de poderes e do direito comparado, a decisão do STF, que bloqueou o debate no Senado sobre as novas regras de acesso dos partidos políticos à TV e ao fundo partidário, é muito mais chocante. (...) Neste momento em que o Legislativo passa por uma séria crise de legitimidade, não parece ser a hora de tentar recuperá-la da forma como se tentou. (...). O que pretendi até aqui foi apenas apontar que, embora

³⁶⁸ INATOMI, Celly Cook. *As análises políticas sobre o poder judiciário: lições da ciência política norte-americana*. Campinas: Ed. Unicamp, 2020, pp. 13-14.

³⁶⁹ ALMEIDA, Plínio Regis Baima de. *Poder Judiciário e política: o dilema do constitucionalismo democrático*. *Op. Cit.*, pp. 168-169.

³⁷⁰ Trata-se da proposta de emenda constitucional número 33/2011, que tramitou na Câmara dos Deputados, que já mencionamos neste trabalho.

extremamente polêmica, a proposta é menos singular do que muitos pretenderam fazer crer. Já a decisão do ministro Gilmar Mendes, tomada na mesma data e que mereceu muito menos atenção da imprensa, é algo que parece não ter paralelo na história do STF e na experiência internacional. Ao bloquear o debate sobre as novas regras partidárias, Gilmar Mendes simplesmente decidiu que o Senado não poderia deliberar sobre um projeto de lei porque ele, Gilmar Mendes, não concorda com o teor do projeto. Em termos muito simples, foi isso o que aconteceu. Embora em sua decisão ele procure mostrar que o STF tem o dever de zelar pelo “devido processo legislativo”, sua decisão não tem nada a ver com essa questão. Os precedentes do STF e as obras de autores brasileiros e estrangeiros que o ministro cita não têm relação com o que ele de fato decidiu. Sua decisão foi, na verdade, sobre a questão de fundo, não sobre o procedimento. Gilmar Mendes não conseguiu apontar absolutamente nenhum problema procedimental, nenhum desrespeito ao processo legislativo por parte do Senado. O máximo que ele conseguiu foi afirmar que o processo teria sido muito rápido e aparentemente casuístico. Mas, desde que respeitadas as regras do processo legislativo, o quão rápido um projeto é analisado é uma questão política, não jurídica. Não cabe ao STF ditar o ritmo do processo legislativo. Sua decisão apoia-se em uma única e singela ideia, que pode ser resumida pelo argumento “se o projeto for aprovado, ele será inconstitucional pelas razões a, b e c”. Ora, não existe no Brasil, e em quase nenhum lugar do mundo, controle prévio de constitucionalidade feito pelo Judiciário. Mesmo nos lugares onde há esse controle prévio – como na França – ele jamais ocorre dessa forma. Na França, o Conselho Constitucional pode analisar a constitucionalidade de uma lei antes de ela entrar em vigor, mas nunca impedir o próprio debate. Uma decisão nesse sentido, de impedir o próprio debate, é simplesmente autoritária e sem paralelos na história do STF e de tribunais semelhantes em países democráticos. (...) a decisão do STF é mais alarmante também porque produz efeitos concretos e imediatos (...) E também porque, se não for revista, abre caminho para que o STF possa bloquear qualquer debate no Legislativo sempre que não gostar do que está sendo discutido. E a comprovação de que essa não é uma mera suposição veio mais rápido do que se imaginava: dois dias depois, em outra decisão sem precedentes, o ministro Dias Toffoli exigiu da Câmara dos Deputados explicações acerca do que estava sendo discutido na CCJ, como se a Câmara devesse alguma satisfação nesse sentido. É no mínimo irônico que, na mesma semana em que acusa a Câmara de desrespeitar a separação de poderes, o STF tenha tomado duas decisões que afrontaram esse princípio de forma tão inequívoca. (...)³⁷¹

De se considerar que, para além das várias condições institucionais que propiciam o cenário social de supremacia judicial, conforme estamos aqui a defender, o jogo político trivial acaba por ocorrer no âmbito do Tribunal Supremo em solo pátrio, quer seja na relação entre seus pares, no seio do STF, quer seja na relação havida com os demais polos de poder³⁷².

³⁷¹ DA SILVA, Virgílio Afonso. *A emenda e o Supremo*. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-emenda-e-o-supremo>, acesso em 02/09/2020.

³⁷² Dez anos atrás, Francisco Gérson Marques Lima já nos alertava, ao analisar o comportamento do STF em alguns casos emblemáticos, acerca do perigo em julgar esperando atingir determinado resultado político: “(...) *Em algumas circunstâncias, o STF não se tem pautado desta maneira. Com efeito, argumentos meramente jurídicos ou incompletos têm sido utilizados para decidir questões sob o pálio da economia, da política, da religião etc. Foi o caso, por exemplo, dos expurgos inflacionários dos Planos Collor e Bresser Pereira, em que o STF mudou o conceito de direito adquirido para dar sustentação jurídica a uma política econômica,*

Arguelhes e Pereira, por ocasião da análise da recente polêmica envolvendo possibilidade de cumprimento de pena após decisão condenatória colegiada³⁷³, argumentam que o manejo da pauta e de alguns aspectos do modelo decisório do STF acabam por enfraquecer, a médio-longo prazo, a legitimidade do próprio Tribunal que, como já sublinhamos neste trabalho, passa a ser percebido pela opinião pública como jogador ordinário na arena em que se fazem apostas políticas:

“Após o voto da ministra Rosa Weber contra o habeas corpus de Lula, o ministro Marco Aurélio se dirigiu à presidente Carmen Lúcia: “Que isso fique nos anais do tribunal: vence a estratégia, o fato de Vossa Excelência não ter colocado em pauta as declaratórias de constitucionalidade”. Marco Aurélio se referia a algo que é evidente para quem conhece bem o Supremo: a mesma questão pode ser julgada de maneira diferente, dependendo do tipo de ação, do relator e de ser decidida por um único ministro, por cada uma das turmas de cinco ou pelo plenário completo dos onze. Os ministros sabem disso melhor do que ninguém, e frequentemente jogam, de forma deliberada, com tais possibilidades. (...) Controlar a entrada em pauta de um processo até que a composição ou o momento sejam mais favoráveis à sua tese é uma tática comum no Supremo. O ministro Marco Aurélio, por exemplo, já admitiu publicamente ter deixado “na prateleira” o caso da interrupção da gravidez de fetos com anencefalia enquanto aguardava por um tribunal mais favorável à tese. (...) A crítica à estratégia procedimental para obter resultados específicos no Supremo é procedente. Ela pode ser feita em muitos casos, não apenas no

*porquanto o pagamento salarial daqueles períodos aos trabalhadores poderia comprometer o orçamento da União, dos Estados e dos Municípios, além de minar a sobrevivência das próprias empresas. Mas, no entanto, estes aspectos não ficaram muito claros, tendo o STF, na verdade, enfiado goela abaixo uma nova definição de direito adquirido, para dizer que este não fora violado naquelas hipóteses. O mesmo sucedeu ao tempo do chamado "apagão", episódio em que o STF corroborou a decisão do Governo em racionar o uso de energia elétrica (MP 2.152/2001), eis que, por uma falta de planejamento do Poder Público, o País ficou às portas da escuridão. Outro exemplo foi o caso da Reforma da Previdência (EC 41/2003), implementada no Governo Lula, oportunidade em que se dizia ter razões econômicas, financeiras, orçamentárias, e não propriamente jurídicas, para modificar o sistema da previdência pública. Houve deficiência na forma de explicitar as coisas, pois se utilizou o Direito para dar sustentação a uma medida econômica, com argumentos (ou desculpas) impróprios. (...) Os membros do Legislativo e do Executivo se sujeitam às críticas e sanções políticas, à resposta das urnas, com mandatos temporários. Já os integrantes do Judiciário (e, mais especificamente, do STF) ficam imunes à vontade popular, porque são vitalícios; e não têm se sujeitado às sanções políticas nem às críticas metajurídicas. Então, mais do que o Legislativo e o Executivo, o Judiciário precisa justificar suas decisões, sob pena de se ter uma ditadura judiciária, desequilibrando a democracia. No sistema democrático, assinalado pela transitoriedade dos agentes políticos, escolhidos pelo povo, há fator insito a ele, com o objetivo de assegurar certa permanência de regras e objetivos mínimos. É que, a par dos transitórios, existem os permanentes, cuja função político-democrática é a de garantir que certas pautas apresentadas pelo povo (rectius, constituinte originário) não podem ser modificadas. Isto é de suma importância, considerando que todo novo Chefe de qualquer repartição pública ou, em escala maior, da Nação chega ao posto com a intenção de mudar quase tudo, para adequar ao seu gosto governamental.” LIMA, Francisco Gérson Marques. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 98-99.*

³⁷³ Confira-se, acerca deste assunto, notícia publicada no sítio do Supremo Tribunal Federal: STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1>, acesso em 20/10/2020.

HC de Lula. Contudo, ela não encontra no Supremo de hoje muitos porta-vozes sinceros. Como observou Felipe Recondo, nos casos mais críticos os ministros parecem se diferenciar muito mais pelo resultado que querem promover, do que pelos meios que empregam para atingi-lo. (...) Não faltam estrategistas no Supremo. Uns vencem, outros são vencidos. A percepção de que vencer ou perder em um caso específico no Supremo de hoje depende mais de estratégias do que determina o direito é uma grande ameaça para a legitimidade e autoridade do tribunal(...).³⁷⁴

Neste contexto, com evidentes problemas havidos no design estruturante de nossa Corte Constitucional (cuja preocupação é fulcral neste trabalho), o Supremo, mergulhado no contexto da supremacia judicial, vive realidade um tanto quanto disfuncional, conforme nos coloca Recondo ³⁷⁵. Neste sentido, cada Ministro – exercendo poderes individuais extraordinários – pode celebrar alianças e declarar guerras externas e internas, em claro desequilíbrio de agendas e precário controle institucional. Antes conhecidos como ‘onze ilhas’³⁷⁶, hoje são onze estados independentes.³⁷⁷

Finalmente, segundo magistério de Rodriguez³⁷⁸, ao meditar em sua obra acerca do processo decisório nas Cortes, nos dias atuais, não há decisão no STF que não seja comentada, aplaudida, contestada ou criticada. Neste contexto, o debate acaba por referenciar-se nos limites que uma corte constitucional deve ter no nosso sistema político³⁷⁹,

³⁷⁴ ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. *O Supremo das estratégias e o STF de Rosa Weber*. In: JOTA. Disponível em <https://www.jota.info/stf/supra/o-supremo-das-estrategias-rosa-weber-lula-06042018>, acesso em 01/09/2020.

³⁷⁵ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os Onze - o STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Cia das Letras, 2019, p. 290.

³⁷⁶ Como colocou Conrado Hübner Mendes, em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo, em 2010: MENDES, Conrado Hüber. *Onze Ilhas*. In: Folha de SP. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>, acesso em 20/10/2020.

³⁷⁷ Vejamos matéria recente de Demétrio Magnoli que, fazendo paralelo com a Corte pretendida pela Administração trumpista, nos alerta acerca da ‘guerra de guerrilha’ que toma conta do STF hoje: “*Hoje, pelas mãos de Donald Trump, emerge uma Suprema Corte fundamentalista, impermeável às demandas de reforma social. Há um lado positivo: os defensores das mudanças devem enfrentar a batalha na arena política e eleitoral, convencendo a maioria da justeza de suas teses. A lição americana vale, de outro modo, para o Brasil. “In Fux we trust”: o ativismo judicial manifestou-se pelo alinhamento automático de ministros do mais alto tribunal à agenda política do Partido da Lava Jato. Isso cobrou um preço institucional devastador. De um lado, semeou o chão onde nasceu o governo Bolsonaro. De outro, conduziu o STF a uma espiral entrópica que o fragmentou em 11 ilhas fortificadas engajadas em tortuosas guerras de guerrilha. Juizes que fazem política fracassam duas vezes, como políticos e como magistrados. Ginsburg não foi grande por defender o aborto, mas por saber a diferença entre a cadeira do juiz e a tribuna do parlamentar.*” MAGNOLI, Demétrio. *Juizes que fazem política fracassam duas vezes, como políticos e como magistrados*. In: Folha de SP. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/demetriomagnoli/2020/10/juizes-que-fazem-politica-fracassam-duas-vezes-como-politicos-e-como-magistrados.shtml>, acesso em 21/10/2020.

³⁷⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Op. Cit.*, p. 199.

³⁷⁹ Neste sentido, vejamos comentário de Saul Tourinho Leal ao ponderar que o STF, ao assumir postura

sendo certo que, não podemos deixar de considerar, que o próprio método híbrido de controle de constitucionalidade é, ele mesmo, foco tensionador sistêmico entre os personagens do próprio poder judicial. Rodriguez³⁸⁰, no entanto, nos alerta que tal estado de coisas não é necessariamente ruim, desde que possamos encarar a problemática do modo mais democrático possível, com vistas a abrir o Judiciário para o debate e o crivo regular e efetivo da Sociedade.

2.2. Aspectos do modelo decisional do STF

No tópico presente, pretendemos discutir as diversas circunstâncias envolvendo o modelo de deliberação no âmbito de nossa Corte Constitucional, com vistas a identificar possíveis meios que possam robustecer o funcionamento institucional do STF por ocasião de suas prestações jurisdicionais.

Com efeito, pensamos que, ao identificarmos algumas destas imperfeições nos mecanismos de reflexão do Supremo, estamos a considerar a necessidade de se garantir, cada vez mais, a legitimidade própria e efetiva que deve gozar nossa Justiça Constitucional no

substantialista nos últimos anos, acaba por frustrar, por vezes, expectativas populares que, pelo seu próprio *modus operandi*, não pode dar vazão: “(...) o Supremo Tribunal Federal, presenciando uma crise de legitimidade dos atores do processo democrático preencheu o vazio deixado por eles junto à população alterando a sua antiga postura procedimentalista e de jurisdição defensiva e substituindo-a por uma ação substantialista e ativista. Com isso, passou a cuidar dos grandes temas nacionais, conduzindo-os e passando a repercutir muito na vida rotineira dos cidadãos. Por meio de suas ações, somada à crise de representatividade democrática, o Tribunal passou a gozar de grande prestígio junto ao povo, desfrutando de ares de legitimidade, nada obstante seus integrantes não tenham mandato popular. Além dessa mudança de postura, o STF passou a, lentamente, empregar meios para concretizar o que Peter Häberle chama de “Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, tese que defende uma maior participação popular no processo de interpretação constitucional. Muitas ações foram feitas, sem, contudo, levar em consideração que os defensores dessa abertura no exercício da jurisdição constitucional se filiam à tese procedimentalista da Constituição, enquanto o Supremo encampou visão substantialista. Mais próximo da população, o Supremo se deparou, agora, com uma forte reação do povo, que por ele se sente representado. A reação decorre de uma decisão do Presidente do Tribunal, ministro Gilmar Mendes, em conceder, a Dantas, um habeas corpus, na contra-mão da vontade de um significativo setor da Sociedade. A Constituição Federal coloca o Supremo como guardião da Constituição. A ele não é dado representar o povo. Assim quis o Poder Constituinte Originário e assim o é. É órgão composto por especialistas, sem mandato popular, daí os constantes questionamentos acerca de sua atuação política em esferas que deveriam ser alvo de deliberação tão somente pelas instâncias que representam o povo por meio de mandato popular. Mas isso não é culpa dos críticos, é culpa do próprio Supremo que tornou-se uma Corte substantialista e ativista. O povo pensou por ela ser representado e, quando foi contrariado, reagiu.” LEAL, Saul Tourinho. “O “Fora Gilmar Mendes!” como consequência de um novo Supremo”. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1848, 23 jul. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11530>. Acesso em: 4 out. 2020.

³⁸⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Op. Cit.*, p. 199.

seio da Sociedade³⁸¹, quer seja porquanto temos como premissa a relação harmônica que deve prevalecer entre os diversos polos decisoriais de poder, quer seja porquanto os destinatários dos valores constitucionais que buscamos concretizar devem, na medida do possível, reconhecer que os grandes desacordos morais que surgem no seio social são geridos, tratados e solucionados da melhor maneira possível, mormente pelos órgãos normativamente encarregados de empreender tal mister.

Falcão, a partir da premissa que expusemos, assevera em seu magistério:

“(…) Em suma, qual a legitimidade de uma corte constitucional que pode invalidar uma lei com base numa simples união de votos, numa maioria que, do ponto de vista substantivo, não é maioria alguma? Não há respostas fáceis a essas indagações. E a polarização das discussões, com procuradores e magistrados defendendo a supremacia judicial e parlamentares e partidos políticos defendendo a supremacia do Legislativo só agrava o problema, abrindo caminho para impasses institucionais. A verdade é que a dispersão ou fragmentação dos fundamentos das decisões do STF têm um custo elevado, em termos políticos, e podem gerar situações de fato com consequências sociais e econômicas imprevisíveis. Neste momento em que é criticado por seu protagonismo, o STF está apanhando pelas razões erradas. Como disse, o problema da corte não está no ativismo de alguns ministros, mas na concepção equivocada do modo de decidir do tribunal. E isso só poderá ser resolvido por meio de uma reforma institucional ampla, responsável, sem atropelos constitucionais – e não por gambiarras jurídicas concebidas às pressas por políticos preocupados apenas em afastar a qualquer preço o risco de uma condenação judicial.”³⁸²

Neste sentido, Godoy³⁸³ nos alerta que, na lógica de um diálogo genuíno e eficaz,

³⁸¹ Ponderando como a racionalidade sistêmica é diretamente ligada à sua legitimidade para bem perfazer seu mister, Leal nos diz: “*Se, portanto, é correto afirmar que um modelo de legitimação racional da jurisdição constitucional precisa confiar em métodos e teorias de decisão, é preciso não desconsiderar as limitações epistêmicas dos responsáveis pela sua aplicação efetiva e a tentação de tornar todo e qualquer problema jurídico uma questão constitucional ou, ainda, a de compreender todo problema constitucional como um tipo de problema que exige a manipulação de muitas variáveis, como elementos morais, aspectos econômicos, o “sentimento social, o espírito do (...) tempo, o sentido da história”, a ponderação de princípios, a concretização de compromissos constitucionais vagos e mesmo a consideração de regras incidentes. Sem métodos confiáveis de decisão capazes de garantir algum tipo de racionalidade – em termos de previsibilidade e controle de discricionariedade – para decisões baseadas na consideração de tantos aspectos, provavelmente a legitimidade da jurisdição constitucional tornar-se-ia uma função exclusiva da virtude dos tomadores de decisão. Superar essa possibilidade me parece ser o primeiro limite para o êxito de uma tentativa de legitimar, pela racionalidade acoplada à fundamentação das decisões, a jurisdição constitucional em uma democracia.*” LEAL, Fernando Ângelo. “Até que ponto é possível legitimar a jurisdição constitucional pela racionalidade? Uma reconstrução crítica de ‘a razão sem voto?’” In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLETZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. São Paulo: FGV, 2017, p. 39.

³⁸² FALCÃO, Joaquim. *O Supremo*. Rio de Janeiro: edições de Janeiro, 2015, p. 85.

³⁸³ GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo*. Op. Cit., p. 34.

faz-se necessário que o Supremo reconheça e promova debates em todas as fases que envolvem o julgamento de um caso, quer seja na fase pré-decisional (em interlocução com os demais atores sociais), quer seja na fase decisional (em que deve haver debate entre os próprios membros do Colegiado), quer seja ainda na fase pós-decisional (em que haverá consolidação da decisão a partir dos argumentos que deram lastro no *decisium*)³⁸⁴.

Antes de mais nada, na esteira do magistério de Barroso e Mello³⁸⁵, é preciso considerar que, no âmbito dos países que contam com o ferramental da Justiça Constitucional, temos dois métodos de deliberação – interno e externo - e duas lógicas para se construir uma decisão final – agregativa e deliberativa³⁸⁶.

Com efeito, o modelo interno possui inspiração europeia³⁸⁷, notabilizando-se pela natureza reservada da reflexão judicial, sendo que a discussão se dá, de maneira preponderante, entre os membros da Corte, inteiramente a portas fechadas e sem ouvir as partes eventualmente interessadas e seus advogados, não havendo exposição dos entendimentos individuais de cada um dos membros. As Cortes manifestam-se através de decisões únicas, fruto do consenso alcançado após os debates de seus integrantes. Tal

³⁸⁴ Neste sentido nos alerta Recondo acerca das decisões voluntaristas do STF que acabam, por exemplo, por prejudicar o respeito à sua própria jurisprudência: “(...) *A corrosão da autoridade e da legitimidade do Supremo espraia seus efeitos para a Constituição, que o tribunal deveria guardar. Se o STF se vale dela, em muitos casos, como instrumento, deixa no ar o recado de que o texto constitucional pode ser lido, torcido e espremido para concluir o que cada grupo político quiser. E isso, num cenário de polarização política inédita, provoca o enfraquecimento – ou o questionamento – do pacto social que construiu a Constituição de 1988. A jurisprudência do Supremo nestas mais de três décadas de julgamentos desde 1988, que ajudaria a reforçar e interpretar esse pacto, é trocada por voluntarismos. Como se a cada dia, a cada processo importante, a cada composição, o tribunal buscasse reescrever sua compreensão do direito, da Constituição e das leis. Como se o passado fosse descartável. Sem o respeito à própria jurisprudência, o Supremo tem sido campo fértil para comportamentos judiciais questionáveis. Os casos heterodoxos se avolumam.*” RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os onze - o STF, seus bastidores e suas crises. Op. Cit.*, pp. 333-337.

³⁸⁵ BARROSO, Luis Roberto e MELLO, Patrícia Perrone Campos. *RETROSPECTIVA 2010 Prudências, ousadias e mudanças necessárias no STF*. CONJUR, disponível em <https://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>, acesso em 15/09/2020.

³⁸⁶ É a distinção sinteticamente colocada por Steinmetz e Freitas, falando acerca da diferença entre o modelo ‘seriatim’ e o modelo ‘per curiam’: “no Supremo Tribunal Federal, vige o modelo procedimental de deliberação seriatim e não o modelo per curiam (do latim “pela corte”; opinião ou parecer pela corte). O modelo de decisão per curiam apresenta o resultado da deliberação como “opinião do tribunal” em texto (voto) único. No modelo de decisão seriatim, há um agregado ou uma soma das posições individuais de cada membro do colegiado, cujos votos são expostos “em série”, um após o outro”. STEINMETZ, Wilson e FREITAS, Riva Sobrado de. “Modelo seriatim de deliberação judicial e controlabilidade da ponderação: uma questão institucional e metodológica para o caso brasileiro”. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 30, n. 1: 221-236, jan./jun. 2014 .

³⁸⁷ Praticado, por exemplo, na Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, segundo nos informa Valle. VALLE, André Rufino do. *É preciso repensar a deliberação no Supremo Tribunal Federal*. CONJUR. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-fev-01/observatorio-constitucional-preciso-repensar-deliberacao-stf>, acesso em 22/10/2020.

mecanismo, conforme ponderam os autores mencionados, pode constituir um facilitador da interação entre os magistrados tornando, longe do público, mais viáveis as concessões recíprocas entre os juízes, visando obter decisão consensual que representará a opinião da Corte. No entanto, pondera-se que o controle e a relação com a Sociedade acabam por reduzir-se neste método.³⁸⁸

Continuando com Barroso e Mello³⁸⁹, temos a metodologia externa, utilizada por exemplo pela Suprema Corte norte-americana, sendo certo que, para além da possibilidade de arguição dos advogados que estão a tutelar e patrocinar suas teses, há uma conferência em que cada Ministro da Corte é capaz de aderir à posição de outro, podendo, no entanto, produzir voto divergente, divulgando sua mensagem para os demais atores políticos e para a Sociedade. Afirma-se que este modelo é capaz de viabilizar melhor diálogo do poder judicial com a comunidade. No entanto, a exposição pública dos membros dificulta eventual mudança de entendimento e do panorama decisório. Ademais, a apresentação de votos com razões distintas pode levar ao ensejo do prejuízo do real sentido e alcance do julgado, acostando portanto, dificuldades práticas posteriores por ocasião da implementação do

³⁸⁸ Fischer, por exemplo, discorda frontalmente acerca do processo deliberativo em que não se conhece a posição de cada um dos componentes da Corte. Segundo ele, é sistemicamente relevante saber publicamente a preferência de cada magistrado acerca das importantes temáticas que a comunidade social lhe entrega: *"It is hard to think of a more significant power in the machinery of our democracy that is exercised more secretly. Imagine if members of Congress could propose or filibuster bills anonymously. It's unthinkable. But that's essentially what the court does on a regular basis: With complete discretion, it decides whether to undertake potentially major lawmaking without exposing any governmental official to public scrutiny. The justices should lift the veil of secrecy that shrouds this power. I am not suggesting that the justices should have to explain their votes. They are already busy enough, and there are good reasons for allowing judicial deliberations to remain private. But the Supreme Court, which has always decided for itself how to transmit its work to the public, could easily do what many other federal and state appellate courts already do: Simply announce the vote tallies — that is, how each justice voted for each petition for review — when accepting or turning away cases. In light of the Supreme Court's significant role in shaping so much of our national policy, it does not seem too much to ask to know which justices are putting which issues on the court's docket. Indeed, these votes are more consequential than anything said at oral argument. If some justices regularly vote to hear appeals from corporations and never from employees, the public ought to know this. If others often vote to hear petitions from civil rights groups but never from state or local governments defending their policies, the public should know this, too. (...) When the justices do provide glimpses into their decision-making process about which cases to hear, they offer the bar and the public at large valuable opportunities to learn more about their judicial philosophies. (...) In the end, the justices are public servants, and the court is a public institution. Absent a compelling reason to conceal their votes from the populace, the justices should let the country know how they each are using the enormous agenda-setting authority we have entrusted to them."* FISHER, Jeffrey L. "The Supreme Court's secret power", *The New York Times*, 24 de setembro de 2015, disponível em <https://www.nytimes.com/2015/09/25/opinion/the-supreme-courts-secret-power.html>, acesso em 15/09/2020.

³⁸⁹ BARROSO, Luis Roberto e MELLO, Patrícia Perrone Campos. *RETROSPECTIVA 2010 Prudências, ousadias e mudanças necessárias no STF. Op. Cit.*

decisium.³⁹⁰

Fechando o raciocínio, os autores destacados, em seu magistério, ponderam que o método deliberativo tem como fundamental característica a construção conjunta do argumento decisional, sendo fórmula usual adotada pela Corte que delibera internamente. No modo agregativo, no entanto, a decisão será fruto do produto do somatório das individualidades de cada membro da Corte, cabendo neste contexto ao intérprete compreender o entendimento colegiado do Tribunal. Destarte, este é o modelo decisório típico das Cortes que trabalham com a lógica externa.

Assim é que, conforme asseveram Barroso e Mello³⁹¹, no STF prevalece a prática do modelo que combina os métodos externo e agregativo. Não apenas os debates entre os Ministros, no bojo dos processos que são levados ao plenário, são abertos ao público e amplamente divulgados, consubstanciando-se como regra geral a apresentação de votos individuais, sem conferência interna prévia entre os Ministros, sendo certo que a prestação

³⁹⁰ Com efeito, Ferejonh e Pasquino são persuasivos asseverando que, no contexto da Suprema Corte norte-americana, necessário se faz investir esforços para que os magistrados consigam, a semelhança do que ocorre nas Cortes Constitucionais europeias, esboçar conteúdo decisional que reflita posição da Corte, sobrepujando os entendimentos individuais: *“The American system of constitutional adjudication combines a rigid and nearly unchangeable constitutional document with a Court that is staffed by simple political majorities. The result of this combination is that disputes over how best to understand or interpret the Constitution are transformed into political struggles over the composition of the Court. In one sense, this transformation seems unavoidable: political disagreement about fundamental matters is a fact of democratic life, and people can be expected to use all of their resources—their votes as well as their arguments—to get the outcomes they think are right. We think that matters are made much worse by the fact that there is too little genuine internal deliberation on the Supreme Court. In our view, this is at least partly due to the efforts of individual Justices to develop and exhibit their own personal views of the Constitution and to resist accommodation with others on the Court. So, how might the tradeoff between internal and external deliberation be influenced or altered? Specifically, in the case of the U.S. Supreme Court, is there any plausible way by which the Justices might be induced to spend less time and effort as individuals trying to influence external publics to accept their constitutional views and more time engaged in deliberation and persuasion with their fellow Justices in sincere efforts to reach common ground? To put the matter this way is already to suggest that the question might as easily be posed as follows: are there any reforms of practices relating to the Supreme Court that would make it likely to become a more genuinely deliberative body, as many of the European constitutional courts arguably have been? (...) There is of course no prospect of simply banning the publication of multiple opinions. Indeed, there are powerful reasons not to do so as arguments in dissents and concurrences can, and have, played a role in deliberation through time, at times becoming the basis for settled doctrine. So we do not urge that, but rather wonder whether it is possible that the Justices themselves might develop deliberative norms that would lead them to engage more seriously in the effort to persuade and be persuaded by their fellow Justices in face-to-face discussion, to seek consensus as a general practice, and to work hard to compromise their differences. Such a norm would also urge self-restraint when it comes to publishing dissents and concurring opinions, and a norm of this kind seems firmly in place in the German and Spanish courts.”* FEREJONH, John; PASQUINO, Pasquale, “Constitutional Adjudication: Lessons from Europe”, 82 Tex. L. Rev. 1671, 2004. pp. 1700-1704.

³⁹¹ BARROSO, Luis Roberto e MELLO, Patrícia Perrone Campos. *RETROSPECTIVA 2010 Prudências, ousadias e mudanças necessárias no STF*. Op. Cit.

jurisdicional deriva da somatória destes posicionamentos, não havendo, portanto, uma opinião do Tribunal propriamente dita.

Desta forma, mais uma vez nos socorrendo de Oscar Vilhena, temos que o procedimento deliberativo que funciona no âmbito do Poder Judicial (em sede de pluralidade de magistrados), tendo como foco o STF (em razão de sua relevância no cenário institucional e sendo foco deste trabalho), carrega consigo certa deficiência metodológica que pode resultar, segundo o autor, em cenário adverso que dificulta, por exemplo, a consolidação de correntes jurisprudenciais que poderiam racionalizar o sistema:

“(...) Quando nos perguntamos qual a decisão do Supremo no caso das células-tronco, por exemplo, fica evidente que há uma multiplicidade de opiniões. Mesmo se pegarmos o voto do relator, o que dali foi aceito pela maioria e o que não foi aceito? Quais são os efeitos precisos do que foi decidido? As decisões precisam deixar de ser vistas como uma somatória aritmética de votos díspares. O sistema jurídico necessita de decisões que correspondam a um maior consenso decorrente de um intenso processo de discussão e deliberação da corte. Sempre deverá haver espaço para votos discordantes e opiniões complementares, claro, mas a maioria deveria ser capaz de produzir uma decisão acordada, um acórdão, que representasse a opinião do Tribunal. Isso daria mais consistência a decisões judiciais de grande impacto político. Ainda nesse quesito, talvez fosse positivo que o STF começasse a deliberar em pelo menos três etapas. Num primeiro momento deveriam ser selecionados poucos casos da jurisdição difusa a serem julgados no ano judiciário - os de jurisdição concentrada dariam entrada na ordem de chegada. A transparência na construção da agenda é urgente. Num segundo momento seria aberto espaço para as audiências públicas e para as sustentações orais, com a presença obrigatória dos ministros. Posteriormente teríamos as sessões de discussão e julgamento. Após tomada a decisão, aquele que liderou a maioria deveria ser incumbido de redigir o acórdão. É desnecessário que haja onze votos apostados, muitos deles pouco acrescentando, quando não confundindo os jurisdicionados. Com um processo de deliberação mais consistente, o Supremo poderia ter tempo para o estabelecimento de padrões interpretativos mais claros, o que permitiria estabilizar sua própria jurisprudência, bem como a dos tribunais e juízes de primeiro grau.”³⁹²

Segundo nos coloca Brandão³⁹³, a cultura decisória de vinculação aos precedentes no âmbito do Supremo ainda é bastante insípida, prejudicando deveras a coerência, segurança e racionalidade que deve haver no ordenamento jurídico, especialmente porquanto, no contexto da possível supremacia judicial que vivenciamos, o STF tende a se pronunciar acerca de questões com severas repercussões no meio social³⁹⁴. Deste modo, ao construir

³⁹² VILHENA, Oscar. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. Op. Cit., p. 19.

³⁹³ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais - a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Op. Cit., p. 231.

³⁹⁴ Escrevendo em 1999, Arantes e Kerche já asseveravam que, em razão da estratégica posição do STF em nossa conformação de poder, deveríamos aperfeiçoar a racionalidade e a coerência do nosso sistema,

teorizações amplas que adjudicam, na grande maioria das vezes, a interpretação final do que quer dizer a Constituição, o Excelso Pretório, através da adoção de parâmetros e raciocínios decisoriais fluidos, acaba por prejudicar a integridade do sistema jurídico.³⁹⁵

Com efeito, não se pode negar às Cortes Constitucionais a capacidade de promover efetiva melhora no ambiente constitucional-democrático que vivemos. No entanto, segundo pensamos, aperfeiçoar seu sistema de deliberação é fundamental, com vistas a qualificar suas decisões como as melhores possíveis para os casos que analisam. A partir desta premissa e com o pressuposto que a jurisprudência é, ao lado da lei e da doutrina, também fonte importante do direito, é preciso considerar que não pode haver, nos termos sugeridos pelo magistério de Lunardi³⁹⁶, ‘fulanização’ dos julgamentos proferidos pelo Supremo.

Neste sentido, continua Lunardi³⁹⁷, não é possível deparar-se com soluções muito

desenvolvendo meios de consolidação da jurisprudência do Supremo em torno de questões importantes que lá desembocavam: *“Nos últimos dez anos, praticamente todas as intervenções econômicas de maior impacto do governo provocaram ações na Justiça. O hibridismo de nosso sistema, entretanto, acarretou decisões judiciais demoradas e muitas vezes contraditórias. Questões como novos impostos, bloqueio de recursos em contas bancárias, mensalidades escolares, reajustes salariais, privatização de empresas estatais, entre outras tantas, ensejaram longas batalhas judiciais, fundadas em interpretações conflitantes da Constituição. De um lado, isso foi tomado como indicador do grau de liberalização do novo regime; de outro, o modus operandi do controle constitucional implicou custos para a governabilidade, notadamente a insegurança jurídica decorrente da descentralização das decisões judiciais e da falta de vinculação entre elas. Para se ter uma idéia, dos processos relativos a recursos extraordinários e agravos de instrumento entre 1991 e 1996, no STF, nada menos do que 84% foram repetições de casos já julgados pelo tribunal, ou seja, não teriam percorrido toda a estrutura judiciária até o Supremo se suas decisões tivessem efeito vinculante. Essa experiência recente tem motivado propostas de reforma do Judiciário justamente no sentido de redefinir seu desenho institucional e seu papel político. Se efetivadas, produzirão também um novo equilíbrio de poderes, hoje exageradamente inclinado a favor das instâncias inferiores do Judiciário. Estamos nos referindo, em especial, às propostas de instituição do efeito vinculante das decisões do STF em matéria constitucional sobre as demais instâncias do Judiciário e à criação de um mecanismo que possibilite a transferência para o STF de processos envolvendo questões constitucionais relevantes em curso nas instâncias inferiores do Judiciário (conhecido como incidente de inconstitucionalidade).”* ARANTES, Rogério Bastos; KERCHÉ, Fábio. “Judiciário e Democracia no Brasil”. *Novos Estudos CEBRAP*, N.º 54, julho 1999, pp. 27-41. Disponível em: http://rubi.casarui Barbosa.gov.br/bitstream/20.500.11997/1301/1/Arantes%2C%20Rog%C3%A9rio%20Bastos%20e%20Kerche%2C%20F%C3%A1bio_Judici%C3%A1rio%20e%20democracia%20no%20Brasil.pdf, acesso em 23/10/2020.

³⁹⁵ Acerca da preocupação sobre não termos um sistema de precedentes organizado, que possa ser, por exemplo, reconstruído argumentativamente, assim pondera Rodriguez: *“O Brasil não tem um sistema de precedentes organizado. A unificação da jurisprudência tem sido feita por meio de enunciados e súmulas e não via determinados casos que sejam tratados, pelas próprias cortes, como exemplares de sua posição. Os enunciados e súmulas costumam, por meio de fórmulas genéricas e sem fazer referência a nenhum argumento, indicar para a Sociedade o resultado futuro das demandas que versem sobre determinado assunto.”* RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Op. Cit.*, p. 224.

³⁹⁶ LUNARDI, Fabrício Castagna. *O STF na Política e a Política no STF*. São Paulo: SaraivaJur, 2020, pp. 133-141.

³⁹⁷ *Idem*.

distintas para casos bastante análogos, em curto lapso temporal. Quando isto ocorre, é de se pressupor que o STF considerou, para além da análise racional do caso, fatores outros como, e.g., o contexto político, a posição do Ministro-relator, as pressões populares e outras variáveis que, em última *ratio*, revelam o intricado jogo político-estratégico que está a tomar o ambiente decisional da nossa Corte Suprema, em evidente sacrifício do próprio direito constitucional. Atuar de maneira circunstancial, oscilando por demais o lastro jurídico das decisões conforme o caso, é ‘fulanizar’ os julgamentos, em verdadeira prática do constitucionalismo abusivo, cuja temática já tratamos neste trabalho.

A partir deste contexto, é possível, segundo penso, asseverar que as razões díspares adotadas pela nossa Justiça Constitucional ao decidir a ação cautelar 4070 (que afastou o então Deputado Eduardo Cunha do exercício do mandato parlamentar em razão do envolvimento do mesmo em ilícitos de corrupção)³⁹⁸; a ação direta de inconstitucionalidade 5526 (que deliberou, *in abstracto*, acerca do cabimento das medidas cautelares distintas da prisão, previstas no âmbito do artigo 319 do Código de Processo Penal³⁹⁹), quando

³⁹⁸ “Plenário confirma afastamento de Eduardo Cunha do mandato na Câmara - O Supremo Tribunal Federal (STF) referendou nesta quinta-feira (5) decisão do ministro Teori Zavascki, proferida na Ação Cautelar (AC) 4070, que suspendeu Eduardo Cunha (PMDB-RJ) do exercício do mandato de deputado federal e, por consequência, da função de presidente da Câmara dos Deputados. Segundo o entendimento adotado pelos ministros, o afastamento é uma medida necessária para impedir a interferência do deputado em investigações criminais, e não implica interferência indevida do Judiciário no Poder Legislativo, uma vez que a autonomia dos parlamentares não é ilimitada, e ambos os Poderes se submetem à Constituição Federal. Por unanimidade, os ministros acompanharam o posicionamento de Teori Zavascki, que deferiu a medida requerida pelo procurador-geral da República, Rodrigo Janot, o qual apontou uma série de evidências de que Eduardo Cunha agiu com desvio de finalidade para atender a seus próprios interesses. (...) Ao encerrar o julgamento, o presidente da Corte, ministro Ricardo Lewandowski, disse que o Poder Judiciário, especialmente o STF, está atento ao que acontece no país e tem ofertado sua prestação jurisdicional no seu devido tempo. “Mas é preciso ressaltar que o tempo do Judiciário não é o da política nem o da mídia”, afirmou. “Temos ritos e prazos a observar”. Segundo o presidente, o ministro Teori Zavascki “não podia decidir antes de dar voz às partes envolvidas”, e só o fez depois da vinda aos autos de novas provas, “algumas recentíssimas”, e num momento em que se revelou uma nova urgência – a proximidade de votação pelo Senado do eventual afastamento da presidente da República, que pode colocar Eduardo Cunha na linha de sucessão. Para Lewandowski, o afastamento cautelar do presidente da Câmara é uma medida com respaldo legal e “extremamente comedida” e adequada. “O relator a escolheu em lugar da prisão preventiva ou outras alternativas que tinha à disposição, e baseado num robustíssimo contexto fático-probatório”. Ele reiterou ainda que não há qualquer ingerência do Judiciário sobre o Legislativo. “Estamos atuando dentro dos limites da nossa competência e ação jurisdicional”, afirmou. “A proposta do relator limitou-se a suspender o exercício do cargo de presidente da Câmara e das funções de deputado federal. Uma eventual cassação do mandato continua sob a competência da Câmara, e haverá de ser tomada, se for o caso, a critério dos parlamentares”, concluiu.” STF. AC 4070. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316009>, acesso em 07/09/2020

³⁹⁹ “Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o Poder Judiciário tem competência para impor a parlamentares as medidas cautelares do artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP). Apenas no caso da imposição de medida que dificulte ou impeça, direta ou indiretamente, o exercício

parlamentares estão envolvidos na prática de ilícitos criminais e, em caso de concessão de determinação judicial que resulte em prejuízo da atividade parlamentar, se há necessidade do crivo da Casa Congressual a que pertença o afastado) e a ação cautelar 4327 (cujo *decisium* determinou o reestabelecimento do exercício do mandato do então Senador Aécio Neves, envolvido na oportunidade em condutas que poderiam configurar crime)⁴⁰⁰ certamente não ajudaram na coesão e integridade sistêmica que estamos aqui a defender, como valor ínsito que deve acompanhar as prestações jurisdicionais do STF.

A mesma lógica que demonstra certa disfuncionalidade decisional, em clara dissonância na lógica jurisprudencial do STF vale, segundo acreditamos, também para as decisões proferidas pelos Ministros do Excelso Pretório no bojo das ações mandamentais 34609 e 34615 (cuja linha de raciocínio concluiu que não havia desvio de finalidade na nomeação de Moreira Franco pelo Governo Temer, ainda que o político em referência estivesse sendo acusado da prática de ilícitos penais relacionados à Operação Lava-Jato)⁴⁰¹

regular do mandato, a decisão judicial deve ser remetida, em 24 horas, à respectiva Casa Legislativa para deliberação, nos termos do artigo 53, parágrafo 2º, da Constituição Federal. A decisão se deu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5526, julgada parcialmente procedente da sessão desta quarta-feira (11). Na ação, os partidos Progressista (PP), Social Cristão (PSC) e Solidariedade pediam interpretação conforme a Constituição para que a aplicação das medidas cautelares, quando impostas a parlamentares, fossem submetidas à deliberação da respectiva Casa Legislativa em 24 horas. O prazo está previsto na Constituição para os casos de prisão em flagrante de crime inafiançável. Nessas hipóteses, diz o texto constitucional, os autos deverão ser remetidos para que a maioria dos membros delibere sobre a prisão. Pelo entendimento da maioria, no entanto, apenas a medida que suspenda o mandato ou embarace seu exercício deve ser submetida a posterior controle político do Legislativo.” STF. ADI 5526. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358853>, acesso em 07/09/2020

⁴⁰⁰ *“O ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal (STF), restabeleceu o exercício do mandato do senador Aécio Neves (PSDB-MG) e afastou as outras medidas restritivas implementadas contra ele (proibição de contatar outro investigado ou réu no processo e de ausentar-se do país). A decisão do ministro foi tomada após agravos regimentais apresentados pelo senador e reconsidera a decisão do relator original da Ação Cautelar (AC) 4327, ministro Edson Fachin, que determinou o afastamento de Aécio do mandato e as demais medidas. “É mais que hora de a Suprema Corte restabelecer o respeito à Constituição, preservando as garantias do mandato parlamentar. Sejam quais forem as denúncias contra o senador mineiro, não cabe ao STF, por seu plenário e, muito menos, por ordem monocrática, afastar um parlamentar do exercício do mandato. Trata-se de perigosíssima criação jurisprudencial, que afeta de forma significativa o equilíbrio e a independência dos Três Poderes. Mandato parlamentar é coisa séria e não se mexe, impunemente, em suas prerrogativas”, afirmou o ministro Marco Aurélio.”* STF. AC 4327. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=348351&caixaBusca=N>, acesso em 07/09/2020.

⁴⁰¹ *“O ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, indeferiu pedidos de liminar formulados pela Rede Sustentabilidade e pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) que buscavam suspender os efeitos de decreto presidencial que nomeou Wellington Moreira Franco para o cargo de ministro de Estado chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República. Segundo o ministro, relator dos Mandados de Segurança (MS) 34609 e 34615, a mera outorga da condição de ministro de Estado não garante qualquer imunidade a seu ocupante, e a prerrogativa de foro “não confere qualquer privilégio de ordem pessoal a quem dela seja titular”. A principal alegação dos partidos é a que de que a nomeação de Moreira Franco configuraria desvio de*

e a medida cautelar concedida no bojo do mandado de segurança 34.070/DF (em que se deliberou por suspender cautelarmente a nomeação do ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva como Ministro-Chefe da Casa Civil, pela então Presidente Dilma Rousseff, visto que tal ato, para além da mera discricionariedade política, esconderia, em verdade, desvio de finalidade que visava turbar o andamento de ação penal em trâmite na Justiça Federal em Curitiba, fruto da mesma operação policial supramencionada)⁴⁰².

Para além da problemática que envolve a estabilização e respeito à lógica jurisprudencial do Supremo, há que se ponderar que a metodologia decisional aplicável aos julgamentos havidos no âmbito do poder judicial (que se replica em toda a cadeia judiciária do País), acaba por dar peso grande para a figura do Ministro-Relator⁴⁰³, ainda que seja necessário reconhecer que os casos mais polêmicos atraem atenção diferenciada de cada componente da Corte, sendo certo que, neste contexto, podemos afirmar que a relatoria tenha peso distinto do usual, conforme colocado por Virgílio Afonso da Silva.⁴⁰⁴

finalidade, uma vez que teria como objetivo lhe garantir prerrogativa de foro, obstruindo assim as investigações criminais no âmbito da operação Lava-Jato e impedindo a sua prisão.” STF. MS 34609. Disponível em http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=336251, acesso em 28/10/2020.

⁴⁰² “O ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF), deferiu medida liminar para suspender a eficácia da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de ministro chefe da Casa Civil, determinando a manutenção da competência da justiça de primeira instância para analisar os procedimentos criminais em seu desfavor. A decisão foi tomada nos Mandados de Segurança (MS) 34070 e 34071, impetrados no STF, respectivamente, pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). As legendas alegam que o ato de nomeação pela presidente Dilma Rousseff ocorreu com desvio de finalidade, visando retirar da competência do juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba procedimento criminal contra o ex-presidente Lula, uma vez que os ministros de Estado têm prerrogativa do foro no STF.” STF. MS 34070. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=312453>, acesso em 27/10/2020.

⁴⁰³ É também o que pondera Oliveira medir o peso da posição do Relator no julgamento das ações de controle concentrado: “Considerando o peso que o voto do relator tem nas ADINs não unânimes, notamos que há uma correlação quase perfeita (coeficiente de Pearson de 0,937). Em apenas quatro das 163 ADINs com decisão não unânime, o voto do relator foi vencido. Ou seja, em 98% dos casos não unânimes, o voto do relator foi o voto da maioria do tribunal.” OLIVEIRA, Fabiana Luci de. “Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: Coalizões e ‘panelinhas’”. *Revista Sociológica e Política*. Curitiba, v. 20, n.44, nov. 2012, p. 148.

⁴⁰⁴ “No Supremo Tribunal Federal, o papel do ministro relator não foi ainda objeto de estudo mais detido. A percepção mais difundida é a de que o ministro relator, por ser o ministro que mais se ocupa do caso, teria papel preponderante. Estatísticas mostram que o relator costuma ser seguido na esmagadora maioria das decisões do STF. Mas, para além dos números, pouco se sabe qual é a influência do relator e de seu voto no processo de deliberação nos casos mais polêmicos, que chamam mais a atenção tanto da comunidade jurídica quanto do grande público e da imprensa. Na medida em que nesses casos – ao contrário do que ocorre normalmente – todos os ministros costumam levar seus votos prontos para a sessão de julgamento, é possível supor que o papel e o grau de influência do relator seja diferente do usual. (...). Em geral, os ministros do STF veem o papel do relator como decisivo na deliberação.” SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer? O papel do ministro relator”. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v.1, n.1, 2015. pp. 188-190.

Neste sentido, Chada e Hartmann⁴⁰⁵ nos alertam que não há elemento mais decisivo no resultado das demandas que tramitam no STF do que o magistrado que irá relatar o processo⁴⁰⁶. Com efeito, a grande maioria das prestações jurisdicionais da Corte são produzidas no desempenho das atribuições regimentais que o Ministro perfaz individualmente⁴⁰⁷, sendo certo que este, afora o total controle do *timing* das decisões que

⁴⁰⁵ CHADA, Daniel, HARTMANN, Ivar A. “A distribuição de processos no Supremo é realmente aleatória?” In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. *Onze Supremos: O Supremo em 2016*. Belo Horizonte: FGV Rio, 2017, pp. 54-55.

⁴⁰⁶ Na esteira da discussão acerca da importância estratégica do componente da Corte que primeiro conhecerá da demanda, em uma de suas primeiras decisões como Presidente do STF, o Ministro Luiz Fux acabou por editar a Resolução 706 de 15 de outubro de 2020, cujo objetivo foi estabelecer normas complementares para aprimorar a segurança, a transparência e a aleatoriedade da distribuição dos processos na Corte. Tal ato normativo ocorre logo após a grande repercussão ocorrida com a decisão monocrática liminar que concedeu ordem de habeas corpus para um reconhecido líder de uma facção criminosa brasileira no início de outubro de 2020. Com a decisão cumprida, a Presidência da Corte acabou por rever a decisão em tela no dia 10 de outubro de 2020, ocasionando certo embaraço entre os Ministros da Corte. STF. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=453484&ori=2#:~:text=O%20presidente%20do%20Supremo%20Tribunal,distribui%C3%A7%C3%A3o%20dos%20processos%20na%20Corte,> acesso em 20/11/2020.

⁴⁰⁷ O Regimento Interno da Corte Constitucional em solo pátrio aparelhou o Ministro-Relator com diversas funções, conforme podemos ver nos termos do artigo 21 e 22 do referido diploma regimental: “*Art. 21. São atribuições do Relator: I – ordenar e dirigir o processo; II – executar e fazer cumprir os seus despachos, suas decisões monocráticas, suas ordens e seus acórdãos transitados em julgado, bem como determinar às autoridades judiciárias e administrativas providências relativas ao andamento e à instrução dos processos de sua competência, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais não decisórios a outros Tribunais e a juízos de primeiro grau de jurisdição; iii – submeter ao Plenário, à Turma, ou aos Presidentes, conforme a competência, questões de ordem para o bom andamento dos processos; iv – submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa; v – determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, ad referendum do Plenário ou da Turma; V-A – decidir questões urgentes no plantão judicial realizado nos dias de sábado, domingo, feriados e naqueles em que o Tribunal o determinar, na forma regulamentada em Resolução; vi – determinar, em agravo de instrumento, a subida, com as razões das partes, de recurso denegado ou procrastinado, para melhor exame; vii – requisitar os autos originais, quando necessário; viii – homologar as desistências, ainda que o feito se ache em mesa para julgamento; ix – julgar prejudicado pedido ou recurso que haja perdido o objeto; x – pedir dia para julgamento dos feitos nos quais estiver habilitado a proferir voto, ou passá-los ao Revisor, com o relatório, se for o caso; xi – remeter habeas corpus ou recurso de habeas corpus ao julgamento do Plenário; xii – assinar cartas de sentença; xiii – delegar atribuições a outras autoridades judiciárias, nos casos previstos em lei e neste Regimento; xiv – apresentar em mesa para julgamento os feitos que independam de pauta; xv – determinar a instauração de inquérito a pedido do Procurador-Geral da República, da autoridade policial ou do ofendido, bem como o seu arquivamento, quando o requerer o Procurador-Geral da República, ou quando verificar: a) a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; b) a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; c) que o fato narrado evidentemente não constitui crime; d) extinta a punibilidade do agente; ou e) ausência de indícios mínimos de autoria ou materialidade. xvi – assinar a correspondência oficial, em nome do Supremo Tribunal Federal, nas matérias e nos processos sujeitos à sua competência jurisdicional, podendo dirigir-se a qualquer autoridade pública, inclusive aos Chefes dos Poderes da República; xvii – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada*

matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante; xviii – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou nos processos de sua relatoria; xix – julgar o pedido de assistência judiciária; xx – praticar os demais atos que lhe incumbam ou sejam facultados em lei e no Regimento. § 1º Poderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou à súmula do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que reputar competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil. § 2º Poderá ainda o Relator, em caso de manifesta divergência com a Súmula, prover, desde logo, o recurso extraordinário. § 3º Ao pedir dia para julgamento ou apresentar o feito em mesa, indicará o Relator, nos autos, se o submete ao Plenário ou à Turma, salvo se pela simples designação da classe estiver fixado o órgão competente § 4º O Relator comunicará à Presidência, para os fins do art. 328 deste Regimento, as matérias sobre as quais proferir decisões de sobrestamento ou devolução de autos, nos termos do art. 543-B do cpc. Art. 21-a. Compete ao relator convocar juízes ou desembargadores para a realização do interrogatório e de outros atos da instrução dos inquéritos criminais e ações penais originárias, na sede do tribunal ou no local onde se deva produzir o ato, bem como definir os limites de sua atuação. § 1º Caberá ao magistrado instrutor, convocado na forma do caput: i – designar e realizar as audiências de interrogatório, inquirição de testemunhas, acareação, transação, suspensão condicional do processo, admonitórias e outras; ii – requisitar testemunhas e determinar condução coercitiva, caso necessário; iii – expedir e controlar o cumprimento das cartas de ordem; iv – determinar intimações e notificações; v – decidir questões incidentes durante a realização dos atos sob sua responsabilidade; vi – requisitar documentos ou informações existentes em bancos de dados; vii – fixar ou prorrogar prazos para a prática de atos durante a instrução; viii – realizar inspeções judiciais; ix – requisitar, junto aos órgãos locais do Poder Judiciário, o apoio de pessoal, equipamentos e instalações adequados para os atos processuais que devam ser produzidos fora da sede do Tribunal; x – exercer outras funções que lhes sejam delegadas pelo relator ou pelo Tribunal e relacionadas à instrução dos inquéritos criminais e das ações penais originárias. § 2º As decisões proferidas pelo magistrado instrutor, no exercício das atribuições previstas no parágrafo anterior, ficam sujeitas ao posterior controle do relator, de ofício ou mediante provocação do interessado, no prazo de 5 (cinco) dias contados da ciência do ato. Art. 21-b. Todos os processos de competência do Tribunal poderão, a critério do relator ou do ministro vistor com a concordância do relator, ser submetidos a julgamento em listas de processos em ambiente presencial ou eletrônico, observadas as respectivas competências das Turmas ou do Plenário. § 1º Serão julgados preferencialmente em ambiente eletrônico os seguintes processos: i – agravos internos, agravos regimentais e embargos de declaração; II – medidas cautelares em ações de controle concentrado; III – referendo de medidas cautelares e de tutelas provisórias; IV – demais classes processuais, inclusive recursos com repercussão geral reconhecida, cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do stf. § 2º Nas hipóteses de cabimento de sustentação oral previstas neste regimento interno, fica facultado à Procuradoria-Geral da República, à Advocacia-Geral da União, à Defensoria Pública da União, aos advogados e demais habilitados nos autos encaminhar as respectivas sustentações por meio eletrônico após a publicação da pauta e até 48 horas antes de iniciado o julgamento em ambiente virtual. § 3º No caso de pedido de destaque feito por qualquer ministro, o relator encaminhará o processo ao órgão colegiado competente para julgamento presencial, com publicação de nova pauta. § 4º Em caso de excepcional urgência, o Presidente do Supremo Tribunal Federal e os Presidentes das Turmas poderão convocar sessão virtual extraordinária, com prazos fixados no respectivo ato convocatório. § 5º Ato do Presidente do Tribunal regulamentará os procedimentos das sessões virtuais.” Art. 22. O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida. Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo: a) quando houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário; b) quando, em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário.” STF. Regimento Interno. disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>, acesso em 20/10/2020

prolata, pode inclusive decidir, por exemplo, de maneira frontalmente contrária ao que está decidindo o colegiado do Supremo. Com efeito, a demonstrar os grandes poderes concentrados de maneira singular em cada componente da Corte, basta asseverar que a decisão que acima mencionamos, que impediu Luís Inácio Lula da Silva de ser Ministro no Governo Dilma⁴⁰⁸, foi prolatada de maneira monocrática⁴⁰⁹ e jamais foi submetida, até porquanto a crise política na ocasião acabou por aprofundar-se, ao plenário do STF.⁴¹⁰ Com efeito, é preciso avaliar que, na lógica decisória atualmente implementada no Supremo, um único Ministro, mesmo que votando após maioria formada, pode paralisar um julgamento com um único pedido regimental de vista da demanda.⁴¹¹

⁴⁰⁸ C.f. nota 387.

⁴⁰⁹ Aliás, neste trabalho defendo que as medidas cautelares monocráticas devem ser restritas ao máximo, trancando inclusive a pauta do Supremo, em mecanismo semelhante ao que ocorre hoje com as medidas provisórias do Executivo em relação ao Legislativo, conforme já expus anteriormente. Neste sentido, pondera Valle que tais liminares individuais seriam inclusive ilegais e inconstitucionais: “(...) *as medidas liminares decididas de forma monocrática são em regra ilegais, por violação à Lei 9.868/1999 (art. 10), e inconstitucionais, por afronta ao art. 97 da Constituição. As hipóteses excepcionalíssimas deveriam atual assim o exige e, dessa forma, é preciso regulamentar o uso do poder geral de cautela pelo Relator nas ações do controle abstrato de constitucionalidade. Se o próprio STF não o fizer, caberá ao Poder Legislativo realizar essa regulamentação, com o objetivo último e primordial de defesa da Constituição.*” VALLE, André Rufino. “A inconstitucionalidade das decisões cautelares monocráticas no controle abstrato de constitucionalidade”. In: TORTON, Zacharias (et. al.). *Decisões controversas do STF: direito constitucional em casos*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 21.

⁴¹⁰ Com efeito, acerca da participação do STF na crise havida em 2016 e que redundou no impedimento presidencial, Barroso, Benvindo e Ozorio assim asseveram: “*In March, an interim ruling issued by a single Justice suspended former President Lula’s appointment as Rousseff’s Chief of Staff. The rapporteur, Justice Gilmar Mendes, considered that Lula’s appointment was aimed solely at preventing lower court judge Sérgio Moro from issuing a preventive arrest warrant against him, as ministers are tried directly by the STF per the 1988 Constitution. Justice Mendes based his decision on a wiretapped private conversation between President Rousseff and Lula, leaked to the press by the lower court judge, which allegedly provided proof of the misuse of the cabinet appointment to avoid prosecution. Later, the STF ruled that both the wiretap and its release to the press were illegal. However, Justice Mendes’ unilateral decision was never examined by the Plenary. (...) In 2016, the STF was thrust into the political turmoil that has engulfed the country, and one conclusion is inevitable: the Court has found itself in a starring role, one that is possibly unparalleled by any other democratic period in Brazil’s history. Matters of substantial political impact, moral disagreement, and social rights, for instance, have increasingly been subject to its scrutiny. Naturally, the Court’s skyrocketing influence has led to more clashes with the political realm. Moreover, the Court’s increasing purview has also highlighted some of the STF’s longstanding flaws, such as its justices’ unbalanced powers and inability to deliver an “opinion of the Court.” Much work still remains for the STF to engineer an optimal design for decision-making, but, if there is one lesson to be learned from 2016, it is that the comparative constitutional law field should pay more attention to the developments of the Brazilian Supreme Court.*” BARROSO, Luís Roberto; BENVINDO, Juliano Zaiden; OSORIO, Aline. *Developments in Brazilian Constitutional Law: The Year 2016 in Review*. Blog of the International Journal of Constitutional Law and constitutionalism.org. October 2017. Disponível em <https://watermark.silverchair.com/mox038.pdf?token>, acesso em 02/09/2020.

⁴¹¹ Pretendo tratar do mecanismo de pedido de vista em tópico próprio neste trabalho. No entanto, penso ser interessante reproduzir a ponderação de Vitorelli acerca deste imbróglio: “(...) *Mas o problema mais sério é não saber quando o julgamento vai acabar. Porque, depois que ele começa, qualquer ministro pode pedir vista*

Almeida e Bogossian, adotando a mesma lógica que assevera o exacerbado papel do Ministro-Relator e os poderes individuais de cada componente no âmbito da Corte Constitucional, assim ponderam:

“Parece inegável que a expressão ‘nos termos do voto do relator’ tornou-se um elemento fundamental das ementas dos acórdãos. A interpretação literal de seu significado indica a função determinante do voto do relator na fundamentação da decisão coletiva. Haveria uma verdadeira delegação da corte ao relator para a fundamentação da decisão. Ao usarem sistematicamente a fórmula em suas ementas, e ao não criticarem a prática de remeter os fundamentos coletivos ao voto do relator, os ministros tacitamente afirmam a delegação na quase totalidade dos acórdãos. Segundo essa abordagem, a fundamentação da corte é idêntica à fundamentação do voto do relator do acórdão.”⁴¹²

Rodriguez⁴¹³ nos fala em ‘jurisdição opinativa’, não decidindo a favor de argumentos ou sendo constrangida por eles. Em um método em que a tomada de decisões é resultado da mera agregação de opiniões, no mais das vezes a fundamentação individual dos Ministros acaba por ser irrelevante para o funcionamento da Corte. Com efeito, ainda segundo Rodriguez⁴¹⁴, tal característica ‘opinativa’ se torna ainda mais cristalina quando se examina o procedimental das decisões colegiadas. Nesses, mesmo quando temos unanimidade, cada Ministro traz à luz suas próprias conclusões acerca do caso sub examine, especialmente se estivermos diante de caso que está a impactar a opinião pública. Com base nesta mesma premissa, assim pondera Vale:

“Quando, nos casos mais complexos, predominam os votos escritos previamente preparados, é bem provável que a votação assuma algumas características, as quais têm-se tornado cada vez mais perceptíveis. Nos casos

e, embora o Regimento Interno do STF diga que o ministro deve reapresentar o caso daí a duas sessões, que seriam 15 dias, isso parece ser mais uma diretriz que uma regra. Há processos com pedidos de vista que levam vários anos para serem devolvidos. Fica evidente que, em muitos casos, o pedido de vista não cumpre nenhum propósito relacionado ao julgamento. Ele pretende apenas adiar a sua conclusão. O Ministro já sabe como vai como vai votar, mas quer dar tempo para que algo externo aconteça que, de alguma forma, altere o cenário. Pode ser um tempo para o governo se preparar para cumprir a decisão, para o legislativo alterar uma regra, ou mesmo, simplesmente, para dar mais tempo para alguém que vai sofrer, pessoalmente, as consequências negativas da decisão. Em muitos casos, os pedidos de vista são formulados quando já há maioria quanto a conclusão. Ou seja, independentemente do modo como aquele ministro votar, o resultado já está definido. Porém, na lógica de Ilhas, ninguém pode impedir o último ministro de pedir vista, mesmo que o placar esteja em 10 a zero. E, enquanto ele não votar, a decisão não vale, porque o julgamento não foi concluído.”

VITORELLI, Edilson. *Qual ministro eu sou?* Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2019, pp. 81-83.

⁴¹² ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, André Martins. “Nos termos do voto do relator: considerações acerca da fundamentação coletiva os acórdãos do STF”. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, jul. 2016, p. 290.

⁴¹³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Op. Cit., p. 82.

⁴¹⁴ *Idem*.

em que a maioria possui em mãos um voto escrito, é bastante natural que cada Ministro acabe preferindo fazer a exposição completa dos fundamentos de seu voto, que podem ser fruto de demoradas reflexões. A votação pode então se transformar em uma sequência de leituras e discursos monológicos, segundo a ordem predeterminada, que praticamente não deixam muito espaço para exercícios mais profundos de argumentação dialética. A preocupação primordial de cada Ministro pode acabar sendo a de apresentar unilateralmente as razões contidas em seu voto, em vez de se engajar em debates construtivos. O esforço de convencimento mútuo pode então ser diminuído, pois todos estariam conscientes de que a maioria trouxe para a sessão estudos prontos e posição previamente firmada, que dificilmente seriam modificados ao longo da votação. Não se cria, com isso, um clima mais favorável à mudança de posicionamento.”⁴¹⁵

Com efeito, na esteira dos problemas procedimentais que apontamos, precisamos ponderar acerca da estruturação da lógica instrumental que se usa ao se proferir votos no âmbito da Corte. Almeida⁴¹⁶ salienta que um desses vícios ocorre na insubsistência da estrutura dos relatórios feitos pelo Ministro-Relator que não consegue, no mais das vezes, expor e organizar com clareza as questões que serão enfrentadas pelo Tribunal, com claro prejuízo no processo deliberativo do Excelso Pretório, no bojo de sua colegialidade. A partir desta constatação, é possível asseverar que não há, ao contrário de outras Cortes⁴¹⁷, uma

⁴¹⁵ VALLE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Alicante; Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Alicante, Brasília, 2015, p 271.

⁴¹⁶ ALMEIDA, Danilo dos Santos. *As Razões Ocultas do Supremo Tribunal Federal: um estudo sobre agenciamento de grupo na Corte*. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2016.

⁴¹⁷ Com efeito, a cultura de respeito aos precedentes no âmbito da Suprema Corte norte-americana, apenas para que nos utilizemos de um exemplo alienígena, é mecanismo bastante consolidado, conforme asseveram Epstein e Knight: “*For at least two reasons, it is on this external strategic dimension that a norm favoring respect for precedent can significantly affect decision making by constraining judicial choice. First, there are prudential reasons to suggest that justices might follow precedent rather than their own policy preferences. Stare decisis is one way courts respect the established expectations of a community. To the extent that members of a community base their future expectations on the belief that others will follow existing laws, the Court has an interest in minimizing the disruptive effects of overturning existing rules of behavior. If, the Court makes a radical change, the community may not be able to adapt, resulting in a decision that does not produce an efficacious rule. There are also normative reasons why justices may follow precedent rather than their own preferences. If a community has a fundamental belief that the “rule of law” requires the Court to be constrained by precedent, the justices may follow the belief even if they do not personally accept it. The constraint follows from the justices understanding that the community’s belief affects its willingness to accept and comply with the Court’s decisions. If the members of the community believe that the legitimate judicial function involves the following of precedent, then they will reject as normatively illegitimate the decisions that regularly and systematically violate precedent. To the extent that justices are concerned with establishing rules that the community will accept, they will keep in mind the fact that the community must regard these rules as legitimate. In this way, a norm of stare decisis can constrain the actions of even those Court members who do not share the view that justices should be constrained by past decisions.*” EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices Justices makes*. Whashington: CQ Press, 1998, pp. 164-165.

clara opinião consolidada e cristalina do Tribunal, conforme já nos colocava Mendes em 2009, ao utilizar a metáfora das ‘onze ilhas’ de maneira bastante percuciente:

“Se levarmos os argumentos do STF a sério, esbarramos numa outra dificuldade: argumentos "do tribunal" quase nunca existem - O STF (Supremo Tribunal Federal) teve uma agenda politicamente delicada em 2009. Chegaram ao tribunal casos que envolviam a antiga Lei de Imprensa, a demarcação de terras indígenas, a extradição de dissidente político, entre muitos outros temas de menor visibilidade pública. Suas decisões provocaram reações várias na mídia, tanto na defesa quanto no ataque. Raramente, porém, essas reações se preocuparam em ler com cuidado o que foi dito nas decisões. Colaboraram, assim, para um diálogo de surdos. Não confiaram na própria capacidade de argumentar nem na disposição do STF de ouvir. Uma pena que não estejamos debatendo os argumentos utilizados pelo STF. Eles são diversos. Em regra, têm estilo prolixo e arresado. Constituem peças clássicas do bacharelismo beletrista. Se tentarmos levar os argumentos do STF a sério, porém, esbarramos numa outra dificuldade: argumentos "do tribunal" quase nunca existem, exceto por obra de uma metáfora. Não há, exceções à parte, razões compartilhadas pela maioria dos ministros, razões que, boas ou ruins, pudéssemos generalizar como do tribunal. Se perguntarmos por que o STF decidiu um caso numa determinada direção, não raro ficamos sem resposta. Ou melhor, ficamos com muitas respostas que nem sequer conversam entre si, expressas nos votos dos 11 ministros.”⁴¹⁸

E continuando com sua linha de raciocínio, Mendes arremata asseverando que mudanças em alguns aspectos da metodologia decisional da Corte, ainda que ritualisticamente tradicionais, devem ser urgentemente consideradas, com o objetivo de, homenageando a colegialidade da Corte, reforçar sua legitimidade no seio social⁴¹⁹:

⁴¹⁸ MENDES, Conrado Hubner. *Onze Ilhas*. In: Folha de SP. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>, acesso em 15/09/2020.

⁴¹⁹ É a mesma linha de raciocínio adotada por Benvindo e Rübinger-Betti, ao ponderarem que o ganho de qualidade deliberativa na Corte, diminuindo a possibilidade de exercício individual de poder por parte dos Ministros, será importante para que o Supremo incremente sua transparência e eficiência: “*O modelo seriatim representa com fidedignidade a realidade da deliberação dentro da corte, o que pode, inclusive, servir como uma espécie de estratégia política da corte, ao mostrar para a Sociedade que o tribunal é composto por uma pluralidade de opiniões. No caso brasileiro, o modelo é levado aos seus extremos, pois o texto final do acórdão é uma soma de todos os passos da sessão plenária. Porém, como a decisão é tomada, em última instância, pela soma dos votos dissidentes e convergentes, a adoção do modelo seriatim pode ser problemática. Não existe preocupação, à primeira vista, com a unidade do acórdão, ou seja, com o fato do tribunal falar com uma única voz. Com isso, não raramente existem casos em que o texto do acórdão é uma soma de votos que não guardam necessariamente relação entre si, em que há divergência de fundamentos entre os votos da mesma corrente, impedindo a clara identificação do posicionamento da corte. O modelo per curiam apresenta, em relação à coletivização dos resultados da decisão, uma vantagem inegável. Na medida em que este modelo requer a redação de uma opinião da corte sobre determinado caso, abrindo ou não espaço para votos divergentes, o tribunal tem de apresentar suas razões como corte constitucional, construindo-se, assim, um imperativo de consistência argumentativa. Naturalmente, isso implica uma perda dessa individualidade que as práticas e regras do tribunal fortaleceram ao longo dos anos e, portanto, exigiria uma radical mudança de*

“O aperfeiçoamento da deliberação colegiada do STF contribuiria para a qualidade do debate público. E o Supremo se apresentaria não somente como autoridade que toma decisões a serem obedecidas, mas também como fórum que oferece razões a serem debatidas. Criaria uma oportunidade de reforçar sua legitimidade. O STF não é infalível. Seus erros, assim como acertos, integram o processo de aprendizado democrático. Errando ou acertando, contudo, não pode se dar ao luxo de sonegar razões claras e colegiadas que possamos desafiar, recusar ou apoiar. Não pode continuar a se proteger por trás de sua filosofia decisória "historicamente consolidada", de um emaranhado de opiniões individuais que não fazem, aparentemente, esforço para convergir. A celebração de um tribunal "descolegiado", ao invocar passivamente tal tradição como álibi, é pernicioso para o Estado de Direito.”⁴²⁰

Como coloca Virgílio Afonso da Silva⁴²¹, a colegialidade é lógica principiológica deveras importante, porquanto implica em estímulo ao trabalho em equipe. Dela deflui que não há relação hierarquizada, direta ou indireta, entre os componentes da Corte, visto que os argumentos trazidos por todos, a rigor, possuem a mesma densidade valorativa; encoraja a oitiva de outros bons argumentos que podem mudar o convencimento individual de cada magistrado ao longo do processo deliberativo; incita a cooperação sistêmica na tomada de decisão, através do respeito mútuo entre os juízes e, finalmente, cria a cultura de que a fala da Corte não é apenas fruto da somatória individual de vontades de cada Ministro, mas sim posição da instituição, gerando, outrossim, maior facilidade no alcance de consensos.

Caminhando nesta mesma linha de raciocínio, sublinhando a sensatez que será necessária para que o STF aposte em alterações procedimentais que tonifiquem o funcionamento colegiado da Corte, assim constata Vale:

*cultura e lógica argumentativa dentro da corte, o que causa resistência dos próprios ministros. A perda de poder individual, evidentemente, contraria não apenas uma postura inercial de se manter as coisas como sempre estiveram - a zona de conforto -, mas a construção mental que se consolidou de sua própria capacidade de determinar, mesmo que isoladamente, a mudança constitucional. Mas o esforço pode se justificar, especialmente porque concentrar muitos poderes nos ministros individualmente implica confundir a própria corte com essas individualidades, quando, na verdade, as propriedades de uma corte, como um sistema agregado, podem ter características que nem todos ou nenhum de seus os seus membros compartilha. A interação entre eles, se efetiva, abstrai-se de uma simples somatória de opiniões isoladas. Além do mais, possibilita-se uma melhor identificação da ratio decidendi das decisões da corte, evitando-se que os ministros exerçam individualmente o poder judicial “sem mediação pela arena decisória interna do STF”. O ganho de transparência, seja pelo incremento de qualidade da deliberação interna, seja pela maior possibilidade de controle externo de consistência argumentativa pela Sociedade – por exemplo, o papel crítico exercido pela academia – é notório.” BENVINDO, Juliano Zaiden; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. “Do Solipsismo Supremo à Deliberação Racional”. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 50, jan-jun. 2017, p. 173.*

⁴²⁰ MENDES, Conrado Hubner. *Onze Ilhas. Op. Cit.*

⁴²¹ SILVA, Virgílio Afonso. “Deciding without deliberating”. *Internacional Journal of Constitutional Law*, New York, v. 11, n3, jul 2013, p. 564.

“Cultiva-se abertamente no tribunal uma cultura de individualismo e de atuação monocrática por parte de cada magistrado. Essa característica está presente em diversos aspectos da conformação institucional do tribunal e de sua prática deliberativa, tais como: a ausência de deliberações prévias que impliquem contatos e trocas internas entre os magistrados; a estrutura organizativa e administrativa muito autônoma e independente dos gabinetes dos juízes, que não favorece a prática da intercomunicação; previsão de amplos poderes concedidos aos magistrados para solucionar definitivamente os processos e recursos por meio de decisões monocráticas; a sistemática de votos individuais em série nas sessões deliberativas, os quais posteriormente são todos individualmente publicados em sua íntegra e também em formato seriatim nos acórdãos; a manutenção, por cada magistrado, de contatos diretos com os meios de comunicação, formando um tribunal institucionalmente fragmentado em suas relações político-institucionais com a imprensa etc. A diretriz de colegialidade, com todas as características aqui ressaltadas, deve servir como norte para reformas institucionais em todos esses aspectos da prática deliberativa do STF.”⁴²²

Na esteira do magistério de Lins⁴²³, é possível portanto afirmar que, em um quadro em que há pouco zelo com uma construção jurisprudencial mais racional, de onde se poderia identificar com mais facilidade a *ratio decidendi* nos acórdãos prolatados pelo STF (como já sublinhamos neste tópico), cria-se espaço mais alargado para o endosso das posições individuais dos Ministros, sem que exista lastro real em uma opinião da Corte⁴²⁴, não refletindo, portanto, um exercício dialógico franco com os julgados anteriores, ainda que aparentemente em consonância com precedentes mencionados no aresto em questão.⁴²⁵

⁴²² VALLE, André Rufino. “A inconstitucionalidade das decisões cautelares monocráticas no controle abstrato de constitucionalidade”. *Op. Cit.*, p. 20.

⁴²³ LINS, Silvia Follain de Figueiredo. *A ascensão do STF e os limites do poder : teoria e prática na narrativa constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Gramma, 2019, p. 233.

⁴²⁴ E, novamente mencionando Virgílio Afonso da Silva, pondera-se o quão importante seria obter a ‘opinião da Corte’ já que, a partir desta premissa, teríamos certamente uma ‘tempestade de ideias’, com melhores resultados deliberativos: “*Such brainstorming simply does not occur in the Brazilian Supreme Court. The main reason is again the aggregative procedure of "sequential opinion reading". Admittedly, the justices sometimes discuss some small details of the case, or try to question the premises or conclusions of their colleagues. But since an "opinion of the court" must not be written, there is no incentive whatsoever for engaging in brainstorming that could bring about completely new ideas for a final, common opinion.*” SILVA, Virgílio Afonso. “Deciding without deliberating”. *Internacional Journal of Constitutional Law*, New York, v. 11, n3, pp. 557-584, jul 2013, p. 570.

⁴²⁵ Neste sentido, exemplificando o que queremos demonstrar, Faria menciona caso simbólico em que, ainda que levando a um mesmo resultado, os elementos para dar lastro na decisão foram absolutamente díspares para cada Ministro: “(...) *Integrantes das novas gerações, os constitucionalistas Fábio Leite e Marcelo Brando lembram o julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de uma lei paulista de 1992, que concedeu a estudantes o direito a meia entrada em cinemas e shows. À época, dois ministros – Marco Aurélio e Cezar Peluso - reconheceram a procedência da ação, porém com base em fundamentos distintos. Um alegou que a lei paulista violava a livre iniciativa. O outro afirmou que ela interferia em contratos. Suponha-se que dois*

Neste contexto, pensamos que com a atual lógica agregativa que funciona no Tribunal Supremo, a comunicação entre os magistrados-ministros acaba por ficar prejudicada, sendo que, para além da dificuldade de identificação da linha decisória que lastreou o veredito judicial, acabamos por não ter ciência acerca da segunda melhor opção que poderia ter sido oferecida pela Corte, já que os Ministros vencidos, no mais das vezes, não precisam declarar seus votos e não participam da redação das razões vencedoras, conforme alerta Virgílio Afonso da Silva:

“If that were not enough, the lack of communication among justices and the fact that na "opinion of the court" must not be delivered have two further side-effects: the complete exclusion of defeated justices from discussing the justification for the final decision, and the difficulty (in some cases, the impossibility) of identifying the ratio decidendi of a given decision.”⁴²⁶

Continuando com a linha de raciocínio de Lins⁴²⁷, é de se duvidar, portanto, que o STF, a continuar com a estrutura decisional atual, possa de fato servir como lócus em que a Sociedade encontre real e efetivo espaço argumentativo. Com efeito, deve-se ainda considerar que as decisões judiciais, por força de comando constitucional⁴²⁸, carregam dever de fundamentação e motivação mais aprofundado do que, por exemplo, o foro legislativo.

Ora, conforme pondera Lins⁴²⁹, se a jurisprudência pode ser manejada ao sabor das conveniências individuais e circunstanciais, como afirmar a superioridade de uma instância deliberativa sobre outra? Quando mecanismos deliberativos são evidentemente falhos, sem que se possa lançar mão de uma jurisprudência racional e com precedentes que conferem

*ministros tivessem acompanhado Marco Aurélio e outros dois seguissem Peluso e os demais entendessem que a lei era constitucional. Haveria nesse caso, segundo Leite e Brando, seis votos pela procedência da ação – maioria, portanto. Mas isso não esclarece qual teria sido a linha argumentativa que prevaleceu na decisão. Como a maioria foi formada? Pode uma corte suprema invalidar uma lei aprovada pelo Legislativo mediante um processo decisório baseado na mera soma dos votos? – indagam os dois constitucionalistas.” FÁRIA, José Eduardo. *Corrupção, justiça e moralidade pública*. São Paulo: Perspectiva, 2019, p. 58.*

⁴²⁶ SILVA, Virgílio Afonso. “Deciding without deliberating”. *Internacional Journal of Constitutional Law*, New York, v. 11, n3, jul 2013. p. 579.

⁴²⁷ LINS, Silvia Follain de Figueiredo. *A ascensão do STF e os limites do poder... Op. Cit.*, p. 233.

⁴²⁸ Nos termos do previsto no art. 93, inciso IX da Constituição Federal: “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.*” PLANALTO. *Constituição Federal*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 22/10/2020.

⁴²⁹ LINS, Silvia Follain de Figueiredo. *A ascensão do STF e os limites do poder... Op. Cit.*, p. 233.

segurança sistêmica, a Corte atrapalha-se na busca das melhores soluções concretas para os casos em que faz juízo de valor, dando grande margem a uma maior subjetividade por ocasião da prolação de suas prestações jurisdicionais.

Ao que parece, a questão que estamos aqui a tratar acaba por ser também preocupação dos estudiosos dos métodos deliberativos havidos em outras Cortes. No contexto espanhol, por exemplo, Llorente, em sua obra que versa acerca da forma em que se constitui o Poder na Espanha, assevera que os longuíssimos arrazoados produzidos nas decisões da Corte Constitucional hispânica prejudicam por demais a identificação do real conteúdo e fundamento do que está sendo decidido. Além disto, Llorente ainda chama a atenção para a preocupante proliferação de votos individuais no âmbito da supramencionada Justiça Constitucional:

“(…) En la actualidad y ya desde hace algún tiempo, sus inconvenientes son más visibles que sus hipotéticas ventajas. (…) La consecuencia más perniciosas de esas sentencias larguísimas y polémicas, es la de que en ellas se pierden las razones de la decisión. Es posible, aunque no seguro, que los autores de estos textos profusos y llenos de afirmaciones generales, tengan conciencia clara de cuales son las razones que fundamentan su decisión, por oposición a aquéllas otras de las que se sirven para tomar posición respecto de cuestiones que no forman parte del *thema decidendi*. Para sus lectores, es tarea muy difícil la de separar las *rationes decidendi* de los *obiter dicta*, una distinción imprescindible para delimitar el alcance de la jurisprudencia constitucional. Con la tranquilidad de ánimo que da el saberse corresponsable de la situación que ahora crítico, me atrevo a sostener que una de las tareas el Tribunal debería abordar con urgencia es la de corregir el estilo de sus sentencias para hacerlas mucho más breves, más rotundas, más ceñidas al caso, mas depuradas de doctrinas generales y más austeras, de manera que las consideraciones laterales no obscurecieran nunca el fundamento de la decisión. Aunque hay otras cuestiones de forma que merecerían ser comentadas (por ejemplo, la proliferación enorme de los Votos Particulares).”⁴³⁰

Destarte, esforços para que a qualidade deliberativa da Corte Suprema cresça são mandatórios. Interessantes proposições estão sendo estudadas por alguns autores que escrevem acerca desta temática. Benvindo e Rübinger-Betti⁴³¹, por exemplo, sugerem que o voto do relator circule antes da sessão em que a demanda será julgada, o que é perfeitamente possível no contexto da atual virtualização da vida em que estamos todos inseridos.

Desta forma, segundo defendem os autores mencionados, o processo decisório

⁴³⁰ LLORENTE, Francisco Rubio. *La forma del Poder : estudios sobre la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 1406.

⁴³¹ BENVINDO, Juliano Zaiden; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. *Do Solipsismo Supremo à Deliberação Racional. Direito, Estado e Sociedade, Op. Cit.*, p. 165.

tornar-se-ia mais discursivo, coletivo e consistente, potencializando um processo dialógico interno mais aprofundado em torno dos posicionamentos dos Ministros e, por via de consequência, tempo de trabalho seria certamente poupado.

Com efeito, Benvindo e Rübinger-Betti⁴³² asseveram que uma mudança de prática neste sentido poderia gerar maior coerência nas decisões, oportunizando que em mais ocasiões conhecêssemos a opinião da Corte acerca da matéria que está sendo objeto de análise. Deixaríamos de lado, portanto, o comportamento inercial em seguir o voto do Relator, posto que haveria, como já sublinhamos, maior energia na construção de um argumento coletivo, criando incremento racional sistêmico.

Barroso e Mello também agregam suas sugestões, que acabam por perpassar também pela lógica da mudança procedimental no âmbito da produção das decisões proferidas pelo Excelso Pretório:

“A providência alvitrada é bastante simples. Após os debates e a votação realizados em sessão pública, e sem prejuízo da apresentação dos votos individuais pelos ministros, o relator do caso deverá: i) redigir uma ementa representativa dos fundamentos e conclusões que obtiveram adesão da maioria; e ii) dela deverá constar a proposição ou tese jurídica que serviu como premissa necessária à decisão da Corte, à semelhança dos holdings do common law. Tal ementa, que poderá ser elaborada na sessão

⁴³² Oscar Vilhena, trilhando a mesma lógica aqui defendida, sugere que a metodologia agregativa seja flexibilizada em prol da construção de uma opinião do Tribunal, criando estabilização de correntes jurisprudenciais mais racionalizadas e previsíveis: “*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. Ainda no quesito deliberação, talvez fosse positivo que o Tribunal começasse a deliberar em pelo menos três etapas. Em um primeiro momento, deveriam ser selecionados os casos da jurisdição difusa a serem julgados no ano judiciário; os de jurisdição concentrada dariam entrada pela ordem de chegada. A transparência na construção da agenda é urgente. Em um segundo momento, seria aberto espaço, seja para as audiências públicas, seja para as sustentações orais, com a presença obrigatória dos Ministros. Posteriormente, teríamos as sessões de discussão e julgamento. Depois de tomada a decisão, aquele que liderou a maioria deveria ser incumbido de redigir o acórdão. Desnecessário que haja 11 votos apostados, muitos deles pouco acrescentando, quando não confundindo os jurisdicionados. Com um processo de deliberação mais consistente, o Supremo poderia ter tempo para o estabelecimento de estândares interpretativos mais claros, o que permitiria estabilizar sua própria jurisprudência, bem como a jurisprudência dos tribunais e juízes de primeiro grau. Certamente, a redução das competências e a qualificação do processo de deliberação não irão, por si, resolver as dificuldades contra-majoritárias do Supremo, mas poderão dar mais integridade às suas decisões, reduzindo arestas que, em última instância, vulnerabilizam a própria autoridade do Supremo.*” VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, pp. 441-463, jul. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>>. Acesso em: 20 Ago. 2020.

de julgamento ou posteriormente, deverá ser submetida à aprovação dos Ministros que votaram com a posição vencedora. (...) Essa é a sugestão, portanto, no que diz respeito à maior clareza do pronunciamento da Corte. (...) Faria enorme diferença se o voto do relator — ou uma minuta dele — circulasse pelos ministros anteriormente à sessão. Isso permitiria que os julgadores que estivessem de acordo com ele, em sua integralidade, simplesmente aderissem. Ou agregassem apenas o que fosse diferente. Com isso, ficariam poupados do trabalho imenso — e desnecessário — de escrever um voto para, no fim, dizer a mesma coisa. Por outro lado, os que divergissem da posição do relator já poderiam comparecer à sessão com sua manifestação, tornando dispensável — ou, no mínimo, menos frequente — o pedido de vista para a elaboração de voto contrário. As sessões plenárias comportariam julgamento de um número maior de processos e os adiamentos decorrentes de vistas seriam reduzidos significativamente⁴³³

No entanto, segundo pensamos, o aperfeiçoamento *per se*, da prática deliberativa no âmbito da Suprema Corte não será capaz de resolver os gargalos havidos na metodologia decisória do STF. Para tanto, também será necessário conjugar de maneira mais eficaz a equação ‘tempo *versus* quantidade de matérias apreciadas’ no bojo da Justiça Constitucional.⁴³⁴

Com efeito, acreditamos que os institutos da repercussão geral⁴³⁵ e da súmula vinculante⁴³⁶, desde que deliberados em prática colegiada reforçada, resultado de uma

⁴³³ BARROSO, Luis Roberto e MELLO, Patrícia Perrone Campos. *RETROSPECTIVA 2010 - Prudências, ousadias e mudanças necessárias no STF*. CONJUR, disponível em <https://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>, acesso em 15/09/2020.

⁴³⁴ Novamente nos socorrendo da experiência espanhola, me parece que a questão da racionalização do tempo é matéria que preocupa por lá também. Tremps, neste sentido, assevera que mudanças na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (LOTC) foram necessárias para reduzir a grande quantidade de recursos de amparo que acabavam por atravancar a pauta da Corte. No entanto, ainda existem problemas no tempo que o Pleno do Tribunal demora para julgar matérias que são a ele submetidas: “*Ahora bien, la ya reseñada reforma de la LOTC introducida por la LO 6/2007 ha hecho frente a este problema mediante dos mecanismos, especialmente: flexibilizar la admisión del recurso de amparo y «descentralizar» en parte el trabajo del Pleno y de las Salas (v. cap. I.5). El primer mecanismo ha tenido un efecto rápido y evidente: la bolsa de recursos de amparo pendientes há disminuido sensiblemente y los plazos para resolver tanto sobre la admisión como, en su caso, sobre el fondo se han reducido. Menos efectivo, en cambio, ha sido respecto del trabajo del Pleno que, aunque sí ha bajado la bolsa de asuntos pendientes, sigue siendo muy abultada con unos plazos de decisión excesivamente largos. Y lo que parece claro es que la duración de los plazos en los que el Tribunal dicta sentencia afecta a la legitimidad de la institución por cuanto relativiza en exceso el papel de garante de derechos y de árbitro de conflictos que la Constitución y la LOTC le otorga.*” TREMP, Pablo Pérez. *Sistema de justicia constitucional*. Navarra: Ed. Aranzadi, 2016, p. 12.

⁴³⁵ Constituição Federal. Art. 102. (...) § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. PLANALTO. *Constituição Federal*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 22/10/2020.

⁴³⁶ Constituição Federal. Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional,

agenda pública determinada através de uma pauta racional e definida com avanço⁴³⁷, tendem a criar condições melhores⁴³⁸ para que o Excelso Pretório ultime seu fundamental mister com a virtude que a comunidade social espera. Com efeito, Barroso⁴³⁹, já escrevendo como Ministro, assevera que mudanças profundas se fazem necessárias na lógica decisória do STF, sendo que a mais radical delas seria admitir apenas os recursos extraordinários, selecionados dentre aqueles com repercussão geral decretada que pudessem comparativamente melhor

aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\) \(Vide Lei nº 11.417, de 2006\)](#). PLANALTO. *Constituição Federal*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 22/10/2020.

⁴³⁷ A questão da definição mais racionalizada da agenda, em ambiente colegiado, será tópico do próximo capítulo deste trabalho.

⁴³⁸ Campos, comentando tais institutos processuais, assim pondera: *“Todavia, os pontos mais importantes foram a criação da “súmula vinculante” (artigo 103-A) e a previsão do instituto da “repercussão geral” como requisito autônomo de admissibilidade de recurso extraordinário no âmbito do controle difuso (artigo 102). Todas essas alterações promoveram concentração ainda mais significativa de poder decisório no Supremo Tribunal Federal. O constituinte derivado introduziu o instituto da súmula vinculante, permitindo ao Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, aprovar “súmula que, a do, de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (artigo 103-A). A aprovação da súmula requer decisão de dois terços dos ministros e deve ser precedida de reiteradas decisões da Corte sobre a matéria constitucional versada. Seu processo deve ser deflagrado em meio a ambiente de controvérsia entre os Tribunais do país e entre estes e a própria Administração Pública, de modo a servir, a súmula, para eliminar o estado de insegurança jurídica e a possibilidade de multiplicação de demandas. Em face dos atos judiciais e administrativos que neguem aplicação à norma sumulada, tal como ocorre com os processos objetivos da Corte, caberá reclamação. (...) Outra novidade introduzida pela EC 45/2004 foi a da “Repercussão Geral” como requisito autônomo de admissibilidade do recurso extraordinário, incluído no § 3º, do artigo 102 da Constituição. Dizer que uma matéria possui repercussão geral é afirmar a “existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassam os interesses subjetivos” (artigo 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil). Os propósitos da Repercussão Geral, que tem na antiga Arguição de Relevância da Constituição de 1967/1969 o antecedente histórico, foram os de alcançar a duração razoável para os processos e de viabilizar a racionalidade decisória do sistema por meio de mecanismos de uniformização das decisões das instâncias inferiores no sentido do decidido pelo Supremo. Ela também se propõe a reduzir o número de recursos extraordinários a serem julgados, fazendo com que a Corte se ocupe de temas realmente relevantes para a Sociedade, dando-lhe um perfil de “corte constitucional” e, ao mesmo tempo, assegurando-lhe a funcionalidade. Com todos esses propósitos, ficou claro, finalmente, corrigir o legislador constituinte, ainda que o derivado, a grande falha histórico-estrutural de nosso sistema de controle: a falta de efeito vinculante das decisões do Supremo em sede de controle difuso e incidental em relação às instâncias judiciais inferiores. Independente das questões ainda em aberto sobre o cabimento ou não de reclamação para assegurar que as instâncias judiciais inferiores sigam as decisões do Supremo tomadas em recursos com repercussão geral reconhecida, os julgamentos desses recursos passaram a representar autênticos leading cases, dando-se então mais um grande passo na direção do fortalecimento do poder decisório do Supremo e da aproximação entre nossos modelos difuso/incidental e concentrado/abstrato, “maximizando-se a feição do recurso extraordinário.” CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 114.*

⁴³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 16-17.

contribuir para a jurisprudência racionalizada da Corte, que pudessem ser conhecidos e julgados dentro do ano judiciário, com data de julgamento agendada mediante deliberação colegiada. Todo o restante, de maneira automática, acabaria por transitar em julgado.⁴⁴⁰

Finalmente, segundo nos coloca Klafke, faz-se necessário empregar energia para, de fato, transformar e consumir o Excelso Pretório em corte constitucional típica. Para tanto, dadas as competências a ele ainda reservadas pelo legislador constituinte originário e derivado (em que há excessiva carga de trabalho a gerenciar), teremos que reconhecer que o sistema judicial e a Administração Pública precisam cada vez mais vincular-se às prestações jurisdicionais oriundas do STF:

“(...) o fato de a Corte não ter colapsado funcionalmente apesar da crescente quantidade de processos demonstra que algum sucesso ela teve em conseguir gerenciar essa carga de trabalho. Nesse sentido, talvez ela tenha sido vítima da própria competência: por conseguir lidar com a sobrecarga ao alterar os seus

⁴⁴⁰ Sobre a racionalização da pauta do STF, com utilização mais eficaz do mecanismo da súmula vinculante, aliado ao fato de que está constitucionalizado o direito à razoável duração do processo (e portanto recursos manifestamente incabíveis são passíveis de multa e condenação em litigância de má-fé), pondera Falcão: “(...) como a pauta do Supremo pode contribuir para uma Justiça mais ágil, rápida e eficiente? Como pode combater a lentidão? A meta é fácil: incluir como prioridade os julgamentos que, provavelmente, possam reduzir os incidentes processuais, diminuir os inumeráveis recursos e encurtar a duração processos. São três os mecanismos à disposição do Supremo. O primeiro lhe foi concedido recentemente pelo Congresso, através da Emenda Constitucional nº 45, de 2004: as súmulas vinculantes. Até agora, o Supremo estabeleceu apenas 36 súmulas. Seria conveniente, para desafogar o próprio Supremo, acelerar sua produção e focalizar questões de direito processual. Controlar o abuso de recursos. As súmulas são fundamentais e destinam-se a conter a multiplicação de processos. Como a grande maioria dos processos que chega ao Supremo diz respeito aos interesses do Poder Executivo, e como as súmulas vinculam as Procuradorias à Advocacia-Geral da União, elas contribuiriam no esforço que já vem sendo iniciado de coibir, na origem, processos desnecessários. O segundo mecanismo também foi forjado pelo Congresso pela EC nº 45: constitucionalizou-se, como direito fundamental, o direito ao prazo razoável do processo. A norma, portanto, já existe. Falta agora uma vigorosa cultura judicial e doutrinária, uma política pública de administração da Justiça para a sua implementação. Falta espaço para uma liderança doutrinária didática do Supremo e para o estabelecimento de critérios, limites e possibilidades de aplicação. Finalmente, o terceiro mecanismo foi criado há décadas pelo próprio Código de Processo Civil e precisa ser mais utilizado. É o caminho privilegiado de autodefesa dos juízes de primeira instância e, sobretudo, do Superior Tribunal de Justiça, diante de uma centena de processos que cada ministro recebe por dia para julgar. Trata-se de o Supremo priorizar casos que digam respeito à litigância de má-fé e à lide temerária, dois institutos fundamentais e subutilizados pela magistratura. Basta ver sua diminuta jurisprudência. No momento em que os tribunais e o Supremo agilizarem as multas e penas previstas na legislação, agilizarão a Justiça também. Quando o Ministro Jobim, em visita à Suprema Corte americana, informou à Ministra Sandra O’Connors que nosso Supremo analisava cerca de 100 mil processos por ano, a ministra foi incisiva: “Não faça isso, Presidente. Não faça isso. O Estado democrático não necessita de mais do que duas decisões sobre qualquer caso.” O nosso direito processual precisa, urgentemente, de uma atualização democrática. Escapar dos interesses excessiva e falsamente individualizantes, de poucos, em favor dos interesses de uma Justiça ágil e de amplo acesso, de todos. A pauta do Supremo pode colaborar nessa tarefa.” FALCÃO, Joaquim. *O Supremo*. Rio de Janeiro: edições de Janeiro, 2015, pp. 82-83.

métodos de trabalho, valorizando a delegação de tarefas, a concentração de etapas decisórias e a individualização da decisão, uma solução que reduzisse as suas competências e a transformasse em um Tribunal dedicado apenas à jurisdição constitucional nunca chegou a ser tentada seriamente. Hoje, a solução vitoriosa para reduzir a quantidade de ações e recursos protocolados no órgão é aprofundar a ‘supremocracia’ sobre o Poder Judiciário, ou seja, aumentar a vinculação dos juízes às decisões do STF. Essa talvez tenha sido a primeira vez, então, em que a resposta para a crise do STF tenha conflitado com seus métodos de trabalho e os problemas do excesso de fragmentação.”⁴⁴¹

Se o cenário sugerido pelo autor mencionado se consolidar, haverá incremento ainda maior de força do Supremo na conformação do poder em solo pátrio. Daí porquanto, de maneira paradoxal, o aperfeiçoamento dos mecanismos decisórios da Corte se faz premente, com vistas não apenas a criar, como defendemos aqui, a racionalidade sistêmica esperada, mas também a limitação do domínio e arbítrio individual em um Tribunal robustecido institucionalmente.

⁴⁴¹ KLAFKE, Guilherme Forma. Continuidade e mudanças no atual modelo de acórdãos do STF. A prática, as razões para sua manutenção e caminhos para aperfeiçoamento. Tese de Doutorado. Orientador: Professor Titular Dr. Elival da Silva Ramos. Universidade de São Paulo – São Paulo – SP – 2019. p. 386.

CAPÍTULO III - DO DESIGN ESTRUTURANTE E INSTITUCIONAL DO STF – ANÁLISE E DIAGNÓSTICO PARA UMA MELHOR CONFORMAÇÃO DO PODER EM SOLO PÁTRIO

“Os governantes, como pessoas, devem possuir valores éticos definidos e impostos a partir de uma visão jusnaturalista ou, se quiserem, a partir do uso da razão. É aqui que se encontra o cabo das tormentas do Poder. O exercício hedonista do Poder leva a fragilidade a toda a comunidade. O Poder tem ação pedagógica. Aquele que se mostra permissivo na prática do Poder é figurante capaz de destruir os mais profundos sentimentos de uma Sociedade. Este é o desafio das Sociedades contemporâneas, herdado das mais pretéritas. Fixar os limites do Poder é exigência de todos os tempos e ainda mais aguda em tempos de consumismo ilimitado, que, por sua vez, leva a necessidades incomensuráveis, apesar de artificiais. O Poder, neste cenário, é insaciável. Afigura-se, como quis Hobbes, ao monstro bíblico que, vindo das águas, toma todos os espaços. A cidadania não pode permitir que o Poder – fruto da insolência de seus primitivos pais, segundo a tradição bíblica –, advindo do Jardim do Éden, avance além dos limites ora fixados. A busca da Árvore do Conhecimento levou-nos ao ato de pensar, e este ao progresso material. Não conduziu, porém, a humanidade a meditar a respeito de seu próprio comportamento, quando alguns poucos exercem o Poder, agindo como governantes de todos. As Sociedades complexas de hoje exigem que códigos éticos precisos e nítidos, de vigência além dos espaços nacionais, indiquem os espaços de agir dos integrantes dos múltiplos governos. É tempo de uma Declaração Universal dos Deveres Éticos dos Governantes.” LEMBO, Claudio

442

3.1. Da lógica que propicia o exercício individual de poder em prejuízo da colegialidade na Corte Constitucional e sua necessária mitigação

Ao longo deste trabalho, pretendemos demonstrar que o Poder Judicial, especialmente a Justiça Constitucional, está a sofrer (especialmente se dermos ênfase nas últimas décadas) constante expansão de suas atribuições no tabuleiro do jogo político-constitucional.

Desta forma, acaba por desempenhar relevante papel no seio social (senão o principal, através do que chamei de ‘supremacia judicial’), ao utilizar de seu ferramental para decidir, de maneira preponderante (ou ainda, por meio da prática do pretendido monopólio da última palavra, mormente por ocasião de falhas havidas no processo dialógico com os demais atores de poder) qual é o significado e alcance último dos valores, projetos e pactos constitucionais de uma Sociedade.

No entanto, para além de tais dilemas que acabam por acompanhar a arquitetura da

⁴⁴² LEMBO, Claudio. *O futuro da liberdade*. São Paulo: Edições Loyola, 1999, p. 193.

Justiça Constitucional em vários ordenamentos jurídicos distintos (e que são preocupação constante dos estudiosos do Direito Constitucional e da Ciência Política), temos em solo pátrio algumas disfuncionalidades intrínsecas e extrínsecas compreendidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal que, para além de merecer análise, são dignas, outrossim, de aperfeiçoamento estrutural⁴⁴³.

Se isto ocorrer, segundo tese fulcral que estamos aqui a tutelar, a tensão sistêmica na conformação do poder (típica de ambientes democráticos) estará estabilizada em níveis aceitáveis em solo pátrio, propiciando que o Excelso Pretório cumpra melhor seu importante mister que lhe foi atribuído pelo legislador constituinte.

Destarte, neste capítulo pretendemos nos aprofundar especificamente em alguns destes aspectos que julgamos anômalos no bojo de nossa Corte Constitucional, sugerindo alguns avanços de design medulares, a começar pela questão que envolve os massivos atos de judicatura desenvolvidos de maneira monocrática pelos Ministros do STF, alocando, segundo acreditamos, exacerbado poder de veto em apenas um personagem dentro do sistema democrático-constitucional brasileiro.

Com efeito, conforme já sublinhamos ao longo do nosso arrazoado em capítulos anteriores, a questão do *judicial review* dos atos dos demais Poderes, tendo como escudo os valores constitucionais tirados da interpretação que faz deles o Poder Judiciário, carrega consigo certos problemas, entre eles o questionamento acerca de sua legitimidade democrática. No entanto, trata-se de mecanismo que, pensado na lógica da proteção das minorias e na máxima efetivação dos direitos e garantias individuais, bem como para a

⁴⁴³ Vilhena escreve no mesmo sentido que estamos aqui a colocar: “ (...) Num sistema em que os poderes políticos parecem ter perdido a cerimônia com a Constituição, nada poderia parecer mais positivo do que o seu legítimo guardião exercer a sua função precípua de preservá-la. A questão, porém, guarda suas contradições. Ainda que isso possa ser visto como desejável, sabemos todos que é uma tarefa cheia de percalços. Não há consenso entre os juristas sobre como melhor interpretar a Constituição, nem tampouco em como solucionar as inúmeras colisões entre seus princípios. Isso não significa que a tarefa não deva ser feita da forma mais racional e controlável possível (...). Há, no entanto, dificuldades que transcendem os problemas estritamente hermenêuticos derivados da aplicação de uma Constituição. Essas dificuldades referem-se à própria dimensão da autoridade que se entende adequada a ser exercida por um tribunal dentro de um regime que se pretenda democrático. Como aponta o próprio ministro Celso de Mello, em uma república nenhuma esfera de poder pode ficar imune a controles. Há que se lutar assim pela “progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder” (ADI 239-7). É evidente que não se trata de propor controle de ordem eleitoral para o Supremo, mas sim uma racionalização de sua jurisdição e uma lapidação de seu processo deliberativo, de forma a restringir as tensões entre constitucionalismo e democracia inerentes ao exercício de uma jurisdição constitucional tão ubíqua como a brasileira. Algumas mudanças de natureza institucional são indispensáveis e urgentes (...)”. VILHENA, Oscar. *A batalha dos poderes : da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 44.

concretização dos valores constitucionais, possui aplicação estratégica no âmbito das democracias funcionais do planeta.

Ressalta-se, entretanto, que a questão que nos assombra, se considerarmos a realidade pátria, é a possibilidade da prática da revisão judicial individual e unilateral por parte dos Ministros da Corte Suprema, na contramão daquilo que se entende por lógica consagrada da contenção de poder. Já tratamos disto quando falamos acerca da lógica deliberativa e decisória que vigora no âmbito do STF e, nesta ocasião, iremos prosseguir com checape mais detido deste fenômeno, oferecendo nossa visão acerca de como se poderá, em alguma medida, mitigar tal disfuncionalidade.

Como pondera Lunardi⁴⁴⁴, se a característica contramajoritária da revisão judicial dos atos dos demais Poderes se afigura por vezes problemática em ambientes democráticos, o que podemos asseverar acerca do uso de tal mecanismo pela via monocrática, sem que, por vezes, a decisão sequer seja apreciada pelo colegiado da Corte? Assim é que, na lógica solipsista⁴⁴⁵, o componente da Corte pode por vezes submeter toda a Sociedade, quer seja

⁴⁴⁴ LUNARDI, Fabrício Castagna. *O STF na Política e a Política no STF*. São Paulo: SaraivaJur, 2020, p. 22.

⁴⁴⁵ Falcão, Hartmann e Chaves, em relatório que reproduziu o Supremo em números, demonstraram expressiva quantidade de lapso temporal em que medidas liminares (concedidas portanto em exercício judicante individual), vigoram no STF, sem decisão colegiada de mérito. Por exemplo, na modalidade de controle concentrado de constitucionalidade, tais decisões proferidas por apenas um Ministro chegam a durar, em média, impressionantes 6 anos: *“Quanto tempo permanecem vigentes as liminares que foram concedidas ou parcialmente concedidas? Nesse subgrupo de processos, nos quais a liminar foi deferida ou parcialmente deferida, estamos contando o tempo entre a decisão liminar e a posterior decisão de mérito que veio a confirmar ou derrubar a liminar. Há os processos nos quais tal decisão de mérito já ocorreu e outros nos quais, até 31 de dezembro de 2013, data final de nossa base de dados, o mérito ainda não havia sido julgado. Separamos os resultados dessas duas situações, ou seja, consideramos que há liminares com posterior decisão de mérito e liminares ainda (até final de 2013) vigentes. O primeiro levantamento é do tempo médio de vigência de decisões liminares quando houve uma posterior decisão de mérito que encerrasse a eficácia da liminar. Ao classificarmos em razão da classe processual, novamente grande variação é percebida. Decisões liminares, por vezes individuais, chegam a durar mais de 6 anos no controle concentrado de constitucionalidade. A média geral, quando considerados todos os tipos processuais, é de 653 dias. Consequentemente, o tempo durante o qual uma decisão liminar do Supremo produz efeitos jurídicos antes de ser confirmada ou derrubada por uma decisão de mérito é de quase 2 anos. As liminares em Ação Rescisória têm duração média de 6,2 anos. Em segundo lugar, estão as Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Nas ADIs, a média de vigência de uma decisão liminar é de 6,2 anos. As Extradicações têm a média mais baixa, como se depreende do gráfico 1. Entretanto, há um número total muito pequeno de ARs e Exts. Dentre as classes processuais com número significativo de processos para contagem, aquela com a menor média de vigência é o Habeas Corpus: 286 dias, com pouco menos de um ano. As classes processuais SS (suspensão de segurança), SL (suspensão de liminar) e STA (suspensão de tutela antecipada), embora constantes da base de dados do STF para fins de liminares, não bastasse o quantitativo pouco representativo, devem ser desconsideradas. Isso porque, tecnicamente, a decisão do Presidente do Tribunal (art. 297 do Regimento Interno do Tribunal) embora se refira a decisões provisórias, não é ela em si provisória, mas definitiva, sendo cabível recurso, e não confirmação da decisão por órgão colegiado. Quando são deixadas em aberto a média salta para 13,5 anos em ADI. Entre as liminares ainda vigentes percebem-se médias significativamente maiores. A média geral é de 2.416 dias – o equivalente a 6,6*

em razão de voluntarismo⁴⁴⁶, quer seja em razão da implementação de sua visão de mundo, às suas preferências pessoais que, aliás, podem sequer representar a posição da maioria do Supremo ou da corrente jurisprudencial assentada. Quando isto ocorre, sustenta o autor mencionado, há abuso de poder individual⁴⁴⁷, ocasionando corrosão na imagem e na própria

anos. A quarta colocada – ADI – tem média de 13,5 anos e um número relevante de processos. Dentre as classes com número significativo de liminares, aquela com menor média de duração é o Mandado de Segurança: 4,2 anos. Após a liminar, as decisões de mérito sobre questões fiscais demoram mais tempo. Entre as liminares já confirmadas ou derrubadas, aquelas de Direito Tributário têm a mais longa duração média: 3,4 anos, acima dos 3,1 anos de Direito Civil. Na outra ponta, com duração média mais curta, estão as liminares de Direito Penal e Direito Processual Penal, com 301 e 343 dias, respectivamente. Isso se deve à baixa média de duração em HCs, conforme já mostrado anteriormente. As liminares ainda em aberto de direito tributário são também as mais duradouras. Entre as liminares ainda vigentes em 31 de dezembro de 2013, novamente aquelas versando sobre Direito Tributário alcançam a maior média: 2.797 dias ou 7,7 anos. Em segundo lugar estão as liminares de Direito Previdenciário, com 6,4 anos em média. O assunto com a menor média é Direito do Trabalho, com 1,8 ano. A segunda menor média é nos processos de Direito Penal, 2,5 anos.” FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *Relatório Supremo em números: O Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. Disponível em

<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12055/III%20Relat%C3%B3rio%20Supremo%20em%20N%C3%BAmeros%20-%20O%20Supremo%20e%20o%20Tempo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>, acesso em 31/08/2020.

⁴⁴⁶ Entendo voluntarista, apenas para ficar em um exemplo, a avaliação que classifico como essencialmente política que fez o Ministro Luiz Fux acerca da tramitação do projeto de lei popularmente intitulado ‘10 medidas contra a corrupção’, alegando, em análise sintética, que o Poder Legislativo havia ‘deturpado’ o teor da peça legiferante ao apreciá-lo, visto que ele era oriundo de iniciativa popular e, portanto, suas balizas deviam ser integralmente mantidas: “*Ex positis, defiro a medida liminar inaudita altera parte para suspender, na forma do art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009 e do art. 203, § 1º, do Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal, os efeitos dos atos praticados no bojo do processo legislativo referente ao Projeto de Lei (PL) nº 4.850/2016, determinando, por consequência: (i) o retorno do Projeto de Lei da Câmara nº 80/2016, em tramitação no Senado Federal, à Casa de origem e (ii) que a Câmara dos Deputados autue o anteprojeto de lei anticorrupção encaminhado àquela Casa legislativa com as assinaturas de 2.028.263 (dois milhões, vinte e oito mil e duzentos e sessenta e três) eleitores, como Projeto de Iniciativa Popular, observando o rito correlato previsto no seu Regimento Interno, consoante os artigos 14, III, e 61, § 2º, da Constituição. Destaco, ainda, que ficam sem efeito quaisquer atos, pretéritos ou supervenientes, praticados pelo Poder Legislativo em contrariedade à presente decisão. Oficie-se às mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com urgência, comunicando o teor da presente decisão. Com a chegada das informações já solicitadas, ao Ministério Público Federal para prolação de parecer nos autos. Publique-se. Int. Brasília, 14 de dezembro de 2016. Ministro Luiz Fux”.* STF. MS 34530, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34530.pdf>, acesso em 31/08/2020.

⁴⁴⁷ Sustentando que as manifestações singulares de poder no STF acabam por dar ainda mais lastro para os críticos do ‘judicial review’, assim ponderam Arguelhes e Ribeiro: “*Os efeitos dessas manifestações individuais de poder judicial dependem de uma série de fatores e podem perfeitamente não ser permanentes. Contudo, o fato é que, ao menos temporariamente, elas representam uma manifestação internamente minoritária de poder judicial que pode ter efeitos majoritários ou contramajoritários na esfera política. (...) . Se já é problemático considerar que uma maioria de Ministros independentes da política contrarie a vontade da maioria, o que dizer da possibilidade de que uma minoria de Ministros independentes exerça um papel contramajoritário? Nesse cenário, a força da crítica à legitimidade do judicial review seria talvez redobrada. (...) é preciso antes de mais nada reconhecer a possibilidade, no desenho institucional e na prática decisória do STF, de que Ministros realizem comportamentos capazes de produzir efeitos na esfera política sem passar*

legitimidade que a Corte deve possuir para perfazer seu múnus constitucional. Aliás, no cenário atual, é de se sublinhar que na era posterior ao advento da TV Justiça⁴⁴⁸, a Corte vem praticando um crescente no aspecto da monocratização de sua prestação jurisdicional. É a ponderação de Fonte:

“(…) A proposta (…) foi estudar os números do STF, por meio da comparação entre os períodos de 1990 a 2002 e 2003 a 2011, que correspondem, respectivamente, às eras sem televisionamento e com televisionamento. O objetivo foi analisar as acusações corriqueiras de que o tribunal estaria produzindo “acórdãos muito longos” e, por isso, “produzindo menos”. A primeira análise compreendeu o tamanho dos acórdãos: constatou-se que, no julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade, houve um acréscimo real de 58,70%. Objetivando enfrentar o argumento da redução da produtividade, constatou-se que, de fato, houve queda no número de acórdãos publicados: redução de 34,11%. Contudo, a redução da atuação do colegiado foi compensada pela atuação monocrática dos Ministros, que apresentou um expressivo crescimento de 113,09%. Com o fim de validar o efeito da TV Justiça no incremento do tamanho dos acórdãos, foram selecionados os acórdãos em habeas corpus, julgados pelas Turmas do STF sem câmeras, como parâmetro de controle. A pesquisa apontou um crescimento de 32,59% no tamanho dos acórdãos no período compreendido após o advento da TV Justiça. Assim, a diferença entre o percentual de crescimento indicaria o televisionamento como causa provável de cerca de 50% de incremento no tamanho das decisões. Por fim, foi analisada a produção total do STF. A conclusão alcançada é que um Ministro da era pós-TV Justiça vale por dois Ministros do período imediatamente anterior.”⁴⁴⁹

Mencionando ocasiões críticas em que o poder de veto judicial foi exercido de maneira particular, especialmente para esculpir a política brasileira nos últimos anos, Arguelhes e Ribeiro identificam em seu magistério o que chamam de ‘ministocracia’⁴⁵⁰,

pelo processo colegiado judicial.” ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. “O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político”. *Direito, Estado e Sociedade*, n.46, pp. 121 a 155 jan/jun 2015, disponível em: http://direitoestadoSociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo5_46.pdf, acesso em 21/10/2020.

⁴⁴⁸ Segundo nos informa o sítio da TV Justiça, suas atividades se iniciaram em 11 de agosto de 2002. TV JUSTIÇA. História. Disponível em <http://www.tvjustica.jus.br/index/conheca>, acesso em 02/11/2020

⁴⁴⁹ FONTE, Felipe de Melo. *Jurisdição Constitucional e Participação Popular*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2016, pp. 291-292.

⁴⁵⁰ Oscar Vilhena cunhou de maneira bastante percuciente, conforme já falamos neste trabalho, a expressão ‘supremocracia’. Segundo ele, a ‘ministocracia’ seria a versão mais visceral deste mesmo fenômeno, agravando por demais a tensão havida na conformação de poder no País: “*A supremocracia - assim como a sua versão extremada, a ministocracia, em que os ministros individualmente passam a exercer competências conferidas constitucionalmente ao colegiado do Tribunal - decorre da associação entre o modelo constitucional adotado em 1988, a arquitetura institucional da corte, mas também da postura assumida pelos próprios ministros do STF. A supremocracia encontra-se em evidente tensão com concepções majoritárias da democracia, em que a última palavra sobre temas relevantes à Sociedade deve ficar reservada à vontade da maioria. Nosso regime, assim como o de grande parte das democracias hoje existentes, é mais consensual do que majoritário.* Ao

asseverando:

“(…) Em vários momentos críticos, o poder judicial foi exercido individualmente por ministros do STF, sem participação relevante do plenário da instituição ou até mesmo contra ele. Por liminar individual, o ministro Gilmar Mendes suspendeu a nomeação de Lula como ministro da Casa Civil de Dilma Rousseff; o ministro Luiz Fux suspendeu e mandou reiniciar, na Câmara, a tramitação do pacote das “10 medidas contra a corrupção”; o ministro Marco Aurélio determinou à presidência da Câmara que desse prosseguimento a um pedido de impeachment contra o então presidente interino Michel Temer. Tecnicamente, como liminares monocráticas, essas e outras decisões individuais do período seriam precárias, excepcionais e dependentes de confirmação do plenário em um futuro próximo. Na prática, porém, ou o plenário sequer chegou a se manifestar sobre essas e outras liminares monocráticas de grande magnitude política ou, quando o fez, a decisão individual já havia alterado decisivamente o status quo. A crise política deixou evidente que os ministros têm grandes recursos para evitar, emparedar ou mesmo ignorar o plenário. Em vários momentos importantes, a política nacional foi, em boa medida, moldada por ações judiciais estritamente individuais, que não chegaram a passar (ou não passaram em tempo hábil) pelo Supremo como instituição colegiada. Liminares individuais são a face mais visível do problema. Não esgotam, porém, os recursos que os ministros do Supremo têm para afetar a política. Utilizando seu poder de pedir vista, o ministro Gilmar Mendes controlou por vários meses o andamento, no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), do processo de cassação da chapa Dilma/Temer, enquanto novas revelações da Lava Jato tornavam mais crítica a situação de Dilma Rousseff e sua relação com o Congresso. Durante o processo de impeachment, o então presidente do Supremo, ministro Lewandowski, declarou à imprensa que ainda estava em aberto se o tribunal entraria ou não no mérito da decisão final do Senado. Seja controlando a agenda do tribunal, seja com simples declarações públicas sobre potenciais decisões futuras, a ação individual de ministros dissuadiu, encorajou ou até viabilizou algumas estratégias de atores políticos. Na conjunção desses dois aspectos — atuação judicial sobre a política que é individual (independente de manifestações do colegiado) e às vezes informal (independente até mesmo de decisões judiciais) - há um fenômeno mais geral a ser explorado.”⁴⁵¹

*adotar uma Constituição rígida, com uma ampla carta de direitos, e conferir a um tribunal a competência para protegê-la de eventuais ataques oriundos do campo político, o Brasil optou por um modelo robusto e consensual de democracia, em que a vontade da maioria nem sempre triunfa e as decisões da maioria não podem impactar negativamente as próprias regras do jogo democrático, seus pressupostos nem os direitos fundamentais. Mesmo assumindo que a Constituição explicitamente transferiu muitas atribuições ao Supremo há enorme dificuldade em se justificar; da perspectiva da teoria democrática, o exercício dessas competências. Além disso, o baixo grau de institucionalização de seu processo decisório, a falta de transparência na elaboração da agenda ou a fragilidade de seu compromisso com os próprios precedentes têm colocado em risco a autoridade do Tribunal. A superação da supremocracia pela ministocracia - o que, como vimos, tem ocorrido com muita frequência - agrava substancialmente as dificuldades de justificação dos poderes do Supremo. Se, por um lado, a grande desenvoltura apresentada pelo Supremo ao resolver questões de máxima importância demonstra um fortalecimento das instituições jurídicas - o que é positivo num país que historicamente nunca levou o direito a sério - por outro, aponta uma perigosa fragilização do sistema representativo em responder às expectativas sobre ele colocadas.” VILHENA, Oscar. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, pp. 209-214.*

⁴⁵¹ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. “Ministrocracia: O Supremo Tribunal

O trâmite da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4650, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, através de seu Conselho Federal, cujo objeto pretendia discutir alguns dispositivos da legislação que disciplinava o financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais (Leis 9.096/1995 e 9.504/1997) no País demonstra, segundo pensamos, a necessidade de aperfeiçoar certos mecanismos de funcionamento da Corte, que poderiam estar aptos a evitar o excessivo poder individual de membros do Excelso Pretório.

Naquela oportunidade, embora já houvesse maioria para declarar a inconstitucionalidade de parte das normas analisadas abstratamente, um único Ministro, através de pedido de vista⁴⁵², adiou a implementação dos efeitos de decisão colegiada por lapso temporal bastante alargado, perfazendo de maneira singular controle de ‘timing’ da prestação jurisdicional que, sem fazer aqui juízo de valor sobre o mérito da temática que estava sendo discutida, impactaria toda a Sociedade brasileira, em assunto de absoluta relevância democrática. É, portanto, poder sistêmico excessivo nas mãos de apenas uma única pessoa.⁴⁵³ E, nesse contexto, acaba por sofrer o ambiente constitucional-democrático

individual e o processo democrático brasileiro”. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo. v. 37, n. 1, p. 13-14.

⁴⁵² Trataremos da deturpação do mecanismo intitulado ‘pedido de vista’ especificamente em tópico posterior neste trabalho.

⁴⁵³ Benvindo escreve com detalhes acerca do andamento da demanda em epígrafe no âmbito do Supremo, destacando a estratégia adotada pelo Ministro Gilmar Mendes na ocasião: “*In September 2011, the Brazilian Bar Association filed a Direct Action of Unconstitutionality against some articles of the laws on financing political parties and campaigns, based on the argument that corporate donations further inequality to the detriment of the citizens. The case, due to its relevance, was subject to an ample discussion in public hearings with scholars, political parties, civil society organizations, among other amici curiae. In the public hearings held in December 2013 and April 2014, a majority of the eleven justices declared their opinion that those articles were unconstitutional, thus seemingly dooming them. However, in a rather unusual move in the public hearing of April 2, 2014, the case was suspended after one of its Justices, Gilmar Mendes, requested more time to study the case. Notwithstanding that the majority of the Court had already held corporate donations unconstitutional, once Justice Gilmar Mendes requested an adjournment, the Court could not deliver its opinion, and the matter has remained unresolved. In the meantime, after the new legislature initiated its activities last February and in the middle of a so-called “political reform,” the matter reappeared, but now as a movement of the Chamber of Deputies aimed at blocking that Supreme Court’s foreseeable decision. The proposed constitutional amendment introduced on May 27, 2015 seemed to be a clear reaction against the Supreme Court’s ongoing deliberations and will possibly push the Justices to reconsider their opinions. Their arguments, after all, were based on the previous constitutional framework. Justice Mendes has acknowledged this point by stating that if Congress passes the constitutional amendment, “the prohibition on private financing under discussion will be affected.” Similarly, Justice Dias Toffoli mentioned that “it is prudent to await deliberation on this subject by Congress.” But all of this raises an important problem: in this case, a single justice is manipulating the pace of the constitutional agenda and the “timing” of constitutional change. Indeed, Justice Gilmar Mendes has already, in different opportunities, suggested that he does not agree with the majority of the Court. In a conference in São Paulo, he stated that “this is a complex subject, and maybe we are giving a very simple answer. We have to know what Congress has been discussing, which electoral model that is, in order to know the adequate model for financing it.” He also mentioned that his colleagues’ opinions*

em solo pátrio. Com efeito, visando demonstrar nosso argumento, é de se mencionar, e.g., o atrito institucional havido entre o Senado da República e o Supremo Tribunal, por ocasião da decisão monocrática, prolatada cautelarmente no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 402⁴⁵⁴, que deliberou pelo afastamento do Senador Renan Calheiros de suas funções como presidente da Casa Alta. Após a decisão, além da recusa imediata do envolvido em ser notificado, ainda se cogitou apreciar no plenário do Senado se o comando judicial haveria ou não de ser cumprido, em evidente teste dos limites de nosso ambiente institucional-democrático.⁴⁵⁵ Destarte, cremos que tais abruptos movimentos de

could change. In an interview for the newspaper Estado de S. Paulo, he clarified his purpose in requesting the suspension: “To have requested time to examine this matter was important, because now we have better knowledge of it than we had at that time. We were maybe making a decision in such a symbolic and emotional way.... We will have [now] a much more qualified debate over this matter”. It is no surprise that Justice Gilmar Mendes’ strategy was harshly criticized by different sectors of society. Some have called him “the guardian of the corporate campaign donation” rather than the constitution, while others have claimed that he “disrespects his peers and Brazilian society” by having delayed the case for over one year. Indeed, Justice Gilmar Mendes’ own words suggest that his suspension was designed to manipulate the constitutional landscape rather than to study the issue more carefully. In his view, his colleagues were making a “symbolic and emotional” decision without full knowledge of all the circumstances. If he could not win the case by playing the rules of the game, that is, by expressing his dissenting opinion, the only remaining solution was to call for an adjournment and await the proposed congressional action. The Brazilian example demonstrates that not only courts but also their individual justices can adopt different strategies to determine the pace of the constitutional agenda and the “timing” of constitutional change. These interactions go both ways, however. The example also shows how parliaments can adopt distinct strategies to influence judicial behavior. The possibility of amending the constitution to influence and alter an ongoing Supreme Court decision is an extreme but interesting manifestation of the various ways in which legislatures can impact judicial decision-making. The example discussed above is just one among many in Brazil, and the strategies adopted by both Justice Mendes and the Brazilian Congress are also just several options in a much larger toolkit. There is too little work examining these different strategies and their implications for institutional design. In particular, the question of individual justices manipulating the constitutional agenda raises troubling questions. After all, we cannot be naïve to the point of believing that Supreme Courts act merely as an institution rather than to advance individual political agendas.” BENVINDO, Juliano Zaiden. “Corporate Campaign Contributions in Brazil: Of Courts, Congresses, and the Agendas of Individual Justices”. *International Journal of Constitutional Law Blog*, July 2015. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2015/07/corporate-campaign-contributions-in-brazil-of-courts-congresses-and-the-agendas-of-individual-justices/>, acesso em 26/08/2020.

⁴⁵⁴ Íntegra da decisão que reformou em parte a decisão monocrática que estamos aqui a comentar disponível em STF. ADPF 402. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF402Ementa.pdf>, acesso em 22/10/2020

⁴⁵⁵ Assim noticiou conhecido informativo do meio jurídico a questão que estou a comentar: “Após decisão que o afastou da presidência do Senado, Renan Calheiros se negou a receber a intimação do oficial de Justiça. terça-feira, 6 de dezembro de 2016. Numa inusitada saída, que testa os limites de nossa democracia, Senado deverá logo mais apreciar em plenário decisão do STF que afastou o senador Renan Calheiros da presidência da Casa. Como se trata de algo completamente ao arrepio da lei, estamos aferindo o vigor do Estado de Direito, e da própria Democracia. Na tarde desta segunda-feira, 5, o ministro Marco Aurélio Mello proferiu decisão monocrática e afastou cautelarmente o senador Renan Calheiros da presidência do Senado Federal. A decisão se deu na ADPF 402, que tem como autor a Rede Sustentabilidade. Segundo os autores, quem fosse réu em ação penal no STF não poderia ocupar cargo que esteja na ordem de vocação Constitucional para

ação e reação entre Poderes (gerando perigosa tensão sistêmica), pode ser minorado se a lógica de funcionamento interno do Supremo, limitando a margem de ação monocrática⁴⁵⁶, for repensada.⁴⁵⁷ Ferejohn, no contexto da experiência norte-americana, insiste que os danos

substituir o presidente da República. O ministro Marco Aurélio esclareceu que a decisão não tem o condão de concluir o julgamento de fundo da ADPF, uma vez que isso é atribuição do plenário. Urge providência, no entanto, porque "o Senador continua na cadeira de Presidente do Senado, ensejando manifestações de toda ordem, a comprometerem a segurança jurídica". Recurso - Antes mesmo de receber a notificação do afastamento – compromisso marcado para as 11h de hoje, após Renan se recusar a receber a intimação na noite de ontem – o presidente do Senado recorreu da decisão. Os advogados do Senado protocolaram recurso no STF na manhã desta terça-feira. Na peça, pede-se que a decisão do ministro Marco Aurélio seja revogada ou, subsidiariamente, cassada porque viola "os pontos cardeais do Estado de Direito" como o princípio da legalidade, do devido processo legal, da separação dos poderes e da inafastabilidade da jurisdição. No recurso, a defesa de Renan destaca que a lei de regência da arguição de descumprimento de preceito fundamental impõe "severa limitação à concessão de medida cautelar monocrática". De acordo com a norma: Art. 5º - O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental. § 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno. Ainda de acordo com os signatários da petição, não se pode, a propósito de se preservar o princípio da moralidade, "usurpar-se competência do Poder Constituinte Derivado para se emendar a Constituição por meio de decisão judicial monocrática, que não passou pelo crivo do contraditório". "A decisão liminar violou a prerrogativa soberana de os Membros do Senado Federal escolherem seu Presidente. Ademais, há uma injusta e desproporcional perturbação da ordem pública em suas dimensões econômica, jurídica e política, a impor a revogação autônoma ou a cassação heterônoma da decisão impugnada." MIGALHAS. Senado vota se cumpre ou não decisão. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/250150/senado-votara-se-cumpre-ou-nao-decisao-do-stf>, acesso em 07/09/2020.

⁴⁵⁶ Levando em consideração uma abrangência temporal maior, Teixeira assevera que apenas 1% das decisões do STF nos últimos 30 anos (1988-2018) foram frutos de exercício colegiado pleno: “*De todas as decisões do STF (Supremo Tribunal Federal) de 1988 a 2018, em apenas 1% delas houve discussão presencial e aprofundada sobre o processo. Nesse período, 72% das decisões da corte foram tomadas de maneira individual por algum ministro. Outros 10% foram devolvidos a instâncias inferiores automaticamente e sequer houve decisão do STF nesses casos. Os julgamentos colegiados representaram 17% do total, mas 16% deles dizem respeito a análises em sessões virtuais ou de maneira presencial em lista, quando são apreciados em lote e sem discussão do caso. Os dados estão no relatório Supremo em Números, da FGV Direito Rio, e expõem o fenômeno da monocratização do tribunal, retratado pelo alto número de despachos individuais de um órgão que, em tese, deveria prezar pelo entendimento colegiado. Para os especialistas que fizeram o levantamento, os dados enfraquecem um dos principais argumentos do ministro Dias Toffoli sobre sua gestão na presidência do tribunal, que acabou em 10 de setembro.*” TEIXEIRA, Matheus. Só 1% das decisões do STF dos últimos 30 anos foi tomada em discussão presencial e aprofundada. Levantamento da FGV aponta que, nesse período, 72% das análises foram individuais; os julgamentos colegiados representam 17% do total. In: FOLHA de SP – 21 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/09/so-1-das-decisoes-do-stf-dos-ultimos-30-anos-foi-tomada-em-discussao-presencial-e-aprofundada.shtml>, acesso em 26/10/2020.

⁴⁵⁷ A questão do quórum colegiado qualificado para decidir matérias importantes no âmbito de uma Corte Constitucional é também objeto de preocupação, por exemplo, na Espanha. Neste sentido, falando sobre a sensível questão da constitucionalidade dos Estatutos de Autonomia, Gisbert é enfático em asseverar que é matéria que apenas o pleno do órgão pode deliberar: “*(...) Por ello, quizá convenga reforzar la presunción de constitucionalidad de la actividad del legislador de forma que solo cuando sea muy clara la inconstitucionalidad de la norma legal, esta pueda ser declarada inconstitucional y con ello nula. La vía para conseguir este objetivo es establecer una mayoría cualificada para declarar la inconstitucionalidad. De este*

que podem ser causados individualmente por magistrados podem ser atenuados, desde que possamos criar ambiente em que exista aplicação efetiva da lógica da colegialidade, especialmente no âmbito dos níveis superiores de jurisdição⁴⁵⁸:

“This system of independent judges within a dependent judiciary, whatever its merits, creates certain kinds of characteristic tensions within the constitutional order. For example, individual judges are quite free to decide cases without fear of negative personal consequences, even if the predictable result of such decisions is quite negative for the judiciary as a whole, and, indeed, for the exercise of the judicial power. In a sense, politically controversial decisions—whether they are internally welljustified or not—are collective bads from the point of view of the judiciary. Given the threat to all judges of having irresponsible, incompetent, or adventurous individuals sitting on the bench as judges, it is probably no surprise that the judiciary has found ways to mitigate the damage that any individual judge can do, and to make sure that if a controversial step is to be taken, it is taken with adequate judicial deliberation. Examples of judicial attempts to regulate the capacity of federal judges to cause these collective harms are found in the development of various abstention doctrines, which limit the capacity of federal district judges to intervene in state judicial proceedings. Not surprisingly, these doctrines remain politically controversial insofar as they limit the capacity of people to protect protect constitutional rights in federal courts when federal jurisdiction is clear. Congress has from time to time played an arguably even more important role in restraining the inferior federal courts. In an importante sense, the development of appellate hierarchy with collegial courts at the appellate levels can be understood as a strategy to ensure that no single judge can, by her actions alone, inflict too much damage on the judiciary as a whole, by making aberrant or overly courageous judgments. Indeed, the peculiar shape of the supervisory structure in the judicial system—in which the number of judges sitting together increases as one moves up the hierarchy—might also be explicable in these terms.”⁴⁵⁹

modo, solo si dos tercios del Pleno del Tribunal están convencidos de la falta de conformidad entre la ley y la Constitución procederá declarar su nulidad. Esta mayoría podría exigirse para todo tipo de leyes o para determinados tipos. Así, parecería muy conveniente para los Estatutos de Autonomía dada la peculiar naturaleza de estos textos y su proceso de elaboración y reforma que requiere la intervención de las cámaras autonómicas y las nacionales, la mayoría absoluta del Congreso y, a menudo, la ratificación en referéndum. Alguna lección, a nuestro juicio, convendría extraer de la declaración de inconstitucionalidad del Estatuto de Autonomía de Cataluña.” GISBERT, Rafael Bustos. Reflexiones constitucionales desde la teoría, la realidad y el deseo. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 317.

⁴⁵⁸ E, neste sentido, desde que o ato comunicativo também ocorra em ambiente cooperativo pleno, conforme coloca Habermans: “Uma vez que o agir comunicativo depende do uso da linguagem dirigida ao entendimento, ele deve preencher condições mais rigorosas. Os atores participantes tentam definir cooperativamente os seus planos de ação, levando em conta uns aos outros, no horizonte de um mundo da vida compartilhado e na base de interpretações comuns da situação. Além disso, eles estão dispostos a atingir esses objetivos mediatos da definição da situação e da escolha dos fins assumindo o papel de falantes e ouvintes, que falam e ouvem através de processo de entendimento” HABERMANS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico: Estudos Filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 72.

⁴⁵⁹ FERREJOHN, Jonh. “Independent judges, dependent judiciary: explaining judicial Independence”. *South California Law Review*, Los Angeles, v.72, n.2 e 3., january e march 1999, p. 362-363.

Nos termos colocados por Lins⁴⁶⁰, no imaginário público, acredita-se que no âmbito do STF exista um ambiente ideal de deliberação qualificada, em que os componentes da Corte estão abertos para convencimento por outros através da lógica argumentativa, refletindo e respondendo a todos os fundamentos apresentados. No entanto, o que temos, em verdade, segundo nos sugere a autora mencionada, é uma Corte extremamente individualista, cujos membros, a rigor, preocupam-se mais em fazer valer seus respectivos pontos de vista e posicionamentos, em detrimento da busca do consenso⁴⁶¹. Há, portanto, no mundo real,

⁴⁶⁰ LINS, Silvia Follain de Figueiredo. *A ascensão do STF e os limites do poder: teoria e prática na narrativa constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Gramma, 2019, p. 239.

⁴⁶¹ Recondo, rememorando algumas interessantes passagens em que o ‘monocratismo’ na Corte foi cristalinamente exercido, assim pondera: “(...) a Confederação Nacional dos ‘Trabalhadores na Saúde’ ajuizou uma arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), idealizada pelo então advogado Luís Roberto Barroso, pedindo ao Supremo que firmasse a tese de que não configurava crime interromper a gestação em caso de anencefalia. Barroso alegou que a criminalização do aborto nesses casos violava os princípios da dignidade humana, da legalidade, atentava contra o direito à saúde - e comparava à tortura a obrigação da mulher de levar a gestação até o fim. Contrapunha a proibição legal, inscrita no Código Penal, a princípios constitucionais. O artigo 128 do CP só livrava de punição o médico que praticasse o aborto quando não houvesse outro meio de salvar a vida da gestante ou se a gravidez fosse resultado de estupro. A causa chegou ao gabinete do ministro Marco Aurélio no dia 17 de junho de 2004, e foi liberada para julgamento sete dias depois, e a uma semana do recesso de julho. Em apenas sete dias o processo não seria pautado pelo presidente e o julgamento ficou para depois do recesso. Entretanto, Marco Aurélio Mello, considerando o tema urgente, adotou um procedimento inédito, que ele repetiria em outros casos polêmicos: esperou o último dia de trabalho antes das férias e concedeu a liminar (para o plenário não cassar a decisão). Nesse caso, suspendeu todas as ações contra mulheres que haviam interrompido a gestação de bebês anencéfalos, e reconheceu a elas o direito constitucional de abortar. Era mais uma decisão do ministro que se tornou o desbravador do exercício sem rédeas – de alguns dos poderes individuais que marcam o Supremo de hoje, como o monocratismo e a desinibição dos julgadores diante de temas que terão de decidir. Em 1996, Marco Aurélio suspendeu, com uma liminar, a tramitação da reforma da Previdência do governo Fernando Henrique Cardoso. Quando o assunto foi a plenário, foi derrotado de forma acachapante pelos dez colegas. Meses depois, ainda no mesmo ano, também liminarmente, suspendeu a emenda constitucional que estabelecia a cobrança da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), proposta pelo governo federal. Mais uma vez a suspensão criou empecilhos para as reformas estruturantes que o governo FHC promovia. A cobrança do tributo era, para o governo, essencial para o fechamento das contas públicas. Quando a liminar foi submetida ao plenário, o voluntarismo de Marco Aurélio foi de novo rejeitado. Na esfera administrativa, o monocratismo foi combatido pelo Supremo. O exemplo de Marco Aurélio é simbólico. Num tribunal sensível a assuntos importantes para a governabilidade, especialmente quando estão em jogo as contas públicas, sempre liminares voluntaristas foram abatidas. Mas Marco Aurélio não recuou. Apesar de seu histórico, suas liminares continuavam a surpreender, pois alargavam os limites da atuação individual dos ministros do STF. Sua decisão de autorizar o aborto de fetos anencefálicos era uma extravagância naquele colegiado que ainda guardava certa deferência aos demais Poderes. No entanto, quando o tribunal voltou do recesso e a liminar foi submetida ao plenário, mais uma vez o Supremo barrou os atrevimentos de Marco Aurélio, com o explícito protesto de Joaquim Barbosa contra a decisão isolada em assunto tão grave. “A posição jurídica que eu adoto há muito tempo é de que não cabe a um ministro individualmente tomar decisão dessa natureza. Seria o equivalente a um membro do Congresso editar pessoalmente uma lei”, protestou o ministro ao final da sessão. Favorável ao teor da decisão mas contrário ao método empregado pelo colega, Barbosa começava, neste julgamento, sua trajetória de embates com colegas em plenário. A temperatura subiu: foi nessa sessão que Marco Aurélio disse que, fosse em outros tempos, os dois poderiam resolver as

um ator político de peso absolutamente relevante, pouco habituado a procedimentos deliberativos francos⁴⁶², razão pela qual prepondera no Supremo a lógica que permite um grande acúmulo de poder individual, com débeis mecanismos de controle e com claro esvaziamento da dimensão coletiva institucional da Justiça Constitucional.⁴⁶³ A questão é

divergências num duelo do lado de fora do tribunal. Depois de ter sua liminar cassada, Marco Aurélio manteve o tema longe do plenário por oito anos.” RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. Os Onze - o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Cia das Letras, 2019, p. 230.

⁴⁶² Hübner, que já mencionamos em distintas oportunidades neste trabalho, ao tratar da importância da colegialidade no STF e da necessidade que os magistrados entendam o quão fundamental é estimular o espírito deliberativo para alcançar soluções melhores, assim pondera: “*Quais seriam os caminhos para aperfeiçoar as capacidades deliberativas do STF? Deste tribunal emanam hoje, sem dúvida, algumas decisões cruciais da democracia brasileira. Ele não tem sido, entretanto, o espaço do argumento ou da persuasão. Recusa-se, por temperamento, a falar na primeira pessoa do plural. Sob a perspectiva deliberativa, continua a ser um ente periférico e inexpressivo. Transformar um tribunal de solistas num tribunal deliberativo requer mais que rearranjos procedimentais. Exige que juízes, pessoalmente, entendam e valorizem o espírito da deliberação. Que se tornem, enfim, deliberadores.*” MENDES, Conrado Hübner. *O projeto de uma corte deliberativa*. Sociedade Brasileira de Direito Público. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4437846/mod_resource/content/1/CHM%20-%20Projeto%20de%20uma%20corte%20deliberativa.pdf, acesso em 15/09/2020

⁴⁶³ Comentando acerca da polêmica envolvendo o caso popularmente chamado “André do Rap”, Ferraro e Glezer ponderam, de forma muito lúcida, que o individualismo radical no STF deve ser combatido, quer seja quando do exercício do ‘monocratismo’, quer seja ainda no âmbito da própria Presidência do Supremo, que também não contribui para o reforço da colegialidade ao cassar de maneira singular decisões proferidas pelos outros Ministros: “*Os ministros do Supremo Tribunal Federal não estão dispostos a salvar o tribunal da crise em que ele se encontra. Não faltam boa intenção, propostas e até mesmo “coragem” para agir como cada um acredita ser correto. Contudo, o que o “caso André do Rap” (a polêmica mais recente) revela é que há pouca disposição dos ministros para agirem como partes iguais – como pequenas engrenagens – que permitem o funcionamento de algo maior: a instituição responsável pela proteção do regime constitucional. O ministro Marco Aurélio tem sido objeto de severas críticas pela imprensa e nas mídias sociais por ter concedido liberdade para André Oliveira Macedo (André do Rap), acusado de tráfico de drogas e de ser um dos líderes do PCC. O habeas corpus foi concedido porque as condições da prisão eram ilegais: (...) Essa condição para a legalidade da prisão preventiva foi aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo presidente Bolsonaro em 2019. As naturezas das críticas são das mais variadas. Focando no aspecto técnico, a Ajufe (Associação dos Juízes Federais) defendeu que o ministro poderia ter agido como outros colegas do STF em caso semelhante e, mitigando a literalidade da lei, pedido que o juiz do caso se manifestasse se a prisão deveria ser mantida ou não. O que se pedia, na verdade, é que o ministro abdicasse da sua forma de interpretar e aplicar o artigo, favorecendo o modo como isso é feito pela maioria de seus pares (a jurisprudência do STF). Esse é um pedido sensato, para que o ministro favoreça a institucionalidade ao invés de suas convicções íntimas. Seria possível acabar a análise por aqui, condenando o ministro Marco Aurélio como vilão, por ter se deixado guiar por uma espécie de individualismo radical, pelo qual impõe a sua vontade aos demais ministros e ao país como um todo. O problema com essa análise seria uma mistura de ingenuidade e hipocrisia. Esse tipo de individualismo radical é abundante na prática dos ministros do STF. Dentre as vozes que se levantaram para criticar o ministro Marco Aurélio, há poucas manifestações críticas ao modo pelo qual o ministro Luiz Fux suspendeu a decisão do ministro Marco Aurélio; uma suspensão de legalidade profundamente duvidosa. Nesse caso, pouco se falou sobre a deturpação envolvida no fato de o presidente do STF na prática cassar a decisão de outro ministro, indo contra a jurisprudência do Tribunal e contra a literalidade da legislação. Em nome de uma boa causa, a preocupação com a institucionalidade desapareceu. (...) Foi durante a presidência do ministro Dias Toffoli, com o auxílio do então-vice-presidente Luiz Fux, que a Presidência do STF se concedeu o poder de derrubar decisões de outros ministros da Casa. Na gestão de*

ainda mais preocupante, segundo pensamos, quando estamos a tratar das medidas cautelares concedidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Segundo ponderam Mendes e Vale⁴⁶⁴, há um quadro atual de perceptível aumento do número de decisões dessa natureza⁴⁶⁵, algumas inclusive absolutamente descabidas, já que estamos a tratar de situação

Toffoli, isso ocorreu em quatro casos. O primeiro caso foi o mais polêmico. Em 28 de setembro de 2018, o ministro Luiz Fux suspendeu decisão proferida no mesmo dia pelo ministro Ricardo Lewandowski, que permitia que o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva fosse entrevistado dias antes da eleição. Diversas exigências legais para a suspensão de liminar em situações ordinárias foram violadas. Embora o vice-presidente tenha indicado que a decisão deveria ser submetida à chancela do colegiado, isso nunca ocorreu. (...) As demais suspensões de liminar recaíram todas justamente sobre o ministro Marco Aurélio. Às vésperas do recesso do Poder Judiciário em 2018, o ministro concedeu três liminares, que só poderiam ser revistas pelos demais colegas em fevereiro do ano seguinte. A primeira delas, que tratava de prisão após condenação em segunda instância, determinou que ninguém poderia ser preso antes do trânsito em julgado da ação e, conseqüentemente, considerava que aqueles que estavam presos apenas por este argumento deveriam ser soltos – estando neste grupo, também, o ex-presidente Lula. O ministro Dias Toffoli suspendeu a decisão horas depois, mantendo-a, assim, até que o colegiado deliberasse sobre a causa. A segunda decisão do ministro Marco Aurélio dizia respeito à forma de votação para eleição dos cargos da Mesa Diretora do Senado Federal. O ministro determinou que a votação deveria ser aberta. Em janeiro, poucos dias antes da eleição da Mesa do Senado, o presidente Dias Toffoli afastou tal decisão, determinando que a votação no Senado ocorresse secretamente e que a suspensão da liminar fosse submetida à apreciação dos pares. A questão nunca foi submetida ao plenário. A terceira decisão foi suspensa também em janeiro. Marco Aurélio havia suspendido o Decreto nº 9.355/2018, responsável por estabelecer “regras de governança, transparência e boas práticas de mercado para a cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pela Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras”. Na ocasião, a suspensão foi condicionada à apreciação da questão pelo plenário. O instrumento se tornou uma arma à disposição da Presidência do STF para lidar com eventuais decisões individuais de ministros que podem causar desconforto ou desagrado, seja da opinião pública, seja do próprio presidente. Essa arma repousa hoje nas mãos do ministro presidente Fux, que nunca teve constrangimento em exercer seu próprio individualismo radical. Foi o ministro que manteve o pagamento de auxílio-moradia a juizes e promotores por anos, sem jamais permitir a discussão do caso pelo plenário do STF. E aí está o principal problema. Se por um lado pode e deve haver algum tipo de controle em relação às decisões monocráticas dos ministros, por outro isso não deveria ser feito com a ampliação de um poder igualmente individual. Caso contrário, o voluntarismo é apenas deslocado, ao invés de combatido. Sendo assim, o que veremos pela frente é uma escalada do conflito entre ministros, cada vez mais dispostos a usar seu poder individual para impor sua vontade sobre os demais. Até hoje não houve nenhum esforço de fortalecer a dimensão coletiva para o controle desse individualismo. O esvaziamento da dimensão coletiva é, assim, o esvaziamento da dimensão institucional do STF. Sem essa dimensão, a politização em tudo que envolve o STF só tende a crescer, especialmente as críticas e retaliações ao Tribunal. Os ministros não conseguem lidar com uma lição básica da política. É necessário limitar o seu próprio poder antes de incitar a disposição em outros atores para limitá-lo. O ministro Dias Toffoli transformou a Presidência do STF em uma arma, por meio de diversos mecanismos. O ministro Luiz Fux demonstrou disposição e interesse em usá-la. O tiro sairá pela culatra.” FERRARO, Luiza Pavan. GLEZER, Rubens. O Supremo se encurralou. Disponível em <https://piaui.folha.uol.com.br/o-supremo-se-encurralou/>, acesso em 14/10/2020

⁴⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Orgs.). *Jurisdição Constitucional em 2020*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 312.

⁴⁶⁵ Segundo nos posiciona Streck: “(...) Esse problema de o relator de MC em ADI não submeter a decisão concessiva ao full bench já havia sido denunciada pelo ministro Gilmar Mendes quando de seu voto na ADI 4.638, em 2011. Ali ele já elencou uma dezena de casos em que isso ocorreu e vinha ocorrendo. Hoje, um

que deveria ser, ao menos em teoria, absolutamente excepcional. Eis então o magistério dos autores em questão acerca das medidas cautelares individuais no âmbito da nossa Corte Constitucional:

“(…) se a decisão cautelar, tal qual a decisão de mérito, produz efeitos sobre a vigência normativa, justifica-se que também o julgamento da medida cautelar seja atribuído à competência exclusiva do Plenário da Corte Constitucional. Esse é o ethos da regra da reserva de plenário também para as medidas cautelares no direito brasileiro. Por isso, mesmo nos casos de "excepcional urgência", a Lei n. 9.868/99 reserva exclusivamente ao Plenário do Tribunal a competência para apreciar a medida cautelar. Nessas hipóteses, dispõe o art. 10, § 3º, da referida lei, que “o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado”. A reserva de plenário para a decisão cautelar admite uma única exceção, precisamente definida no art. 10, caput, da Lei n. 9.868/99, a qual decorre não do caráter urgente de eventual medida, mas da impossibilidade de reunião de todos os membros do Tribunal nos períodos de recesso. Assim, obviamente, ante a impraticável reunião dos magistrados em sessão Plenária nos períodos de recesso do Tribunal, o Regimento Interno da Corte confere poderes ao Ministro Presidente para decidir sobre questões urgentes (art. 13, VIII), o que envolve também os pedidos de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade. (...) Portanto, a única exceção à reserva de plenário prevista pela lei encontra-se no excepcional poder conferido ao Presidente do Supremo Tribunal Federal decidir cautelarmente nos períodos de recesso e de férias. De toda forma, mesmo nessa hipótese excepcional, deverá a medida cautelar ser levada ao referendo do Tribunal Pleno tão logo termine o período de recesso ou de férias (art. 21, IV e V, RI-STF). Caberá ao Relator do processo (designado com a regular distribuição da ação, após o término do período de férias) levar ao referendo do Plenário a medida cautelar decidida pela Presidência. Em hipóteses excepcionais, poderá o próprio Presidente levar sua decisão ao referendo do Pleno, tal como já ocorreu para no julgamento da ADI 3.929-MC-QO, Rel. Min. Ellen Gracie (julgamento em 29-8-2007, DJ de 11-10-200714). (...) é preciso reconhecer que tais casos serão excepcionalíssimos, pois a própria Lei n. 9.868/99 prevê mecanismo para se evitar perecimento de direito e assegurar o futuro pronunciamento definitivo do Tribunal, que é a possibilidade de concessão da medida liminar com efeitos ex tunc, suspendendo-se a vigência da norma questionada desde a sua publicação. Portanto, o sistema definido pela Lei n. 9.868/99 a para concessão de medidas cautelares deixa pouco espaço para a ocorrência de casos em que seja necessária uma decisão monocrática fora dos períodos de recesso e de férias.”⁴⁶⁶

rápido levantamento mostra uma dezena de Medidas Cautelares concedidas e que estão pendentes de full bench, algumas com vários anos de atraso: ADI 4.232, de 19.05.2009; ADI 4.598, de 23.2.2012); ADI 4.628, de 18.03.2013; ADI 5.091, de 21.03.2014; ADI 5.086, de 28.01.2014; ADI 4.874, de 13.09.2013; ADI 4.843, de 30.1.2014; ADI 4.707, de 30.1.2014; ADI 4.258, de 3.07.2009; ADI 4.144, de 7.02.2104; ADI 5.171, de 21.11.2014.” STRECK, Lenio Luiz. *A decisão de um Ministro do STF pode valer como medida provisória?* In: CONJUR - <https://www.conjur.com.br/2014-dez-04/senso-incomum-decisao-ministro-stf-valer-medida-provisoria>, acesso em 22/10/2020.

⁴⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. *Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade. Op. Cit.*, pp. 307-308.

Diante destas premissas, ainda com escopo no pensamento dos autores supra, tais arestos monocráticos proferidos em ações diretas são (ao menos prima facie) ilegais, visto que ofendem o art. 10 da lei 9.869/99⁴⁶⁷. Sem embargo, ferem também comando constitucional havido no artigo 97 do Pacto Social⁴⁶⁸, em cristalina ofensa à cláusula de reserva de plenário. De se considerar, aliás, que a questão da exigência de quórum qualificado para tomada de decisões profundamente substantivas pela Corte Constitucional não é nova. Castro Nunes, por ocasião dos comentários acerca do panorama constitucional trazido pela Carta de 1934, assim ponderava:

“(…) “Quorum” para a declaração da inconstitucionalidade - A noção de quorum vem das práticas parlamentares inglesas. O quorum, define EUGÊNIO PIERRE, é constituído pelo número de membros cujo concurso ativo ou passivo é indispensável para a validade dos votos de uma assembléia. Dispõe o art. 96 da Constituição : “só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou de ato do “Presidente da República”. Esse dispositivo reproduz o do art. 179 da Constituição de 34, com alteração, somente, na parte final, onde se lia “ou de ato do Poder Público” e hoje se lê “ou de ato do Presidente da República”. Na Constituição de 91 não havia preceito estabelecendo um quorum especial para a declaração da inconstitucionalidade. Mas havia leis exigindo a presença de 10 ministros desimpedidos (o Supremo Tribunal compunha-se então de 15 ministros), incluído nesse número o presidente. O quorum exigido se define pela maioria da totalidade dos juízes componentes do Tribunal (maioria absoluta), não bastando a maioria da maioria presente, maioria acidental ou relativa. Se o Tribunal se compõe de 11 membros, como é o caso do Supremo, serão necessários, no mínimo, seis ministros desimpedidos, além do presidente. Entende-se por totalidade o número legal dos juízes, a composição constitucional da Côrte, sem desconto dos lugares vagos. A exigência do quorum assim definido é restrita à declaração da inconstitucionalidade de leis ou decretos-leis e de quaisquer atos, normativos ou de caráter individual, contanto que emanados do Presidente da República. Escapam à compreensão do dispositivo outros atos do Poder Público (atos de ministros de Estado e de autoridades subordinadas), ao inverso do que preceituava o texto de 1934. A exigência da maioria da totalidade supõe o Tribunal Pleno, e não uma de suas frações, turmas ou câmaras. Surge então, a questão: poderão estas conhecer da inconstitucionalidade alegada, ainda que a não declarem? Ou, por outras palavras: o quorum constitucional é exigido somente para o caso em que o Tribunal declare a inconstitucionalidade, ou para a simples arguição, ainda que não acolhida? Na vigência da Constituição de 34 a questão foi debatida na Côrte Suprema, entendendo-se, contra o voto do ministro COSTA MANSO, e

⁴⁶⁷ “Lei 9869/99. Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.” PLANALTO. Lei 9869/99. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm, acesso em 21/10/2020.

⁴⁶⁸ “Constituição Federal. Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.” SENADO. Constituição Federal. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_06.06.2017/art_97_.asp. Acesso em 22/10/2020.

de acôrdo com os votos manifestados pelos ministros CARVALHO MOURÃO, relator, LAUDO DE CAMARGO, ARTUR RIBEIRO, ATAULFO DE PAIVA, OTÁVIO KELLY e CUNHA MELO, que só o Tribunal Pleno pode decidir da inconstitucionalidade, quando arguída pela parte ou levantada por um dos ministros. E assim se tem praticado. Levantada a questão constitucional, a Turma sobreesta no julgamento e submete o caso ao Tribunal Pleno.”⁴⁶⁹

A importância da colegialidade para a melhoria do aspecto da legitimidade das Cortes no seio social, especialmente daquelas que estão próximas do ápice e da cúpula do Poder Judicial (cujo assunto já tratamos neste trabalho), repercute no magistério de vários estudiosos alienígenas. Neste sentido, longe sequer de arranhar o extenso trabalho que temos em vários países acerca da temática, vale mencionar Edwards⁴⁷⁰, no contexto norte-americano e Branca⁴⁷¹, na conjuntura italiana. Ambos asseveram que a participação ativa e efetiva de todos os magistrados no procedimental decisório da Corte em que estão inseridos produz, a médio-longo prazo, resultados mais eficazes e qualitativos para o ambiente social.

Com efeito, no contexto atual e como estamos a sublinhar neste tópico, o poder geral de cautela individual dos Ministros deve ser melhor regulamentado e controlado⁴⁷², não

⁴⁶⁹ NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. São Paulo: Ed. Revista Forense, 1943, pp. 599-600.

⁴⁷⁰ “The D.C. Circuit has changed dramatically in the years that I have been on the bench. In that time, it has gone from an ideologically divided court to a collegial one in which the personal politics of the judges do not play a significant role in decision making. In reflecting on this over the years, I have come to understand that there are a number of factors that may affect appellate decision making, some that should and some that should not. Among these factors are the requirements of positive law, precedent, how a case is argued by the litigants, the effects of the confirmation process, the ideological views of the judges, leadership, diversity on the bench, whether a court has a core group of smart, well-seasoned judges, whether the judges have worked together for a good period of time, and internal court rules. My contention is that decision making is substantially enhanced if these factors are “filtered” by collegiality. There are cross-fertilizing effects between collegiality and certain of these factors (such as internal court rules, leadership, and diversity), so that the factors both promote collegiality and enhance decision making when they are filtered by collegiality. In the end, collegiality mitigates judges’ ideological preferences and enables us to find common ground and reach better decisions. In other words, the more collegial the court, the more likely it is that the cases that come before it will be determined on their legal merits.” EDWARDS, Harry T. “The effects of collegiality on judicial decision making”. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 151, n. 5, May 2003, p. 1689.

⁴⁷¹ “La collegialità, soltanto la collegialità effettiva, del resto, consente alle diverse posizioni individuali di comporsi in una linea comune che finisce per essere o apparire obiettiva”. BRANCA, Giuseppe. *Collegialità nei giudizi della Corte Costituzionale*. Padova: Cedam, 1970.

⁴⁷² Eis a ponderação de Vilhena quando assevera que, sob pena de continuarmos a fragmentar perigosamente a autoridade do Tribunal Supremo, devemos restringir ao máximo a atuação individual dos componentes da Corte: “Em primeiríssimo lugar, deveriam ser restringidas, ao máximo, as competências de natureza monocráticas. A autoridade do Tribunal não pode ser exercida de forma fragmentada por cada um de seus Ministros. O fato de este ser um tribunal irrecorrível, e, portanto, aquele que corre o risco de errar em último lugar, impõe que as suas decisões sejam majoritariamente de natureza coletiva, o que somente será possível se o número de casos julgados cair de mais de cem mil por ano para menos de mil por ano. Com a concentração de suas atividades no campo da jurisdição constitucional, com forte componente discricionário, o Tribunal, além de

apenas no que concerne às cautelares proferidas em sede de ação direta (como pressupõe a lei infraconstitucional de regência), mas também nas demais classes de ações, visto que, em razão da posição de relevo que o Excelso Pretório ocupa na topografia institucional, suas decisões – individuais sobretudo, posto que sumárias - acabam por atingir, de um dia para o outro, imenso número de atores no seio da Sociedade, com escassa possibilidade de trâmite recursal interno.⁴⁷³

Streck, a partir da linha de raciocínio que percebeu a gravidade institucional da problemática aqui exposta⁴⁷⁴, vislumbra que algumas destas medidas cautelares proferidas no âmbito do Supremo equiparam-se, em certa medida, às medidas provisórias oriundas do Poder Executivo que, como se sabe, originam-se de atos de vontade política unilateral do titular do Governo. No entanto, por evidente, tais decisões judiciais singulares de acautelamento não tem o tratamento constitucional rígido que as peças legiferantes executivas supramencionadas atualmente possuem, impactando, portanto, o sistema

passar a decidir de forma apenas colegiada, também pode qualificar melhor o seu processo deliberativo.” VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia. Op. Cit.*

⁴⁷³ Vale, em artigo solo em que volta a tratar do tema acerca da questionável legalidade das cautelares proferidas em ações diretas, também estende seu juízo, como estamos aqui a defender, para toda a cadeia cautelar em funcionamento no Supremo: “*Por todo o exposto, destaca-se o velho problema da morosidade judicial, que, por meio de uma medida cautelar, torna-se “(in)satisfativa” por vias oblíquas. Entra em questão a usurpação tácita de uma competência: a decisão monocrática se substitui no tempo à do colegiado (e a outro Poder, negando-se validade à lei sob mero “juízo de aparência”). Pense-se, ademais, em casos de liminares concedidas em mandados de segurança com ampla repercussão (coletiva) ou ações ordinárias que atingem milhares de pessoas, como a MC na AO 1.773, que trata do auxílio moradia, que, embora não abrangida pela determinação do artigo 10 da Lei 9.868, tem e gera efeitos similares aos de uma MC em ADI. Não se trata, aqui, de uma crítica aos eminentes relatores de qualquer ADI — minha crítica é reflexiva e visa a aprimorar o sistema —, mas, sim, à dependência pessoal em que muitas vezes se encontram os cases na Suprema Corte. Ora, a necessidade de remessa ao colegiado busca justamente garantir uma melhor deliberação, ao propiciar a transcendência heterorreflexiva no julgamento de causas complexas.”* VALLE, André Rufino. *A inconstitucionalidade das decisões cautelares monocráticas no controle abstrato de constitucionalidade. Op. Cit., p. 2.*

⁴⁷⁴ Arguelhes e Ribeiro, neste preocupante cenário, chegam a falar em ‘judicial review individual’: “*Ministro decide individualmente, e ministro decide individualmente se e quando poderá haver decisão colegiada sobre sua decisão individual: esse “loop” entre poder de agenda e poder de decisão individual tem sido decisivo para entender a atuação do STF na política brasileira, muito além das situações “excepcionais” previstas na legislação. (...) Assim, liminares monocráticas—justificadas em princípio como um mecanismo para garantir a autoridade futura da decisão do plenário — podem ser utilizadas no sentido oposto, para neutralizar o controle do plenário sobre uma ação estritamente individual que, hoje, produz efeitos no mundo tomando para si a autoridade da decisão futura que talvez nunca chegue. Na prática, esse loop permite aos ministros realizar o que podemos chamar de “judicial review individual”, bloqueando iniciativas políticas, ainda que amplamente majoritárias, sem que a supervisão do plenário ou mesmo outros limites previstos na legislação impeçam essa atuação individual.”* ARGULHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro. Op. Cit., pp. 20-30.*

jurídico-político de maneira muito mais visceral:

“(…) um pedido cautelar em ADI, por exemplo, pode ser deferido liminarmente por um ministro, segundo o artigo 10 da Lei 9.868. No recesso, ela valerá durante esse período. Isso quer dizer o quê? Muito simples: uma tutela cautelar concedida monocraticamente deve, em períodos de não recesso, ser levada de imediato ao plenário. Terminado o recesso, deve ser levada a full bench (decisão do plenário em banca cheia). Logo, fazendo um raciocínio lógico: uma cautelar originária de recesso só pode valer durante esse período (30 dias, supondo que ela seja deferida no primeiro dia do recesso). Mas o que a alegoria com a medida provisória (entre aspas) tem a ver com isso? A questão é óbvia: uma lei aprovada pelo parlamento e devidamente sancionada pode vir a ter a sua validade suspensa por uma Medida Cautelar em ADI. Se for no recesso, logo após o término do recesso, deve ser submetida ao plenário. Mas, se não o for? E se a suspensão perdurar no tempo indefinidamente sem que o plenário a confirme? Então os efeitos da ADI são semelhantes aos de uma medida provisória, uma vez que, segundo o parágrafo segundo do artigo 10 da Lei 8.868, entre outras coisas a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário. Isto é: uma MC, além de suspender a validade (se se quiser, pode-se até falar em vigência) de um ato normativo (inclusive Emenda Constitucional), pode “represtinar” lei anterior. Há, ainda, algo mais grave: a MP tranca pauta e tem prazo para ser votada. Só que no STF (...) a não submissão da MC ao full bench não tranca a pauta do tribunal. Simples assim.”⁴⁷⁵

Nos termos colocados por Recondo⁴⁷⁶ em obra recente, há importante alerta feito no contexto atualíssimo que estamos a vivenciar. Com efeito, segundo o autor, a justificabilidade do agir do Supremo está estrangulada pelo modo como estão a atuar singularmente os componentes da Corte. Neste sentido, a percepção do público é que, no âmbito da Justiça Constitucional, cada um faz política como bem entende, lastreando-se em interpretações *sui generis* que fazem dos comandos constitucionais e do arcabouço normativo ordinário.

Deste modo, forças políticas que foram alçadas, por exemplo, ao comando do Poder Executivo já falam – exemplo do que afirmou o Presidente Jair Bolsonaro no período da campanha eleitoral⁴⁷⁷ – em ampliar o efetivo do Supremo, buscando deste modo suposta ‘isenção’ do órgão. Finalmente, o autor pondera que tal cenário é fruto, conforme já colocamos aqui, da clara falta de critérios objetivos no processo decisório, cuja sensação é a

⁴⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. *A decisão de um Ministro do STF pode valer como medida provisória?* In: CONJUR - <https://www.conjur.com.br/2014-dez-04/senso-incomum-decisao-ministro-stf-valer-medida-provisoria>, acesso em 22/10/2020.

⁴⁷⁶ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os Onze - o STF, seus bastidores e suas crises*. Op. Cit., p. 293.

⁴⁷⁷ RODAS, Sérgio. *Bolsonaro quer 21 ministros no STF e excludente de ilicitude para policial*. CONJUR. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-set-25/bolsonaro-21-ministros-stf-aval-policial-matar>, acesso em 02/11/2020.

de que o STF é uma loteria, especialmente quando da análise de casos na seara criminal.

De rigor portanto, na lógica da atenuação da tensão política-institucional que tem havido na República, que os espaços de atuação individual dos Ministros da Corte sejam minorados em prol de um ambiente de colegialidade reforçada, buscando uma coesão sistêmica que, segundo penso, fará bem ao STF e, por via de consequência, acomodará melhor as expectativas sociais em torno do projeto constitucional que estamos a construir. Tais mudanças, portanto, podem ser carreadas através de severa comutação dos comandos regimentais, com redação aperfeiçoada⁴⁷⁸, mirando a prevalência das decisões plurais em detrimento das individuais.⁴⁷⁹

No entanto, sem aperfeiçoamentos legislativos de teor constitucional e infraconstitucional, não acreditamos que tenhamos panorama distinto do que temos atualmente. Cremos, por exemplo, que o artigo 97 de nossa Constituição Federal⁴⁸⁰ poderia

⁴⁷⁸ Acreditamos, por exemplo, que a mesma lógica regimental que atualmente já funciona para a decretação de repercussão geral (hoje tramitando em ambiente intitulado ‘plenário virtual’, dispensando a presença física dos Ministros no prédio do STF) pode ser ampliada para o funcionamento do Excelso Pretório como um todo. É preciso notar que, nos termos do artigo 324 do Regimento Interno do STF, há necessidade do posicionamento de maioria absoluta dos Ministros, além de retomada automática dos trabalhos caso haja ausência de manifestação de um dos componentes da Corte: “RISTF. Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 31, de 29 de maio 2009). § 1o Somente será analisada a repercussão geral da questão se a maioria absoluta dos ministros reconhecerem a existência de matéria constitucional. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 54, de 1o de julho de 2020). (...) §4º Não alcançado o quórum necessário para o reconhecimento da natureza infraconstitucional da questão ou da existência, ou não, de repercussão geral, o julgamento será suspenso e automaticamente retomado na sessão em meio eletrônico imediatamente seguinte, com a coleta das manifestações dos ministros ausentes. (Incluído pela Emenda Regimental n. 54, de 1o de julho de 2020)”. STF. Regimento Interno. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>, acesso em 22/10/2020.

⁴⁷⁹ O próprio Ministro Barroso se manifesta adotando a lógica que aqui quero demonstrar: “Também é procedente a crítica de o volume astronômico transforma o processo decisório do Tribunal, em mais de 90% dos casos, em uma Corte de decisões monocráticas. Por isso mesmo, no primeiro semestre de 2017, encaminhei à Presidência do Tribunal proposta de emenda regimental que permite que o relator proponha, em Plenário Virtual, com decisão sumariamente motivada, a negativa de repercussão geral, com efeitos limitados ao caso concreto. Na vida real, o que acontece é que os ministros e o presidente fazem, de modo individual e improvisado, o que no resto do mundo é feito de maneira institucional. Cada ministro, com seu gabinete, seleciona o que vai levar a Plenário, cabendo ao presidente fazer a pauta. De modo que julgamentos efetivos em Plenário são cerca 100 ou 200 processos por ano (julgamentos em lista não contam), o que não destoa quantitativamente de outros países. Mas, de fato, o volume de processos e a pouca antecedência da pauta compromete a qualidade da atuação do Tribunal e motivam os controvertidos pedidos de vista apelidados, em alguns casos com justa razão, de “perdidos de vista”, De modo que os que professam essa crítica podem se juntar a mim no esforço de transformar o Tribunal, reduzindo a voracidade terceiro- mundista de tudo julgar, na crença equivocada de que competência é poder, mesmo que mal exercida.” BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 16-17.

⁴⁸⁰ Confira-se a nota 462.

prever, em possível parágrafo a ser acrescido no texto constitucional, o trancamento da pauta do órgão decisório plural (inclusive no Supremo, por óbvio) em caso de concessão de medida cautelar monocrática por um dos seus membros, prevendo que a questão tivesse que ser apreciada pelo colegiado (em lapso temporal de até quatro sessões, por exemplo), sob pena dos efeitos do acautelamento concedido perderem seu alcance e eficácia. Com efeito, a mesma lógica vale no aprimoramento das leis de operacionalização procedimental das ações em que se discute controle concentrado de constitucionalidade, Codex adjetivo cível e penal (no que concerne ao trâmite recursal dos feitos que chegam ao Supremo pela via difusa e do instituto da repercussão geral) e, sem pretender esgotar as possibilidades, da lei que regula o trâmite das ações mandamentais.⁴⁸¹

Com efeito, Lemos noticia que em recente episódio havido no Supremo, por ocasião de sessão administrativa da Corte, alguns Ministros fizeram legítimo esforço para que ocorresse mudança profunda na sistemática decisória no que concerne à atividade judicante individual. No entanto, não parece que lograram êxito em seu objetivo, o que demonstra, segundo pensamos, que a iniciativa reguladora talvez tenha de partir de esforço externo ao ambiente do Excelso Pretório:

“(...) o próprio Supremo parece ter percebido o esgarçamento de seu capital institucional com a sucessiva prolação de decisões monocráticas por seus membros e as respectivas reações institucionais advindas, mais recentemente e com maior força, oriundas da presidência da República. Nesse cenário, em 04 de maio de 2020, o ministro Marco Aurélio, por meio do Ofício nº 1/2020 – GBMA, apresentou proposta de alteração do artigo 5º do RISTF para que passasse a constar como atribuição do Plenário “apreciar pedido de tutela de urgência, quando envolvido ato do Poder Executivo ou Legislativo, praticado no campo da atuação precípua”. A proposta apresentada pelo ministro Marco Aurélio tinha o nítido escopo de reforçar a harmonia entre os Poderes, proteger a imagem institucional da Corte e ampliar a sua atuação colegiada. (...) Além disso, a proposta buscava reduzir os embates institucionais que o Supremo vem travando com os demais Poderes da República, dado que, para além da discussão acerca do déficit de legitimidade democrática das cautelares individuais, a Corte, quando se manifesta por meio do Plenário, afasta a personificação da decisão e reforça sua unidade institucional. Paralelamente, os ministros Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli também apresentaram proposta sobre o tema, a qual sugere que: (i) em casos de urgência, concedida a decisão monocrática, ela deverá ser submetida imediatamente à apreciação plenária, preferencialmente em ambiente virtual; e que (ii) a decisão monocrática concedida nesses termos somente produzirá efeitos após a liberação do referendo para julgamento pelo colegiado competente, sendo o processo automaticamente inserido na pauta da sessão imediatamente posterior. (...) Após a deliberação na sessão administrativa, os ministros rejeitaram a proposta do ministro Marco Aurélio. (...) No que tange à obrigatoriedade de que a decisão seja imediatamente submetida ao colegiado

⁴⁸¹ Leis 9.868/99; 9.882/99; 13.105/15; 13.689/41 e 12.016/09

respectivo, e no que diz respeito ao condicionamento para que a produção de seus efeitos ocorra somente a partir da liberação da decisão para inclusão em pauta, tal como proposto pelos ministros Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli, foi realizado um pedido de destaque para que a matéria seja discutida com maior profundidade em sessão administrativa presencial, ainda sem data para ocorrer. (...) O que se percebe é que a alteração capitaneada pelo ministro Marco Aurélio fora afastada por inteiro para dar lugar a uma alteração regimental que em pouco, ou em nada, a bem da verdade, será capaz de alterar o atual déficit de colegialidade do Supremo Tribunal Federal. A alteração regimental aprovada apenas reforça – ou formaliza o cenário que já existe, visto que, após a prolação da decisão monocrática, é natural e esperado que esta seja submetida ao referendo do Plenário, transformando-se, então, em decisão colegiada. Assim, a despeito da percepção positiva por parte da Corte de que a proliferação de decisões monocráticas precisa ser repensada, (...) o que se viu da sessão administrativa em comento é que o Supremo Tribunal Federal acabou por reforçar o cenário já existente. Desperdiçou-se, portanto, uma grande oportunidade de promover uma ampliação da colegialidade e da unidade da Corte, que são aspectos primordiais em tempos em que a jurisdição constitucional brasileira vem sendo cada vez mais instada a se manifestar e a proteger valores democráticos da mais alta sensibilidade.”⁴⁸²

Pensamos, deste modo, que além do aperfeiçoamento normativo que supramencionamos, ao mesmo tempo será necessário, de um lado, a tomada de consciência dos Ministros acerca do crítico momento institucional vivido (em que, como nos parece ser o caso, a Corte sofre de severo déficit de legitimidade e de imagem social) e, de outro lado, o exercício fiscalizador de outros atores políticos institucionais.⁴⁸³

Ao nos referir, entretanto, à eventual possibilidade de sindicarmos o cumprimento de norma por parte do próprio aplicador tradicional da lei, não estamos a tratar, por óbvio, de restrição - arbitrária - do exercício jurisdicional por outros atores de fora do poder judicial. Pensar desta maneira seria contemplar ato característico típico dos estados autoritários. Estamos aqui, em verdade, a sugerir, através de verdadeira prática dialógica entre os Poderes

⁴⁸² LEMOS, Victor Hugo Pacheco Lemos. *O déficit de colegialidade no STF: um princípio de mudança?* In: JOTA, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-deficit-de-colegialidade-no-stf-um-principio-de-mudanca-17072020>, acesso em 22/10/2020.

⁴⁸³ Por exemplo, por ocasião das atribuições conferidas ao Senado Federal pelo legislador constituinte no âmbito do art. 52: “*CF. Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição; (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.* PLANALTO. *Constituição Federal.* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 30/10/2020.

e a Sociedade (como também tratamos em tópico próprio neste trabalho), que no âmbito do STF exista respeito pleno aos ritos procedimentais⁴⁸⁴, visto que, defluindo da lógica principiológica do devido processo legal, a processualística tem se mostrado eficaz método de anteparo ao exercício do poder em sua forma cesarista.⁴⁸⁵

3.2. Das novas formas de participação de distintos atores da Sociedade como meio de reforço na legitimação das decisões da Corte Constitucional

Em uma Sociedade complexa como a que estamos inseridos⁴⁸⁶, a Justiça

⁴⁸⁴ Vale pondera em seus escritos que seria possível incentivar e aumentar o grau de colegialidade do Tribunal através de normativa que caminhasse neste sentido: “(...) Apesar de depender em grande parte das posturas deliberativas individuais (que podem estar vinculadas ao caráter, à personalidade e às virtudes de cada indivíduo), seria possível trabalhar com regras, procedimentos e práticas que favoreçam a colegialidade. Exemplo claro está nas normas e procedimentos que asseguram a isonomia das posições institucionais de cada membro do órgão colegiado – ainda que isso não impeça estabelecer certas prerrogativas próprias da figura distinta de seu presidente -, como a que atribui valor igual de voto a todos – excetuado o voto de qualidade do presidente na hipótese de empate na votação. Nesse contexto, é crucial o grau de abertura cada sistema atribui a atuação monocrática dos magistrados. Quanto maiores as possibilidades previstas pelo ordenamento de solução de casos por meio de decisões monocráticas, menor o papel do órgão colegiado e, portanto, menor o grau de colegialidade do tribunal constitucional em questão.” VALE, André Rufino. *A inconstitucionalidade das decisões cautelares monocráticas no controle abstrato de constitucionalidade*. Op. Cit., p. 30.

⁴⁸⁵ E uma vez mais precisamos nos escorar no magistério de Lembo, que nos alerta que o poder arbitrário – individual ou coletivo – só faz mal para nosso ambiente democrático: “A democracia só pode ser vivida no interior do estado de Direito. O que é estado de Direito? É a subordinação de todos ao comando da lei. Isto quer dizer que, na democracia, Estado e cidadãos devem se subordinar ao disposto na legislação posta pelo Estado a partir da vontade social, Pode-se, neste passo, argumentar que, no caso brasileiro, por vezes, a lei não tem legitimidade e, em conseqüência, não pode ser cumprida. É um argumento falacioso; quando a Sociedade aceitou a evolução política, mediante a transição pacífica do autoritarismo para a democracia, optou pela concessão de legitimidade transitória a toda a legislação em vigor. Não houve um vácuo legal como acontece na hipótese de uma ruptura da ordem política. As leis aí estão e devem ser cumpridas. Se inaceitáveis, terão que ser examinadas pelo Congresso Nacional e, se for o caso, emendadas ou revogadas. Mas, enquanto norma positiva em vigor, as leis têm que ser obedecidas sob pena de se instalar o caos na Sociedade. O momento político nacional exige uma afirmação da legalidade. Só preservaremos os valores democráticos se preservarmos a normalidade social. O exercício arbitrário da própria vontade - individual ou de certas coletividades - rompe a normalidade e conduz à violência contra outros setores. A violência é sempre inaceitável. Estado não deve usar a violência. O particular jamais pode usar a violência”. LEMBO, Cláudio. *A opção liberal*. São Paulo: Editora Nacional, 1985, p. 23.

⁴⁸⁶ É como coloca Durão, interpretando o pensamento de Habermans: “Seguindo a trilha de Weber, Parsons e Luhmann a Sociedade moderna se tornou cada vez mais complexa para Habermas. A complexidade social significa que a Sociedade é dividida em sistemas regidos cada um por uma racionalidade própria. O mercado e a política, os principais sistemas modernos, seguem a racionalidade estratégica definida pelo cálculo custo \benefício e pela relativização dos fins em função dos meios, através da qual os agentes orientam a sua ação pela busca do êxito, embora no mercado o êxito da ação seja medido pelo meio dinheiro, enquanto na política, pelo meio poder” DURÃO. Aylton Barbieri. “A Teoria do discurso racional de Habermas”. *Revista de Filosofia Moderna e Contemporânea*, Brasília, vol 3, nº 1, 2015.

Constitucional deve, segundo acreditamos, abrir-se para novas formas de participação do meio social em seu processo deliberativo-decisório. A admissão de ‘amigos da Corte’⁴⁸⁷, a realização de audiências públicas⁴⁸⁸ e a divulgação das sessões da Corte (em todos os diversos meios possíveis, quer seja através das mídias tradicionais - TV, rádio e imprensa escrita - quer seja no âmbito das novas plataformas virtuais viabilizadas pela internet) estão contemplados entre os ferramentais que podem (se bem entendidos, explorados pelos Ministros), ampliar a capacidade dialógica da Corte, com vistas a reforçar a legitimidade e a aceitação de suas decisões no seio social.

Segundo coloca Rodriguez⁴⁸⁹, ainda que tenhamos, como *in casu* o Supremo, instituição que funciona na lógica do argumento de autoridade, isso não significa dizer que há, necessariamente, um ambiente autoritário. Com efeito, mesmo nesta sistemática, pode haver base participativa em sua racionalidade decisória, sendo certo que a autoridade pode estar interessada em ouvir distintas opiniões a respeito do problema sob judice, além de oportunizar que os interessados falem diante dela, através de audiências públicas, conselhos consultivos, pareceres especializados, amigos da corte etc.

Através destes instrumentais, continua o autor mencionado, a comunidade cidadã pode ter a chance de argumentar suas razões, com vistas a convencer os decisores acerca de sua visão possibilitando, outrossim, controle público mais eficaz, já que tais instituições, adotada esta premissa, teriam que explicitar sua fundamentação a partir dos raciocínios

⁴⁸⁷ Cujas previsões estão contidas na lei 9.868/99, em seu artigo 7º, § 2º: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades” e também no artigo 138, do atual Código de Processo Civil: “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação” PLANALTO. Lei 9869/99. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm, acesso em 02/11/2020.

⁴⁸⁸ Cujas previsões positivou-se através das leis 9.868/99 e 9.882/99, mas operacionalizou-se através da emenda regimental 29, no âmbito do Supremo: “Art. 1º O art. 13 do Regimento Interno passa a vigorar com acréscimo dos incisos XVII e XVIII, renumerando-se o subsequente para inciso XIX: “Art. 13 (...) XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal. (...) Art. 2º - O art. 21 do Regimento Interno passa a vigorar com acréscimo dos incisos XVII e XVIII, renumerando-se o subsequente para inciso XIX: “Art. 21 (...) XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante.” STF. Regimento Interno. Disponível em <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL029-2009.PDF>, acesso em 02/11/2020.

⁴⁸⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 76.

apresentados.

Com efeito, seria possível até mesmo criar padrões decisórios com base nestes exercícios dialógicos, apresentando-se solução análoga para casos semelhantes, já que a sistematização decisória estaria alicerçada em precedentes relacionados aos casos e não necessariamente pela interpretação das leis aplicáveis ao contexto decisional. Alerta Rodriguez⁴⁹⁰, no entanto, que para este esquema funcionar no bojo da realidade brasileira seria necessário implementar a lógica do voto vencedor único, representando, portanto, a opinião da Corte, cuja importância já asseveramos neste trabalho.

Nos termos do magistério de Godoy, o aparato envolvido nas audiências públicas e na admissão de amigos da corte no âmbito do STF tem crescido em importância, sendo certo que já é possível diagnosticar, ao menos empiricamente, sensível resvalado destes ferramentais nas decisões em que tais mecanismos são utilizados. No entanto, a participação e o engajamento dos componentes do Excelso Pretório neste exercício dialógico precisam ser menos passivos e mais meticolosos:

“Uma situação de diálogo efetivo é aquela em que juízes e cortes não se colocam como partícipes superiores, e sim aquela em que eles se engajam em um diálogo franco e aberto com os demais Poderes, instituições e povo sobre a interpretação e aplicação da Constituição. Particularmente no que se refere ao Supremo Tribunal Federal, verificou-se, empiricamente, que ele tem se esforçado para abrir-se a um diálogo antes de tomar suas decisões, especialmente pela realização de audiências públicas e da admissão de amici curiae. (...) No que se refere à realização de audiências públicas e admissão de amici curiae pelo Supremo Tribunal Federal, foi possível (...) concluir que tais instrumentos são sim importantes, porque eles, de fato, têm impacto e influência sobre as decisões dos Ministros. É de destacar-se, entretanto, que os Ministros, em suas decisões, têm se valido muito mais das informações trazidas nas audiências públicas do que aquelas colacionadas pelos amici curiae. É de concluir-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal tem sido permeável à participação de pessoas e instituições que buscam colaborar com o momento decisório. (...) A forma como o Supremo Tribunal Federal, porém, tem se valido da realização das audiências públicas e da admissão dos amici curiae tem sido muito pouco dialógica. (...) As audiências públicas têm se reduzido apenas e tão somente à exposição de diferentes posições em relação a um dado caso e têm funcionado apenas como espaço de complementação informativa dos Ministros. Não se tem permitido o debate, o desafio e troca de argumentos. Os Ministros têm uma participação eminentemente passiva, fazem poucas perguntas (muitas vezes nenhuma), não se engajam no debate. (...) A admissão ou recusa de amici curiae, por sua vez, precisa ser mais bem justificada pelo Ministro Relator. Cabe a ele possibilitar que mais vozes sejam ouvidas, sobretudo aquelas que têm poucas possibilidades de se fazerem audíveis. Sua

⁴⁹⁰ *Idem.*

decisão pela admissão ou rejeição dos amici curiae ganha, assim, especial relevância e exige uma fundamentação mais cuidadosa.⁴⁹¹

Acreditamos que o STF tem se notabilizado pela adoção cada vez maior e mais ampla de tais mecanismos participativos⁴⁹², até mesmo porquanto a Corte já percebeu que, no âmbito da conformação do poder em solo pátrio, é arena política de fundamental relevo e, por via de consequência, é salutar a participação substantiva de atores sociais de relevo (e não apenas aqueles processualmente adstritos na causa que está sendo analisada) na construção dos argumentos que darão lastro no *decisium*.

Pensamos, no entanto, que tal instrumental necessita ser aprimorado, acrescentando-se como etapa procedimental obrigatória, ao lado de um mecanismo decisório renovado, em que a opinião da Corte seria construída através da busca do consenso entre os pares da Justiça Constitucional (conforme colocamos em tópico anterior deste trabalho). Com efeito, nos dias atuais, é muito comum que esteja no crivo e no juízo de valor do STF questões absolutamente intrincadas que extrapolam em muito o acervo de conhecimento das partes envolvidas, quer seja dos próprios autores da demanda, quer seja dos Ministros e seus assessores⁴⁹³.

Para além da adoção de tais expedientes como passo procedimental necessário para uma melhoria na qualidade do processo deliberativo havido no STF, cujo objetivo, como já

⁴⁹¹ GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 235-236.

⁴⁹² Tushnet, neste contexto, reconhece o importante papel, e.g., das audiências públicas na prática do constitucionalismo em solo pátrio: “*O constitucionalismo legal ou judicial aloca responsabilidade pela interpretação constitucional, de forma final ou primária, aos tribunais; legisladores ou membros do executivo podem, mas não precisam, levar em conta questões de constitucionalidade ao agir, mas suas considerações sobre a interpretação constitucionais podem sempre ser desbancadas por conclusões de juízes em contrário. O constitucionalismo político, por outro lado, dá aos legisladores e membros do executivo, um grande e honorável papel na interpretação constitucional, e, em alguns casos, a palavra final. As audiências públicas brasileiras podem ser compreendidas como constitucionalismo judicial e político. As audiências são feitas perante um tribunal, que tem a palavra final sobre a interpretação constitucional. No entanto, as audiências públicas envolvem um grande número de organizações da Sociedade civil oferecendo suas visões sobre a interpretação constitucional, o que pode ser entendido como relacionado à prática geral de constitucionalismo político. Adicionalmente, Ministros do Executivo tanto presenciam quanto participam nestas audiências públicas, tornando-as um loco onde judiciário e executivo recebem input do público nas questões constitucionais sendo examinadas.*” TUSHNET, Mark. *Novos Mecanismos Institucionais para a criação do direito constitucional. Quaestio Iuris*, vol.08, nº. 02, Rio de Janeiro, 2015. pp. 1188-1206, DOI: <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2015.16915>, acesso em 31/08/2020.

⁴⁹³ Vejamos por exemplo a questão da implementação da política pública de vacinação em face da pandemia de COVID-19 que está a nos assolar em 2020. Como os Ministros do STF podem aferir constitucionalidade (em sentido lato) de questão de altíssima complexidade, sem ouvir especialistas no tema oriundos de diversas áreas do conhecimento? Sobre este assunto, confira-se: RODAS, Sérgio. *STF julgará de 11 a 18 se vacinação contra Covid-19 deve ser obrigatória*. In: CONJUR. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-dez-02/stf-julga-dia-18-vacina-covid-19-obrigatoria>, acesso em 02/12/2020.

sublinhamos, é dotar os outputs do Supremo de uma legitimidade democrática mais abrangente, é preciso criar uma cultura – interna e externa – que reconheça o grande potencial catalizador que tais aparatos possuem para gerar a melhor solução possível para a Sociedade, especialmente em casos difíceis, em que valores constitucionais principiológicos estão em aparente conflito. Eis, nesta linha de raciocínio, o magistério de Sombra:

“(…) não há como acreditar que a simples apresentação de dados e informações por parte dos representantes de entidades de classe, experts, membros da burocracia ou representantes da Sociedade civil, os quais em geral são pouco considerados pelos Ministros em seus votos, seja capaz de criar constrangimentos, mensuração de responsividade ou accountability em minipúblicos. O estudo de casos em torno da busca de representatividade pelo STF a partir da utilização de mecanismos como as audiências públicas é fruto de reflexões e estudos sobre a teoria democrática da representação e seus impactos sobre a deliberação. De longa data, a conclusão teórica apriorística e intuitiva por parte da doutrina de que o STF realizava audiências públicas com o intuito de melhorar a qualidade dos julgamentos, promover o compartilhamento das consequências políticas das decisões e conferir maior legitimidade às deliberações gerava algumas dúvidas e questionamentos. (...) as audiências públicas se revelaram até este estágio inicial do estudo de casos escolhidos um instrumento cuja função deliberativa está abaixo do potencial de qualidade e legitimidade democrática esperada. Pela grandeza e possibilidades ao alcance da figura transformadora do processo decisório, as audiências públicas podem ser melhor aproveitadas e seus resultados dialógicos implicar em maior influência no Plenário. Conforme analisado ao longo do trabalho, em certa medida, a ineficiência alocativa da Corte quanto ao material obtido nas audiências públicas decorre de vícios sistêmicos comuns em práticas judiciais infensas à permanente revisão de métodos e procedimentos internos, (...) ao não apresentar um panorama conclusivo. Os resultados parciais obtidos com os casos analisados demonstram que algumas audiências têm se prestado a uma finalidade retórica dentro do processo de construção argumentativa. Questionar pragmaticamente o papel das audiências públicas não significa impor um óbice ideológico à sua origem e função, mas sim pretender delas extrair a melhor contribuição para a qualidade de julgamentos técnicos e a efetiva dialogicidade em casos com relevante repercussão social. (...) Não obstante as Cortes Constitucionais constituam no cenário contemporâneo arenas especiais e fundamentais para a deliberação democrática plural, o Supremo Tribunal Federal ainda necessita aprimorar a dimensão política da representação que desempenha. E o desafio envolve exatamente a maximização da qualidade e da legitimidade de seu processo decisório, algo que as audiências públicas teriam um relevante papel a executar se melhor conduzidas e instrumentalmente aproveitada.”⁴⁹⁴

Finalmente, no contexto decisional havido no Supremo, é preciso considerar o papel que perfaz a profusa divulgação que atualmente é feita das sessões da Corte, quer seja no bojo de seus órgãos fracionários, quer seja ainda por ocasião das sessões do pleno do

⁴⁹⁴ SOMBRA, Thiago Luís Santos. “Supremo Tribunal Representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, jan-abr. 2017, pp. 265-266.

Tribunal. Com efeito, em solo pátrio, a TV Justiça⁴⁹⁵ desempenha importante mister neste contexto, reproduzindo, para além de conteúdo de teor jurídico e dos acontecimentos envolvendo o Poder Judiciário no País, a íntegra das movimentações havidas no STF⁴⁹⁶.

Com efeito, partindo da premissa que o Supremo atualmente é relevantíssimo locus para a discussão das grandes contendas nacionais, como frisamos ao longo deste trabalho, acredito que a ampla divulgação – em todos os ambientes tecnológicos disponíveis – do que ocorre no cotidiano do Supremo acaba por viabilizar a desejada aproximação da Justiça Constitucional – e, por via de consequência, das discussões que lá são carreadas – da Sociedade, destinatária última de suas deliberações. Ademais permite, segundo pensamos, a criação de maiores e melhores condições para a gênese de uma atmosfera dialógica viabilizadora da participação de vários atores distintos na interpretação e consecução dos valores constitucionais. É a lógica adotada por Fonte:

“(…) Essas considerações permitiram requalificar o debate jurisdição constitucional e civismo. Em regra geral, a jurisdição constitucional é vista como um anestésico à participação pública. O argumento central pode ser assim resumido: a forma razoavelmente organizada e linear como se desenvolve o processo constitucional, o caráter terminativo das decisões judiciais, e o tipo de linguagem empregado pelos juízes em suas decisões, se associados à publicidade proporcionada pelo televisoramento, são fatores que podem gerar saliência sobre temas públicos relevantes, reduzir custos de informação e assim acelerar o processo participativo democrático. Nos últimos anos, o STF tem vocalizado importantes demandas de setores marginalizados da Sociedade, prestado informações relevantes sobre o funcionamento do sistema, tudo isso maximizado pelo poder de difusão da TV Justiça.”⁴⁹⁷

⁴⁹⁵ Criada pela lei número 10.461/02, acrescentando alínea ao inciso I do art. 23 da lei 8.977/95, reservado canal de TV ao Supremo Tribunal Federal: “Art. 23 - (...) I – (...) h) um canal reservado ao Supremo Tribunal Federal, para a divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à Justiça; (...)”

⁴⁹⁶ Segundo sítio do canal, eis sua apresentação institucional: “Com sede no Supremo Tribunal Federal (STF), em Brasília, a TV Justiça iniciou suas atividades em 11 de agosto 2002. Como emissora pública, transmitida pelo sistema a cabo, satélite (DHT), antenas parabólicas e internet, foi a primeira a transmitir ao vivo os julgamentos do Plenário da Suprema Corte brasileira. A TV Justiça tem como foco preencher lacunas deixadas por emissoras comerciais em relação a notícias sobre questões judiciais, a fim de possibilitar que o público acompanhe o dia a dia do Poder Judiciário e suas principais decisões, favorecendo o conhecimento do cidadão sobre seus direitos e deveres. Trabalha na perspectiva de informar, esclarecer e ampliar o acesso à Justiça, buscando tornar transparentes suas ações e decisões. Este é o maior propósito da emissora do Judiciário. Com programação que emprega linguagem clara, ágil, confiável, contextualizada e caráter didático, a TV Justiça notabilizou-se pela transmissão de julgamentos, programas de debates, seminários e conferências ao longo dos seus 16 anos de história, realizando uma cobertura jornalística prolongada, profunda e variada. A administração da TV Justiça está sob a responsabilidade da Secretaria de Comunicação Social do Supremo Tribunal Federal com o auxílio de um Conselho Consultivo.” TV JUSTIÇA. História. Disponível em: <http://www.tvjustica.jus.br/index/conheca>, acesso em 02/12/2020.

⁴⁹⁷ Nos termos que já colocamos aqui com FONTE, Felipe de Melo. *Jurisdição Constitucional e Participação*

Creemos, no entanto, que a publicidade havida nos atos jurisdicionais oriundos do Excelso Pretório deva estar especialmente centrada nas construções produzidas pela Corte enquanto ente coletivo⁴⁹⁸, enfatizando e realçando a colegialidade como princípio basilar da performance do STF quando oferece suas soluções e interpretações da Constituição para a comunidade social.

Temos enorme receio das coberturas midiáticas calcadas nas personalidades e nos comportamentos de cada um dos Ministros *per se*, como se estivessem quase que apartados do órgão a que pertencem, acabando assim por incentivar individualismos prejudiciais e posturas que podem incentivar a egolatria. É, portanto, na lógica do reforço institucional que deve ser aperfeiçoada a comunicação pública do Excelso Pretório.⁴⁹⁹

3.3.A problemática da agenda e o controle de tempo de julgamento no âmbito da Suprema Corte - aspectos procedimentais que necessitam ser aperfeiçoados

No contexto da melhoria estrutural e institucional do STF que estamos aqui defender como método para, em solo pátrio, manter a tensão sistêmica da conformação do poder em níveis praticáveis, acreditamos que, para além do refinamento da lógica decisória da Corte (reforçando seus viés colegiado em detrimento da crescente monocratização do Tribunal que estamos a assistir nos últimos anos), alguns elementos de funcionamento procedimental internos do Excelso Pretório também necessitam de, segundo pensamos, melhorias incrementais.

Com efeito, acreditamos que uma pauta e uma agenda de julgamentos que, na medida do possível, forem coletivamente construídas no âmbito do Supremo⁵⁰⁰, agregando nestes

Popular. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2016.

⁴⁹⁸ Fonte assim pondera: “(...) É certo que o convívio intenso em ambientes colegiados, nos quais a discordância entre opiniões é parte cotidiana das atividades do grupo, tem o efeito de gerar fricções, desentendimentos e, em alguns casos extremos, hostilidade. Por outro lado, se a ideia é fomentar a cordialidade nos debates que ocorrem nos tribunais, como condição para que sejam mais efetivos, a publicidade televisiva pode contribuir para este propósito. Sob as câmeras, espera-se que os juízes tenham muito maior comedimento do que em ambientes fechados ou com publicidade reduzida.” *Idem*, p. 32.

⁴⁹⁹ *Idem*, p. 37.

⁵⁰⁰ Fonte nos coloca a questão da mesma maneira: “(...) Com a atual escassez de tempo da qual padece o Supremo, o Tribunal já faz tal seleção de casos, embora de modo parte inconsciente e parte aleatório. É consciente quando o Supremo prioriza os debates relevantes para a vida nacional, mas é também aleatório porquanto inexistente critério ou deliberação específica da Corte sobre a ordem de prioridades. Como visto, o controle de preção exercido pelo Presidente do Tribunal, o pedido de inclusão em pauta e as vistas regimentais

expedientes padronização e racionalização mínimas, além da necessária mitigação do chamado ‘pedido de vista’ como forma de controlar – individualmente - quais matérias que, considerando o lapso temporal, sofrerão ou não solução pelo STF, tendem a criar conjuntura apta a ensejar um melhor acoplamento do mister desempenhado pela justiça constitucional com os anseios e as expectativas da Sociedade.

Neste sentido, o controle da agenda, segundo pensamos, é prerrogativa fundamental garantida às Cortes Constitucionais inseridas em ambientes democráticos saudáveis, especialmente se estamos a tratar de órgão judicial que, na realidade republicana brasileira, assumiu papel de extremo relevo. No entanto, a reflexão acerca do ‘tempo das decisões’ é mecanismo que deve ser preferencialmente manejado de maneira coletiva, com responsabilidade atribuída a todos os membros da Corte em trabalho administrativo conjunto. Desta forma, assim pondera Mello:

“(…) A agenda da Corte pode e deve ser regulamentada. Decidir o que decidir é extremamente relevante quando há processos demais e tempo de menos para apreciá-los. Apregoar um processo com determinado tema significa deixar de analisar outro, o que pode fazer toda a diferença. A passagem do tempo pode impedir que se examine o mérito de certa matéria por questões processuais. Pode igualmente alterar o desfecho do julgamento, seja em razão da composição do Tribunal quando se avizinham aposentadorias, seja em virtude do princípio da segurança jurídica. Em 2012, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal julgou uma causa que lá estava desde 1959. O longo lapso transcorrido fez com que a Corte placitasse, por conta do princípio da segurança jurídica, prática reputada inconstitucional por todos os Ministros. Tivesse o julgamento ocorrido há cinco décadas, o desfecho provável seria outro. A definição de quando um caso entrará em pauta é, portanto, muito importante.”⁵⁰¹

Na mesma linha, segundo pensamos, a definição da pauta da Corte – cuja ferramenta é hoje atribuição preferencial da presidência do Supremo e dos ministros-relatores de cada demanda – também não pode (direta ou indiretamente) permanecer centrada nas mãos individuais dos Ministros. Destarte, o ‘timing’ para que se profira decisões no âmbito do

impedem que haja autoridade absoluta de um ou alguns ministros. E assim pode ocorrer que a Corte (e o Brasil) fique refém do arbítrio de apenas uma pessoa, situação definitivamente não desejável. Obviamente, não se trata de atribuir um “cheque em branco” aos ministros para que indefiram recursos e ações sem qualquer fundamentação, pois isso não seria republicano. Mas sim que haja deliberação coletiva sobre os assuntos que constituem matérias de relevância e que devem ser objeto de atenção da Corte.” FONTE, Felipe de Melo. “Decidindo não decidir: preferências restritivas e autorregulação processual”. *AeC : Revista de Direito Administrativo é Constitucional*, ano 3, n. 11, jan/mar 2003.

⁵⁰¹ MELLO, Cristiana. “A regulamentação da agenda do Supremo Tribunal Federal - uma proposta modesta”. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Orgs.). *Jurisdição Constitucional em 2020*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 222.

Excelso Pretório, segundo pensamos, é matéria de suma importância, sendo certo que será necessário aprimorar tal expediente para que não tenhamos excessiva manipulação individual da pauta da Corte Constitucional, cuja lógica está atualmente alicerçada em critérios imprevisíveis e não racionalmente definidos.⁵⁰²

Segundo nos coloca Leal⁵⁰³, em artigo cujo título – *A dança da pauta no Supremo* – é bastante elucidativo, o processo decisório da Corte brasileira acaba por frustrar as expectativas daqueles que - para além do resultado por vezes imprevisível de suas prestações jurisdicionais - pretendem entender as regras organizacionais que formam e dão substância à rotina do órgão. A partir desta premissa, tem-se a chamada ‘dança da pauta’, cuja revisão é feita em tempo real e sem qualquer explicação do que será ou não debatido no âmbito do Tribunal, ampliando desta forma, de maneira bastante elástica, a liberdade dos Ministros do STF em julgar o que quiserem, quando quiserem⁵⁰⁴.

⁵⁰² É também como se posiciona Mello, em artigo que já mencionamos: “(...) *A crítica dirige-se não às preocupações institucionais ou a eventual agir estratégico do Presidente, mas sim à concentração excessiva de poder nas mãos de uma só pessoa e à falta de critérios na definição da agenda da Corte, o que dificulta o escrutínio público. Também não está em discussão a boa intenção dos presidentes. Afinal, as instituições não de desenhadas de forma tal que o bom funcionamento independa da presença de homens exclusiva ou excessivamente virtuosos. O ideal é que o arranjo promova virtudes e reprima vícios, beneficiando-se do ceticismo que deve presidir a elaboração de desenhos institucionais. Nesse contexto, impõe-se regular a agenda, com o objetivo de que seja confeccionada de maneira mais difusa, de modo a evitar a concentração excessiva de poder, e transparente, de sorte a viabilizar a crítica e o controle sociais. Nada impede, porém, que parte da agenda fique sujeita à discricionariedade do Presidente. Essa, ao menos, será uma opção explícita. Formalmente existe, é bem verdade, a disciplina da pauta. De acordo com o Regimento Interno, terão prioridade no julgamento os processos de habeas corpus, de extradição, os criminais, dentre estes os com réu preso, os conflitos de jurisdição, os recursos oriundos do Tribunal Superior Eleitoral, os mandados de segurança, as reclamações e as representações. Entre os processos da mesma classe, preferirá aos demais aquele cujo julgamento tenha sido iniciado. Também terá prioridade o feito em que figure como parte pessoa idosa ou portadora de doença grave. Observadas as prioridades, seguir-se-á, no mais, a ordem puramente cronológica. Como se observa, a disciplina regimental mostra-se ultrapassada. Em tese, não há motivo algum para que um mandado de segurança impetrado depois tenha prioridade sobre uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, cujo tema pode ser muito mais importante e cujo resultado atingirá um sem-número de pessoas. Também não faz sentido priorizar o julgamento de extradições – que, aliás, nem deveriam ser de competência originária do Supremo –, enquanto recursos extraordinários e ações diretas de inconstitucionalidade muito mais relevantes pendem de apreciação. De qualquer forma, avançou-se ao se transferir às Turmas a competência julgar certos mandados de segurança e as extradições. A observância do critério puramente cronológico, igualmente, afigura-se irracional. A Corte não pode simplesmente ignorar temas que demandam solução premente, como o foi o célebre caso da Lei da Ficha Limpa. E mais: para otimizar a atuação do Tribunal, é necessário adotar algumas medidas incompatíveis com a observância pura e simples do critério cronológico, tal como a reunião de processos que versem sobre matéria similar.” *Idem*, pp. 242-243 .*

⁵⁰³ LEAL, Fernando. *A dança da pauta no Supremo*. In: JOTA. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24276/A_danca_da_pauta_no_Supremo_-_JOTA.pdf?sequence=1&isAllowed=y, acesso em 28/08/2020.

⁵⁰⁴ Não nos parece que o comando procedimental havido no bojo do art. 111 do Regimento Interno do Supremo

Deste modo, tal maleabilidade e discricionariedade relacionada a pauta - sendo ela apenas um mero indicativo do que poderá ser apreciado - acaba por impor severos custos para todos os participantes do sistema, quer seja os diretamente interessados, quer sejam todos os atores impropriamente vinculados ao que está a ser decidido pelo Supremo.⁵⁰⁵

Continuando com o magistério de Leal⁵⁰⁶, embora tenhamos que levar em conta a escassez de tempo e o grande volume de casos que aportam na Corte como importantes fatores para que a práxis do Tribunal seja de difícil gerenciamento⁵⁰⁷, a completa falta de

tem sido suficiente para que haja respeito ao cumprimento dos prazos pelos Ministros, até porquanto há a salvaguarda do 'acúmulo de serviço': "RISTF. Art. 111. Os prazos para os Ministros, salvo acúmulo de serviço, são os seguintes: I – dez dias para atos administrativos e despachos em geral; II – vinte dias para o visto do Revisor; III – trinta dias para o visto do Relator." STF. Regimento Interno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>, acesso em 02/12/2020.

⁵⁰⁵ Lins, neste contexto, pondera exatamente que a ausência de regras acaba por viabilizar um poder político que, a rigor, não defluem de texto legal: "Outro aspecto que deve ser analisado quando pensamos na exigência de neutralidade em relação às forças políticas é aquele relativo ao poder de controle do tempo processual por parte dos ministros do STF. Ele pode ser observado, de uma maneira geral, através da velocidade com que são proferidas liminares, pela duração dos pedidos de vista e pela rapidez com que processos são incluídos em pauta para julgamento pelo plenário. Esta inclusão depende da liberação do voto pelo relator, sem que haja previsão de sanção para o caso de descumprimento dos prazos previstos no art. 111, do Regimento Interno do tribunal. O MS 22.972, por exemplo, que havia sido impetrado contra atos da Mesa da Câmara dos Deputados destinados a apreciar a PEC 20/1995 (conhecida como PEC do parlamentarismo), chegou ao Supremo em 1997, teve a liminar negada e, desde então, aguardava por julgamento. Com o retorno do debate sobre parlamentarismo no Congresso, o tribunal incluiu o referido mandado de segurança em pauta para o dia 16.03.2016, bem em meio à grave crise institucional o país enfrentava. O julgamento acabou por ser adiado para que o Senado Federal apresentasse suas informações no prazo de dez dias. (...) Esta ausência de parâmetros gera inevitáveis suspeitas sobre a atuação do STF, que tende a parecer casuístico nas suas opções de prioridade de julgamento. O tempo da liminar e de apreciação pelo plenário podem revelar uma intervenção do tribunal (ou de um ministro individualmente) na política que vai além do conteúdo da decisão e alcança o próprio jogo e o timing mais típicos desta categoria. A inclusão em pauta de um processo parado por meses ou até por anos pode impor uma mudança radical e, às vezes, definitiva no cenário da política representativa. Neste contexto, um caso que levantou questionamentos sobre a neutralidade do tribunal foi aquele relativo à antecipação de tutela concedida pelo Ministro Luiz Fux para a extensão do auxílio-moradia a toda a magistratura federal. A medida foi deferida na Ação Originária nº 1773 em 15.09.2014 e até o presente momento não foi submetida ao plenário. A decisão chegou a ser objeto do Mandado de Segurança nº 33.245 impetrado pela União, que, contudo, não foi conhecido pela relatora, ministra Rosa Weber, diante do de que não cabe mandado argumento de segurança contra ato jurisdicional passível de recurso e que o recurso cabível, inclusive, já havia sido interposto. O Agravo Regimental protocolizado em outubro de 2014, porém, ainda aguarda apreciação. O debate sobre este ponto é de especial relevância porque traz à tona o poder político que os ministros possuem de decidir o que decidir, atribuição esta que não decorre expressamente de nenhum texto legal, mas deflui, justamente, da ausência de regras que os restrinjam quanto a este aspecto." LINS, Silvia Follain de Figueiredo. *A ascensão do STF e os limites do poder: teoria e prática na narrativa constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Gramma, 2019, p. 110.

⁵⁰⁶ LEAL, Fernando. Fernando. *A dança da pauta no Supremo*. Op. Cit.

⁵⁰⁷ Proliferam-se, neste contexto de acúmulo gigantesco de trabalho e como já expusemos em tópico próprio, as decisões individuais dos Ministros. Valle, cujo trabalho mencionamos anteriormente, identifica (em rol não exaustivo) uma série de decisões monocráticas pendentes de apreciação plural, sustentando exatamente a impossibilidade temporal de agendar a apreciação destes casos no plenário do Tribunal: "(...) É certo que, no

critérios lastreados em mínima segurança jurídica para que todos possam entender como funcionam procedimentalmente a agenda e a pauta do STF, ensejam a construção de uma imagem pública que espelha uma corte constitucional que tem dificuldade em prestar contas de seus atos para os destinatários de seu mister, funcionando, deste modo, através de parâmetros e padrões desconhecidos ou de complexo controle.⁵⁰⁸

*seio dessa tensão institucional, um profícuo diálogo institucional entre poderes deve ser incessantemente buscado, com o objetivo de adotar soluções minimamente consensuais com relação à preservação das competências institucionais de cada poder. Nesse sentido, não se poderão fechar os olhos para a realidade da sobrecarga de processos na pauta do Plenário do STF (há mais de uma década situados em um patamar médio de 600 processos), dado fático que faz vislumbrar o potencial de medidas mais drásticas para praticamente inviabilizar o próprio funcionamento do tribunal. (...) Em rápido levantamento (não exaustivo) (...), após o advento da lei 9868/1999, identificaram-se as seguintes decisões: ADI-MC 2.849, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 03.04.2003; ADI 3.273-MC, Rel. Min. Carlos Britto, j. 16.08.2004, DJ 23.08.2004; ADI-MC 4.232, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 25.05.2009; ADI 4.190-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 1º.07.2009, DJe de 04.08.2009; ADI 4.307-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, j. 02.10.2009, DJe 08.10.2009; ADI-MC 4.451, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 10.09.2010; ADI-MC 4.598, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 02.08.2011; ADI-MC 4.663, Rel. Min. Luiz Fux, decisão proferida em 15.12.2011; ADI-MC 4.638, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão proferida em 19.12.2011; ADI 4.705, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão proferida em 19.12.2011. (...) Entre outras: 1) a decisão proferida em 28.03.2003 pelo Ministro Sepúlveda Pertence na ADI 2.849 (ADI-MC 2.849, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 03.04.2003). Registre-se que não houve referendo do Plenário e, em 15.05.2010, o processo foi extinto por perda superveniente de objeto, devido à revogação da lei impugnada; 2) a decisão proferida em 16.08.2004 pelo Ministro Carlos Britto na ADI 3.273 (ADI 3.273-MC, Rel. Min. Carlos Britto, j. 16.08.2004, DJ 23.08.2004). Ressalte-se que essa decisão foi logo suspensa por decisão do presidente, Ministro Nelson Jobim, no MS 25.024. Naquela ocasião, considerou-se que a decisão monocrática violava a reserva de plenário estabelecida pelo art. 10 da Lei 9.868/1999 (MS 25.024-MC, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática proferida pelo presidente Min. Nelson Jobim, j. 17.08.2004, DJ 23.08.2004); 3) a decisão proferida em 19.05.2009 pelo Ministro Menezes Direito na ADI 4.232 (ADI-MC 4.232, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 25.05.2009). A referida liminar monocrática não chegou a ser referendada pelo Plenário, ante o falecimento do Ministro Menezes Direito pouco tempo depois. Atualmente, ela se encontra incluída em pauta para julgamento (desde 22.02.2010), sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, que sucedeu o Ministro Menezes Direito; 4) a decisão proferida em 1º.07.2009 pelo Ministro Celso de Mello na ADI 4.190, referendada pelo Plenário do STF somente no ano posterior, em 10.03.2010 (ADI 4.190-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 1º.07.2009, DJe 04.08.2009); 5) a decisão proferida em 02.10.2009 pela Ministra Cármen Lúcia na ADI 4.307, referendada pelo Plenário do STF em 11.11.2009 (ADI 4.307-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, j. 02.10.2009, DJe 08.10.2009).” VALLE, André Rufino. *A inconstitucionalidade das decisões cautelares monocráticas no controle abstrato de constitucionalidade*. Op. Cit., p. 24.*

⁵⁰⁸ Neste mesmo sentido, Vilhena assevera que a total falta de parametrização na formação da agenda do Tribunal, especialmente porquanto estamos diante de um STF em que a atividade judicante é essencialmente prestada de maneira monocrática, é muito prejudicial o juízo público que se deve fazer das atividades governamentais: “(...) É forçoso concluir que este cenário que combina a inexistência de instrumentos de controle com enorme autonomia pessoal dos ministros não contribui para a crença de neutralidade no processo de tomada de decisão. Quanto mais liberdade, maior a margem para questionamentos. Se não existem parâmetros legais a se agarrar, como convencer que não estão adotando estratégia política ou de que não estão influenciados por forças desta natureza? E, neste caso, como defender que a decisão tomada pela corte constitucional possui mais valor que a decisão do Legislativo e do Executivo, que explicitam suas acomodações estratégicas? Mesmo que se argumente que o termômetro da credibilidade deve ser a opinião pública, é papel da academia apontar falhas no processo de legitimação da corte e sugerir mecanismos para

Fonte⁵⁰⁹ sublinha, nos termos do que estamos aqui a defender, que a quantidade de casos anualmente apreciados pelo Supremo deve ser objeto de deliberação coletiva, com base em propostas dos ministros e da presidência, antes do começo do ano judiciário. São aproximadamente trezentas e cinquenta e duas horas em sessão coletiva de julgamento anuais, se considerarmos que cada sessão pode durar, em média, quatro horas. Portanto, este é o capital temporal de que o Supremo dispõe para deliberar acerca dos assuntos que lhe são submetidos. Se os temas a tratar são racionalmente definidos com antecedência, todos os atores sociais poderão, em exercício dialógico qualitativo, participar, meditar e contribuir sobre os assuntos pautados na Corte. Isto não é possível na atual sistemática, visto que a divulgação da pauta é feita apenas na sexta-feira imediatamente anterior aos julgamentos, dando aos Ministros e demais interessados apenas alguns dias para estudo e preparação para o que será analisado e decidido.

Segundo continua Fonte⁵¹⁰, não é necessário, por óbvio, engessar o calendário do Tribunal de modo que assuntos urgentes não possam ser apreciados. Para tanto, sessões extraordinárias podem ser designadas, mantendo o calendário organizado e previsível, sem a possibilidade do exercício discricionário que atualmente exerce a presidência da Corte na composição da agenda do órgão. Segundo acredita o autor, para a implementação de tal sistemática, adequações regimentais seriam suficientes⁵¹¹. No entanto, sugere também o cronista que todas as matérias não selecionadas pelos Ministros e pela Presidência da Corte pudessem, de maneira automática, baixar do STF com trânsito em julgado. Neste sentido, o

limitação do poder. (...) O fato de as tabelas encontradas na página do Supremo na internet demonstrarem que o Tribunal julga cerca de 70 mil casos por ano não significa que o STF efetivamente aprecie tantos casos. Como demonstrou Marcos Paulo Verissimo já em 2008, as decisões tomadas em plenário não chegam a 0,5% dos casos resolvidos pelo Tribunal, número que vem sendo confirmado pelo projeto Supremo em Números da FGV Direito Rio. A imensa maioria dos casos, portanto, refere-se a decisões monocráticas, em que o "relator tem poderes conferidos pela lei para julgar o mérito ou as condições de admissibilidade da ação ou do recurso, ordinário ou extraordinário". Isso gera dois problemas gravíssimos. O primeiro se refere ao fato de que, na imensa maioria dos casos, a jurisdição do Supremo é exercida apenas por um de seus membros. Em segundo lugar, ao fato de que a agenda do colegiado é, na prática, definida a partir daquilo que os seus membros decidem que não julgarão monocraticamente. E, em política, o controle sobre a agenda temática, bem como sobre a agenda temporal, tem um enorme significado. Esse poder e os critérios para a sua utilização, como não são expressos, fogem a possíveis tentativas de compreensão, quanto mais de controle público sobre a atividade do Tribunal." VILHENA, Oscar. A batalha dos poderes : da transição democrática ao mal-estar constitucional. Op. Cit., p. 88.

⁵⁰⁹ FONTE, Felipe de Melo. *Decidindo não decidir: preferências restritivas e autorregulação processual*. Op. Cit.

⁵¹⁰ *Idem*.

⁵¹¹ A dinâmica das sessões atualmente, em grande medida, está regulada nos artigos 122 usque 153 do Regimento Interno do STF.

Excelso Pretório deliberaria não apenas o que irá decidir, mas também o que não irá apreciar. Nesta formatação, no entanto, seria necessário repensar a lógica constitucional que comanda a vedação do *non liquet* em nosso ordenamento jurídico, aperfeiçoando a lógica de acesso e de competências do Supremo.

A partir desta premissa, é possível concluir que o expediente de ‘não decidir’ também pode capacitar o Tribunal a aproveitar o escasso ativo ‘tempo’. Utilizando o exemplo e contexto havido com a Suprema Corte norte-americana, Epstein, Landes e Posner nos informam que a média de tramitação de um caso em que a referida instância judicial aceitou conhecer é de seis meses a um ano, em média:

“High court judges manipulate the timing of their decisions. In Brazil, for example, judges have been known to delay hearing the case or announcing or publishing the decision until there is a more favorable political climate (or court). Strategic timing of judicial decisions also seems to occur in the U.S. state courts. In contrast, the Justices of the U.S. Supreme Court, once they accept a case for review, rarely if ever delay decision in this way. The Court usually issues its decision within three months of oral argument; only the very rare case bounces around the chambers for more than six months, and almost every decision is issued in the same term in which the case is argued.”⁵¹²

Combinando a complexa questão da agenda com o tempo de maturação que necessitam intrincadas e complexas matérias que tramitam nas Supremas Cortes para sofrer decisões, Fontana em seu magistério insiste na importância de conceder também às Justiças Constitucionais o poder de não decidir:

“(…) This judicial power to decide not to hear a case is a power that I will reference as the power of ‘docket control’. It is not just a significant power for the United States Supreme Court, but for all courts deciding controversial constitutional cases. There are many reasons why giving courts the power of docket control can contribute to their success. Deciding what cases to decide permits a court to issue the right decisions at the right times, what this chapter calls ‘issue timing’. A court can avoid encountering an issue until the country is ready to discuss the issue, and perhaps ready to resolve the issue in the manner the court is contemplating – or the court can decide to avoid the issue altogether because the issue is too polarizing for the court to encounter. As part of this ‘issue timing’ is what this chapter calls ‘legitimacy timing’, meaning giving the court the power to decide what to decide allows courts both to initially create and then later maintain their legitimacy, even in situations when political forces might not support the specific outcome ordered by the court. Courts create and maintain their institutional legitimacy by giving political forces and the public time to adjust to a newer style of institution – a judicial institution – deciding leading issues of the day. But there is also a quantitative

⁵¹² EPSTEIN, Lee. LANDES, William M; POSNER, Richard A. “The best for last: the timing of US Supreme Court Decisions”. *Duke Law Journal, Durham*, v. 64, n. 6, march 2015, p. 992-993.

benefit to docket control, one related to legitimacy timing and the general politics surrounding courts. Giving courts docket control permits them to limit the sheer number of major issues they are deciding, which permits them to avoid excessive political fights, and gives them an agenda control power that allows them to compete on more equitable terms with the other branches of government, which do have agenda control.”⁵¹³

Ainda que a definição de agenda, como já sublinhamos neste tópico, seja franquia essencial para a proteção do mister do próprio Tribunal⁵¹⁴, sendo certo que deste modo poderá praticar seu múnus sem temer reações e retaliações externas (cuja eventual intervenção, se configurada, seria inaceitável para o nosso ambiente democrático), a falta de critérios claros de funcionamento interno também é ruim em igual medida. Com efeito, assim se posiciona Mendes:

“(…) Somente um estudo metuculoso do balanço que o STF faz entre ambas as agendas poderá delinear, com alguma plausibilidade empírica, o seu perfil político. Poderá, em outras palavras, descobrir o quão seletivo é o seu proplado ativismo, termo tão vago na teoria quanto impressionístico na prática, e sujeito a toda sorte de manipulação lingüística. De um lado, o tribunal é vítima de seu gigantismo voluntário, pois, não bastasse a sua já excessiva lista de competências, prefere não criar filtros mais restritivos para a admissibilidade de recursos extraordinários que o inundam. De outro, tornou-se beneficiário de uma certa liberalidade para decidir quando e quanto quiser,

⁵¹³ FONTANA, David. “Docket Control and the sucesso of constitucional courts”. In: GINSBURG, Tom. DIXON, Rosalind (eds.). *Comparative Constitucional Law*. Northampton, MA: Elgar Publishing, 2011, p. 624.

⁵¹⁴ Com efeito, segundo nos coloca Fontana, o poder de controle de agenda por parte de uma Corte é fundamental, até porquanto, mediante escolhas estratégicas do que julgar, a Justiça Constitucional pode ser capaz de amadurecer uma questão sensível antes de se pronunciar: “*There are many reasons why giving courts the power of docket control can contribute to their success. Deciding what cases to decide permits a court to issue the right decisions at the right times, what this chapter calls ‘issue timing’.* A court can avoid encountering an issue until the country is ready to discuss the issue, and perhaps ready to resolve the issue in the manner the court is contemplating – or the court can decide to avoid the issue altogether because the issue is too polarizing for the court to encounter. As part of this ‘issue timing’ is what this chapter calls ‘legitimacy timing’, meaning giving the court the power to decide what to decide allows courts both to initially create and then later maintain their legitimacy, even in situations when political forces might not support the specific outcome ordered by the court. Courts create and maintain their institutional legitimacy by giving political forces and the public time to adjust to a newer style of institution – a judicial institution – deciding leading issues of the day. But there is also a quantitative benefit to docket control, one related to legitimacy timing and the general politics surrounding courts. Giving courts docket control permits them to limit the sheer number of major issues they are deciding, which permits them to avoid excessive political fights, and gives them an agenda control power that allows them to compete on more equitable terms with the other branches of government, which do have agenda control.” FONTANA, David. “Docket control and the success of constitutional courts.” *Comparative Constitutional Law*. Edited by Tom Ginsburg - University of Chicago, USA and Rosalind Dixon - University of Chicago, USA. Disponível em <file:///C:/Users/fcava/Downloads/SSRN-id2256946.pdf>, acesso em 21/10/2020.

conforme fatores circunstanciais pouco discerníveis para quem, de boa fé, observa de fora. No vácuo regulatório, usufrui de um cheque em branco para determinar sua agenda. Em suma, é pouco seletivo no que entra e bastante seletivo no que sai, quando talvez fosse recomendável fazer o contrário. A crítica a essa prática decisória consolidada, contudo, precisa mirar o alvo certo: seria desejável privar a corte dessas armas estratégicas que a ajudam a administrar seu capital político volátil e que, se bem dosadas, protegem-na de reações negativas a suas decisões? Cortes constitucionais ao redor do mundo fazem escolhas estratégicas de naturezas diversas, e essa faceta da adjudicação constitucional, que ainda desagrada a sensibilidade jurídica mais purista, mostra-se inevitável. Mais do que isso, pode haver sabedoria na arquitetura institucional que permite ao tribunal se auto-protoger contra as ameaças mais ou menos sutis à sua integridade. Tanto mais capaz será a corte de exercer seu papel de guardião constitucional quanto mais bem jogar o jogo político. Este é, para além da sofisticação jurídica, o segredo das cortes constitucionais historicamente mais originais e bem sucedidas na proteção de direitos. Ainda que aceitemos tais ressalvas, e consideremos natural alguma margem de manobra estratégica no controle de constitucionalidade, não há boa justificativa para a prática do STF, por duas razões principais: em primeiro lugar, o tribunal permanece refém do poder de obstrução individual de cada ministro, que tem liberdade para abusar dessa competência impunemente; por esta razão, em segundo lugar, o STF se furta ao dever de construir uma estratégia propriamente institucional. A complacência da comunidade jurídica com tais hábitos enraizados a olhos vistos é um grande obstáculo a mudanças. Estrategicamente, o STF navega à deriva.”⁵¹⁵

Acreditamos que, no contexto do controle das matérias que são conhecidas pelo STF, na forma de milhares de processos que aportam na Corte ano após ano⁵¹⁶, também haja manejo subjacente e desvirtuado do mecanismo procedimental conhecido como ‘pedido de vista’⁵¹⁷, especialmente para manter controle da agenda do que e quando decide a Justiça

⁵¹⁵ MENDES, Conrado Hübner. *A ingovernabilidade do STF*. In: JOTA, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/materias19-a-ingovernabilidade-do-stf-17092014>, acesso em 15/09/2020 .

⁵¹⁶ Em 2020, foram recebidos na Suprema Corte - até 09/12/2020 - 71.383 processos. STF. Acervo. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/acervo/acervostf2.pdf>, acesso em 09/12/2020.

⁵¹⁷ Aliás, conforme Vitorelli coloca, a expressão ‘pedido de vista’ deflui de contexto em que autos dos processos eram físicos e, portanto, precisavam transitar, por exemplo, entre Gabinetes. Hoje, com a atual tecnologia, isto não é mais necessário: “(...) O nome “pedido de vista” é arcaico. Vem do tempo que o processo era físico e, portanto, não podia estar em dois lugares ao mesmo tempo. O Ministro que não é o relator ou o presidente não tinha oportunidade de ter acesso ao processo antes do julgamento. Assim, o pedido de vista nada mais é do que o pedido para ver o que está no processo, antes de decidir. Hoje, no tempo do processo eletrônico, isso não faz mais sentido. Ressalvados os processos sigilosos, qualquer ministro pode ver o que quiser, a qualquer momento, no computador. Se o caso é importante, ele já poderia ver qualquer coisa antes da data do julgamento, sem precisar interrompê-lo. Apesar de toda essa tecnologia, os pedidos de vista continuam sendo muito comuns. Isso se deve a pelo menos três razões: 1) os ministros são sobrecarregados e não conseguem acompanhar tudo o que acontece no tribunal. Assim, podem tomar ciência de algum caso importante só no momento do julgamento; 2) há casos efetivamente importantes, em que o Ministro quer refazer o seu voto para responder a argumentos contrários, que foram apresentados antes dele, ou para incluir outros que só surgiram naquele momento. Lembre-se de que, como os Ministros têm muitos assessores, pode ser que o momento do julgamento seja a primeira vez que ele está lendo o voto com mais cuidado; 3) o ministro quer impedir que o

Constitucional.⁵¹⁸ Acredito, como sustentamos em passagem anterior, que o poder de não decidir é sim importante para a Suprema Corte. Ele não pode, no entanto, estar sendo implicitamente utilizado através de instituto que não foi arquitetado para tanto, especialmente se este poder estiver no feixe de atribuições de um único componente do Tribunal.

Na linha adotada por Lunardi⁵¹⁹, tal regramento processualístico, da forma como é hoje concebido, oportuniza para cada um dos Ministros poderes absolutos para, em juízo próprio, controlar em grande medida o que faz o Supremo, em detrimento do seu colegiado, dos demais atores do poder e da própria Sociedade.⁵²⁰ A partir de tal premissa e considerando

juízo próprio, controlar em grande medida o que faz o Supremo, em detrimento do seu colegiado, dos demais atores do poder e da própria Sociedade. VITORELLI, Edilson. *Qual ministro eu sou?* Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 80.

⁵¹⁸ Neste contexto, Mendes pondera com lucidez acerca das técnicas que os Ministros utilizam para administrar a pauta do Supremo, sem que por vezes, sequer saibamos: “(...)O tribunal desenvolveu um repertório de técnicas para atrasar ou acelerar decisões conforme sua conveniência (e, ocasionalmente, em virtude do atraso, livrar-se da própria obrigação de decidir quando casos perdem seu objeto). São três as principais técnicas, nesta ordem: o ministro relator, a quem se distribuiu o caso, pode liberá-lo para julgamento quando lhe for mais oportuno; o ministro presidente, da mesma forma, tem o poder de colocar em pauta o caso liberado pelo relator conforme entenda apropriado; finalmente, cada ministro poderá, uma vez iniciado o julgamento, pedir vista do processo e interromper a deliberação quando bem entender, sem prazo para devolução. Processos de voltagem política diversa, mas invariavelmente de grande interesse público, permanecem na gaveta de ministros por tempo indeterminado. Sequer sentem-se constrangidos a dar satisfação sobre a demora. Tais exemplos mostram que ao lado da “agenda ativa” (que compreende os casos regularmente processados e decididos pelo tribunal, sem postergações injustificadas), convive uma “agenda passiva”, ou seja, um conjunto de casos que o tribunal, sorrateiro, decide não decidir (ou esperar, indefinidamente). O tribunal não tem autorização jurídica para engavetar, mas o faz de modo metódico, sem que o percebamos.” MENDES, Conrado Hübner. *A ingovernabilidade do STF*. In: JOTA, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/materias19-a-ingovernabilidade-do-stf-17092014>, acesso em 15/09/2020.

⁵¹⁹ LUNARDI, Fabrício Castagna. *O STF na Política e a Política no STF*. São Paulo: SaraivaJur, 2020, p. 205.

⁵²⁰ Como já tratei neste trabalho, embora os números sejam assustadoramente grandes, quer seja dos processos que são enviados para o crivo do Supremo, quer seja dos processos que acabam por sair do seu ‘estoque’ ano a ano, há evidente prejuízo da deliberação coletiva no âmbito do STF, cuja falta de racionalidade na composição da pauta do órgão pode ser um dos elementos que dão este ensejo. Esteves, ao cuidar dos números da gestão da Ministra Carmem Lúcia, nos informa que dos 205 processos pautados para deliberação em plenário no ano de 2016, apenas 28,8% do total foram efetivamente solucionados: “Na última semana de trabalho antes do recesso forense, a presidente do STF, ministra Cármen Lúcia, divulgou o balanço de atividades do Tribunal. De acordo com a ministra, o Supremo realizou mais de 13 mil julgamentos de forma colegiada, e os ministros individuais proferiram por volta de 94 mil julgamentos. Para um órgão composto por apenas 11 ministros, os números impressionam. A média de casos julgados é de quase 10 mil por ministro. As estatísticas oficiais revelam, portanto, a imagem de um tribunal eficiente. Uma análise mais precisa, porém, deve incluir outros dados. O projeto SUPRA, aqui no JOTA, acompanhou todas as sessões presididas pela ministra Cármen Lúcia, e levantou dados interessantes e inéditos. Nas 28 sessões do plenário que presidiu, a ministra Cármen Lúcia selecionou 205 casos para inclusão na pauta, dentre os diversos processos já prontos para julgamento. Contudo, apenas 108 processos (52,7%) foram efetivamente submetidos a julgamento – ainda que não definitivamente julgados –, ou seja, uma média de 3,8 casos analisados por sessão. Isso significa que o pleno da Corte deliberou sobre cerca de metade dos casos que pretendia discutir, o que é pouco. O que aconteceu com os 97 casos que sequer foram apreciados? Não se sabe. O Supremo tem a prática de excluir de seu site

a prática do que se convencionou chamar ‘comportamento estratégico’, Mello pondera acerca do pedido de vista como tática utilizada pelos Ministros para, por exemplo, obstar intencionalmente o regular andamento de determinado tema no âmbito da Corte:

“A afetação de um caso que se encontra sob a apreciação da turma ao pleno, para julgamento, também pode constituir um comportamento estratégico. O Regimento Interno do STF admite que o relator requeira tal afetação quando julgar a matéria relevante de modo a justificar uma apreciação por todos os componentes da Corte. Na prática, pode ocorrer de o relator optar por lançar mão dessa providência quando julgar que a composição do plenário é mais favorável do que a da turma para a produção de um julgamento convergente com as suas convicções. Do mesmo modo, a inclusão de um feito em pauta, pela presidência do Supremo Tribunal Federal, dá margem a comportamentos estratégicos. A decisão sobre quais casos incluir na pauta envolve uma escolha discricionária do ministro que exerce a presidência, e pode levá-lo a não pautar temas que considera importante, mas que acredita que terão um desfecho divergente das suas convicções. Dado o grande volume de casos apreciados pela Corte, há um considerável “congestionamento” da fila de ações e de recursos que aguardam inclusão na pauta. Os casos não são incluídos com base em um critério cronológico ou com base em qualquer outro critério objetivo facilmente aferível. Diante da impossibilidade de se apreciar tudo o que há a ser apreciado, a presidência acaba fazendo sua própria seleção das matérias que serão levadas a julgamento — uma realidade que demonstra que a sobrecarga da Corte é grave não apenas à luz dos princípios do acesso à jurisdição e da razoável duração do processo. É grave, igualmente, por conta da discricionariedade que abre a um único ministro (aquele que ocupa a presidência) para decidir sobre o que a Corte efetivamente julgará. Outro instrumento de atuação estratégica, cujo uso tem sido bastante criticado, são os pedidos de vista interruptivos das sessões de julgamento. O regimento interno

*os registros dos casos que foram incluídos na pauta e não foram apreciados. É a falta de transparência administrativa a serviço da aparência de eficiência jurisdicional. É legítimo o aborto realizado por mulheres que foram acometidas por Zika? A terceirização do trabalho ofende a Constituição? Para exercer a profissão, o músico precisa se registrar em um órgão público? Esses são exemplos de questões que, no semestre passado, foram submetidas ao Supremo, foram incluídas na pauta, os respectivos advogados foram notificados, mas foram excluídas dos registros do site do Tribunal após os ministros, por motivos nem sempre evidentes, deixarem-nas de lado durante a sessão. Além de não ser possível saber se e quando esses casos retornarão para a pauta do STF, a falta de transparência da administração do Tribunal faz com que parte do passado de tais casos no Supremo tenha sido apagada. Fica-se com a impressão de que o órgão de cúpula do Judiciário nunca pôde se manifestar sobre tais temas. Tão grave quanto a falta de transparência sobre o que não foi decidido, é a aparência de eficiência sobre o que foi julgado. Em uma análise ainda mais detida, observa-se que, na gestão de Cármen Lúcia, dos 205 processos pautados, apenas 59 receberam uma solução definitiva do plenário, o que representa apenas 28,8% do total. O Supremo soluciona pouco mais do que um quarto dos casos que se propõe a decidir, após incluí-los na pauta de julgamentos do plenário. Processos gerenciais e estatísticos precisam mudar. Ao assumir a presidência, em setembro, a ministra Cármen Lúcia anunciou que buscaria imprimir maior eficiência aos julgamentos do Tribunal. A intenção é nobre. O que se espera de um órgão judicial é que julgue os casos que lhes são submetidos. Julgar definitivamente apenas 28,8% do total de casos que imagina poder julgar não parece o suficiente para atingir o objetivo declarado na presidência da ministra Cármen Lúcia, e nem para cumprir a missão de prestar jurisdição. O plenário do Supremo, que já decide pouco, decide muito pouco do que pretende decidir.” ESTEVES, Luis Fernando Gomes. *Supremo, um tribunal aparentemente eficiente*. JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/supremo-um-tribunal-aparentemente-eficiente-29122016>, acesso em 28/08/2020.*

do Tribunal prevê a possibilidade e estabelece a devolução do processo, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente. Na prática, contudo, os pedidos de vista podem se alongar por muitos meses, até anos, e eventualmente obstar a conclusão de julgamentos com os quais o ministro que requereu a vista não concorda. Há, inclusive, casos de pedidos de vista em momentos em que já há maioria formada em determinado sentido no plenário do STF. Por essa razão, os pedidos de vista acabaram apelidados jocosamente de “perdidos de vista”. Instalou-se, a seu respeito, uma percepção segundo a qual certos integrantes da Corte, ao verem prevalecer um entendimento de que divergem, em matéria que lhes é muito cara, eventualmente consideram a opção estratégica de parar “o jogo”, por meio da vista, de modo a evitar a decisão ou de, ao menos, postergá-la. Justamente por isso, alguns membros da Corte têm antecipado o voto em tais casos, quer de forma a reforçar a maioria já formada, quer para evidenciar a manobra.”⁵²¹

No contexto que estamos a desenhar, acreditamos que uma regulamentação mais incisiva da ritualística envolvendo o mecanismo do pedido de vista processual se faz necessária. Em um cenário em que a grande maioria dos processos (em pouquíssimo tempo, todos) tramitam em sua integralidade em ambiente virtual, não seria difícil implementar sistema eletrônico que, por exemplo, pudesse baixar automaticamente os autos para julgamento, caso o prazo legal estivesse excedido. Cremos ainda que, mediante despacho fundamentado do componente da Corte que pediu a vista, o prazo pudesse ser renovado apenas por um ou dois períodos sucessivos, de igual prazo, voltando para pauta, de maneira peremptória, após o lapso temporal de tal renovação se esvair. É a sistemática aproximada que já está em vigor no comando do art. 940 do Código de Processo Civil⁵²² e, em igual

⁵²¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2., ago 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/327894058_A_VIDA_COMO_ELA_E_COMPORTEAMENTO_ES_TRATEGICO_NAS_CORTES. Acesso em 26 de Agosto de 2020.

⁵²² O artigo 940 do diploma adjetivo civil tem a seguinte redação: “Art. 940. O relator ou outro juiz que não se considerar habilitado a proferir imediatamente seu voto poderá solicitar vista pelo prazo máximo de 10 (dez) dias, após o qual o recurso será reincluído em pauta para julgamento na sessão seguinte à data da devolução. § 1º Se os autos não forem devolvidos tempestivamente ou se não for solicitada pelo juiz prorrogação de prazo de no máximo mais 10 (dez) dias, o presidente do órgão fracionário os requisitará para julgamento do recurso na sessão ordinária subsequente, com publicação da pauta em que for incluído. § 2º Quando requisitar os autos na forma do § 1º, se aquele que fez o pedido de vista ainda não se sentir habilitado a votar, o presidente convocará substituto para proferir voto, na forma estabelecida no regimento interno do tribunal.” PLANALTO. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 22/10/2020.

Penso que a sistemática aqui sugerida pelo legislador infraconstitucional já teria o condão de bem regular a questão do pedido de vista. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, entendeu, em reunião administrativa em 2016 (cujo objetivo era adequar o Tribunal, do ponto de vista regimental, às novas normas do NCPC) que: “Fica mantido o prazo de 60 dias (prorrogáveis por mais 30) para a devolução de pedidos de vista. O novo CPC reduziu o prazo para 10 dias, com a possibilidade de convocação de outro magistrado caso o julgamento não seja finalizado. O plenário concluiu que a regra própria utilizada pelo STJ agilizou a apresentação dos votos-vista dentro de um prazo razoável. Fundamentalmente, o Pleno entendeu que a nova

medida, que poderá ser implementada no códex adjetivo penal.⁵²³

Com efeito, Falcão⁵²⁴ nos assevera que pedidos de prazo (e pensamos que, por analogia e extensão, nesta linha de raciocínio podemos incluir também o mecanismo da vista de autos), devem ser motivados e justificados, visando dar transparência para as partes interessadas e maior controle do fluxo de trabalho pela presidência do Tribunal. O não cumprimento de prazos pelos componentes da Corte não é apenas questão que fere a eficiência administrativa. Gera, outrossim, grande insegurança jurídica, ferindo o devido processo legal⁵²⁵.

regra do CPC é destinada aos tribunais locais, de apelação, e não ao STJ. O argumento é simples: como o STJ define tese jurídica e sua interpretação é aplicada por todos os demais tribunais, o prazo de 10 dias seria inviável para os julgadores se aprofundarem no estudo dos casos. Os pedidos de vista suspendem a discussão para dar mais tempo ao magistrado de analisar a questão e preparar o voto.” STJ. STJ sai na frente e adequa regimento interno ao novo Código de Processo Civil. 17/03/2016. Disponível em https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2016/2016-03-17_18-30_STJ-sai-na-frente-e-adequa-regimento-interno-ao-novo-Codigo-de-Processo-Civil.aspx. Acesso em 22/10/2020.

Ora, se as normas regimentais dos Tribunais Superiores – especialmente o STF e o STJ – sobrepujam os comandos do Código de Processo Civil, creio que seria o caso de agregar comando legal expresso nas próprias normas de ritualística asseverando que, por exemplo, tais comandos legais são sim expressamente aplicáveis também ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça.

⁵²³ No bojo do projeto de lei PL 3855/2019 (número anterior PL 4850/2016), popularmente chamado de ‘dez medidas contra a corrupção’, há expressa disposição que agrega ao art. 578 do Código de Processo Penal a letra ‘A’, prevendo, com base no princípio constitucional da razoável duração do processo, prazo expresso para devolução de autos nos Tribunais após pedido de vista: “Art. 8º. Acresça-(...) o Art. 578-A ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, nos seguintes termos: (...) Art. 578-A. O membro do tribunal que pedir vistas após os votos do relator e, quando houver, do revisor terá o prazo correspondente a cinco sessões para estudar o caso, findo o qual reapresentará o processo e viabilizará a continuidade do julgamento.” CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 3855/2019. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>, acesso em 10/11/2020

⁵²⁴ FALCÃO, Joaquim. *O Supremo*. Rio de Janeiro: edições de Janeiro, 2015, p. 214.

⁵²⁵ É também como coloca Frederico, em seu artigo que assevera que apenas 20% dos pedidos de vista são devolvidos no regular prazo regimental: “O desrespeito às normas internas do STF (Supremo Tribunal Federal) por parte dos próprios ministros naturalizou-se quando o assunto é pedido de vistas –a possibilidade de o magistrado paralisar um julgamento para estudar melhor o processo. Levantamento da Fundação Getúlio Vargas (FGV) mostra que só 1 de cada 5 pedidos desse tipo é devolvido no prazo regimental de duas sessões ordinárias. Segundo o STF, há hoje 217 ações com julgamento interrompido por vistas. Alguns casos têm mais de uma década de espera. No sistema de distribuição de processos do tribunal, vários ainda estão associados a ministros que nem estão mais na corte, como Nelson Jobim, que saiu em 2006, ou Menezes Direito, morto em 2009 (...). Em alguns casos, o pedido de vistas tem servido de pretexto para obstruir decisões importantes do plenário. “Os ministros criaram uma prerrogativa para si que consiste no poder individual de vetar o julgamento de qualquer processo que seja submetido a votação pelo colegiado”, diz o pesquisador Ivar Hartmann, da FGV Direito-Rio, coordenador do projeto “Supremo em Números”. Entre os julgamentos interrompidos há questões de grande relevância e interesse social. (...) Alguns membros do STF alegam sobrecarga de trabalho para justificar a demora na devolução dos pedidos de vista. “Mas os próprios ministros reconhecem que não há mecanismos para coibir abusos e, portanto, o poder é ilimitado”, diz Hartmann. (...) “Qualquer prazo sem um mecanismo real para estimular seu cumprimento é inútil”, diz Hartmann. “É necessário criar um mecanismo real de coerção [no STF].” (...) O presidente do STF, ministro Ricardo

Segundo continua a sustentar Falcão⁵²⁶, a razoável duração do processo é medida que pode ser aferida não apenas por regras formais, mas também por mudanças nas praxes dos Ministros e de suas respectivas assessorias. É, na lógica adotada pelo autor, fácil mudar uma resolução, mas difícil (e necessário) mudar um hábito.⁵²⁷

Demonstrando preocupação intensa com essa conjuntura, Comparato, na passagem a seguir, acaba por sugerir, segundo se pode depreender, que deveríamos - com bastante senso de urgência - aprimorar o aspecto de *accountability* (entendido aqui como o dever que todos os agentes públicos têm de prestar contas de seus atos para a Sociedade⁵²⁸) na gestão do STF:

Lewandowski, informou ter determinado em março que o plenário priorize os processos com julgamento interrompido por pedido de vista. Ele diz que o Código de Processo Civil faculta ao magistrado a possibilidade de pedir vista, caso não esteja habilitado a proferir seu voto. Segundo Lewandowski, o regimento do STF determina a obrigatoriedade de devolução, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente. O ministro Gilmar Mendes diz que há 600 processos em pauta. 'Há uma sobrecarga, muitas vezes não conseguimos devolver o processo.(...)' FREDERICO, Vasconcelos. No STF só 20% dos pedidos de vista são devolvidos no prazo. UOL. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/poder/2015/06/1638875-no-stf-so-20-dos-pedidos-de-vista-sao-devolvidos-no-prazo.shtml?origin=folha> acesso em 27/08/2020.

⁵²⁶ FALCÃO, Joaquim. *O Supremo. Op. Cit.*, p. 214.

⁵²⁷ Arguelhes e Hartman, embora demonstrando preocupação com o instituto do 'pedido de vistas', já que ele pode ser largamente utilizado individualmente, como já demonstrei neste trabalho, também asseveram que o STF não tem dado mostras de se utilizar deste recurso estratégico para deixar de se pronunciar acerca de temas importantes nos últimos anos: "*The possible existence of a peculiar timing control mechanism at the service of Brazilian Supreme Court justices is ignored in existing scholarship—including the vast majority of literature specifically on vistas. The official account is that justices request to look at cases in order to better understand the legal matters involved. We took that as our main hypothesis and conclusively showed that it simply does not stand. Our quantitative empirical research shows that vistas are not used to study complex cases. Furthermore, some of the quantitative data, as well as the case study, indicate that the justices instead have been engaged in a delicate and diffuse exercise of agenda-setting power. Any single justice can remove a case from the docket for as long as she wants—up to 20 years, as evidenced by our research—and knows that all her colleagues can do the same. (...) Future studies could investigate if, as compared to its US counterpart, perhaps the Brazilian Supreme Court has greater room to avoid deciding unwanted cases at inconvenient times, as any individual justice has a veto power that, in most instances, is sufficient to keep the Court completely silent on a given "inconvenient" case. We have conclusive evidence of what the vistas are not used for. The quantitative data on what they are actually used for are inconclusive. Nevertheless, a plausible reconstruction of the vistas has emerged from the quantitative and qualitative data, (...). If our description is accurate, however, it would seem impossible for the Court to decide anything remotely consequential. All it would require for a case to be postponed indefinitely is the will of a single justice. But the actual behavior of the Court seems to be incompatible with this prediction, as it has decided many landmark cases in the last few years.*" ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. "Timing Control without docket control: How individual Justices shape the Brazilian supreme court's agenda". *Journal of Law and Courts*, Chicago, v. 5, n. 1, Spring 2017, p. 135.

⁵²⁸ Como também coloca Lunardi: "*é preciso encontrar mecanismos de controle público (não necessariamente político) sobre a atividade dos ministros do STF. Na medida em que o poder judicial cresce, também devem aumentar a publicização da sua atuação e as exigências de prestação de contas perante a opinião pública, sem que se desconheçam os riscos de segui-la.*" LUNARDI, Fabrício Castagna. *O STF na Política e a Política no STF. Op. Cit.*, p. 188.

“(…) Assinale-se, ainda, que os integrantes do STF não se submetem ao controle do Conselho Nacional da Magistratura. Na realidade, aliás, os Ministros de nossa mais alta Corte de Justiça não estão sujeitos a responsabilidade alguma no exercício de suas funções, quer jurisdicionais quer administrativas. Esse status de total irresponsabilidade foi transposto da Constituição norte-americana, a qual, nesse particular, suscitou a severa crítica de Thomas Jefferson. “Ao pretender estabelecer três departamentos, coordenados e independentes, de modo que cada um deles possa controlar os outros e ser por eles controlado (“that they might check and balance one another”), a Constituição atribuiu a um só deles o direito de prescrever regras para a atuação dos demais, e o fez justamente em favor daquele que não é eleito pela nação e permanece independente dela. Pois a experiência já mostrou que o impeachment estabelecido pela Constituição não chega a ser nem mesmo um espantinho”. Tampouco entre nós, esse remédio constitucional inspira qualquer espécie de temor no seio do STF. Isto, sem falar no fato de que os anais de jurisprudência de todo o período republicano não registram caso algum em que os magistrados de nossa mais alta Corte tenham sido acusados de atos criminosos e, em consequência, constrangidos a responder a processo penal. Teríamos, no entanto, a ousadia de afirmar que fatos semelhantes aos que suscitaram a ira de Dom Pedro II em relação ao Supremo Tribunal de Justiça do Império jamais ocorreram no período pós-monárquico? Ora, é sumamente constrangedor verificar que nem mesmo o cumprimento das disposições do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal pode ser imposto aos seus Ministros. Tomemos, por exemplo, a norma do art. 337, § 2.º, desse Regimento, referente ao processamento dos embargos de declaração: “Independentemente de distribuição ou preparo, a petição será dirigida ao relator do acórdão que, sem qualquer outra formalidade, a submeterá a julgamento na primeira sessão da Turma ou do Plenário, conforme o caso”. Pois bem, em caso de repercussão nacional e internacional, qual seja a ADPF 153 sobre a lei de anistia de 1979, o relator dos embargos de declaração ao acórdão publicado em maio de 2010, até o momento em que escrevo estas linhas – ou seja, há quase 5 (cinco) anos! - apesar de várias vezes solicitado pelo embargante, não submeteu o recurso a julgamento.”⁵²⁹

Com efeito, Mello⁵³⁰, em percuciente artigo em que pretende parametrizar algumas sugestões que acabam por tocar a problemática que estamos aqui a expor, divide suas recomendações em seis tópicos: divulgação da agenda da Corte; participação dos ministros na formação da agenda da Corte; atribuição de prioridade aos recursos extraordinários em regime de repercussão geral; observância parcial do critério cronológico; adoção do sistema de rodízio na ordem das votações e, por fim, disciplina dos pedidos de vista.

No que concerne à divulgação da agenda da Corte, Mello⁵³¹ entende que a difusão

⁵²⁹ COMPARATO, Fabio Konder. “O Poder Judiciário no Brasil”. In: LEMBO, Cláudio; CAGGIANO, Monica Herman; NETO, Manoel Carlos de Almeida (Coords.) *Juiz Constitucional - Estado e poder no século XXI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 162.

⁵³⁰ MELLO, Cristiana. *A regulamentação da agenda do Supremo Tribunal Federal - uma proposta modesta*. *Op. Cit.*, pp. 242-243.

⁵³¹ *Idem.*

bimestral poderia ensejar maior transparência para a atuação do Tribunal. Acreditamos que certamente a publicidade com antecedência mais amplificada, de modo racionalizado, poderá melhorar a previsibilidade institucional do STF, substituindo o sistema atual em que a agenda é anunciada apenas na sexta-feira que antecede os julgamentos.

A definição da agenda da Corte, segundo defendemos, deve ser ato construído de maneira colegiada. Sugerimos que sessão administrativa plenária definisse isto de maneira prévia ao ano judiciário que irá começar. Mello⁵³² recomenda que isto ocorra na lógica bimestral, ocasião em que cada ministro indicaria dois casos de sua relatoria e a presidência da Corte contribuiria com mais oito. Nos termos do que expusemos, para além da importante elaboração plural da agenda do STF, pensamos que seria também deveras crucial implantar sistemática processual-constitucional em que todos os demais casos não escolhidos baixariam transitados do Supremo. Deste modo, o Excelso Pretório se aproximaria ainda mais das funções típicas de uma corte constitucional e se afastaria da incumbência de cúpula do Poder Judiciário que, como iremos defender no próximo tópico, é papel que não lhe deveria ser atribuído.

Acerca da tramitação dos recursos extraordinários que estão com repercussão geral decretada, Mello⁵³³ prega a necessidade de se viabilizar, de maneira mais frequente e ampla, a utilização vertical de tal mecanismo, sendo certo que, deste modo, apenas subiria ao STF um único recurso extraordinário representativo da matéria que se quer julgar. Todos os demais processos que versem acerca de controvérsia análoga, ainda que não estejam em fase recursal, ficariam retidos no âmbito dos Tribunais a quo e demais instâncias inferiores. Nos parece medida acertada que, ampliando o poder do Supremo neste particular⁵³⁴, poderia otimizar e reforçar o sistema de precedentes jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro.

Relativamente ao tema que toca a observância de critérios cronológicos limitados, Mello defende que, na formação da pauta do Excelso Pretório, de maneira obrigatória, parte dela esteja dedicada ao julgamento de casos que estão a mais tempo aguardando, quer seja porquanto já liberados pelo Ministro-Relator⁵³⁵, quer seja porquanto oriundos de casos em

⁵³² *Idem.*

⁵³³ *Idem.*

⁵³⁴ É posição que reproduzimos de Klafke. C.f. nota 435

⁵³⁵ Nos termos colocados por Mello: “O critério vai ao encontro do princípio da celeridade processual e evita situações como a do RE 222.140-que, apesar de liberado pelo Relator há mais de uma década, ainda não foi apregoado”. MELLO, Cristiana. *A regulamentação da agenda do Supremo Tribunal Federal - uma proposta modesta. Op. Cit.*, p. 242-243.

que havia pedido de vista, tudo em homenagem ao princípio constitucional da razoável duração do processo⁵³⁶. Ao mesmo tempo (daí porquanto o critério cronológico deve ser adotado de maneira apenas parcial), Mello⁵³⁷ sugere que o aspecto da relevância também seja considerado na formação da pauta do que será julgado, realizando-se para tanto, se necessário, sessões extras e compensatórias (a depender da vazão do trabalho). Nos termos da premissa que estamos a adotar neste trabalho, nos parece que estamos diante de proposição bastante factível de ser implementada, especialmente se considerarmos a modalidade de julgamento em ambiente virtual, como nos parece ser cada vez mais o caso no cenário atual.

Mello⁵³⁸, em ponderação perspicaz, sugere também que adotemos no âmbito do Supremo mudanças na tradição da Corte, cujo comando aponta que o Ministro de assento mais moderno deve votar em primeiro lugar, logo após a posição da relatoria, deixando para o decano a última palavra. Segundo a autora, em observação que parece ser empírica, os votos dos componentes com menos tempo de judicatura na Corte tendem a ser mais longos e prolixos – posto que escritos invariavelmente - o que acabaria por desperdiçar tempo importante da Corte. Deste modo, uma solução simples seria adotar rodízio na sistemática de votação. Do nosso ponto de vista, embora seja proposta interessante, acreditamos que, em verdade, o Tribunal precisaria, conforme já expusemos em tópico anterior, tomar posição mais corajosa e adotar (ao menos nas demandas que versam sobre controle concentrado de constitucionalidade) metodologia essencialmente deliberativa (em oposição da lógica agregativa que considera a somatória dos votos individuais que hoje está em vigor), buscando através deste processo decisório conhecer a opinião da Corte. Tal sistemática, a rigor, se adotada, robusteceria a legitimidade do Supremo no bojo do seio social brasileiro.

Finalmente, Mello pondera que é elementar normatizar, como já defendemos em parágrafos anteriores, o mecanismo do pedido de vista, nos seguintes termos:

“Uma vez colocada em dia a pauta da Corte, outra norma que talvez comporte revisão versa sobre os pedidos de vista dos processos. O Regimento Interno – em previsão excessivamente otimista e nada realista – preconiza a continuação do julgamento até a segunda sessão ordinária subsequente. O dispositivo,

⁵³⁶ “CF. Art. 5º - LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” PLANALTO. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 05/12/2020.

⁵³⁷ MELLO, Cristiana. *A regulamentação da agenda do Supremo Tribunal Federal - uma proposta modesta*. *Op. Cit.*, pp. 242-243.

⁵³⁸ *Idem*.

porém, tornara-se letra morta. Um ministro poderia interromper o julgamento, com um pedido de vista, sem qualquer perspectiva de devolução e sem qualquer explicação para a demora. Para corrigir essa prática, editou-se a Resolução n. 278/2003, cuja redação inicial, bastante rigorosa, previa que o ministro que pedisse vista dos autos os devolveria em 10 dias. Caso não o fizesse, o prazo ficaria prorrogado automaticamente por mais 10 dias, a não ser que se tratasse de processo de réu preso. Finda a prorrogação automática, o ministro poderia, na sessão seguinte, justificadamente, renovar o pedido de vista. Esgotado o prazo da renovação, o presidente do Tribunal ou da Turma requisitaria os autos e reabriria o julgamento do feito na segunda sessão ordinária subsequente. Essa disciplina foi alterada. Atualmente, finda a prorrogação automática de 10 dias, a Presidência do Tribunal ou das Turmas apenas deverá apenas comunicar o vencimento do prazo ao ministro. (...) há de ser retomada, em linhas gerais, a disciplina anterior (...). A exigência de motivação para renovar o pedido de vista parece, por si só, um incentivo bastante eficaz para que um ministro respeite os prazos regimentais e não obste a deliberação colegiada.”⁵³⁹

Destarte cremos, como temos defendido neste tópico e no próprio trabalho e a partir de algumas disfuncionalidades que estão detectadas na esfera procedimental da Corte Suprema, que as medidas que mencionamos acima, que visam o aperfeiçoamento institucional do Excelso Pretório, se fazem absolutamente necessárias, até mesmo porquanto possuem como premissa básica a mitigação da esfera de atuação individual no âmbito do Tribunal, tudo com vistas a, segundo nossa visão, acomodar melhor a tensão sistêmica que pulsa em nosso ambiente democrático-constitucional.

3.4. Diluição de competências e mudanças no método de composição da Corte Suprema

Nos tópicos anteriores deste capítulo, sugerimos que alguns aspectos internos da Corte Suprema Brasileira merecem nossa atenção para que, aperfeiçoados, possam criar condições para que seu maquinário procedimental propicie funcionamento em ponto ótimo. A partir desta premissa, cremos que poderemos motivar melhor composição entre os polos de poder brasileiros, viabilizando da melhor maneira possível as expectativas que a Sociedade deposita nos atores institucionais pátrios, cujo poder-dever é envidar esforços tendentes a tirar nosso projeto constitucional do mundo das ideias, trazendo-o para o mundo do ser.

No entanto, para além da regulação interna própria, também acreditamos que alguns outros ajustes no órgão jurisdicional máximo, quer seja do ponto de vista das matérias que

⁵³⁹ *Idem*, pp. 242-243.

deve conhecer⁵⁴⁰, quer seja no que diz respeito ao modo como ele é formado (através da escolha dos seus componentes e sua permanência no ambiente jurisdicional)⁵⁴¹, poderiam remodelar nossa Justiça Constitucional para que, no contexto de seu grande peso político atual, os mecanismos de contenção de poder – na lógica consagrada da sistemática de freios e contrapesos - possam ser exercidos também em grau próximo do ideal.

Já temos mais de trinta anos ininterruptos de vivência em ambiente democrático-constitucional (ainda que com alguns percalços) na Nova República, sendo certo que, após décadas, acreditamos firmemente que já podemos, com certa margem de segurança, asseverar quais foram os acertos dos arquitetos do Pacto Social de 88 e aquilo que, no cotidiano, acabou por revelar certa disfunção, sendo, portanto, digno de ajustes.⁵⁴²

Com efeito, Benvindo e Acunha, de maneira bastante lúcida, asseveram que estamos a viver atualmente certo paradoxo comportamental no âmbito do STF. Isto porquanto o

⁵⁴⁰ Cujos rol está elencado no art. 102 da Constituição Federal

⁵⁴¹ Nos termos dos comandos constitucionais contidos nos arts. 52, III; 84, XIV e 101, parágrafo único, todos da Constituição Federal

⁵⁴² Neste contexto, José Afonso da Silva, por exemplo, sustentou em sua obra ‘Poder Constituinte e Poder Popular’ que deveria haver redistribuição das competências hoje atribuídas ao STF para um Tribunal Superior de Justiça, além da criação de uma Corte Constitucional típica: “(...) a criação de um Tribunal Superior de Justiça, a que se redistribua parte da competência do Supremo Tribunal Federal, que ficará como tribunal de equilíbrio da Federação, ou Tribunal de Cassação. Outro ponto é o da imprescindível criação de um Tribunal ou Corte Constitucional. De fato, hoje, a jurisdição constitucional, exercida concentradamente por uma Corte Constitucional: a) configura um dos pressupostos fundamentais do Estado contemporâneo, destinada a consubstanciar um contrapeso efetivo entre um Poder Executivo cada vez mais hegemônico e um Poder Legislativo que ainda não conseguiu superar suas formas clássicas de Legislativo do Estado Liberal; b) constitui um pressuposto fundamental para a preservação dos direitos humanos; c) é o instrumento mais apto para a garantia e a proteção dos direitos humanos e será, também, o melhor instrumento de controle e de tutela para o funcionamento democrático dos demais poderes do Estado, realizando eficaz função moderadora, conforme mostram as Cortes Constitucionais da Itália, Alemanha Federal, da Espanha e de Portugal, mais recentemente. Por tais razões, essa função deve ser entregue a um Tribunal especializado, uma Corte Constitucional, provida por um corpo de especialistas em Direito Público, em geral, e em Direito Constitucional, em especial, para o exercício concentrado do controle de constitucionalidade, e de outras garantias constitucionais – pois a experiência vem mostrando, entre nós, especialmente nesses últimos tempos, que a Magistratura comum não vem cumprindo a função de jurisdição constitucional a contento, não por culpa dela, mas em decorrência das insuficiências do próprio sistema. É que esse sistema de justiça constitucional, de origem norte-americana, assumiu uma orientação exclusivamente técnica, porque seus problemas não foram outros que os de impedir a ruptura de coerência interna do ordenamento constitucional. Por isso é que a doutrina afirma que esse sistema não integra uma verdadeira jurisdição constitucional, não tanto por atribuir a solução dos conflitos constitucionais a órgãos judiciários comuns, mas porque a jurisdição ordinária não se caracteriza como guardiã dos valores políticos ínsitos na Constituição, como sucede na Europa. A par da criação desse Tribunal ou Corte especial, pode-se dar, ou deve-se dar, legitimação não só a órgãos profissionais como sindicatos, conselhos profissionais (CREA, OAB etc.), mas também a partidos políticos e ao povo (ação popular de declaração de inconstitucionalidade), para provocar o controle de constitucionalidade sobre atos do poder público.” DA SILVA, José Afonso. *Poder constituinte e poder popular (estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 28.

Supremo, ciente de sua posição como ator absolutamente relevante no tabuleiro político, pretende cada vez mais portar-se como corte constitucional típica, reservando para si a exegese final acerca do que é a Constituição. Ao mesmo tempo, resiste em reconfigurar-se dentro de um novo panorama institucional, não abrindo mão das competências tradicionais que exercia nos regimes constitucionais anteriores, o que, por via de consequência, acaba por causar as anomalias internas e externas que apontamos neste trabalho:

“Em particular, contudo, um dos principais desafios do desenho institucional hoje adotado pelo STF encontra-se em sua potencialidade de politização—e, portanto, maior intervenção na esfera da política—pelo uso estratégico da posição dúbia do STF como pretensa corte constitucional, por um lado, e pela manutenção da estrutura de uma corte detentora de competências que há muito parecem contrariar essa pretensão, por outro. Essa dubiedade tem servido bem aos propósitos de fortalecimento da corte, e ministros têm feito uso dela e de suas disfuncionalidades para também empoderar-se no campo da barganha política. A história explica bem essa dubiedade. O modelo de corte constitucional típica chegou a ser aventado durante a Assembleia Constituinte de 1987/1988, tendo avançado de forma importante durante os trabalhos nas comissões temáticas. Todavia, logo foi abandonado em prol de uma continuidade do perfil até então adotado no STF — com forte lobby, aliás, dos membros do tribunal e da Associação dos Magistrados do Brasil (AMB)—, acrescido de novas competências. (...) O STF, desde então, tem se afirmado como uma corte que não consegue lidar bem com a complexidade de sua posição no jogo institucional. Essa característica tem se acentuado mais recentemente em função de sua crescente pretensão de, agora sim, apresentar-se como corte constitucional típica, ao mesmo tempo que, porém, ainda se encontra tomado por uma inércia e pela incapacidade de reconfigurar-se em relação às demais competências e práticas de outrora. (...) O contexto de recém-transição para a democracia ainda não favorecia a concepção de uma corte constitucional que entraria no jogo de poder de forma mais incisiva, mas as circunstâncias abertas pela própria Constituição de 1988 não inviabilizariam—aliás, fomentariam—construções paulatinas de ganho de poder pelo judiciário como um todo, e, mais particularmente, pelo STF. Para isso, foi importante que os jogos de força dos agentes políticos se reconfigurassem em um novo modelo que o próprio contexto democrático favoreceria. Porém, essa reconfiguração iria, naturalmente, deparar-se com o paradoxo, por um lado, de uma estrutura ainda marcada fortemente pelo passado como decorrência de uma marcante “posição corporativo-conservadora” no texto constitucional e, por outro, de uma intencionalidade, ao menos discursiva, de se estabelecer como órgão garantidor dos ganhos democráticos dessa nova realidade brasileira.”⁵⁴³

Tendo, portanto, como ponto de partida a linha de raciocínio que estamos a expor, Vilhena⁵⁴⁴ por exemplo defende ser de rigor que ocorra uma redistribuição constitucional

⁵⁴³ BENVINDO, Juliano Zaiden; ACUNHA, Fernando José Gonçalves. “O papel da política na atuação das Cortes Supremas”. *Novos Estudos*, CEBRAP, São Paulo, v.37, n. 1, jan-abr. 2018. pp. 71-72.

⁵⁴⁴ VILHENA, Oscar. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 45.

das competências do STF. Nossa Suprema Corte não pode continuar a atuar como justiça constitucional, tribunal de última instância e foro especializado. Se isto continuar, segundo acredita o autor supramencionado, continuaremos a assistir uma escalada de decisões singulares no âmbito do Excelso Pretório, o que inclusive, funciona como um dos fatores que estão a abalar a confiança que a Sociedade deposita nesse órgão jurisdicional.⁵⁴⁵ Com efeito, para que o Supremo exerça com qualidade sua função primordial como Corte Constitucional⁵⁴⁶, precisa, segundo Vilhena⁵⁴⁷, se libertar de uma série de competências ditas secundárias (na perspectiva de que deve cuidar primordialmente do exercício do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade), possuindo deste modo uma agenda de casos mais exígua e restrita. Com isto, o número de decisões monocráticas poderia cair sobremaneira, o que ensejaria o desejado reforço em sua colegialidade, sem que sua autoridade fosse exercida de forma fragmentada.

Para além disto, ainda nos escorando em Vilhena⁵⁴⁸, a reforma constitucional do Judiciário precisaria mirar o fortalecimento do controle difuso de constitucionalidade, reforçando nesta lógica, segundo pensamos, o cumprimento mais estrito dos precedentes e parâmetros jurisprudenciais ditados pelo STF, sem que a demanda, e.g., precise tramitar até lá apenas para se confirmar o que já foi decidido nos órgãos jurisdicionais *a quo*⁵⁴⁹. Será

⁵⁴⁵ C.f., neste sentido, a nota 18 em que falo acerca do ICJ (índice de confiança na Justiça).

⁵⁴⁶ É como também coloca Palu: “*Deve haver especialização das unidades judiciárias para o exercício da função de controle político. O controle de constitucionalidade a cargo de uma corte constitucional fora dos clássicos poderes. (...) Por conseguinte, o controle de constitucionalidade deve ser exercido por uma Corte Constitucional independente dos poderes clássicos (o Supremo Tribunal Constitucional).*” PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 358.

⁵⁴⁷ VILHENA, Oscar. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. Op. Cit., p. 46.

⁵⁴⁸ *Idem*, p. 44.

⁵⁴⁹ Tal sistemática funcionaria exatamente de modo contrário ao que está implementado atualmente no ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, Campos nos alerta que, de maneira contínua, o controle concentrado e abstrato foi e tem sido severamente robustecido: “*A Constituição outorgou à Corte número impressionante de competências e instrumentos decisórios, fortalecendo sobremaneira o sistema de controle concentrado e abstrato e dando início a amplo e contínuo processo de concentração de poderes de decisão em sua jurisdição. Destaque para a extraordinária ampliação do rol legitimados ativos para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) (artigo 103). Posteriormente, a EC 03/93 criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Depois, vieram as Leis nos 9.868, de 10/11/1999, e 9.882, de 03/12/1900 que disciplinam, respectivamente, as ADI e ADC, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Essas leis revelaram um dimensionamento de poderes de decisão para o Supremo além do estabelecido na própria Constituição de 1988 e até de poderes que a Corte havia recusado anteriormente para si. Finalmente, a EC 45/04 deu sequência ao processo político formal de empowerment do Supremo Tribunal Federal e promoveu uma minirreforma constitucional do controle de constitucionalidade: ampliou o rol de legitimados para a propositura de ADC, constitucionalizou a eficácia vinculante das decisões em ADI, criou a súmula vinculante, previu o instituto da repercussão geral como requisito autônomo de admissibilidade*

preciso discutir também, continuando com Vilhena⁵⁵⁰, como a Suprema Corte poderá se desincumbir da trivalência de suas funções, diluindo sua competência criminal e o nível recursal de última instância para o STJ e demais Tribunais do sistema judicial brasileiro.⁵⁵¹ Aliás, essa é exatamente a posição que coloca, no contexto espanhol, Tremps. Com efeito, o autor em testilha sugere que a Justiça Constitucional, mesmo que esteja em posição de supremacia em relação aos demais órgãos judiciais, deve evitar criar tensão sistêmica com eles, furtando-se em funcionar como ‘Tribunal dos Tribunais’, concentrando-se em suas funções de exegeta privilegiado dos valores constitucionais:

“Desde el punto de vista técnico-jurídico, las tensiones entre Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo deben resolverse según el principio de supremacía del primero, tal y como se deduce del ya citado artículo 123.1 CE. La posición de la Constitución, como norma suprema de todo el ordenamiento, hace lógicamente que sea el Tribunal Constitucional el intérprete supremo y que nalle en la cúspide del sistema hermenéutico, alcanzando tanto a la interpretación de la Constitución como a la interpretación constitucional del resto del ordenamiento (v. cap. 1.3). Así sucede em países con sistemas jurídicos similares al español, como el alemán o el italiano. En esta misma línea, no deja de ser significativo que allí donde no hay tribunal constitucional sino sólo un tribunal supremo, éste tienda a «especializarse» en materia constitucional: es el caso de Estados Unidos, de Canadá, de Argentina o de México, por poner los ejemplos más conocidos. Ahora bien, también es cierto que el Tribunal Constitucional no puede convertirse en juez supremo de cualquier asunto, tanto por razones prácticas como institucionales. A este respecto no resulta suficiente una llamada a la diferencia entre legalidade y constitucionalidad como campos de actuación de la jurisdicción ordinaria y de la constitucional respectivamente. (...) no obstante, el Tribunal Constitucional, al que corresponde logicamente trazar esa barrera (STC 92/2008, FJ 8, por ejemplo) y aunque resulte imposible delimitar totalmente, de forma impermeable su ámbito material de actuación, debe limitar su campo de

de recurso extraordinário no âmbito do controle difuso. Todas essas alterações promoveram a concentração ainda mais significativa de poder decisório no Supremo Tribunal Federal, oferecendo os momentos de maiores oportunidades formais para a judicialização da política e para o ativismo judicial da história do Supremo.” CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 55.

⁵⁵⁰ VILHENA, Oscar. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. Op. Cit., p. 44.

⁵⁵¹ O acervo atual do STF se traduz em número robusto. É portanto de se perquirir se uma Corte essencialmente constitucional não funcionaria melhor sem a necessidade de, por exemplo, julgar cerca de 70 mil casos em um ano e ainda continuar com estoque de mais de 25 mil casos: “*O acervo processual é composto pelos processos que se encontram em tramitação em determinada data. O marco inicial da tramitação é a autuação do processo pela Secretaria do Tribunal. O marco final da tramitação não é o julgamento, mas a baixa definitiva do processo ao arquivo do STF ou a outro órgão, juízo ou Tribunal. No acervo há feitos pendentes de decisão final e processos que já tiveram decisão final mas aguardam apreciação de recurso (agravo regimental, embargos de declaração, embargos de divergência e embargos infringentes), de outro pedido incidental, liberação de decisão ou acórdão para publicação, decurso de prazo processual, realização de comunicações ou outras providências. Acervo Atual em 2020 – 25.334.*” STF. Acervo. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/acervo/acervostf2.pdf>, acesso em 12/12/2020.

actuación evitando la tentación de convertirse en un tribunal justicia más, que revisa las decisiones de los demás órganos, centrandose en aquellas cuestiones que posean mayor relevancia e interesse constitucional y evitando innecesarias tensiones institucionales exige un marco normativo adecuado y un ejercicio de «autocontrol», de self restraint, por parte del propio Tribunal Constitucional. Esta idea está en el espíritu de la reforma introducida por la LO 6/2007, que, además de consolidar la posición del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución, presupone, también, y en ello se asienta, el papel del juez ordinario como «garante natural» de la Constitución y, en especial, de los derechos fundamentales, reservando al Tribunal Constitucional aquellas cuestiones de «especial trascendencia constitucional incluso en materia de derechos. Sin embargo, el riesgo de tensiones existirá siempre y puntualmente dichas tensiones aflorarán.»⁵⁵²

A função de intérprete importante dos valores constitucionais (ainda que em processo dialógico com os demais atores sociais, conforme já colocamos neste trabalho) é por demais relevante para que possa ser exercida em conjunto com outras funções jurisdicionais que, embora também sistemicamente significativas, podem ser desempenhadas com autoridade por Tribunais distintos daquele que, no âmbito do Poder Judiciário, profere juízos com peso final acerca dos limites e do alcance do texto constitucional.⁵⁵³ Elival da Silva Ramos também partilha da mesma opinião aqui exarada, sustentando que o Supremo deve se aproximar do modelo europeu, em que o controle de constitucionalidade é feito por Tribunal com competência exclusiva:

“De minha parte, reitero o entendimento de que as finalidades buscadas com a criação da súmula vinculante somente serão plenamente atingidas com a modificação de nosso sistema de fiscalização de constitucionalidade para um sistema concentrado, de padrão europeu, convertendo-se o Supremo Tribunal Federal em um tribunal exclusivamente, ou quase que exclusivamente, dedicado às questões de constitucionalidade.”⁵⁵⁴

Com efeito, Fonte⁵⁵⁵ assevera que a responsabilidade pela guarda da Constituição é

⁵⁵² TREMPES, Pablo Pérez. *Sistema de justicia constitucional*. Navarra: Ed. Aranzadi, 2016, pp. 199-200.

⁵⁵³ É o que o constitucionalista espanhol Llorente também pondera: “(...) es indispensable un órgano que asegure la unidad de doctrina en la interpretación de esos derechos, y que esta función sólo puede ser desempeñada por un Tribunal cuya jurisdicción no esté circunscrita a sectores determinados del ordenamiento, que no sea Tribunal de «orden jurisdiccional» alguno, sino situado por encima de todos los órdenes. La necesidad de esta función, qué evidentemente no pueden asumir los «Tribunales Supremos» tradicionales, que cuando mucho son la denominación colectiva de un conjunto de tribunales sectoriales distintos, es la que hace indispensable la existencia de un Tribunal Constitucional.” LLORENTE, Francisco Rubio. *La forma del Poder : estudios sobre la constitución*, p. 1415.

⁵⁵⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 299.

⁵⁵⁵ FONTE, Felipe de Melo. *Decidindo não decidir: preferências restritivas e autorregulação processual*. Op.

das tarefas mais nobres que existem em uma Sociedade democrática no século XXI⁵⁵⁶. No entanto, em razão do volume extremo de demandas que aportam no STF, este acabou por se transformar em uma espécie de tribunal recursal de luxo, decidindo, para além das questões constitucionais fundamentais da Nação, aspectos mais comezinhos do Direito, como brigas de vizinhos e acidentes automobilísticos que, tendo como fundo um comando oriundo do nosso Pacto Social, vez ou outra acabam por serem conhecidos no Supremo. Julga, outrossim, demandas de natureza tributária envolvendo bilhões, bem como complexas ações interventivas. Há, portanto, processos demais e tempo de menos para tantas atividades, sendo certo que os critérios para uso deste ativo seguem, como já falamos neste capítulo, critérios obscuros.

Assim é que, nos termos sublinhados por Fonte⁵⁵⁷, o Excelso Pretório não pode ser órgão jurisdicional centrado majoritariamente na análise de casos concretos. Deve, ao revés, ser um tribunal de teses. Neste sentido, a ampla gama de competências reconhecidas pela Constituição em 1988 ao Supremo, acompanhada da crença de que os onze componentes do STF poderão apreciar e julgar tudo que aporta na Corte é, em verdade, promessa difícil de cumprir, solapando, neste cenário, a legitimidade do Tribunal perante a Sociedade. A partir desta premissa, a escolha mais sábia a fazer, em oposição à jurisdição total impossível, é a prestação jurisdicional parcial que, com este lastro, longe de representar denegação de justiça,

Cit.

⁵⁵⁶ Analisando o contexto italiano, Passaglia assevera o quão importante é garantir para as minorias parlamentares o acesso à Corte Constitucional. Neste sentido, me parece que o Brasil tem, em verdade, abertura bastante ampla para aferição de qualquer questão pelo STF. Mais uma vez, a questão é saber qual seria o meio termo mais eficaz entre uma Corte que conhece pouco e uma Corte que conhece tudo: “(...) *If it is difficult to accept the introduction of individual constitutional appeal together with a procedure of case selection, then the only alternative could be to accept a de facto selection (e.g. by deciding minor cases by summary judgment), that could however lead to problems of excessive judicial subjectivity. Other types of remedies would create fewer problems, and would ensure constitutional review in fields that currently appear off limits. For example, reforms could focus on constitutional review of parliamentary elections, or could grant the parliamentary opposition the power to submit questions of constitutionality, so that legislative acts that would be difficult to refer to the Constitutional Court could be brought before it, thanks to the dissenting minority of Parliament. As noted earlier, in Italy the Constitutional Court possesses a rather limited set of competences: the reforms mentioned above, associated with others, would create “a more perfect” system, thus empowering the guardian of the Constitution to accomplish its tasks even in areas where currently a lack of protection can be observed. These new competences would strengthen the Court’s role without changing its essence (...).*” PASSAGLIA, Paolo. *Rights-Based Constitutional Review in Italy*. The Society of Legal Scholars Annual Seminar 2013, svoltosi a Dublino il 2 e 3 luglio 2013. Disponível em <https://www.giurcost.org/studi/Passaglia4.pdf>, acesso em 18/09/2020.

⁵⁵⁷ FONTE, Felipe de Melo. *Decidindo não decidir: preferências restritivas e autorregulação processual*. Op. Cit. 3

significaria agir elegendendo prioridades.⁵⁵⁸

É de se ressaltar, no entanto, que a seleção de casos para julgamento por parte da Corte Suprema, como estamos aqui a defender, dependerá, para além de uma simples alteração de lógica normativa, de uma mudança de cultura jurídica. Neste contexto, Vermule assevera que os países de tradição românica, cujo pressuposto principiológico de acesso à Justiça constitui base importante do ordenamento, precisariam se adaptar para que suas justiças constitucionais - o Brasil entre elas - funcionassem de maneira mais próxima do modelo norte-americano neste particular:

“As far as systemic problems are concerned, the main solution is to reform either the Constitution or the legislative provisions on the Constitutional Court, to allow other subjects, entities or authorities to submit questions, through new forms of proceedings or appeals. From time to time, the introduction of a remedy resembling the German Verfassungsbeschwerde or the Spanish amparo is proposed, to give standing to individuals seeking to protect their constitutional rights. Such a reform would certainly enable the Constitutional Court to afford better protection to rights and to intervene in cases where judicial references would be impossible or highly unlikely. Nevertheless, the cost of these benefits would not be insignificant, because the German and Spanish experiences demonstrate that endowing individuals with standing for constitutional review leads to a massive increase in the cases to be decided.

⁵⁵⁸ Vermule assevera com bastante lucidez que, mesmo considerando apenas o controle judicial dos atos legiferantes dos outros poderes (considerado o contexto federativo que pressupõe atividade normativa oriunda de várias órbitas distintas), o trabalho de uma Corte Constitucional seria, se a premissa fosse julgar de maneira extremamente abrangente, invencível. O Legislativo e o Executivo (com todos os seus órgãos e agências) é muito maior do que a capacidade institucional do Judiciário de conhecer tudo com um mínimo de qualidade: *“In the twentieth century nonjudicial institutions of government grew much faster than the judiciary; consider that in 1999 the total federal judicial budget was \$3.9 billion, while the administrative budget of the national political branches alone ran to some \$80 billion - twenty-one times larger. Congress, the White House, and the federal administrative agencies, both executive and independent, together form an institutional system whose current scale and scope - measured by resources, revenue, personnel, outputs, or any other dimension - dwarf the scale on which courts operate. This disparity ensures that the judiciary lacks the logistical capacity to review more than a small fraction of political-branch decisions, including congressional decisions embodied in statutes that raise constitutional questions. The Court's peak capacity runs to about 200 cases per year, most of which concern statutory interpretation rather than constitutional adjudication, whereas in the past few decades Congress has produced many hundreds of new public laws every year, and administrative agencies annually produce thousands of new regulations. Many of these laws pose no constitutional questions, and to some extent the Court can compensate for its capacity constraints by deciding fewer cases (as it has in recent years) but issuing broader rules in the cases it does decide. In general, however, the gargantuan congressional-administrative process produces more lawmaking than the comparatively minuscule judiciary has the capacity to review for constitutionality. So it is unsurprising that the Supreme Court has itself retreated from judicial review of most congressional decisions.”* VERMULE, Adrian. *Judging under uncertainty*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 268.

Ultimately, the alternative would be to accept either the protracting of constitutional proceedings and the consequent delay in decisions, or selectivity in deciding cases. The first option does not appear very attractive: the Italian Constitutional Court had experienced a backlog in the 1980s, and the reduction in the time required to decide a case that was achieved at the end of that decade was considered an important result for the protection of rights, since the principle that “justice delayed is justice denied” is unanimously shared. The second option is therefore almost necessary, as shown, for example, by Organic Law No. 6 of 2007 that amends the Spanish organic law on the Constitutional Court. The problem is that case selection in civil law countries is not as “normal” and “acceptable” as it may be in common law countries, where the practice plays an important part in the efficient operation of courts (the example of the U.S. Supreme Court speaks for itself). On the contrary, the tradition in civil law countries tends to require courts to decide (all the) cases brought before them: the French concept of “*déni de justice*” (denial of justice), as an infringement of the fundamental right to justice, illustrates the Continental approach to the issue quite paradigmatically.”⁵⁵⁹

O processo de escolha para a composição da Corte Constitucional, além do tempo em que o escolhido desempenha seu múnus como magistrado do Excelso Pretório, são assuntos que, no contexto dos aperfeiçoamentos institucionais que estamos a tratar, também merecem ponderação.

Mello⁵⁶⁰ nos alerta acerca do conteúdo essencialmente político da atuação dos Ministros no âmbito do Supremo. Segundo a autora, a partir do momento em que o processo de seleção passa por indicação presidencial e aprovação na Casa Senatorial, acaba por recrutar pessoas com ampla capacidade de trânsito entre os sistemas jurídico e político, cuja visão de mundo é, em grande medida, equivalente à opinião dos oficiais governamentais ou, ao menos, não despertam ampla rejeição nestes personagens estatais. Uma vez aprovados pelo Senado, continua Mello⁵⁶¹, os Ministros invariavelmente declaram que não se sentem vinculados com quem os indicou.⁵⁶² No entanto, ao mesmo tempo, continuam por óbvio

⁵⁵⁹ VERMULE, Adrian. *Judging under uncertainty*. Op. Cit., p. 270.

⁵⁶⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Comportamento ideológico*. In: JOTA. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-comportamento-ideologico-e-estrategico-no-stf-13112015>, acesso em 26/08/2020.

⁵⁶¹ *Idem*.

⁵⁶² Exemplo, segundo penso, da necessidade de transitar no mundo político para viabilizar sua escolha, mas ao mesmo tempo agir sem vinculação própria, pode ter ocorrido no episódio da indicação para o STF do Ministro Luis Fux pela Presidente Dilma Rousseff. Por ocasião de sua ‘campanha’, segundo relatou Monica Bergamo da Folha de SP, o Ministro Fux abordou e foi abordado por uma série de personalidades políticas na oportunidade, algumas inclusive profundamente envolvidas no escândalo que redundou na ação penal 470, vulgo ‘ação do mensalão’: “(...) *Em campanha para o STF, Fux procurou Dirceu. Magistrado diz que na época não lembrou que petista era réu do mensalão, processo que poderia vir a julgar Ministro afirma que, na conversa, pediu que seu currículo fosse entregue ao então presidente Lula. (...) O ministro Luiz Fux, 59, diz que desde 1983, quando, aprovado em concurso, foi juiz de Niterói (RJ), passou a sonhar com o dia em que se sentaria em uma das onze cadeiras do Supremo Tribunal Federal (STF). Quase trinta anos depois, em 2010,*

ele saía em campanha pelo Brasil para convencer o então presidente Lula a indicá-lo à corte. Fux era ministro do STJ (Superior Tribunal de Justiça), o penúltimo degrau na carreira da magistratura. "Estava nessa luta" para o STF desde 2004 -sempre que surgia uma vaga, ele se colocava. E acabava preterido. "Bati na trave três vezes", diz. (...) Naquele último ano de governo Lula, era tudo ou nada. Fux "grudou" em Delfim Netto. Pediu carta de apoio a João Pedro Stedile, do MST. Contou com a ajuda de Antônio Palocci. Pediu uma força ao governador do Rio, Sergio Cabral. Buscou empresários. E se reuniu com José Dirceu, o mais célebre réu do mensalão. "Eu fui a várias pessoas de SP, à Fiesp. Numa dessas idas, alguém me levou ao Zé Dirceu porque ele era influente no governo Lula." O ministro diz não se lembrar quem era o "alguém" que o apresentou ao petista. Fux diz que, na época, não achou incompatível levar currículo ao réu de processo que ele poderia no futuro julgar. Apesar da superexposição de Dirceu na mídia, afirma que nem se lembrou de sua condição de "mensaleiro". "Eu confesso a você que naquele momento eu não me lembrei", diz o magistrado. "Porque a pessoa, até ser julgada, ela é inocente." Conversaram uma só vez, e por 15 minutos, segundo Fux. Conversaram mais de uma vez, segundo Dirceu. A equipe do petista, em resposta a questionamento da Folha, afirmou por e-mail: "A assessoria de José Dirceu confirma que o ex-ministro participou de encontros com Luiz Fux, sempre a pedido do então ministro do STJ". Foram reuniões discretas e reservadas. (...) Para Dirceu, também era a hora do tudo ou nada. Ele aguardava o julgamento do mensalão. O ministro a ser indicado para o STF, nos estertores do governo Lula, poderia ser o voto chave da tão sonhada absolvição. A escolha era crucial. Fux diz que, no encontro com Dirceu, nada disso foi tratado. Ele fez o seguinte relato à Folha: Luiz Fux - Eu levei o meu currículo e pedi que ele [Dirceu] levasse ao Lula. Só isso. Folha - Ele não falou nada [do mensalão]? Ele falou da vida dele, que tava se sentindo... em outros processos a que respondia... Tipo perseguido? É, um perseguido e tal. E eu disse: "Não, se isso o que você está dizendo [que é inocente] tem procedência, você vai um dia se erguer". Uma palavra, assim, de conforto, que você fala para uma pessoa que está se lamentando. (...) Dirceu e outros réus tiveram entendimento diferente. Passaram a acreditar que Fux votaria com eles. Uma expressão usual do ministro, "mato no peito", foi interpretada como promessa de que ele os absolveria. Fux nega ter dado qualquer garantia aos mensaleiros. Ele diz que, já no governo Dilma Rousseff, no começo de 2011, ainda em campanha para o STF (Lula acabou deixando a escolha para a sucessora), levou seu currículo ao ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo. Na conversa, pode ter dito "mato no peito". (...) Cardozo não perguntou sobre o mensalão? Não. Ele perguntou como era o meu perfil. Havia causas importantes no Supremo para desempatar: a Ficha Limpa, [a extradição de Cesare] Battisti. Ai eu disse: "Bom, eu sou juiz de carreira, eu mato no peito". Em casos difíceis, juiz de carreira mata no peito porque tem experiência. (...) Em Brasília, outro réu do mensalão, o deputado João Paulo Cunha (PT-SP), articulava apoio para Fux na bancada do PT. A movimentação é até hoje um tabu no partido. O deputado Cândido Vaccarezza (PT-SP) é um dos poucos que falam do assunto. Vaccarezza - Quem primeiro me procurou foi o deputado Paulo Maluf. Eu era líder do governo Lula. O Maluf estava defendendo a indicação e me chamou no gabinete dele para apresentar o Luiz Fux. Tivemos uma conversa bastante positiva. Eu tinha inclinação por outro candidato [ao STF]. (...) De fevereiro de 2011, quando foi indicado, a agosto de 2012, quando começou o julgamento do mensalão, Fux passou um período tranquilo. Assim que o processo começou a ser votado, no entanto, o clima mudou. Para surpresa dos réus, em especial de Dirceu e João Paulo Cunha, ele foi implacável. Seguiu Joaquim Barbosa, relator do caso e considerado o mais rigoroso ministro do STF, em cada condenação. Foi o único magistrado a fazer de seus votos um espelho dos votos de Barbosa. Divergiu dele só uma vez. Quanto mais Fux seguia Barbosa, mais o fato de ter se reunido com réus antes do julgamento se espalhava no PT e na comunidade jurídica. Advogados de SP, Rio e Brasília passaram a comentar o fato com jornalistas. (...) Pelo menos seis ministros do STF já ouviram falar do assunto. E comentaram com terceiros. Fux passou a ficar incomodado. Conversou com José Sarney, presidente do Senado. "Sei que a Dilma está chateada comigo, mas eu não prometi nada." Ele confirma. Na posse de Joaquim Barbosa, pouco antes de tocar guitarra, abordou o ex-deputado Sigmaringa Seixas, amigo pessoal de Lula. Cobrou dele o fato de estarem "espalhando" que prometera absolver os mensaleiros. Ao perceber que a Folha presenciava a cena, puxou a repórter para um canto. "Querem me sacanear. O pau vai cantar!", disse. Questionado se daria declarações oficiais, não respondeu. Dias depois, um emissário de Fux procurou a Folha para agendar uma entrevista." BERGAMO, Monica. Em campanha para o STF, Fux procurou Dirceu. Folha de SP. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/81379-em-campanha-para-o-stf-fux-procurou-dirceu.shtml>,

comprometidos com a prática de seus valores, concepções e ótica acerca de determinadas questões. Decidem, portanto, com esteio a partir de seus próprios prismas e, por maior que seja seu esforço para impor neutralidade em seus julgamentos, os magistrados enxergam o mundo através de seus próprios olhos e experiências.

Com efeito, Roger Stiefelmann Leal assevera que, embora não seja possível, no mundo real, afastar possível coloração ideológica que conduza a escolha dos magistrados da Corte Suprema, é desejável, por exemplo, que se amplie o quórum para a aprovação dos nomes indicados, visando com isto capacitar o candidato a buscar por apoio mais amplo, cotejando e contemplando diversas correntes políticas que não apenas aquela que ocupa a situação governamental:

“(…) uma das principais virtudes de um juiz constitucional é a capacidade de separar sua opinião política do exercício do poder de julgar. Não lhe cabe se colocar como intérprete e representante legítimo dos interesses da população de modo a fazer prevalecer sua visão sobre o bem comum. Essa posição cabe a outras instâncias e autoridades mais bem equipadas para tanto. A importância dessa virtude, aliás, não passa despercebida ao ambiente político. (...) Dir-se-á, contudo, que o discurso pode não ser coerente com a prática. É perfeitamente possível alardear a contenção e o equilíbrio do juiz e aprovar nome alinhado à sua orientação ideológica para compor a Corte Suprema. Tal prática, ao contrário, estimularia eventuais candidatos a se comprometerem com determinadas concepções políticas e impô-las como conteúdo das normas constitucionais. É possível, porém, cogitar reformas que inibam tal comprometimento político, a exemplo da ampliação do quórum de aprovação dos nomes indicados. A necessidade de obter o apoio de distintas correntes representadas no Legislativo incentiva postura suprapartidária e equidistante, desencorajando engajamento mais evidente. Às Cortes Supremas compete dizer o direito como ele é e não como deveria ser. Cabe-lhes, parafraseando Aliomar Baleeiro, função semelhante à do árbitro de futebol. A elas cumpre “apitar, botar jogador para fora do campo, marcar pênalti, botar ordem no campo”. Não devem, portanto, “jogar, meter o pé na bola” e marcar gols. A torcida não suportaria árbitro parcial que interfere no jogo para favorecer ou prejudicar uma das equipes.”⁵⁶³

Neste sentido, a evolução do sistema de nomeação para que mais forças políticas (diretas e indiretas - através da participação de atores de relevo da Sociedade organizada, por exemplo) fossem ouvidas poderia ser solução para dar ensejo à escolha de nomes que, para além da técnica aprumada e robusta trajetória profissional, pudessem refletir maior

acesso em 26/08/2020.

⁵⁶³ LEAL, Roger Stiefelmann. *Julgamentos ideológicos e a composição das Cortes Supremas*. In: *Jornal da USP*. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/julgamentos-ideologicos-e-a-composicao-das-cortes-supremas/>. Acesso em 08/12/2020 .

pluralidade e horizontalidade valorativa, abarcando dessa forma visão de mundo mais ampla, na busca de consensos possíveis, na difícil tarefa de interpretar, em lócus privilegiado, o que é e o que deve ser a Constituição.⁵⁶⁴

Martins⁵⁶⁵, adotando posição semelhante, assevera que, em nosso sistema, as indicações ao STF não são propriamente assunto público. A Sociedade especula quem são

⁵⁶⁴ É questão que, por exemplo, também preocupa a Sociedade espanhola. Neste sentido, confira-se magistério de Villaamil, asseverando que, para além das vagas que, na prática, são hoje destinadas para determinadas correntes partidárias, seria possível evoluir o sistema de escolha que pudesse contemplar um consenso qualificado entre os partidos políticos espanhóis, resultado em magistrados mais preparados para o desempenho de seu mister: *“La crítica a la práctica distributiva entre los principales partidos de las designaciones de buena parte de los magistrados del Tribunal Constitucional debe ser firme en nuestra doctrina científica. El requisito de que las Cámaras eleven sus propuestas por mayoría cualificada no es de naturaleza formal; antes bien responde a la asunción por nuestros constituyentes del valor de la designación compartida, o por consenso, de los miembros de tan alto Tribunal, como sistema que garantiza su independencia a la hora de interpretar la Constitución. El sistema de cuotas suprime de raíz tal garantía constitucional y, a la postre, es un fraude de ley por el que se cumple con la letra de la Constitución para alcanzar los partidos/grupos parlamentarios una apropiación dominical de una cuota de los magistrados a designar por las Cámaras, lo que nuestra lex superior excluyó a través de la exigencia de una mayoría de tres quintos. Claro es que tras la ruda realidad de esta suerte de fraude a la Constitución late la deformación del parlamentarismo y del sistema de partidos, pero esa ya es materia que excede del ámbito de estas páginas. Con análogo esfuerzo con el que se suele consensuar a uno de los nuevos jueces constitucionales, al renovar un tercio del Tribunal, se podrían acordar consenso los cuatro, dando prioridad a la cualificación técnico-jurídica de los diversos candidatos y a otros datos diversos al de sus afinidades políticas, como puede ser el de la necesidad de sumar magistrados especialistas en las más relevantes ramas del Derecho. Al fin y al cabo nuestra misma clase política es capaz de consensuar con éxito, en el seno de los órganos de la Unión Europea las numerosas decisiones que periódicamente han de adoptarse por unanimidad nada menos que entre quince gobiernos. Afortunadamente, para los partidos españoles el consenso es algo hacedero. Llegado el momento de cubrir vacantes, deben las principales fuerzas parlamentarias proponer y dialogar sobre nombres de posibles miembros, aceptando vetos recíprocos hacia los menos cualificados y/o los más vinculados con un partido, hasta decantar candidatos de prestigio suficiente como para que pudieran ser objeto de un respaldo generalizado; y, al tiempo, al descartarse a los más comprometidos con cada fuerza política, la elección convergería hacia nombres capaces de ser respaldados por todos. Ello conllevaría la consecuencia positiva de que en el seno del Tribunal Constitucional se formase un equipo de 12 miembros con buena capacidad de dialogo interno y de trabajo en el seno del órgano colegiado que es tan alto Tribunal. El clima interno en el Tribunal - que hay que decir sin reservas que suele ser bueno, pues afortunadamente se trata de un órgano que nunca ha estado huérfano de las debidas dosis de homogeneidad - aún podría optimizarse y su prestigio y los frutos de su labor jurisdiccional también. Nos negamos a concluir que en un sistema de partidos políticos como el nuestro pensar en consensos de mayor altura de miras sea una mera ilusión académica imposible de enraizar en los usos políticos. Una nueva convención constitucional que sustituyese el descrito sistema de cuotas por un auténtico método del mayor consenso posible no solo sería caminar por la mejor senda constitucional, sino que a la par, supondría un cierto sacrificio al primer Gobierno que la promoviese; pero en el medio plazo, cuando cambiase la mayoría electoral, quedaría de manifiesto que la modificación no surtiría efectos a favor de una u otra fuerza política sino exclusivamente del alto órgano que en nuestro sistema político asume la capital función de ser el intérprete supremo de la Constitución.”*. VILLAAMIL, Óscar Alzaga. *Sociedad Democrática y Constitución (estudios y cabos sueltos)*. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 418.

⁵⁶⁵ MARTINS, Argemiro. *A escolha dos ministros do STF como uma questão pública..* In: JOTA. Disponível em <https://www.jota.info/stf/do-supremo/escolha-dos-ministros-stf-como-uma-questao-publica-06022017>, acesso em 26/08/2020.

os nomes cotados para o cargo, como em uma bolsa de apostas. No entanto, tal processo é profundamente marcado pelo segredo, pelas intrigas palacianas e pelas influências políticas diretas e indiretas, próprias e impróprias. Deste modo, para além de apenas torcer para que os governantes façam boas escolhas, o procedimento para se eleger um candidato deveria se pautar por critérios distintos dos que temos hoje.

Não acreditamos, no entanto, que a seleção não deva se dar apenas através de processos essencialmente políticos. A saída para escolhas mais transparentes tampouco passa, segundo pensamos, pela prevalência (ou escolha exclusiva) entre os juízes de carreira. Tribunais constitucionais com esse tipo de composição tendem a ser ineficientes ao lidarem com questões que envolvem papéis mais assertivos e horizontalizados do que aqueles desempenhados pela justiça tradicional. Neste sentido, segue o magistério de Ríos-Figueroa:

“When the constitutional organ is at the same time the apex of the judiciary (e.g., the supreme court or a chamber of it), it is also the pinnacle of the judicial career, and there is more pressure from career judges to fill its vacancies from among their best and brightest. But career judges are selected by exams at an early age and climb the judicial ladder based on seniority and civil service career incentives and punishments. Thus they tend to share the values of civil service, such as long tenure, respect for the rules, and technical capability, and they are more likely to favor more traditional judicial roles (cf. Guarnieri and Pederzoli 1999, 65). Alternatively, according to Ferejohn and Pasquino (2003, 251–252), the inherent political nature of constitutional adjudication calls for politically appointed judges, better drawn from people particularly competent at making abstract comparisons among texts and with the capacity to deliberate about norms and explain decisions and not necessarily from those with judicial experience (see also Ferreres Comella 2004). Thus constitutional judges may be chosen by the parliament, with executive approval, from a pool of judges, law professors, and politicians. They may also be chosen with the participation of civil society organizations and other state organs such as human rights commissions.”⁵⁶⁶

Com efeito, Martins⁵⁶⁷ sugere que a seleção dos novos componentes da Corte Suprema saia dos bastidores políticos e venha a público, sendo certo que, a partir de tal pressuposto, os candidatos se fariam visíveis e passíveis de serem questionados pela Sociedade civil acerca de temas constitucionais complexos e sensíveis. Neste diapasão, seria,

⁵⁶⁶ RÍOS-FIGUEROA, Julio. “Institutions for constitutional justice in latin américa”. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org). *Courts in latin america*. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 37-38.

⁵⁶⁷ MARTINS, Argemiro. *A escolha dos ministros do STF como uma questão pública*. Jota, 6-2-2017. In: JOTA. Disponível em <https://www.jota.info/stf/do-supremo/escolha-dos-ministros-stf-como-uma-questao-publica-06022017>, acesso em 26/08/2020.

portanto, de conhecimento prévio da maioria quais são as visões de mundo e seus pressupostos teóricos e ideológicos do candidato que pretende ocupar cargo de tamanho relevo em nosso sistema democrático-constitucional, agregando ao STF maior governança. Tal sistema funciona atualmente, por exemplo, no âmbito da Argentina, cuja escolha dos componentes da Corte tem ativa participação de diversos polos da Sociedade civil.⁵⁶⁸

Aliás, como bem pondera Tello neste contexto, é preciso garantir diversidade nas Cortes constitucionais para efetivar certos direitos, como por exemplo os direitos que tutelam a saúde física, econômica e emocional da mulher:

“(…) diremos que un tema clave para el avance de los derechos de la mujer en Europa es concentrarse en la composición paritaria o no del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si ya en la fuente jurisprudencial, de los Tribunales de Europa y de EEUU, ambos modelos basados en el activismo y protagonismo judicial de la Corte Suprema es necesario la composición paritaria del mismo. En la actualidad en el Tribunal de la Corte Suprema de Estados Unidos de los nueve miembros que componen el mismo tres son mujeres, a diferencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea solo el 12% de los miembros son mujeres, frente al 88% de hombres. Es necesaria la composición paritaria de los mismos si se quiere avanzar en cuanto a protección de los derechos de la mujer.”⁵⁶⁹

⁵⁶⁸ É o que se depreende da norma 222/2003 (aqui reproduzida em seus principais trechos), com eficácia a partir do Governo Kirchner, cuja lógica pressupõe propiciar escolha mais plural e participativa da Sociedade para a composição da Corte Constitucional: “Decreto 222/2003. *Procedimiento para el ejercicio de la facultad que el inciso 4 del artículo 99 de la Constitución de la Nación Argentina le confiere al Presidente de la Nación para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Marco normativo para la preselección de candidatos para la cobertura de vacantes. Bs. As., 19/6/2003. (...) Que corresponde también crear los mecanismos que permitan a los ciudadanos, individual o colectivamente, a los colegios y a las asociaciones que agrupan a sectores del ámbito profesional, académico o científico de que se trata, a las organizaciones no gubernamentales con interés y acciones en el tema, hacer conocer en forma oportuna sus razones, puntos de vista y objeciones que pudieran tener respecto del nombramiento a producir. Que resulta conveniente adoptar un procedimiento que ordene y acote en un tiempo prudencial el ejercicio de los derechos de participación de los ciudadanos en el manejo de las cuestiones públicas de interés que esta reglamentación busca instrumentar. (...) Art. 3° — Dispónese que, al momento de la consideración de cada propuesta, se tenga presente, en la medida de lo posible, la composición general de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION para posibilitar que la inclusión de nuevos miembros permita reflejar las diversidades de género, especialidad y procedencia regional en el marco del ideal de representación de un país federal. (...) Art. 6° — Los ciudadanos en general, las organizaciones no gubernamentales, los colegios y asociaciones profesionales, las entidades académicas y de derechos humanos, podrán en el plazo de QUINCE (15) días a contar desde la última publicación en el Boletín Oficial, presentar al MINISTERIO DE JUSTICIA SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS, por escrito y de modo fundado y documentado, las posturas, observaciones y circunstancias que consideren de interés expresar respecto de los incluidos en el proceso de preselección, con declaración jurada respecto de su propia objetividad respecto de los propuestos”. ARGENTINA. Decreto 222/2003. Disponível em: <http://poderciudadano.org/decreto-222-procedimiento-participativo-para-el-nombramiento-de-los-magistrados-de-la-corte-suprema-de-justicia-de-la-nacion/>, acesso em 27/08/2020*

⁵⁶⁹ TELLO, Pilar Jimenez. O Centro de estudos sobre a mulher na Universidade de Salamanca. *Journal Alfabetização Emocional: Convivência e violência também se aprende. I SEMIDI e SEVILES*, 2010. Disponível em <http://www.eventosunisal.com.br/evento2010/anais/palestra.pdf#page=79>

Considerando a experiência espanhola, por exemplo, em que o sistema de escolha atualmente perpassa pelo cumprimento de estritas cotas partidárias que são decididas buscando-se um consenso entre as diversas correntes⁵⁷⁰, nos termos das forças políticas assim distribuídas no Parlamento⁵⁷¹ e que possuem o poder-dever de trabalhar pela nomeação de membro para ocupar a vaga em aberto (visto que, no âmbito espanhol, os ministros da Corte cumprem mandato de 9 anos que são prorrogáveis em caso de não nomeação)⁵⁷², Gisbert propõe interessante mudança em que, além de um concurso público

⁵⁷⁰ A ponderação de Tremps milita neste sentido, pois assevera que a nomeação depende de expressiva maioria qualificada, só sendo possível havendo composição e certo consenso entre as forças políticas: “*Esta forma de designación podría hacer pensar, en una primera lectura del artículo 159 CE, que, en definitiva, la composición del Tribunal Constitucional deriva sólo y exclusivamente de la mayoría parlamentaria existente en cada momento, dado que de ella depende, en cierta medida, y como se ha apuntado en el capítulo anterior, además del nombramiento de los ocho Magistrados designados por las Cortes Generales, la composición del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial, órganos que designan al resto de los Magistrados. No obstante, ello no es así. Por una parte, como el propio artículo 159 CE establece, los ocho Magistrados propuestos por las Cortes Generales han de serlo con una amplia mayoría cualificada: tres quintos de los miembros de la respectiva Cámara.*” TREMPS, Pablo Pérez. *Sistema de justicia constitucional*. Navarra: Ed. Aranzadi, 2016, p. 43.

⁵⁷¹ Eis o modo como a Corte Constitucional em Espanha é atualmente composta: “*El Tribunal Constitucional se compone de doce miembros, con el título de Magistrados del Tribunal Constitucional, nombrados por el Rey. De ellos, cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, por mayoría de tres quintos de sus miembros; dos a propuesta del Gobierno; y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, por mayoría de tres quintos de sus miembros. (...) Ha sido el Título IX de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 el que ha creado un «Tribunal Constitucional», cuya puesta en funcionamiento se hizo por la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, y que funciona como el garante último tanto de los derechos fundamentales y libertades públicas, como de la supremacía de la Constitución.*” ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/en/tribunal/historia/Paginas/default.aspx>, acesso em 26/08/2020

⁵⁷² Com efeito, Tremps – advogando pelo aperfeiçoamento do método espanhol - alerta que tal sistemática de nomeação, vez por outra, acaba por ser travada ou bloqueada politicamente, de modo que há impasse no Parlamento e, por via de consequência, na definição do novo ocupante do assento na Corte: “*Junto a la modificación del sistema de nombramiento (que es donde se encuentra el centro de gravedad de la cuestión), otras reformas podrían contribuir a mejorar la percepción ciudadana de la eficacia del control constitucional de los poderes públicos. Entre ellas destacaríamos dos. Por una parte, sería muy conveniente prohibir expresamente la actuación in prorrogatio de los jueces constitucionales. Efectivamente, la práctica española ha entendido que transcurrido el plazo de nueve años no se produce automáticamente el cese del juez constitucional. Tal cese solo se produce cuando se ha designado al sucesor por el órgano constitucionalmente encargado de ello. De este modo se han producido notables bloqueos en la renovación del Tribunal Constitucional cuando uno de los dos partidos necesarios para obtener la mayoría de tres quintos en las cámaras estaba políticamente interesado en no cambiar el reparto de puestos existente. Bloqueos que, en ocasiones, han durado años. La permanencia en el puesto de los magistrados (incluso contra su voluntad, como lo demostró el intento de dimisión de tres magistrados em 2011) asegura que el órgano funcione correctamente pese a que Congreso o Senado incumplan sus deberes constitucionales. Por tanto, el bloqueo*

que teria por objetivo seleccionar os candidatos mais preparados tecnicamente, poderia haver sorteio entre os nomes que comprovassem qualificação no referido certame, com a participação do próprio Parlamento (reduzindo o universo de escolha) e do próprio Tribunal (que organizaria o certame):

“creemos que el sistema que proponíamos debería recoger algunos de los elementos que em otros ámbitos están operando como fórmulas para limitar la arbitrariedad en los nombramientos políticos. Varios son estos criterios, pero los más importantes serían los que se centran en la valoración del mérito y capacidad a través de un sistema de concurso público y la separación entre propuesta y designación. A ello se puede unir una idea procedente de la democracia clásica y recuperada entre nosotros recientemente por Sosa Wagner: el sorteo. Respecto a la primera línea de actuación, recientemente instaurada para la selección de los candidatos españoles a ser jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, parece razonable que la designación de los magistrados sea el resultado de un proceso de selección abierto y público, donde los criterios de mérito y capacidad sean los determinantes de la decisión final. En segundo lugar, la asignación de la propuesta y el nombramiento a órganos diferentes permite dividir la posible influencia de los partidos políticos. Por todo ello, a nuestro juicio, sería muy interesante que la selección previa de candidatos fuera realizada mediante un concurso público abierto entre juristas de reconocida competencia con más de quince años de antigüedad. Si deseamos alejar esta selección de los partidos (para evitar su influencia) podría incluso asignarse esta tarea al propio Tribunal Constitucional que de este modo intervendría en su propia renovación. El Pleno del Tribunal por mayoría cualificada (por ejemplo, dos tercios) podría proponer en la renovación de cada tercio al número de candidatos que se fijara en la ley (por ejemplo, nueve). Entre tales precandidatos, tras una audiencia pública, el órgano designante elegiría a los candidatos de su gusto. Para evitar que los partidos puedan controlar el proceso, el órgano designante solo podría reducir el número de candidatos aceptables (por ejemplo, seis), pero no nombrarlos. A continuación se procedería a un sorteo entre los candidatos finales para designar definitivamente a los cuatro nuevos magistrados.”⁵⁷³

Para além da sistemática envolvendo a nomeação para o Excelso Pretório, outra questão que pensamos preocupante é o tempo em que o escolhido acaba por cumprir seu mister no âmbito da Corte Constitucional⁵⁷⁴. Como estamos diante de órgão fundamental

de la renovación no tiene coste alguno para los partidos políticos que lo provocan. Al cesar obligatoriamente los magistrados con el transcurso de sus nueve años de mandato, el funcionamiento del órgano se verá afectado (aunque no de manera determinante, porque el quorum para la adopción de decisiones es de dos tercios de los miembros) y con ello los partidos que conforman las cámaras designantes deberán asumir los costes políticos de su actitud de bloqueo.” TREMPS, Pablo Pérez. *Sistema de justicia constitucional. Op. Cit.*, pp. 122-123.

⁵⁷³ GISBERT, Rafael Bustos. *Reflexiones constitucionales desde la teoría, la realidad y el deseo*. Madrid: Marcial Pons, 2017, pp. 119-121.

⁵⁷⁴ Palu sustenta interessante receituário, que vale a pena ser reproduzido, acerca de como a Corte poderia ser arejada com métodos de escolha divididos entre diversos personagens e cumprimento de mandatos pelos Ministros: “*Seus membros devem ter mandato fixo. O modo de designação para tal órgão – tendo em vista a*

para a definição dos valores constitucionais e da consecução da Sociedade projetada pelo espírito do legislador constituinte originário, acredito que o arejamento e alternância das ideias e visões de mundo que, na medida das contribuições de cada Ministro, acabam por formar a Corte, é mecânica importante.⁵⁷⁵ Essa é, por exemplo, a posição exposta por Tomelin:

“A produção da jurisprudência vinculante, na condição de atuação legiferante atípica, exige a fixação de mandatos judiciais com maior alternância no exercício deste poder. A vitaliciedade mitigada até a aposentadoria compulsória aumenta a estabilidade dos magistrados para decisões de enfrentamento da realidade política, o que é inegavelmente uma vantagem. Entretanto, no Estado Jurislador tendemos, em termos de normogênese, um tricameralismo; daí a necessidade de um mandato judicial. Se são 4 (quatro) anos para deputados e 8 (oito) para senadores, que sejam no mínimo 10 (dez) ou 12 (doze) anos para ministros-judiciais. A nomeação de magistrados da Corte Suprema poderia ocorrer mediante listas tríplices de composição mista, propostas por várias autoridades públicas. A ideia de um mandato serviria para oxigenar as decisões da Corte, com uma troca mais frequente de Ministros-judiciais. Com magistrados de diferentes origens alarga-se a compreensão decisória em procedimentos de processo constitucional adjetivo. Uma Corte

*legitimidade democrática e a imparcialidade – deve ser: três ministros indicados pelo Presidente da República, que elaborará lista tríplice e a remeterá ao Senado da República, a quem competirá escolher um nome; três escolhidos pela Câmara dos Deputados, que elaborará lista tríplice e a remeterá ao Senado Federal, a quem competirá escolher um nome; os demais cinco serão escolhidos pelo próprio Supremo Tribunal, que elaborará lista tríplice, remetendo-a ao Senado Federal para escolha de um nome, sempre com maioria absoluta, em escolhas alternadas. A cada nova vaga que venha a ocorrer, com as aposentadorias dos atuais Ministros do Supremo Tribunal Federal, serão providas, alternadamente, portanto: - 3 juízes indicados pelo Presidente da República, cada um deles em lista tríplice remetida ao Senado Federal, que escolherá um deles; - 3 juízes indicados pela Câmara dos Deputados, cada um deles indicado em lista tríplice remetida ao Senado Federal, que fará a escolha; - 5 juízes indicados pelo próprio Supremo Tribunal Nacional, cada um deles indicados em lista tríplice remetida ao Senado Federal, que fará a escolha. (...) Como requisitos para a investidura o notável saber jurídico; a previsão de um mandato fixo, sendo um tempo entre 9 e 12 anos, findo os quais o então ex-Ministro não poderá retornar a seu eventual órgão de origem, proibida qualquer recondução. Há que se prever também um prazo de quatro anos anteriores à indicação no qual o indicado não poderá ter integrado qualquer órgão parlamentar ou ocupado qualquer cargo de provimento em comissão na Administração Pública, bem assim 2 anos após o término do mandato, no qual o ex-Ministro não poderá atuar como advogado em face da Administração Pública. Nos debates no Senado Federal, quando da votação de cada uma das listas referidas, para a escolha do nome, deverá o Regimento Interno do Senado prever a possibilidade da participação nos debates (sem voto) dos setores da Sociedade civil que manifestarem interesse em influenciar a escolha, como associações civis, OAB etc. (...) Tal órgão será o fiel da balança entre os poderes, sendo que há uma clara indicação de estar havendo o trânsito do Rechtsstaat para o Verfassungsstaat, com o Tribunal Constitucional assumindo sua natureza política.” PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 358.*

⁵⁷⁵ Atualmente, após sua nomeação, os Ministros da Corte podem cumprir seu múnus até o limite de 75 anos de idade, ocasião em que serão aposentados compulsoriamente, nos termos do comando havido no art. 40, parágrafo 1º, inciso II da Constituição Federal.

Constitucional alargada no seu modo de recrutamento aumenta as chances de realização concreta do pluralismo de ideias e instituições.⁵⁷⁶

É de se ponderar que a vitaliciedade é garantia importante para que a atividade judicante seja desempenhada com altivez. Trata-se, portanto, de lógica essencial que confere lastro ao Estado Democrático Constitucional e que é caução inegociável. No entanto, dadas as características peculiares da Suprema Corte brasileira e especialmente o grande poder estratégico individual disponível no ferramental dos Ministros, acreditamos que a fixação de mandatos com lapso temporal seria de bom tom. Neste sentido, temos no âmbito das Casas Congressuais pátrias uma série de propostas legiferantes tendentes a gerar um incremento de governança no bojo do Excelso Pretório, dentro do espírito da temática que estou aqui a tratar.

De se mencionar a proposta de emenda constitucional da Senadora Senhora Vanessa Grazziotin, de número 3/2014⁵⁷⁷, que visa ampliar a possibilidade de indicação de Ministros do STF não apenas pela Presidência da República - que teria a possibilidade de indicar nomes para três assentos - mas também através de listas tríplexes (enviadas ao Presidente e aprovadas pelo Senado) elaboradas pelo Superior Tribunal de Justiça; pelos Tribunais Regionais Federais e pelo Superior Tribunal do Trabalho (na razão de duas vagas em regime de alternância para cada um dos órgãos supramencionados); além de indicações destinadas a preencher uma vaga para cada órgão também em lógica revezada - oriundas dos Tribunais de Justiça dos Estados e Distrito Federal; dos Ministérios Públicos Estaduais e Federais; da Ordem dos Advogados do Brasil e Congresso Nacional. O mérito da proposta é conferir participação mais ampla no processo de escolha por parte de outros polos decisórios da Sociedade, além de dar maior permeabilidade para que membros de distintas carreiras jurídicas integrem o Excelso Pretório.

Na mesma lógica, há a proposta de emenda constitucional de autoria do Deputado Federal Rubens Bueno, de número 17/2011⁵⁷⁸, garantindo a prerrogativa de livre escolha dos componentes da Suprema Corte de apenas duas cadeiras pela Presidência da República. As outras vagas restantes seriam indicadas pelo STJ (três assentos, dentre os integrantes da própria Corte), três assentos cuja indicação ficaria a cargo da Ordem dos Advogados do

⁵⁷⁶ TOMELIN, Georghio. *O Estado jurislador*. BeloHorizonte: Fórum, 2018, p. 258.

⁵⁷⁷ Íntegra do projeto em SENADO. PEC 3/2014. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/116422>, acesso em 10/12/2020

⁵⁷⁸ Íntegra do projeto em CÂMARA. PEC 17/2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=499894>, acesso em 10/12/2020

Brasil (preenchidos os requisitos de notório saber jurídico e 10 anos de atividade profissional); dois assentos destinados pela Procuradoria Geral da República (escolhidos dentre os integrantes da carreira do Ministério Público, vedada a autoindicação ou de quem tenha ocupado a função no âmbito da Procurador Geral no triênio anterior à abertura da vaga); um assento cuja indicação seria oriunda da Câmara dos Deputados e um assento, por fim, preenchido por indicação do Senado Federal. Em todas as nomeações remanesce a necessidade de aprovação por maioria absoluta do Senado Federal após sabatina.

Por fim, é preciso ressaltar a importante contribuição elaborada pela ‘Comissão Temporária para Estudos da Proposta da PEC, para Alteração dos Critérios da Indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal’, constituída na oportunidade pela Presidência da Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, formada por diversos juristas⁵⁷⁹.

Após analisarem e estudarem a pertinência de diversas propostas, a referida Comissão apresentou relatório final em que propôs que: (a) as indicações sejam pluralizadas, abarcando a vontade direta de outros atores da Sociedade; sendo 2 membros indicados pelo Presidente da Câmara dos Deputados; 2 membros indicados pelo Presidente do Senado; 2 membros indicados pelo Conselho Nacional de Justiça-CNJ; 2 indicados membros pelo Conselho Federal da OAB; 1 membro indicado pelo Conselho Nacional do Ministério Público e 2 indicados pela Presidência da República. Com efeito, observar-se-ia critério de indicação de uma vaga por oportunidade de escolha. Completo o ciclo, haveria a indicação por origem da nomeação. (b) Haveria, outrossim, mandato com prazo de 12 anos, sem direito a recondução. O candidato necessitaria comprovar período mínimo de experiência profissional de um decênio, além dos requisitos já existentes de notável saber jurídico e reputação ilibada. (c) O quórum para de aprovação pela Casa Alta, cuja prerrogativa ainda seria sua, passa a ser de 3/5, não bastando a maioria absoluta prevista na atual metodologia. (d) Finalmente, haveria fixação de prazos para a sobredita indicação – 10 dias para a realização da indicação; 20 dias para apreciação pelo Senado Federal e 5 dias para nomeação do membro indicado.

⁵⁷⁹ Ata da reunião de deliberação em OAB. Comissão Temporária Temporária para Estudos da Proposta da PEC, para Alteração dos Critérios da Indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <file:///C:/Users/fcapa/Downloads/ata%20da%20proposta%20da%20pec.pdf>, acesso em 08/12/2020. Como Presidente da referida comissão estava o Doutor Dircêo Torrecillas Ramos. Como relatora a Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. Como secretária a Dra. Esther Bueno Soares. Como membros: Dr. André Ramos Tavares, Dr. Carlos Gonçalves Junior, Dr. Cel. Fernando Pereira, Dr. Elival da Silva Ramos, Dr. Francisco Pedro Jucá, Dr. Ilton Garcia, Dr. Ives Gandra da Silva Martins, Dr. Joel Alves de Souza Júnior, Dr. Marcelo Figueiredo, Dra. Maria Garcia, Dra. Monica Herman Salem Caggiano, Dr. Paulo Adib Casseb e Dr. Ronaldo João Roth.

Em artigo de lavra do autor deste trabalho em parceria com Glauco Costa Leite, reproduzimos uma série de experiências em direito comparado que, segundo pensamos, poderiam servir de paradigma para que possamos aperfeiçoar o modo de formatação da Corte Suprema, considerados, sublinha-se, nosso contexto e experiência histórica próprias:

“Na legislação alienígena destacamos sete tipos de sistemas relacionados à forma de ingresso às Cortes Superiores, a saber: (i) indicação realizada exclusivamente pelo Presidente da República; (ii) indicação realizada pelo Presidente da República, mas a partir de listas que são apresentadas por outros órgãos; (iii) nomeação realizada pelo Senado a partir de listas apresentadas por outros órgãos; (iv) nomeação exclusiva de magistrados indicados por órgãos da própria carreira; (v) integrantes diretamente eleitos pela população; (vi) parte dos integrantes escolhida pelo Senado e parte pela Câmara de Deputados; (vii) ingresso por meio de concurso público. Acerca do período de exercício do mandato existem sistemas em que o cargo é vitalício e sistemas em que há prazo fixo de exercício, com ou sem possibilidade de recondução. Nos sistemas que adotam a vitaliciedade pode ou não haver idade limite impondo a aposentadoria compulsória. No que toca à reserva de cadeiras, vale dizer, de cargos cujo provimento é privativo de membros de determinadas carreiras, há sistemas em que a escolha é absolutamente livre, mas há também aqueles em que parte das cadeiras é reservada a magistrados de carreira, advogados, etc. Em alguns sistemas há também reserva de cadeiras para membros de uma determinada região, visando fortalecer o pacto federativo. Na América do Sul e América do Norte alguns países adotam sistema semelhante ao brasileiro, com indicação e posterior nomeação dos ministros pelo Presidente da República, após sabatina por órgão do Poder Legislativo. É o caso de Estados Unidos e Argentina. Na Bolívia os Ministros da Corte Suprema são diretamente eleitos pela população, para exercício de mandato de 6 anos. Tratando-se de cargo de natureza eminentemente técnica e não política, a despeito da legitimidade da escolha por escrutínio popular, questiona-se a eficácia do sistema, especialmente porque o principal papel de integrante da Corte Suprema é tutelar a constituição vigente. Na Colômbia existe cisão entre a *Corte Constitucional* e a *Corte Suprema de Justicia*. Na primeira os magistrados são nomeados pelo Senado, para mandato de 8 anos, a partir de listas apresentadas pelo Presidente da República, pela Corte Suprema de Justiça e pelo Conselho de Estado, vedada a recondução. Na Corte Suprema de Justiça os integrantes são nomeados exclusivamente pela respectiva carreira, conforme lista enviada pelo Conselho Superior da Judicatura, pelo mesmo período e também sem possibilidade de recondução. As limitações observadas no sistema colombiano, como a restrição do período de mandato e pluralidade de órgãos responsáveis pela indicação de membros à Corte Constitucional, representam medidas interessantes que promovem o regime democrático, privilegiando a alternância e uma maior eficácia no sistema de freios e contrapesos. Na *Corte Suprema de Justicia* ingressam apenas magistrados de carreira, ao passo que na *Corte Constitucional* o Senado aprecia, além da indicação do Presidente da República, listas de nomes remetidas pela Corte Suprema de Justiça e pelo Conselho de Estado. No Chile parte das vagas dos Ministros da Corte Suprema é reservada a juízes de carreira (dezesseis) e parte das vagas a advogados (cinco). A escolha das vagas também é concentrada na figura do Presidente da República, porém, cabe ao Chefe do Poder Executivo apreciar os nomes dos candidatos em lista quántupla apresentada pela própria Corte. Ao Senado Federal também compete a confirmação do nome, sendo que em caso de rejeição a Corte Suprema deve indicar novo nome para recompor a lista quántupla. Na América do Sul o sistema mais peculiar é o do Equador em que o ingresso na Corte

Constitucional e na Corte Nacional de Justiça demanda aprovação em concurso público presidido pelo Conselho da Magistratura. Para a Corte Constitucional o concurso é promovido por comissão integrada por pessoas que cumpram as funções *Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Controle Social*. O magistrado permanece no cargo pelo prazo de 9 anos, vedada sua submissão a novo certame para exercício no mandato seguinte. No Canadá os membros da Corte Suprema são indicados pelo Primeiro Ministro, sem participação do Parlamento, e nomeados pelo *Governor General of Canada*. Há uma peculiaridade interessante no sistema canadense que decorre do fato de o país convier com duas línguas oficiais. Assim, com o escopo de preservar as raízes culturais, dos nove integrantes da Corte, um certo número de vagas é preestabelecida para as províncias de Quebec, Ontario, Western Canada e Atlantic Canada. A presidência da Corte segue a alternância entre membros de língua inglesa e de língua francesa. Na Europa chama à atenção o sistema alemão, em que a Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) é formada por juízes federais e outros membros que podem ou não ser integrantes do poder público. Metade dos membros da corte é escolhida pelo Senado (*Bundesrat*) e a outra metade é indicada pela Câmara dos Deputados (*Bundestag*). O Ministro da Justiça elabora duas listas de candidatos elegíveis, uma com juízes das altas cortes federais e outra com indicados, juízes ou não, sugeridos pelos partidos integrantes do Parlamento ou governadores. A recondução também é vedada e os juízes indicados cumprem mandato fixo de 12 anos. No Reino Unido, quando aberta uma vaga forma-se uma comissão para analisar os nomes e submetê-los ao *Lord Chancellor*, que pode aprová-lo, reprová-lo ou pedir nova indicação. Na Itália, a *Corte Costituzionale* é composta por quinze membros, sendo que 1/3 dos membros é nomeado pelo Presidente da República e a mesma proporção pelo Parlamento e pelos tribunais superiores ordinários e administrativos. O mandato tem prazo fixo de 9 anos, vedada a recondução. O *Conseil Constitutionnel* francês é composto por 9 membros, para mandato não renovável de 9 anos. A indicação dos membros é realizada proporcionalmente, sendo 1/3 das cadeiras pela Presidência da República, bem como o mesmo número pelo Presidente do Senado e o Presidente da Assembléia Nacional. O sistema holandês também ostenta peculiaridade porquanto utiliza como critério de escolha dos membros do Poder Judiciário o mérito/diversidade. Isso quer dizer que se prestigia o mérito individual do candidato, mas também se observa a diversidade, uma vez que Poder Judiciário deve comportar as mesmas diferenças encontradas no corpo social. Os cargos são preenchidos da seguinte forma: (1) a Casa Baixa do Parlamento prepara lista com três nomes a serem indicados e os encaminha à Coroa; (2) por meio de Decreto Real, a Coroa nomeará um dos integrantes da lista para exercício vitalício do cargo. A Constituição Holandesa de 1814 determinava que as nomeações contemplassem todas as províncias existentes. Além disso, até 1968, de modo informal a Corte observa a existência de “vagas católicas” que eram preenchidas por juízes católicos, de modo a respeitar na Corte, tal qual na Sociedade, a diversidade religiosa. A Turquia apresenta complexo sistema de nomeação dos membros da Corte Suprema, que possui dezessete cadeiras. A Assembleia Nacional elege três membros por voto secreto, sendo dois provenientes de uma lista tríplice com membros da Corte de Contas, e um a partir de lista indicada pela associação de classe dos advogados. O Presidente da República realiza as demais quinze indicações da seguinte forma: três membros da Alta Corte de Apelação, dois membros do Conselho de Estado; um membro da Alta Corte Militar de Apelação e um membro da Alta Corte Militar Administrativa (as cortes enviam lista tríplice ao Presidente); três membros, provenientes também de lista tríplice elaborada pelo Alto Conselho de Educação, sendo que um dos membros não necessariamente precisa ser graduado em Direito; quatro membros entre altos executivos, advogados autônomos, juízes de direito e promotores de justiça ou relatores do Tribunal Constitucional. Por fim, no Japão, a nomeação do Presidente da Corte Suprema constitui atribuição do imperador, ao passo que a nomeação dos demais membros da Corte cabe ao Gabinete. O mandato é

exercido por 10 anos, com possibilidade de recondução. Entretanto, há uma peculiaridade política que permite que a nomeação seja revista na primeira eleição geral dos membros da Câmara dos Deputados após a nomeação do integrante da Corte Suprema.”⁵⁸⁰

Como sobredito, tais mudanças aqui expostas e sugeridas acerca da forma de composição da Corte, quer seja na escolha dos seus membros, quer seja na limitação temporal do período em que o Ministro permanece como juiz constitucional, embora entenda necessárias, devem ser objeto de detida análise e maturação, dada a extrema relevância sistêmica que a Suprema Corte assumiu entre nós, conforme já expusemos neste trabalho.⁵⁸¹

⁵⁸⁰ CAPANO, Fernando Fabiani; LEITE, Glauco Costa. “Reflexões sobre o sistema brasileiro de composição das Cortes Superiores”. In: CAGGIANO, Monica Herman S. (org.); LEMBO, Claudio (coord.). *Reforma política: um mito inacabado*. Barueri: Manole, 2017, pp. 169-174.

⁵⁸¹ Ainda que mudanças sejam necessárias, a cautela, neste contexto, também é sugerida por Casseb: “Atualmente, com a intensificação das audiências públicas no STF e a participação cada vez maior da figura do *amicus curiae* em ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental e prevista até no procedimento de criação, revisão e cancelamento de súmulas vinculantes, infere-se, claramente, que o processo constitucional conta com a participação ativa da Sociedade. Percebe-se vida social e política pulsando no seio do processo constitucional e, como enfatiza Peter Häberle, ao comentar os instrumentos de informação dos juízes constitucionais, “o direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática”. Diante desse panorama, nada mais razoável do que a concessão da prerrogativa de nomeação dos membros da Suprema Corte a autoridades políticas, fixando-se, como no modelo vigente, requisitos que imponham conhecimento jurídico. Nada impede que se cogite de pequenos ajustes, como a limitação da quantidade de Ministros a serem designados por um mesmo Presidente. Essa restrição poderá viabilizar-se mediante previsão constitucional de adiamento da aposentadoria compulsória, a fim de que o Chefe do Executivo não exceda o número autorizado de nomeações. Advirta-se que não se deve sujeitar a Corte Suprema ao apetite voraz do corporativismo. Frisando a importância de um Supremo Tribunal para a ordem civil e judiciária, Pimenta Bueno afirmou que “a justiça é uma religião social, e o supremo tribunal é o grande sacerdote dela, é o guarda de sua pureza, de sua igualdade protetora”, ele é o espírito que conserva seus postulados, fixando “os verdadeiros princípios dessa religião civil”. Daí a cautela necessária no exame das propostas de reformulação dos critérios de designação dos integrantes do STF o qual, inegavelmente, tem cumprido sua missão constitucional.” CASSEB, Paulo Adib. “Fundamentos da forma de designação dos ministros do Supremo Tribunal Federal”. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (et. al.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: homenagem ao Prof. Manuel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2011, p. 587.

SÍNTESE CONCLUSIVA

“(…) tanto o medo como a confiança, o apetite, a ira, a compaixão, e em geral o prazer e a dor, podem ser sentidos em excesso ou em grau insuficiente; e, num caso como no outro, isso é um mal. Mas senti-los na ocasião apropriada, com referência aos objetos apropriados, para com as pessoas apropriadas, pelo motivo e da maneira conveniente, nisso consistem o meio-termo e a excelência característicos da virtude. Analogamente, no que tange às ações também existe excesso, carência e um meio-termo. Ora, a virtude diz respeito às paixões e ações em que o excesso é uma forma de erro, assim como a carência, ao passo que o meio-termo é uma forma de acerto digna de louvor; e acertar e ser louvada são características da virtude. Em conclusão, a virtude é uma espécie de mediania, já que, como vimos, ela põe a sua mira no meio-termo”
ARISTÓTELES ⁵⁸²

Após percorrermos o itinerário previsto no bojo deste trabalho, acreditamos que, na lógica do equilíbrio aristotélico que abre este capítulo conclusivo, é possível concluir, cortejando a virtude mediana (e, portanto, sem pretender apresentar visão revolucionária que mude sobremaneira o modo como as prestações jurisdicionais devem ocorrer no bojo do Excelso Pretório) que a Justiça Constitucional está a adquirir neste início de século tamanho institucional bastante expressivo no cenário da conformação do poder em solo pátrio. Aliás, segundo pudemos demonstrar, a expansão do poder judicial, capitaneado pelas Cortes Constitucionais (dada a centralidade que as normas fundamentais das Nações adquiriram na contemporaneidade) é fenômeno global.

Com efeito, segundo asseveramos no início deste arrazoado, com base inclusive em experiências tiradas da observação de nossa realidade político-social, é de se perceber que os integrantes do Poder Judicial, cujo ápice está centrado nos componentes do STF, ocupam locus importante no exercício do poder no contexto brasileiro.

A partir das premissas normativas do Pacto Social que nos foi oferecido em 1988, e em um crescendo a partir daí, é bastante perceptível que as grandes questões sociais, senão todas, recebem crivo (final, na maioria das oportunidades) do Supremo Tribunal Federal. Destarte, o modelo de funcionamento da nossa Corte Constitucional e, por via de consequência, a análise de suas disfuncionalidades intrínsecas e extrínsecas devem, segundo acreditamos, ser objeto de constante preocupação dos analistas do Direito do Estado e da Ciência Política, visto que, como sobredito, o órgão jurisdicional máximo brasileiro desempenha papel cada vez mais relevante em nosso ambiente democrático.

⁵⁸² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 36.

Assim é que, nesse contexto, constatamos, por exemplo, que os Ministros do Excelso Pretório acabam, na atual sistemática normativa constitucional, por reter grande poder individual sistêmico, em um ponto de tamanha grandeza que tais balizas estão, de maneira cada vez mais frequente, a gerar constantes atritos entre os polos decisoriais e também no âmbito social, a ponto de elevar a tensão (que é normal em um sistema democrático operativo) a um nível preocupante.

A partir desta premissa, sustentamos que uma melhor conformação institucional da Corte Suprema Brasileira, versando especialmente acerca dos aspectos de seu modelo decisório (cujo pressuposto é trabalhar pelo reforço na colegialidade da Corte), além de sugestões concernentes a composição e distribuição de competências do que o STF deve apreciar diretamente, terá o condão de robustecer sua legitimidade no âmbito de nossa Sociedade, acarretando com isto o equilíbrio ótimo de forças políticas no cenário constitucional brasileiro.

De se ressaltar, visando reforçar o aspecto essencialmente pessoal de algumas das nossas assertivas neste trabalho, que há pesquisa estatística de natureza qualitativa conduzida pela Fundação Getúlio Vargas - FGV, intitulada ICJ Brasil – índice de confiança na Justiça Brasileira, dando conta que, já no ano de 2017, menos de um quarto da população brasileira dizia confiar no STF. Não nos parece que o índice aqui mencionado tenha crescido nos últimos tempos.

Desde a inauguração de nosso regime constitucional, os foros de poder consubstanciados pelos poderes Legislativo e Executivo estão a sofrer constante desgaste reputacional. Assim é que, centrando-nos na última década em especial, nos parece que uma série de expectativas sociais lúdicas não realizadas nas instâncias acima citadas foram depositadas na esfera judicial, cujo cume - o STF – acabou por zelar pela concretude do projeto constitucional idealizado em 88. No entanto, como é cristalino, o Supremo sofre de uma série de limitações organizacionais e institucionais (comportando-se, por vezes, como árbitro último da Constituição, cujos componentes, como sobredito, são extremamente poderosos), sendo certo que os *outputs* oriundos do Excelso Pretório, a semelhança do que ocorre com os demais atores sistêmicos do poder, estão longe de ser suficientes para, *per se*, viabilizar a Sociedade justa e equânime que desejamos.

Deste modo, defendemos neste trabalho que apenas através da perseguição cotidiana do equilíbrio ótimo na prática do poder entre as forças políticas da República, não se podendo aceitar hipertrofia conjuntural de nenhum ator. Assim, acreditamos que paulatinamente

poderemos ter um retorno de capital reputacional mais substancial da Suprema Corte pátria no bojo da Sociedade, podendo esta perfazer, da melhor maneira possível, seu fundamental múnus que lhe foi atribuído pelo legislador originário.

Daí porquanto o ativismo (que tenciona, por exemplo, ocupar esfera de atuação típica ou melhor desempenhada por outro Poder) revelado através da imposição, no cenário político-constitucional pátrio, da supremacia judicial, é contexto temerário para o ambiente democrático do País.

Destarte, pretendemos demonstrar neste trabalho que, até para preservar a dignidade da função judicial, sua legitimidade no seio social e sua moldura constitucional, devemos investir nossa energia na (re)construção da percepção pública que nos indica que o Legislativo e o Executivo podem também desempenhar suas funções macro com eficácia, acopladas minimamente nas expectativas sociais. Destarte, para além do resgate dos tradicionais foros de discussão, é tempo de criar novos meios de concretizar os valores constitucionais, adaptados aos tempos modernos de comunicação massiva e em escala mundial.

É preciso ressaltar outrossim, conforme abordamos neste trabalho, que algumas críticas direcionadas ao Poder Legislativo visando justificar, em certa medida, seu afastamento dos anseios sociais e sua conseqüente crise de representatividade, estão lastreadas em suas deficiências deliberativas, sendo certo que, como suas decisões acabam por ser norteadas pela formação de maiorias, haveria possível achatamento das minorias políticas e menos representadas nos Parlamentos. Ora, se este é argumento é plausível, nos parece que ele deve também ser aplicável nas instâncias colegiadas do Poder Judiciário, especialmente naquelas que decidem baseadas em método agregativo, cujo resultado vencedor se dá pela contagem da maioria dos votos em uma mesma direção.

No entanto, ainda que possamos asseverar que há viés negativo em tais sistemas decisórios em ambos os órgãos de poder, é também necessário ponderar que no âmbito do Poder Legislativo nos é também franqueado o juízo de valor eleitoral com frequência definida, ocasião em que somos democraticamente convocados para anuir ou não com a plataforma que está sendo implementada. No âmbito judicial, como sabemos, tais escolhas não são possíveis e, embora tal característica seja positiva, visto que garante o exercício independente e pleno da atividade judicante, penso que nossa preocupação com o aperfeiçoamento do modelo decisional na esfera judiciária – cujo centro é a Suprema Corte – deve ser, neste aspecto, maior e mais aguda do que com o Poder Legislativo.

O Poder Judiciário, neste contexto, através de sua Corte Constitucional, não pode funcionar na lógica de terceira e superposta Câmara, especialmente quando construída por mecanismos que propiciam elevado poder sistêmico de veto individual por parte de seus membros. Com efeito, apontamos, por exemplo, que a cláusula de reserva de plenário havida no artigo 97 de nosso Pacto Social deve ser conjugada em sua máxima extensão e efetividade. Não é possível admitir-se, como vem ocorrendo, exercício individual de *judicial review*.⁵⁸³

É certo que se deve conferir poder cautelar no exercício da atividade judicante, visto que, inclusive, estamos a tratar de instituto processual próprio da prestação jurisdicional, que foi pensado como freio para engradar o poder. No entanto, a mesma lógica de moderação vale para o uso deste mecanismo na órbita individual, sendo certo que, dada a natureza especialíssima do STF, esse aparato deve ser repensado, equalizando-o com outras lógicas valorativas que, como defendemos, são também importantes. Com efeito, sustentamos que o espaço de atuação individual jurisdicional dos Ministros da Corte Suprema deve ser, na medida do possível, mitigado em prol de manifestações plurais da Justiça Constitucional.

Mergulhados nesta problemática do imenso poder cautelar individual detido pelos componentes da Corte, guardadas por óbvio as devidas proporções, cremos que por primeiro devemos desenhar um paralelo do que está a ocorrer agora no Supremo com o que aconteceu no final da década 90. Naquela oportunidade, os atores de poder acabaram por perceber que a Presidência da República tinha, através da vulgarização do uso do expediente das medidas provisórias, imensa capacidade de legislar de maneira direita, implementando por via de consequência sua agenda e visão de mundo de modo unilateral. Sobreveio emenda constitucional que elaborou inteligente engrenagem legislativa que, trancando a pauta do Congresso, acabou por reequilibrar o cenário político brasileiro.

⁵⁸³ Em obra recém saída do prelo intitulada “A Ressureição da Democracia”, Manoel Gonçalves Ferreira Filho é peremptório neste sentido: “É certo que, em casos de manifesta ou demonstrada urgência, a suspensão da execução do ato inquinado de inconstitucionalidade pode ser determinada cautelarmente pela Corte. (...) Tal suspensão pode ser, hoje, liminarmente concedida pelo Ministro Relator. Tal suspensão monocrática é admissível em face de eventuais consequências iminentes e graves – sublinhem-se os dois qualificativos – que acarreta o ato em discussão. Entretanto, não é admissível que a decisão monocrática não seja o mais cedo possível submetida à deliberação do Plenário. Ela equivale a uma declaração provisória de inconstitucionalidade e assim a ela se aplica, segundo o espírito, o art. 97. Isso, porém, não tem ocorrido. São numerosos os casos em que a suspensão a execução de lei suspeita de inconstitucionalidade por despacho monocrático, este não seja levado ao Plenário senão muito tempo depois, e mesmo nunca venha a ser. Nesta situação, o juízo individual de um Ministro, por sábio e prudente que seja, prevalece sobre ato estabelecido com a colaboração de Poderes. Tem este Ministro mais Poder que o Congresso Nacional, mais o chefe de Estado associados.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A ressurreição da democracia*. Santo André: Dia a Dia Forense, 2020, pp. 173-174.

Pensamos ser ocasião de elaborar, através de reforma constitucional derivada, regramento que trouxesse para o supramencionado artigo 97 do Pacto Social um reforço para a cláusula de reserva de plenário, prevendo que eventuais cautelares concedidas acabam por travar a pauta do STF, perdendo seu efeito se não apreciada no período previsto no comando constitucional que deve ser emendado. Voltaremos a este assunto ainda neste tópico conclusivo.

É de se sublinhar que a experiência de outros países tem também refletido crescimento exponencial das Justiças Constitucionais posteriormente ao período pós-guerras no século XX. Com efeito, o deslocamento de poder das esferas legislativas próprias rumo ao poder judicial é tendência que carrega consigo importantes desafios para todos os personagens políticos-institucionais. Desta forma, é um problema clássico da doutrina constitucional perquirir-se se não haveria certo problema de legitimidade no expediente da revisão judicial das leis, já que esta técnica tensionaria reverter decisões tomadas por agentes que, a rigor, poderiam representar com mais vigor os anseios do povo, já que escolhidos através de sufrágio eleitoral para implementar uma agenda escolhida pela maioria. Em teoria, haveria risco de enfraquecimento do regime democrático.

No entanto, em primeiro lugar, no ambiente do dever ser, devemos considerar que o papel contramajoritário desempenhado pelas Cortes Constitucionais deve funcionar como anteparo das cláusulas constitucionais, especialmente daquelas cujo destinatário é o cidadão em face do poder, máxime quando exercido por tirânica maioria em detrimento das minorias. Ao mesmo tempo, em segundo lugar, conforme também demonstramos neste trabalho, geralmente as Cortes Supremas reverberam os anseios e desejos das coalizões políticas – amplamente consideradas – que estão governando, acompanhando a lógica de suas escolhas políticas em determinado momento.

A questão acaba por sair do prumo, segundo pensamos, quando, para além do desempenho do apenas aparente aspecto antidemocrático do *judicial review*, os integrantes do poder judicial começam a violar os próprios limites previstos na moldura constitucional a que eles devem estar vinculados, fazendo prevalecer em alguma medida, através de suas decisões, sua vontade e visão de mundo em detrimento de todas as demais, desacoplando-se por tempo demasiadamente longo do esperado e desejado pela opinião pública. É bem verdade que a justiça constitucional não deve estar pautada pelo que vai no arbítrio popular. No entanto deve, como sugerimos neste trabalho, evitar atrito contumaz com espectros amplos da Sociedade, especialmente se, como sobredito, pretenda fazê-lo para valer sua

visão conjuntural e de valores acerca do que vai no mundo, em detrimento das demais.

Não estamos convencidos, portanto, do acerto do dito papel iluminista que a Suprema Corte poderia desempenhar no sistema democrático-constitucional. Ainda que lastreadas com boas intenções, representando não apenas acerto técnico e de justiça (amparando – ao menos em teoria – estratos sociais marginalizados), decisões que pretendem servir como paradigma para a Sociedade, se ainda controversas em grande medida no seio da opinião pública, tendem a não ser respeitadas e, em alguns casos, sequer devidamente implementadas, podendo portanto potencializar ainda mais o desgaste reputacional da Justiça Constitucional. Não é guiada apenas por este lócus que a Sociedade irá, com substância, avançar e conquistar marcos civilizatórios.

Deste modo, ao meditarmos acerca do que está a ocorrer em nossa Corte Constitucional, não se trata, segundo acredito, de avaliar o critério quantitativo de suas decisões. Trata-se, em verdade, de avaliar o aspecto qualitativo de algumas das suas prestações jurisdicionais, visto que, do modo como nosso sistema está arquitetado, dele estão a defluir decisões substantivas – individuais inclusive – que acabam por fazer prevalecer determinada lógica em detrimento dos rumos escolhidos por outros personagens do poder que, a rigor, deveriam naturalmente desempenhar tal função, posto que desenhados para tanto.

Aliás, sublinhamos, antes de mais nada, que não se pode pretender reforma (elástica ou pontual) do Supremo sem que, da mesma forma, não se delibere também o aperfeiçoamento conjuntural de nossas instâncias legiferantes e executivas. Se houver, em um cenário de longo prazo, percepção de que estamos inseridos em um ambiente institucional em que a deliberação parlamentar está a ocorrer com qualidade e eficácia, gerando reverberação positiva no âmbito do seio social, haverá cada vez menos razões para que o Excelso Pretório funcione como caixa de ressonância última dos anseios da Sociedade. Com efeito, desta forma, poderá o Supremo voltar a centrar seu foco no aspecto procedimental do direito constitucional, garantindo o regular funcionamento dos mecanismos adjetivos que dão ensejo ao sistema democrático pátrio.

Continuando, é possível asseverar que a captura política das Cortes é temática preocupante, especialmente quando a independência plena do Poder Judiciário ainda pode ser fator em jogo. A partir desta premissa, o aspecto da judicialização da política pode facilmente transformar-se em politização da justiça. Assim é que tal fenômeno acabou por contribuir com uma dinâmica nova nas disputas havidas no campo da política brasileira.

Deste modo, como constatamos neste trabalho, especialmente as ações concentradas que tramitam no Excelso Pretório podem funcionar, na atualidade, como ponto de veto substancial no jogo do poder, sendo utilizadas por diversos personagens que tencionam derrubar vitórias parlamentares ou ainda pretendem ocupar espaço maior do que possuem (considerada a força política que representam) no processo deliberativo social.

Com efeito, o ativismo judicial decorrente deste cenário pode se cristalizar através de diferentes roupagens e possibilidades, ocorrendo: a) quando se considera o número de vezes e o grau com que a Corte Constitucional anula e invalida decisões oriundas do processo democrático; b) pela utilização (mais ou menos frequente) de métodos hermenêuticos questionáveis e não racionais e c) através do possível manejo por parte da Justiça Constitucional de ferramental decisório que vise substituir, segundo sua vontade e visão próprias, as escolhas feitas por outros Poderes.

Vale mencionar que a possível apropriação populista da Constituição, quer seja através de um indivíduo, quer seja por parte de grupos e estratos sociais que litigam com amplitude no âmbito da Justiça Constitucional (até mesmo porquanto, por vezes, é estrategicamente vantajoso transferir o ônus político de certas decisões para a Suprema Corte) visando viabilizar resultados previamente concebidos ou desejados, é maquinaria que pode gerar perigosa insegurança sistêmica, tensionando o ambiente democrático de forma temerária.

O ferramental utilizado para viabilizar essa tentativa de sequestro do Pacto Social invariavelmente acaba por envolver a distorção clara do texto legal, o desrespeito à corrente jurisprudencial assentada em bases sólidas e a subversão da doutrina (todas fontes primárias do Direito). Deste modo, é preciso ter cuidado para que não haja mudança de alicerce da lógica constitucional sem que exista sequer a participação direta e autorizada do legislador constituinte derivado.

É preciso, portanto, trabalhar-se para obstar, sempre que necessário, o fenômeno do desmembramento constitucional e do constitucionalismo abusivo quando estes estiverem por ocorrer, conforme pudemos mencionar em tópico apropriado neste arrazoado. O STF, aqui considerado de maneira institucional, tem sido bastante eficaz, preciso e adequado ao barrar tais tentativas de uso indevido e irregular do aparato constitucional e tanto mais o será se aperfeiçoar seu mecanismo decisional, conforme defendemos neste trabalho.

A partir das premissas que estamos aqui colacionando, cremos que se faz necessário entender nosso Excelso Pretório como Ente que não deve se portar, especialmente se

considerarmos a Sociedade complexa em que vivemos, como detentor monopolista da última (e por vezes única) palavra acerca do significado, alcance e densidade das normas de conteúdo constitucional. Ao revés, defendemos que o STF, ainda que localizado em topografia institucional privilegiada e sendo (reproduzindo expressão consagrada pelo nosso legislador originário) guardião da Constituição, deve propulsionar, ao lado das demais autoridades instituídas, um extenso e qualificado debate acerca das grandes questões e dos imensos desacordos morais de nosso tempo, incentivando a participação de diversos atores de poder e segmentos sociais neste processo, no desafio de concretizar nosso projeto constitucional.

Considerando o pressuposto que acima colocamos, cuja lógica nos indica que devemos trabalhar para que tenhamos efetivo e qualitativo processo dialógico no âmbito de nosso sistema constitucional-democrático, cremos que, do ponto de vista intrínseco, o método e a cultura decisória do STF devem ser objeto de refinamento. Hoje em nossa Suprema Corte prepondera a combinação radical do método externo (onde os debates são amplamente divulgados) e da instrumentalização decisória agregativa (ocasião em que, a partir do voto condutor proferido pelo Ministro que está na relatoria da demanda, a posição vencedora se cristaliza quando se atinge a maioria da Corte manifestando-se em um direcionamento similar).

Cremos que esse concurso metodológico carrega consigo evidente deficiência deliberativa. Primeiro porquanto não temos a formação de uma efetiva e cristalina opinião da Corte, em prejuízo robusto para a cláusula da colegialidade.

Em segundo lugar porquanto, imersos nesta lógica dual (meios de julgamento externo e agregativo, como mencionei acima) há, outrossim, dificuldade em se criar e respeitar correntes jurisprudenciais que pudessem racionalizar os *outputs* da Corte, dentro de uma lógica que prestigiasse a segurança jurídica.

Em terceiro lugar, tal mecanismo decisório propicia exacerbada personalização (jurisdição opinativa) e individualismo dos Ministros da Corte, transformando o STF em um verdadeiro arquipélago formado por onze ilhas independentes (apropriando-me aqui de metáfora utilizada por alguns autores), com pouquíssima (senão nula) coesão interna.

Em quarto lugar, tal sistemática confere, até mesmo para que se consiga dar conta das milhares de demandas que aportam na Corte Constitucional, peso excessivo ao Ministro-Relator, prejudicando não apenas a qualidade dos debates que deveriam ser pedra da toque de um órgão cujo mister é absolutamente fundamental em nosso sistema político, mas

também criando uma sensação incômoda de loteria, visto que o entendimento de cada Ministro acaba por variar diametralmente em um mesmo assunto.

Pensamos que a colegialidade é lógica principiológica que deve prevalecer na metodologia decisória da Corte. Isto porquanto, neste contexto, o exercício plural da judicatura robustece o trabalho em equipe, sinalizando que não há relação fática engessada e hierarquizada entre os membros da Excelso Pretório. Ademais, considerando-se todos os argumentos com a mesma densidade, haveria a possibilidade de alcance facilitado de consensos, visto que a opinião da Corte precisaria ser formada e alcançada. Destarte, defendamos que o STF deva mudar, quer seja do ponto de vista regimental, quer seja do ponto de vista ritualístico adjetivo, sua cultura decisória de modo a cambiar da lógica agregativa para a deliberativa, especialmente diante das demandas oriundas do controle concentrado de constitucionalidade.

Finalmente, neste aspecto que estamos a tratar, acreditamos que a divulgação ampla dos debates entre os Ministros possui clara característica que está a prestigiar o controle social e o princípio constitucional da publicidade. No entanto, devemos ponderar se a relativização da prática de divulgação externa das deliberações entre os componentes do Excelso Pretório (a semelhança do que fazem uma série de outras Cortes inseridas em maduros regimes democráticos), não teria o condão de viabilizar, de maneira mais oportuna, decisões que traduzam a opinião da Corte. Cremos, na ponderação de valores, que o sacrifício relativo da publicidade dos atos (apenas no pormenor dos debates entre os Ministros), poderá contribuir com o almejado reforço na colegialidade de que necessita atualmente o STF.

Se tais câmbios na ritualística do processo decisório do Supremo não forem possíveis (ao menos no curto prazo), acreditamos que uma simples mudança organizacional poderia também trazer ganhos de produtividade e incentivos à colegialidade no âmbito do Supremo, bastando para tanto que o voto do Ministro-relator circule com antecedência prévia fixada, permitindo deste modo que os demais componentes da Corte estejam melhor preparados para argumentar e deliberar por ocasião da sessão de julgamento. Cremos que tal possibilidade é bastante factível no contexto da atual virtualização da vida em que estamos todos inseridos.

Com efeito, acreditamos, como já sobredito em parágrafo anterior (quando tratei do reforço da cláusula de reserva de plenário), que a margem de atuação monocrática no âmbito da Corte Constitucional deve ser drasticamente reduzida e equacionada. A questão aqui

ventilada é ainda mais preocupante quando percebemos o crescimento robusto de medidas cautelares concedidas, por exemplo, em sede de ações de controle abstrato e direto de constitucionalidade. Tais decisões individuais deveriam ocorrer apenas em cenários excepcionais. No entanto, como demonstramos neste trabalho, estão a acontecer de maneira cada vez mais frequente, correndo-se o risco de vulgarizar este importante instituto. Combinadas com uma agenda definida sem critérios objetivos, os efeitos cautelares concedidos individualmente podem perdurar por longo período. Neste diapasão, atualmente um único componente da Corte Constitucional pode, em determinadas situações, possuir mais poder, por exemplo, do que todos os componentes das Casas Congressuais somados.

Esta é a razão pela qual insistimos na eficácia de ferramental que consistiria no trancamento da pauta do Supremo, em caso de concessão de medida cautelar monocrática por um dos seus membros, prevendo que a decisão tivesse que ser avaliada pelo colegiado pleno (em lapso temporal de até quatro sessões, por exemplo), sob pena dos efeitos do acautelamento concedido perderem seu alcance e eficácia. Há também que se ponderar, neste sentido, a necessidade de regulamentação - para além da normativa constitucional - de câmbio normativo que contemple, *in casu*, também a lei regimental do Tribunal, bem como as leis de operacionalização procedimental das ações em que se discute controle concentrado de constitucionalidade, o Códex adjetivo cível e penal (no que concerne ao trâmite recursal dos feitos que chegam ao Supremo pela via difusa e do instituto da repercussão geral) e também a lei que regula o trâmite das ações mandamentais.

Nesta mesma lógica, no entanto, além da trava na agenda e pauta do STF que acima aventamos, acreditamos que ao Tribunal Supremo deveria oportunizar-se a escolha das matérias que irá julgar, definidas antes do ano judiciário começar, em sessão colegiada apenas com esta ordem do dia. Todos os recursos com temáticas não escolhidas pelo pleno do Excelso Pretório poderiam transitar em julgado de maneira automática.

Dentro deste expediente que estamos a defender, é preciso considerar que o fator tempo é elemento absolutamente escasso e deve ser, deste modo, utilizado com o máximo de eficácia possível. Assim é que, uma vez mais insisto, ultrapassando a necessidade de severas mudanças regimentais e normativas (de natureza constitucional e infraconstitucional), será preciso também evoluir para uma cultura em que o *non liquet*, na órbita da Corte Constitucional (dadas as suas peculiaridades e relevância), passe a ser ferramental aceitável para a comunidade, desde que nos apercebamos que as decisões prolatadas pelo Supremo são fruto de linha jurisprudencial racionalizada, reforçada pelo uso

contumaz e intenso da deliberação qualitativa, no seio da colegialidade.

Deste modo, cremos que até mesmo os mecanismos já existentes (estamos a nos referir aos institutos da repercussão geral - que deveria ser conjugada na modalidade vertical com mais frequência, sobrestando todos os processos com mesma temática no país, ainda que em fase de conhecimento – e as súmulas vinculantes, cuja adoção ínsita por todos os operadores do Direito deveria ser costume enraizado), poderiam funcionar de maneira mais operativa, contribuindo sobremaneira para um cenário mais racionalizado.

Se de tais reformas resultar uma Corte Constitucional com melhor aproveitamento de tempo e com mecanismo decisório mais aprimorado, acreditamos outrossim que poderíamos até mesmo aventar a possibilidade de criar etapa procedimental em que, para a construção da opinião da Corte acerca de questões de grande monta, complexidade e impacto, o mecanismo das audiências públicas e a convocação para participar do processo de ‘amigos da Corte’ fosse institucionalizado. Tais expedientes já estão hoje em uso e representam evidente diferencial do nosso sistema. No entanto, estão a necessitar de maior engajamento por parte dos próprios componentes da Corte e sua institucionalização poderia ocorrer neste arcabouço, propiciando dessa forma maior incentivo para se criar saudável ambiente dialógico com segmentos importantes da Sociedade, resultando, segundo pensamos, no oferecimento das melhores soluções para os intrincados problemas que nos afligem e que são objeto do crivo do STF.

Ainda dentro da lógica que pretende argumentar acerca das disfuncionalidades intrínsecas havidas no âmbito do Supremo, acabamos por tratar de duas temáticas sensíveis: a) a definição da agenda e da pauta do órgão, quer seja pela presidência do Excelso Pretório, quer seja pelos Ministros ao pautar demandas de sua relatoria e; b) a subversão do mecanismo procedimental intitulado ‘pedido de vista’, utilizado hoje como meio para que, individualmente, um componente da Corte controle o tempo de julgamento de determinada questão pelo STF.

É fato que o controle da agenda, segundo pensamos, é prerrogativa fundamental que deve ser garantida para as Cortes Constitucionais que estão operando em ambientes democráticos saudáveis. No Brasil republicano, isto é realidade. Cremos, entretanto, que a reflexão acerca do ‘tempo das decisões’ no âmbito do Supremo deve ser (dentro da lógica de que toda e qualquer atribuição individual precisa sofrer mitigação) atribuição que preponderantemente poderia resultar de construção coletiva, com responsabilidade atribuída a todos os membros da Corte, em trabalho administrativo conjunto. Assim é que a definição

da agenda e pauta da Corte – cuja ferramenta é hoje atribuição preferencial da presidência do Supremo e dos ministros-relatores de cada demanda – não pode (direta ou indiretamente) permanecer centrada nas mãos individuais dos Ministros.

É bem verdade que devemos levar em conta a escassez de tempo e o grande volume de casos que aportam na Corte como elementos marcantes para que a práxis do Tribunal seja de difícil gerenciamento. No entanto, critérios excessivamente discricionários (ou ainda a falta de critérios) estão a propiciar, segundo acreditamos, a construção de uma imagem pública de um STF que tem dificuldade em prestar contas de seus atos para os destinatários de seu mister, especialmente no que diz respeito ao que julga e quando julga.

Insisto, portanto, que a quantidade de casos anualmente apreciados pelo Supremo deve ser objeto de deliberação coletiva, com base em propostas dos Ministros e da Presidência, antes do começo do ano judiciário. Se a agenda e a pauta do órgão jurisdicional forem racionalmente definidas com antecedência, todos os atores sociais poderão contribuir com elas, através de um exercício dialógico representativo. Isto não é possível na atual lógica que está em vigor.

Não estamos aqui a defender o engessamento do calendário do Tribunal. Assuntos urgentes devem, por óbvio, ter espaço na agenda da Corte. Para tanto, acreditamos que sessões extraordinárias (até mesmo porquanto nos dias atuais não se faz necessário comparecer fisicamente ao prédio do Tribunal) podem ser designadas mediante decisão administrativa colegiada, mantendo o calendário com um mínimo de previsibilidade.

Ainda no que diz respeito ao que podemos chamar de comportamento estratégico no âmbito da Corte, visando controlar individualmente o que delibera o Supremo, em evidente prejuízo da colegialidade, defendamos ser de rigor que exista uma regulamentação mais incisiva da ritualística que envolve o mecanismo do pedido de vista processual.

Atualmente, a grande maioria das demandas tramita em meio digital. Deste modo, o pedido de vista, cuja lógica era propiciar que fisicamente o processo aportasse no gabinete dos Ministros para análise mais aprofundada, é expediente arcaico. Estamos a defender, neste contexto, que embora deferidos sem a necessidade de grande motivação (estamos a partir do pressuposto que, de fato, alguns casos merecem mesmo análise mais detida), aos pedidos de vista fosse atribuído prazo de devolução peremptório, ainda que o mesmo pudesse, por exemplo, ser renovado por mais um ou dois períodos sucessivos e de igual prazo.

Em caso de não devolução, a demanda voltaria de maneira automática para a pauta do STF, prosseguindo no julgamento. Segundo pensamos, com este mecanismo em pleno e

rigoroso funcionamento, haveria menor possibilidade de influência singular nos destinos do Excelso Pretório (e da própria Sociedade, visto que temos lá tramitando questões de absoluto relevo que podem impactar a todos), incentivando uma vez mais o exercício das deliberações colegiadas, que tanto têm a contribuir com o reforço na legitimação do mister do STF aos olhos da Sociedade.

Por último e não menos importante, acreditamos ainda que poderíamos aperfeiçoar nosso Excelso Pretório de maneira extrínseca, em dois grandes eixos. Por primeiro, acreditamos que o STF deve mesmo evoluir (como chegou a ser aventado por ocasião da Assembleia Constituinte) para um modelo de Corte Constitucional típica. Em segundo lugar, deve permitir contribuição mais alargada, plural e horizontalizada para a escolha de seus componentes, bem como atribuindo aos seus novos integrantes mandatos judiciais, tudo com vistas a propiciar salutar oxigenação nas contribuições que novos integrantes e novas formações da Corte podem fornecer para o País.

Assim é que, para além da melhor gestão de seu tempo e de seus mecanismos decisórios, cujas temáticas já abordamos aqui, pensamos ser de rigor que tenhamos, mediante reforma constitucional, uma redistribuição das competências do STF. Nossa Suprema Corte não pode continuar a ter atuação trivalente, perfazendo funções como justiça constitucional, tribunal de última instância e foro especializado.

Se isto continuar, a escalada de decisões singulares, ocasionadas pela fragmentação de autoridade no âmbito do Excelso Pretório, tende a aumentar, exacerbando o abalo reputacional em sua imagem e, por via de consequência, propiciando a queda na confiança que a Sociedade deposita no poder judicial. Assim é que sua agenda de casos deve ser mais exígua e restrita, centrando-se na análise colegiada dos casos que tratam de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Como sobredito, as demais competências que hoje estão a seu cargo devem ser diluídas nos demais Tribunais e órgãos do Poder Judiciário, sendo certo que um reforço também no controle de constitucionalidade incidental e difuso também seria bem vindo. Para tanto, devemos partir do pressuposto que haverá cumprimento mais estrito e racionalizado dos precedentes e parâmetros jurisprudenciais ditados pelo STF, sem que quase toda demanda precise tramitar até lá apenas para se confirmar o que já foi decidido nos órgãos jurisdicionais *a quo*, como hoje está a ocorrer.

De rigor também, segundo acreditamos, evoluir o sistema de escolha e nomeação dos componentes da Corte. Se mais forças políticas e segmentos da Sociedade organizada tiverem a oportunidade de indicar nomes, e.g., em listas tríplexes vinculantes (ainda que a

indicação final coubesse ao Presidente e a aprovação ao Senado, como previsto hoje) cremos que teríamos um incremento de governança no âmbito do Supremo, como defendemos neste trabalho.

Da mesma maneira e na mesma lógica, ainda que todos os componentes da Corte se notabilizem pela sua técnica aprumada e robusta trajetória profissional, cremos ser imperativo que os novos membros cumpram mandatos, ainda que com duração mais alargada do que os mandatos senatoriais e não concomitantes com o período de poder daqueles que os escolheram. Em um País diverso e continental como o Brasil, acreditamos firmemente que temos muitas mulheres e muitos homens de altíssimo valor (tais quais os atuais componentes da Corte) que certamente podem honrar o País, vestindo a toga da mais alta Corte da Nação por certo período de suas vidas. Tal expediente de fixação de mandatos refletiria, temos certeza, em pluralidade e horizontalidade valorativa robusta, ajudando a construir consensos possíveis no desempenho da difícil tarefa de interpretar o que é e o que deve ser a Constituição.

Ao finalizar, portanto, este trabalho aguardamos, com estas linhas e de maneira bastante singela e limitada, ter demonstrado, como pressuposto primeiro, que estamos a viver, em razão de alguns fatores que aqui expusemos, em cenário com elevada tensão sistêmica, no contexto da conformação do poder.

Centrando-nos, como elemento segundo, nas disfuncionalidades havidas no STF, quer seja nos seus aspectos de funcionamento e engrenagens internas, quer seja no modo como ele está normativamente construído (na lógica de um recorte delimitador do nosso objeto de pesquisa e problematização), acreditamos que nossas sugestões de aperfeiçoamento – sendo este o aspecto fulcral da tese - que aqui enumeramos e defendemos podem - uma vez mais ressaltando nosso pequeno alcance como pesquisador singular - ajudar a distensionar nosso cenário político-constitucional, mantendo desta forma nossa democracia em funcionamento regular, em ambiente de efetivo equilíbrio de forças. Esperamos poder ter atingindo, ainda que apenas de resvalo, o objetivo a que nos propusemos.

FONTES E BIBLIOGRAFIA

ACEMOGLU, Daron; ROBISON, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

AGESTA, Luís Sanchez. *Historia del constitucionalismo español*. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1964.

AGRESTO, Jonh. *The Supreme Court and Constitutional Democracy*. Ithaca: Cornell University, 1984.

ACTON, John-Dalberg. *Historical Essays and Studies*. J. N. Figgis e R. V. Laurence (orgs.) London: Macmillan, 1907. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/titles/acton-historical-essays-and-studies> , acesso em 09 de agosto de 2018.

ALBERT, Richard. “Counterconstitucionalism”. *Dalhousie Law Journal*, v. 31, n. 1. pp. 1-54, spring 2008.

_____. “Constitutional Amendment and Dismemberment”. *Yale Journal of International Law*, Boston College Law School, v. 43, Research Paper 424.

ALEXY, Robert. Robert. “Balancing, constitutional review, and representation”. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 3, n. 4, pp. 572-581, 2005.

_____. “Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático”. In: *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. *Teoria discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ALLES, José Joaquín Fernández. *Las funciones de la Constitución - la perspectiva funcionalista en el Derecho Constitucional Español*. Madrid: Dykinson, 2018.

ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, André Martins. “Nos termos do voto do relator: considerações acerca da fundamentação coletiva os acórdãos do STF”. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, pp. 263-297, jul. 2016.

ALMEIDA, Danilo dos Santos. *As Razões Ocultas do Supremo Tribunal Federal: um estudo sobre agenciamento de grupo na Corte*. Tese de doutorado - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2016.

ALMEIDA, Plínio Regis Baima de. *Poder Judiciário e política: o dilema do constitucionalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ÁLVARES, Débora. FOLHA de São Paulo. *Renan se recusa a assinar notificação de afastamento pelo STF*. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/poder/2016/12/1838714-renan-se-recusa-a-assinar-notificacao-de-afastamento-pelo-stf.shtml>, acesso em 02/09/2020.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis*. Revista dos Tribunais (São Paulo), v. 868, 2008, pp. 67-68

_____. CONJUR. *Ronald Dworkin e a sua contradição majoritária*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-23/analise-constitucional-dworkin-contradicao-majoritaria>, acesso em 22/10/2020.

AMORIM, Felipe; MELLO, Igor. UOL. *14 x 1: STJ confirma afastamento de Witzel do governo do Rio*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/09/02/stj-julgamento-wilson-witzel.htm>, acesso em 02/09/2020.

ARANTES, Rogério Bastos; KERCHE, Fábio. “Judiciário e Democracia no Brasil”. *Novos Estudos*. CEBRAP, N.º 54, pp. 27-41, julho 1999. Disponível em: http://rubi.casaruibarbosa.gov.br/bitstream/20.500.11997/1301/1/Arantes%2C%20Rog%2C%20A9rio%20Bastos%20e%20Kerche%2C%20F%20C3%A1bio_Judici%C3%A1rio%20e%20democracia%20no%20Brasil.pdf, acesso em 23/10/2020.

ARGENTINA. Decreto 222/2003. Disponível em: <http://poderciudadano.org/decreto-222-procedimiento-participativo-para-el-nombramiento-de-los-magistrados-de-la-corte-suprema-de-justicia-de-la-nacion/>, acesso em 27/08/2020.

ARGUELHES, Diego Werneck. *Judges Speaking for the People: Judicial Populism Beyond Judicial Decisions*, Int’l J. Const. L. Blog. May 4, 2017, Disponível em: <http://www.icconnectblog.com/2017/05/judges-speaking-for-the-people-judicial-populism-beyond-judicial-decisions/>, acesso em 26/08/2020.

_____. “Poder não é querer - preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização”. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (orgs.). *Jurisdição Constitucional em 2020*. São Paulo : Saraiva, 2016.

ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. *O Supremo das estratégias e o*

STF de Rosa Weber. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-supremo-das-estrategias-rosa-weber-lula-06042018>, acesso em 01/09/2020.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. “O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político”. *Direito, Estado e Sociedade*, n.46, pp. 121 a 155, jan/jun 2015, disponível em: http://direitoestadoSociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo5_46.pdf, acesso em 21/10/2020.

_____. “Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro”. *Novos Estudos*, CEBRAP São Paulo, v. 37, n. 1, 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. “Timing Control without docket control: How individual Justices shape the brazilian supreme court’s agenda”. *Journal of Law and Courts*, Chicago, v. 5, n. 1, pp. 105-140, Spring 2017.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo : Nova Cultural, 1991.

AZEVEDO, Reinaldo. Folha de SP. *Joaquim Barbosa é chamado de “herói” em cerimônia de posse do novo presidente do STJ*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/joaquim-barbosa-e-chamado-de-8220-heroi-8221-em-cerimonia-de-posse-do-novo-presidente-do-stj/amp/>, acesso em 25/08/2020.

BACHOF, Otto. *Jueces y constitucion*. Trad. Rodrigo B. Cano. Madrid : Civitas, 1987.

BALEIRO, Aliomar. *Alguns andaimes da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*, Volume XLI (1914), Tomo III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1951. Disponível em: <http://docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=ObrasCompletasRuiBarbosa&Pesq=%22direito%20de%20errar%20por%20%20c3%baltimo%22&pagfis=41133>, acesso em 20/08/2020.

BARBOSA, Samuel. “Apresentação: o mal-estar no supremo”. *Novos estudos*. CEBRAP, São Paulo, v. 37, n. 1, pp. 9-11, Apr. 2018. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010133002018000100009&lng=en&nrm=iso . Acesso em 15/09/2020.

BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Atualidades jurídicas”. *Revista do CFOAB*, 4 ed. jan-fev, 2009.

_____. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto; BENVINDO, Juliano Zaiden; OSORIO, Aline. “Developments in Brazilian Constitutional Law: The Year 2016 in Review”. *Blog of the International Journal of Constitutional Law and constitutionalmaking.org*. October 2017. Disponível em: <https://watermark.silverchair.com/mox038.pdf?token>, acesso em 02/09/2020.

BARROSO, Luis Roberto e MELLO, Patrícia Perrone Campos. “RETROSPECTIVA 2010 Prudências, ousadias e mudanças necessárias no STF”. *CONJUR*, 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>, acesso em 15/09/2020.

BENVINDO, Juliano Zaiden. “A última palavra, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 51, n. 201, jan-mar 2014.

_____. “Corporate Campaign Contributions in Brazil: Of Courts, Congresses, and the Agendas of Individual Justices”. *International Journal of Constitutional Law Blog*, july 2015. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2015/07/corporate-campaign-contributions-in-brazil-of-courts-congresses-and-the-agendas-of-individual-justices/>, acesso em 26/08/2020.

BENVINDO, Juliano Zaiden; ACUNHA, Fernando José Gonçalves. “O papel da política na atuação das Cortes Supremas”. *Novos Estudos*, CEBRAP, São Paulo, v.37, n. 1, pp. 57-59, jan-abr. 2018.

BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. “O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo”. *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, v.18, n.1, pp.173-192, jul.2017.

BENVINDO, Juliano Zaiden; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. “Do Solipsismo Supremo à Deliberação Racional”. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 50, pp. 149-178, jan-jun. 2017.

BERCOVICI, Gilberto. “Constituição e Política: uma relação difícil”. Lua Nova: São

Paulo, n. 61. pp.5-24, 2004.

BERGAMO, Monica. “Em campanha para o STF, Fux procurou Dirceu”. Folha de SP. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/81379-em-campanha-para-o-stf-fux-procurou-dirceu.shtml>, acesso em 26/08/2020.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*. London: Yale University Press, 1962.

_____. “The passive virtues”. *Harvard Law Review*, vol. 75(1), 1961.

BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique e CORRÊA, Flávio. “Hiperpresidencialismo na América Latina”. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 60, n. 2, maio/ago. 2015.

BONAVIDES, Paulo. “Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)”. *Estud. av.*, São Paulo, v. 18, n. 51, pp. 127-150, Ag. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340142004000200007&lng=en&nrm=iso. Acesso em 27/10/2020.

BRANCA, Giuseppe. *Collegialità nei giudizi della Corte Costituzionale*. Padova: Cedam, 1970.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais - a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

BRETTSCHEIDER, Corey. “Popular constitutionalism contra populismo”. *Constitutional Commentary*. v. 30, n.1, pp.81-88, winter 2015.

BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime: The brazilian constitutional court’s role under the 1988 constitution”. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA (Org). *Courts in latin américa*. New York : Cambridge University Press, 2011.

BRITANNICA. *The executive branch*. Disponível em <https://www.britannica.com/place/United-States/The-executive-branch#ref797682>, Acesso em: 06/01/2020.

BURBANK, Stephen B; FRIEDMAN, Barry. “Reconsidering Judicial Independence”. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Eds). *Judicial*

Independence at the crossroads: an interdisciplinary approach. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002.

BUZAID, Alfredo. *A crise do Supremo Tribunal Federal. Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972.

CAGGIANO, Monica Herman. “Democracia x Constitucionalismo – um navio à deriva”. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito : estudos e documentos de trabalho / Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 1, 2011*. Disponível em: http://www.direito.usp.br/pos/arquivos/cadernos/caderno_1_2011.pdf

_____. “A emergência do poder judiciário como contraponto ao bloco monocolor Legislativo/Executivo”. In: *20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

_____ (org.) *Poder constituinte derivado: as balizas da sua atuação*. In: *Reflexões em Direito Político e Econômico*. São Paulo : Ed. Mackenzie, 2002.

_____. “A fenomenologia dos trânsfugas no cenário político-eleitoral brasileiro”. In: LEMBO, Cláudio CAGGIANO, Monica Herman S (coord.) *O voto nas Américas*. Barueri: Minha Editora, 2008.

_____. “Impacto da lei da ficha limpa nos Tribunais”. In: *Ficha Limpa - Impacto nos tribunais: tensões e confrontos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CALAMANDREI, Pierre. Eles os juízes vistos por nós os advogados. Disponível em https://www.academia.edu/33309811/Eles_os_ju%C3%ADzes_vistos_por_n%C3%B3s_os_advogados_Calamandrei em 14/09/2020

CALLEJÓN, Francisco Balaguer; VILLAR, Gregorio Cámara; REY, Luis Felipe Medina. *La nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid : Tecnos, 2008.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 3855/2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>, acesso em 10/11/2020.

_____. PEC 17/2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=499894>,

acesso em 10/12/2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro : Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas - Atlas, 245:91, maio/ago, 2007.

CANON, Bradley C. :A framework for the analysis of judicial activism:. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. *Supreme Court Activism and restraint*. Judicature, Volume 66, Number 6, December-January 1983.

CAPANO, Fernando Fabiani; LEITE, Glauco Costa. “Reflexões sobre o sistema brasileiro de composição das Cortes Superiores. Reforma política: um mito inacabado”. In: Monica Herman S. Caggiano (org.); Claudio Lembo (coord.). *Reforma política: um mito inacabado*. Barueri: Manole, 2017.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. “Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem”. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba , n. 23, pp. 127-139, Nov. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010444782004000200011&lng=en&nrm=iso, acesso em 08/09/2020,

CARVALHO NETTO, Menelick; MARTINS, Argemiro. “O sentido da imparcialidade e o guardião da Constituição”. *Jota*, 19-6-2016. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-sentido-da-imparcialidade-e-o-guardiao-da-constituicao-19072016>, acesso em 02/09/2020.

CASTELLS, Manuel. *Ruptura*. São Paulo: Zahar, 2018.

CASSEB, Paulo Adib. :Fundamentos da forma de designação dos ministros do Supremo Tribunal Federal:. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (et. al.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: homenagem ao Prof. Manuel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo : Ed. Quartier Latin, 2011.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. BH : Ed.

Mandamentos, 2006.

CHADA, Daniel, HARTMANN, Ivar A. “A distribuição de processos no Supremo é realmente aleatória?” In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. *Onze Supremos: O Supremo em 2016*. Belo Horizonte: FGV Rio, 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. “Controle de constitucionalidade e democracia”. In: MAUÉS, A.G.M. *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016.

COMPARATO, Fabio Konder. “O Poder Judiciário no Brasil”. In: LEMBO, Cláudio; CAGGIANO, Monica Herman; NETO, Manoel Carlos de Almeida (Coord.) *Juiz Constitucional - Estado e poder no século XXI*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015.

CONJUR. *Em artigo, Barroso defende papel "iluminista" do Supremo*, 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/artigo-barroso-defende-papel-iluminista-stf>, acesso em 30/09/2020.

COUSO, Javier. “Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política”. *Revista de Ciencia Política*, Santiago, v. 24, n. 2, 2004.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. “Measuring judicial Activism”. *Minnesota Law Review*. vol 91, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. “QPC e controle de constitucionalidade: evolução no direito francês. In: Juiz Constitucional”, In: LEMBO, Cláudio; CAGGIANO, Monica Herman; NETO, Manoel Carlos de Almeida (Coords.). *Estado e poder no século XXI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DAHL, Robert. “Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy maker”. *Journal of public law*, number 6, 1957.

DELMANTO, Roberto. “A ditadura do Judiciário”. Migalhas, 15/03/2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/276327/a-ditadura-do-judiciario>, acesso em 07/09/2020.

DWORKIN, Ronald. “Equality, democracy and constitution: We The People in

Court”. *Alberta Law Review*, vol. XXXVIII, number 2. L. Rev. 324,1990.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Juízes Políticos e Democracia*. In: O Estado de São Paulo, 26/abril, 1997.

DURÃO, Aylton Barbieri. “A Teoria do discurso racional de Habermas”. *Revista de Filosofia Moderna e Contemporânea*, Brasília, vol 3, nº 1, 2015.

EDWARDS, Harry T. “The effects of collegiality on judicial decision making”. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 151, n. 5, May 2003.

ENTERRÍA, Eduardo García. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Navarra: Civitas, 2006.

_____. *Democracia, Jueces y control de la Administración*. Navarra : Civitas, 2009.

EPP, Charles R. *The rights revolution - Lawyers, activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. The university of Chicago press : Chicago /London, 1998.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices Justices makes*. Whashington: CQ Press, 1998.

EPSTEIN, Lee. LANDES, William M; POSNER; Richard A. “The best for last: the timing of US Supreme Court Decisions”. *Duke Law Journal*, Durham, v. 64, n. 6, pp. 991-1022, march 2015.

ESPÑA. *Tribunal Constitucional*. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/en/tribunal/historia/Paginas/default.aspx> , acesso em 26/08/2020.

ESTEVES, Luis Fernando Gomes. *Supremo. Um tribunal aparentemente eficiente*. In: JOTA Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/supremo-um-tribunal-aparentemente-eficiente-29122016>, acesso em 28/08/2020.

FALCÃO, Joaquim. *O Supremo*. Rio de Janeiro : edições de Janeiro, 2015.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *Relatório Supremo em números: O Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12055/III%20Relat%C3%B3r>

io%20Supremo%20em%20N%C3%BAmeros%20-%20O%20Supremo%20e%20o%20T
mpo.pdf?sequence=5&isAllowed=y, acesso em 31/08/2020.

FALCAO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. “O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista?” *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, pp. 429-469, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452013000100013&lng=en&nrm=iso, acesso em 31/08/2020.

FARIA, José Eduardo. *Corrupção, justiça e moralidade pública*. São Paulo: Perspectiva, 2019.

FEREJOHN, Jonh. “Independent judges, dependent judiciary: explaining judicial Independence”. *South California Law Review*, Los Angeles, v.72, n.2 e 3., pp. 353-384, january e march 1999.

_____. “Judicializing Politics, Politicizing Law”. *Law and Contemporary Problems*, Durham, North Carolina, v. 65, n.3, pp. 41-68, Summer 2002.

FEREJONH, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Adjudication: Lessons from Europe, 82 *Tex. L. Rev.* 1671. 2003.

FERRARO, Luiza Pavan; GLEZER, Rubens. *O Supremo se encurralou*. In: Piauí. Disponível em <https://piaui.folha.uol.com.br/o-supremo-se-encurralou/>, acesso em 14/10/2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e governabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 - Judicialização da política e politização da justiça*. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46407/46734>, acesso em 22/10/2020.

_____. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *A ressurreição da democracia*. Santo André: Dia a Dia Forense, 2020.

FERREIRA, Siddharta Legale e MACEDO, Marco Antonio Ferreira. “A Corte” *Moreira Alves (1975-2003): A judicatura de um civilista no STF e o controle de constitucionalidade*. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/745>, acesso em 03 de maio de 2019.

FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Max Limomad, 1954.

FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio. “O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?” *Revista Trimestral de Direito Público*. Malheiros, n. 9, 1994.

FGV DIREITO SP. RELATÓRIO ICJ Brasil – 1º semestre de 2017 – índice de confiança na Justiça. FGV Direito SP. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/themes/Mirage2/pages/pdfjs/web/viewer.html?file=http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y, acesso em 23/10/2020.

FISHER, Jeffrey L. "The Supreme Court's secret power". In: *The New York Times*, 24 de setembro de 2015, disponível em <https://www.nytimes.com/2015/09/25/opinion/the-supreme-courts-secret-power.html>, acesso em 15/09/2020.

FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as political process*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1988.

FONTANA, David. “Docket Control and the sucesso of constitutional courts”. In: GINSBURG, Tom. DIXON, Rosalind (eds.). *Comparative Constitucional Law*. Northampton, MA: Elgar Publishing, 2011.

FONTE, Felipe de Melo. *Jurisdição Constitucional e Participação Popular*. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, 2016.

_____. “Decidindo não decidir: preferências restritivas e autorregulação processual”. *AeC : Revista de Direito Administrativo é Constitucional*, ano

3, n. 11 (jan/mar 2003). Belo Horizonte : Fórum, 2003

FRANKLIN, Charles H. “Behavioral Factors affecting judicial Independence”. In: BURBANK, Stephen B; FRIEDMAN, Barry (Eds.) *Judicial Independence at the CrossRoads: An interdisciplinary approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002.

FREDERICO, Vasconcelos. *No STF só 20% dos pedidos de vista são devolvidos no prazo*. In: UOL. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/poder/2015/06/1638875-no-stf-so-20-dos-pedidos-de-vista-sao-devolvidos-no-prazo.shtml?origin=folha>, acesso em 27/08/2020.

FRIEDMAN, Barry. “Mediated popular constitutionalism”. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, Michigan, v. 101, n8, pp. 2595-2632, 2013.

FUX, Luiz. *Discurso de posse na presidência do STF em 10 de setembro de 2020*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoPosseFux.pdf>, acesso em 26/10/2020.

GALVÃO, Jorge Octávio. “Concentração de poder da jurisdição constitucional: uma análise crítica de seus pressupostos filosóficos”. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes (et. al.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: homenagem ao Prof. Manuel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo : Ed. Quartier Latin, 2011.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GARCÍA, Elio A. Gallego. *Representación y Poder: un intento de clarificación*. Madrid: Dykinson, 2017.

GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos*. In: <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>, p.24-25, acesso em 01/09/2020.

GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir. “Introduction: The functions of courts in authoritarian politics”. In: GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir (eds). *Rule by law: The politics of courts in authoritarian regimes*. Cambridge University Press, 2008.

GISBERT, Rafael Bustos. *Reflexiones constitucionales desde la teoría, la realidad y el deseo*. Madrid: Marcial Pons, 2017.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GRABER, Mark A. “Constructing judicial review”. *Annual review of political Science*, Maryland, Baltimore, v. 8, n.1, pp. 425-451, mar. 2005.

GRAU, Eros. “Prefácio”. In: ANDRADA, Bonifácio de. *Direito constitucional moderno e a nova revisão da constituição*. Brasília : Edições Câmara, 2014.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2003.

HABERMANS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico: Estudos Filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, Jonh. *O Federalista*. Campinas: Russell, 2010.

HELMKE, Gretchen. “Public Suport and judicial crisis in Latin America”. *Journal of Constitucional Law*, v. 13, n2, 2010.

HELMKE, Gretchen; STATON, Jeffrey K. “The puzzling judicial politics of latin américa: a theory of litigation, judicial decisions, and interbranch conflict”. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (org.). *Courts in latin américa*. New York: Cambrige University Press, 2011.

HIRSCHL, Ran. “The New Constitutionalism and the judicialization of Pure Politics Worldwide”. *Fordham Law Review*, New York, v. 75, n.2, pp. 721-753, nov. 2009.

_____. “Politics and the constitution: the ties that bind”. *Review of Constitutional studies*, New York, v. 21, n.1, 2016.

HORBACH, Carlos Bastide. “Controle judicial da atividade política. As questões políticas e os atos de governo”. *Revista de Informação Legislativa*, v. 182, 2009.

HORWITZ, Paul. “Three Facts of Deference”. *Notre Dame L. Rev.*, n. 551, 2008. Disponível em: <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol83/iss3/3> , acesso em 20/08/2020.

INATOMI, Celly Cook. *As análises políticas sobre o poder judiciário: lições da ciência política norte-americana*. Campinas: Ed. Unicamp, 2020.

KAPISZEWSKI, Diana. “Tactical Balancing: High Court Decision Making on

Politically Crucial Cases”. *Law and Society Review*, New York, v. 45, n. 2. pp. 471-506, 2011.

_____. “Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition”. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Orgs.) *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KLAFKE, Guilherme Forma. *Continuidade e mudanças no atual modelo de acórdãos do STF. A prática, as razões para sua manutenção e caminhos para aperfeiçoamento*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2019.

KRAMER, Larry D. *We the People – Who was the last word on the Constitution?* In: Boston Review. Disponível em: <https://bostonreview.net/archives/BR29.1/kramer.html>, acesso em 19/08/2020.

LACLAU, Ernesto. *Posfácio*. In: MENDONÇA, Daniel de e ROGRIGUES, Léo Peixoto. *Pós-estruturalismo e Teoria do Discurso: em torno de Ernesto Laclau*. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2008.

LANDAU, D. “Abusive Constitutionalism”. *Davis Law Review*, University of California, v. 47, n. 189, pp. 189–260, 2013.

_____. “Political support and structural constitutional law”. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v.67, 2016.

LAMB, M. Charles. *Judicial Restraint Reappraised*, 31 CATH. U. L. REV. 181 (1982). Available at: <https://scholarship.law.edu/lawreview/vol31/iss2/6> <https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2239&context=lawreview> , acesso em 19/08/2020

LAMBERT, Edouard. *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux états-unis*. Paris: Marcel Giard E., 1921. Disponível em http://idcel.univ-lyon3.fr/fileadmin/medias/Documents_IDCEL/Fonds_numerise/Ecrits_d_Edouard_Lambrt/1921_le_gouvernement_des_juges_aux_Etats-Unis- part.1.pdf, acesso em 28/08/2020.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste

Gulbenkian, 1969.

LEAL, Fernando Ângelo. “Até que ponto é possível legitimar a jurisdição constitucional pela racionalidade? Uma reconstrução crítica de ‘a razão sem voto?’” In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLETZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. São Paulo: FGV, 2017.

LEAL, Fernando. *A dança da pauta no Supremo*. In: JOTA. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24276/A_danca_da_pauta_n_o_Supremo_-_JOTA.pdf?sequence=1&isAllowed=y, acesso em 28/08/2020.

LEAL, Roger Stiefelmann. “O Exercício da Jurisdição Constitucional pelo Poder Judiciário”. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes (et. al.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: homenagem ao Prof. Manuel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2011.

LEAL, Saul Tourinho. “O mundo secreto das Supremas Cortes”. In: MIGALHAS. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/conversa-constitucional/313941/o-mundo-secreto-das-supremas-cortes>. Acesso em 26/10/2020.

_____. “O “Fora Gilmar Mendes!” como consequência de um novo Supremo”. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1848, 23 jul. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11530>. Acesso em: 4 out. 2020.

LEMBO, Cláudio. *Participação política e assistência simples*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1991.

_____. *O Futuro da Liberdade – Estudos e circunstâncias*. São Paulo: Ed. Loyola, 1999.

_____. *A pessoa: seus direitos*. Barueri: Manole, 2007.

_____. *Eles temem a liberdade*. Barueri: Minha Editora, 2006.

_____. *A opção liberal*. São Paulo: Editora Nacional, 1985.

LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LEMOS, Victor Hugo Pacheco Lemos. *O déficit de colegialidade no STF: um princípio de mudança?* In: JOTA, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-deficit-de-colegialidade-no-stf-um-principio-de-mudanca-17072020>,

acesso em 22/10/2020.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2018.

LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LLORENTE, Francisco Rubio. *La forma del Poder: estudios sobre la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

LIMA, Francisco Gérson Marques. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 2009.

LINS, Silvia Follain de Figueiredo. *A ascensão do STF e os limites do poder: teoria e prática na narrativa constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Gramma, 2019.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1978.

LONGO FILHO, Fernando José. “A Última Palavra e Diálogo Institucional: Relações com as Teorias Democráticas em Dworkin e Waldron”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 10, n. 3, dez. 2015. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/58328>>. Acesso em: 21 out. 2020.

LORENCINI, Bruno Cesar. “Garantias da Magistratura na Constituição Federal Brasileira”. In: LEITE, George Salomão, STRECK, Lênio e NERY JUNIOR, Nelson (ORGS.). *Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2020.

_____. *Democracia qualificada e responsabilidade política*. São Paulo: LiberArs, 2018.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de Direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

LUNARDI, Fabrício Castagna. *O STF na Política e a Política no STF*. São Paulo: SaraivaJur, 2020.

MAGNOLI, Demétrio. *Juízes que fazem política fracassam duas vezes, como políticos e como magistrados*. In: Folha de SP. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/demetriomagnoli/2020/10/juizes-que-fazem->

[politica-fracassam-duas-vezes-como-politicos-e-como-magistrados.shtml](#), acesso em 21/10/2020.

MALDONADO, Daniel Bonilha. “Introduction: Toward a Constitutionalism of The Global South”. In: *Constitutionalism os the global South: the activist tribunals of India, South Africa and Colombia*. New York: Cambrigde University Press: 2013.

MARMELSTEIN, George. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial*. In: *DireitosFundamentais.Net*. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>, acesso em 26/10/2020.

MARSHALL, Willian P. “Conservatives and the seven sins of judicial activism”. *Colorado Law Review*. vol. 73., 2002.

MARTINS, Argemiro. *A escolha dos ministros do STF como uma questão pública*. In: Jota, 6-2-2017. In: JOTA. Disponível em <https://www.jota.info/stf/do-supremo/escolha-dos-ministros-stf-como-uma-questao-publica-06022017>, acesso em 26/08/2020.

MAUS, Ingeborg. :Judiciário como superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na Sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, nov. 2000.

MELLO, Celso de. *Legislativo não faz ameaça, diz Mello*. In: Folha de S. Paulo, 11 abr. 1999, p. 8, disponível em <https://acervo.folha.com.br/leitor.do?numero=14216&anchor=572382&origem=busca&originURL=&pd=4f77ffb63ebbf07a3dea9ffe0546f485> , acesso em 02/09/2020.

MELLO, Cristiana. “A regulamentação da agenda do Supremo Tribunal Federal - uma proposta modesta”. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (orgs.). *Jurisdição Constitucional em 2020*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. “A VIDA COMO ELA É”: COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO NAS CORTES. *Revista brasileira de Políticas Públicas*, n. 8. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/327894058_A_VIDA_COMO_ELA_E_COMPORTAMENTO ESTRATEGICO NAS CORTES, acesso em 26/08/2020.

_____. “Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir das reflexões da literatura

estrangeira”. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.14, n.1, pp. 402-423, 2017.

_____. *Comportamento ideológico*. In: JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-comportamento-ideologico-e-estrategico-no-stf-13112015>, acesso em 26/08/2020.

MENDES, Conrado Hübner. *Na prática, Ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP*. In: Folha de SP, 28-1-2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml?origin=folha>, acesso em 31/08/2020.

_____. *FIGHTING FOR THEIR PLACE: CONSTITUTIONAL COURTS AS POLITICAL ACTORS. A REPLY TO HEINZ KLUG*, *Constitutional Court Review*, Volume 3, Issue 1, Jan 2010, p. 33 - 43 disponível em <http://www.saflii.org/za/journals/CCR/2010/2.pdf>, acesso em 31/08/2020.

_____. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Onze Ilhas*. In: Folha de SP. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>, acesso em 20/10/2020.

_____. *O projeto de uma corte deliberativa*. Sociedade Brasileira de Direito Público. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4437846/mod_resource/content/1/CHM%20-%20Projeto%20de%20uma%20corte%20deliberativa.pdf, acesso em 15/09/2020

_____. *A ingovernabilidade do STF*. In: JOTA, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/materias19-a-ingovernabilidade-do-stf-17092014>, acesso em 15/09/2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (orgs.). *Jurisdição Constitucional em 2020*. São Paulo : Saraiva, 2016.

MEUWESE, Anne; SNEL, M.R.V. “Constitutional dialogue”. *Utrecht Law Review*, volume 9, issue 2, (March) 2013.

MILLER, Russell A. "Lords of Democracy: The Judicialization of "Pure Politics" in the United States and Germany". *Wash. & Lee L. Rev.*, 61, 587, 2004.

MILLIGAN, Luke M. :Congressional End-Run: The ignored constraint on judicial review". *Georgia Law Review*, v. 45, n. 1., pp. 211-274, fall 2010.

MIGALHAS. Senado vota se cumpre ou não decisão. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/250150/senado-votara-se-cumpre-ou-nao-decisao-do-stf> , acesso em 07/09/2020.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, senhor de la Brède e barón de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2017.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

NAÍM, Moisés. *O fim do poder: como os novos e múltiplos poderes estão mudando o mundo e abalando os modelos tradicionais na política, nos negócios, nas igrejas e na mídia*. São Paulo: LeYa, 2019.

NASCIMENTO, Cristiano de Jesus Pereira. *Volume de processos no STF e na Suprema Corte dos Estados Unidos: uma análise comparativa*. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47755/volume-de-processos-no-stf-e-na-suprema-corte-dos-estados-unidos-uma-analise-comparativa>.

NAVOT, Suzie. "El control jurisdiccional de los actos parlamentarios: un análisis comparado de la evolución jurisprudencial en España e Israel". *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 77:153-196, maio/ago. 2006.

NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. São Paulo: Ed. Revista Forense, 1943.

OAB. Comissão Temporária para Estudos da Proposta da PEC para Alteração dos Critérios da Indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. em: www.oabsp.org.br/comissoes, acesso em 08/12/2020

O GLOBO. *Discussão acalorada entre Barroso e Gilmar suspende sessão no Supremo*. Disponível em <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/03/discussao-acalorada-entre-barroso-e-gilmar-suspende-sessao-no-supremo.amp>. Acesso em 25/08/2020.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. "Processo decisório no Supremo Tribunal Federal:

Coalizões e ‘panelinhas’”. *Revista Sociológica e Política*. Curitiba, v. 20, n.44, pp. 139-153, nov. 2012.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

PARTLETT, Willian. “Courts and constitution-making”. *Wake Forest Law Review*, Wake Forest University School of Law, Winston-Salem, CN, v. 50, pp. 921-949, 2015.

PASSAGLIA, Paolo. Rights-Based Constitutional Review in Italy. The Society of Legal Scholars Annual Seminar 2013, svoltosi a Dublino il 2 e 3 luglio 2013. Disponível em <https://www.giurcost.org/studi/Passaglia4.pdf>., acesso em 18/09/2020

PÉREZ, Marvin Carvajal. “Controle de constitucionalidade e governo dos juízes na Costa Rica. In: Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: homenagem ao Prof. Manuel Gonçalves Ferreira Filho”In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes (et. al.). São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2011.

PEREZ, Olívia Cristina. “Relações entre coletivos com as Jornadas de Junho”. *Opin. Publica*, Campinas, v. 25, n.3, pp. 577-596, Dec. 2019. Disponível em : <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762019000300577&lng=en&nrm=iso>. Ecesso em: 04 Nov. 2020.

PINTO, Helio Pinheiro. *Juristocracia: O STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial*. Belo Horizonte: ED. Fórum, 2018.

PLANALTO. *Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 30/08/2020.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 22/10/2020.

_____. *Lei 9869/99*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm, acesso em 21/10/2020.

POMPEU, Ana. *Lewandowski: governo deve apresentar plano de vacinação contra a Covid-19 em 30 dias*. In: JOTA, disponível em <https://www.jota.info/stf/do-supremo/lewandowski-governo-deve-apresentar-plano-de-vacinacao-contra-a-covid-19-em-30-dias-24112020>, acesso em 24/11/2020.

PORFIRO, Camila Almeida. *Litígios estruturais*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2018.

POSNER, Richard A. "The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint," *California Law Review*, 519, 2012. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2815&context=journal_articles. Acesso em 20/08/2020.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMALHO, Ranieri. *STF e o neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os Onze - o STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Cia das Letras, 2019.

RÍOS-FIGUEROA, Julio. "Justice System Institutions and Corruption Control: Evidence from Latin America". *The Justice Sytem Journal*, v. 33, n.2, pp. 195-214, 2012.

_____. "Institutions for constitutional justice in latin américa". In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org). *Courts in latin america*. New York: Cambrige University Press, 2011.

RODAS, Sérgio. *Bolsonaro quer 21 ministros no STF e excludente de ilicitude para policial*. In: CONJUR. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-set-25/bolsonaro-21-ministros-stf-aval-policial-matar>, acesso em 02/11/2020.

_____. *STF julgará de 11 a 18 se vacinação contra Covid-19 deve ser obrigatória*. In: CONJUR. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-dez-02/stf-julga-dia-18-vacina-covid-19-obrigatoria>, acesso em 02/12/2020.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes? Para uma crítica ao Direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROURE, Agenor. *Formação Constitucional do Brasil*. Brasília: edições do Senado Federal, 2016.

ROLDAN, Andres Del Rio. *A nova Presidência da Corte Suprema Argentina*. In: JOTA, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-nova-presidencia->

[da-corte-suprema-argentina-29092018](#), acesso em 23/10/2020.

ROVIRA, Antonio. JURISDICCIÓN Y CONSTITUCIÓN. Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca) Num 120. Octubre-Noviembre 1998.

ROY, Marc-André. The Notwithstanding Clause of the Charter. *Legal and Social Affairs Division*. Library of Parliament. 2018. Disponível em: https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en_CA/ResearchPublications/201817E, acesso em 01/09/2020.

SÁ, Roque de. *Moraes: STF 'substituiu legislador' ao derrubar cláusula de barreira para partidos*. In: Agência Senado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/02/21/moraes-stf-substituiu-legislador2019-ao-derrubar-clausula-de-barreira-para-partidos>, acesso em 07/09/2020.

SANCHEZ, José Acosta. *Formación de lá Constitución y Jurisdicción constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998.

SARMIENTO, E. Juan Pablo. “El populismo constitucional en Colombia, hacia la instrumentalización simbólica de la Constitución por médio de proyectos de actos legislativos falidos”. *Estudios sócio-jurídicos*, Universidad del Rosário, Bogotá, v.15, n.2, pp. 75-109, dec. 2013.

SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisada – O Debate Contemporâneo*. São Paulo: Editora Ática, 1994.

SATHE, S.P. “Judicial Activism: The Indian Experience”. 6 *WASH. U. J. L. & POL’Y*, n. 029, 2001. Disponível em: https://openscholarship.wustl.edu/law_journal_law_policy/vol6/iss1/3, acesso em 23/10/2020.

SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation*. New Jersey: Princeton University Press, 1997.

SENADO. *Emenda Constitucional nº 96 - Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica*. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/EMC96_06.06.2017/EMC96.asp, acesso em 07/09/2020.

_____. *PEC 3/2014*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/116422>, acesso em 10/12/2020.

SHAPIRO, Martin. “Judicial Review in Developed Democracies”. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005.

SILVA, Irapuã Santana do Nascimento da e NOBILE, Aline. *STF e STJ: Tribunais de teses ou de casos concretos? O STF e a essência do julgamento contramajoritário das cortes constitucionais in Crise dos Poderes da República*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular (estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso. *Liberdade para demitir, meios para resistir. Sistema constitucional brasileiro tem ao menos 3 formas de reagir a estratégias irresponsáveis do presidente*. Jota. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/liberdade-para-demitir-meios-para-resistir-09042020>.

_____. *A emenda e o Supremo*. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-emenda-e-o-supremo>, acesso em 02/09/2020

_____. “O Judiciário e as políticas públicas”. In: SOUZA, Cláudio Pereira de e SARMENTO Daniel Sarmento (ORGS.) *Direitos Sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

_____. “Deciding without deliberating”. *Internacional Journal of Constitutional Law*, New York, v. 11, n3, pp. 557-584, jul 2013.

_____. “Um voto qualquer? O papel do ministro relator”. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v.1, n.1, 2015.

SLATER, David R.; GALLINGAN, Brian. “Judicial intrusion into the Australian Cabinet”. In: TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

SOARES, Alessandro. *A democracia direta no constitucionalismo latino-americano e europeu*. São Paulo : LiberArs, 2017.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. “Supremo Tribunal Representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, pp. 236-273, jan-abr. 2017.

SOUZA, José Pedro Galvão de Sousa. *Poder, Estado y Constitución*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. “Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial”. *Revista Quaestio Iuris*, vol.06, nº02. pp. 119-161, 2013.

STEINMETZ, Wilson e FREITAS, Riva Sobrado de. “Modelo *seriatim* de deliberação judicial e controlabilidade da ponderação: uma questão institucional e metodológica para o caso brasileiro”. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 30, n. 1, pp. 221-236, jan./jun. 2014.

STEYTLER, Nico. “The judicialization of Namibian Politics”. In: TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

STF. *ADPF* 132. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931> acesso em 28/08/2020.

_____. *ADPF* 54. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>, acesso em 28/08/2020.

_____. *ADO* 26. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925>, acesso em 28/08/2020.

_____. *MS* 26.602. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>, acesso em 29/08/2020.

_____. *AP* 470. Disponível em: <https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newslett>

[erPortalInternacionalNoticias&idConteudo=214544](#), acesso em 03 de maio de 2019.

_____. *MC em ADPF 402.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF402Ementa.pdf>. Acesso em 07/09/2020.

_____. *ADI 4.983.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4983relator.pdf>, acesso em 07/09/2020.

_____. *ADI 3345.* Disponível em: <https://constituicao.stf.jus.br/dispositivo/cf-88-parte-1-titulo-4-capitulo-3-secao-2-artigo-102>, acesso em 02/11/2020.

_____. *ADI 4451/DF.* Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>, acesso em 24/10/2020.

_____. *ADPF 622.* Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342072532&ext=.pdf>, acesso em 02/09/2020.

_____. *ADPF 738/2020.* Disponível em www.stf.jus.br, acesso em 14/09/2020.

_____. *AC 4070.* Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316009>, acesso em 07/09/2020, acesso em 07/09/2020.

_____. *ADI 5526.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358853>, acesso em 07/09/2020.

_____. *AC 4327.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=348351&caixaBusca=N>, acesso em 07/09/2020.

_____. *MS 34609.* Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=336251, acesso em 28/10/2020.

_____. *MS 34070.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=312453>, acesso em

27/10/2020.

_____. *MS* 34530, Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34530.pdf>, acesso em
31/08/2020.

_____. *ADPF* 402. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF402Ementa.pdf>, acesso
em 22/10/2020.

_____. *Acervo*. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/acervo/acervostf2.pdf>,
acesso em 09/12/2020.

_____. *Regimento Interno*. disponível em:
<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>, acesso
em 20/10/2020.

STJ. *STJ sai na frente e adequa regimento interno ao novo Código de Processo Civil*.
17/03/2016. Disponível em:
https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2016/2016-03-17_18-30_STJ-sai-na-frente-e-adequa-regimento-interno-ao-novo-Codigo-de-Processo-Civil.aspx. Acesso em 22/10/2020.

STONE, Alex. “Complex coordinate construction in France and Germany”. In: TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. *A decisão de um Ministro do STF pode valer como medida provisória?* In: CONJUR - <https://www.conjur.com.br/2014-dez-04/senso-incomum-decisao-ministro-stf-valer-medida-provisoria>, acesso em 22/10/2020.

_____. *Mut(il)ação Constitucional: de como o debate acerca dos limites obscurecem o debate acerca dos limites da constituição in Crise dos Poderes da República*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

SUSTEIN, Cass R. “Beyond Judicial Minimalism”. *Harvard Public Law Working Paper* No. 08-40, U of Chicago, Public Law Working Paper No. 237, September 25, 2008. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1274200> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1274200>.

_____. *A constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TATE, Neal C. “Why the expansion of judicial power?” In: TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

TEIXEIRA, Matheus. *Só 1% das decisões do STF dos últimos 30 anos foi tomada em discussão presencial e aprofundada. Levantamento da FGV aponta que, nesse período, 72% das análises foram individuais; os julgamentos colegiados representam 17% do total*. In: FOLHA de SP – 21 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/09/so-1-das-decisoes-do-stf-dos-ultimos-30-anos-foi-tomada-em-discussao-presencial-e-aprofundada.shtml>, acesso em 26/10/2020.

TELLO, Pilár Jimenez. *O Centro de estudos sobre a mulher na Universidade de Salamanca*. Journal Alfabetização Emocional: Convivência e violência também se aprende. I SEMIDI e SEVILES, 2010. Disponível em <http://www.eventosunisal.com.br/evento2010/anais/palestra.pdf#page=79>

TELLO, Pilár Jimenez y BALLBÉ MALLOL, Manuel. “*El juez como motor de cambio y de integración global*” In: Cuestiones actuales del Derecho Público. Estudios en homenaje a la Dra. Irmgard Lepenies / Grupo de Investigación Derecho Público Global (UDC) Editor: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, 2014.

THAYER, James B. “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law.” *Harvard Law Review*, Oct. 25, 1893, Vol. 7, No. 3, pp. 129-156, Oct. 25 1893. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/1322284.pdf> , acesso em 19/08/2020.

TOQUEVILE, A. *Democracy in America*. New York: Ed. JP Mayer, 1969.

TOMELIN, Georghio. *O Estado jurislador*. BeloHorizonte: Fórum, 2018.

TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à lei: entre o positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo*. Belo Horizonte : Fórum, 2019.

TREMPS, Pablo Pérez. *Sistema de justicia constitucional*. Navarra: Ed. Aranzadi, 2016.

TSEBELIS, George. PROCESSO DECISÓRIO EM SISTEMAS POLÍTICOS: veto players no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo. Rev.

bras. Ci. Soc. v.12 n.34. São Paulo, jun. 1999. Disponível em: http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/34/rbcs34_06.pdf, acesso em 31/08/2020

TV JUSTIÇA. *História*. Disponível em <http://www.tvjustica.jus.br/index/conheca>, acesso em 02/11/2020.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

_____. “Novos mecanismos institucionais para a criação do direito constitucional”. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, vol.08, nº. 02, pp. 1188-1206, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2015.16915>, acesso em 31/08/2020.

VALENTE, Fernanda. *STF mantém proibição de operações policiais nas favelas do Rio de Janeiro*. 05 de agosto de 2020. In: CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-05/mantida-proibicao-operacoes-policiais-favelas-rj-durante-epidemia>. Acesso em 26/10/2020.

VALENTE, Rubens. *STF libera inquérito sobre José Serra no dia da prescrição*. In: UOL. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/colunas/rubens-valente/2020/11/04/jose-serra-investigacao-supremo-tribunal-federal.htm>, acesso em 06/11/2020.

VALLE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Tese (doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Alicante; Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2015.

_____. *É preciso repensar a deliberação no Supremo Tribunal Federal*. CONJUR. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-fev-01/observatorio-constitucional-preciso-repensar-deliberacao-stf>, acesso em 22/10/2020.

_____. “A inconstitucionalidade das decisões cautelares monocráticas no controle abstrato de constitucionalidade”. In: TORON, Alberto Zacharias Toron (et. al.). *Decisões controversas do STF: direito constitucional em casos*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VALLINDER, Torbjörn. “The Judicialization of Politics. A Worldwide Phenomenon: Introduction”. *International Political Science Review*, v. 4, n.2, pP. 91-99, April 1994.

VERBICARO, Loaine Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VERMULE, Adrian. *Judging under uncertainty*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e o controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade na obra do americano John Hart Ely*. In: CONJUR, disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-jun-07/controle-judicial-constitucionalidade-obra-john-hart-ely>, acesso em 23/10/2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, pp. 441-463, jul. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>>. Acesso em: 20 Ago. 2020.

_____. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo : Companhia das Letras, 2018.

VILLAAMIL, Óscar Alzaga. *Sociedad Democrática y Constitución (estudios y cabos sueltos)*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

VITORELLI, Edilson. *Qual ministro eu sou?* Belo Horizonte: Editora D’ Plácido, 2019.

WALDRON, Jeremy. “A essência da oposição ao judicial review”. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WHITTINGTON, Keith E. “Interpose your friendly hand: political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court”. In: *America Political Science Review*, Princeton., v. 99, n.4, pp. 583-596, nov. 2005.

YOUNG, Ernest A. “Judicial Activism and conservative politics”. *Colorado Law Review*. Vol. 73, 2002.

ZIPPELLUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.