

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

MARCOS DUQUE GADELHO JUNIOR

**O PAPEL DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS NA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: REFLEXÕES
SOBRE OS MULTIFACETADOS VETORES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

São Paulo
2021

MARCOS DUQUE GADELHO JUNIOR

**O PAPEL DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS NA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: REFLEXÕES
SOBRE OS MULTIFACETADOS VETORES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito do Estado.

Orientador: Professor Doutor Sebastião Botto de Barros Tojal.

São Paulo

2021

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

Gadelho Junior, Marcos Duque

O papel dos magistrados brasileiros na jurisdição constitucional a partir da Constituição de 1988: reflexões sobre os multifacetados vetores da jurisdição constitucional; Marcos Duque Gadelho Junior; orientador Sebastião Botto de Barros Tojal - São Paulo, 2021.
360 f.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

1. Jurisdição constitucional. 2. Novos vetores. 3. Coordenação. 4. Colaboração normativa. I. Tojal, Sebastião Botto de Barros, orient. II. Título.

TERMO DE APROVAÇÃO

GADELHO JUNIOR, Marcos Duque. *O papel dos magistrados brasileiros na jurisdição constitucional a partir da Constituição de 1988: reflexões sobre os multifacetados vetores da jurisdição constitucional*. 2021. 360 f. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

Tese apresentada, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito no Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, à seguinte Banca Examinadora:

Orientador: Professor Doutor Sebastião Botto de Barros Tojal
Faculdade de Direito da USP (Departamento de
Direito do Estado)

Membros:

Prof.

Prof.

Prof.

Prof.

Prof.

São Paulo, de de 2021.

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, devo agradecer à minha família por me acompanhar nessa difícil jornada acadêmica. Devo tudo a eles. Aos meus filhos João Marcos e Maria Clara pelo amor e a esperança renovados a cada dia. À minha esposa Luciane pela compreensão externada no período. Ao meu pai Marcos Gadelho, por ser atencioso e um exemplo de dedicação. À minha mãe Laila Gadelho por ser sempre tão preocupada, amorosa e paciente com minhas inquietações. Ao meu irmão e sua linda família pela família pela inspiração.

Agradeço também ao meu orientador, Professor Doutor Sebastião Tojal, por ter sido seu monitor e orientando, pelos ensinamentos, pelas críticas e, sobretudo, pela paciência demonstrada nesse período da crise sanitária.

Agradeço ao Professor Titular Doutor Ricardo Lewandowski, Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), pelo constante incentivo e apoio, especialmente quando fui seu aluno em um dos créditos feitos durante o percorrer desse caminho acadêmico, e especialmente pelas horas preciosas de ensinamentos que tive presencialmente.

Agradeço aos queridos servidores do STF, por todo o carinho, a alegria e o auxílio em tudo o que foi necessário.

Agradeço à Maria Teresa Mariotto, pela ajuda com a tradução de alguns textos e pelas aulas de italiano para o ingresso na pós-graduação.

RESUMO

GADELHO JUNIOR, Marcos Duque. *O papel dos magistrados brasileiros na jurisdição constitucional a partir da Constituição de 1988*: reflexões sobre os multifacetados vetores da jurisdição constitucional. 2021. 360 f. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

O presente trabalho busca apresentar um aporte teórico, normativo e empírico para identificar e lidar com os novos vetores (funções) da jurisdição constitucional. Para tanto, a tese parte inicialmente do arcabouço teórico dos textos constitucionais e percorre os caminhos institucionais da atividade jurisdicional brasileira, especialmente no período republicano, a fim de demonstrar a ausência de supremacia ou do monopólio judicial na resolução de questões, bem como o seu caráter dinâmico à luz dos fenômenos políticos subjacentes. O trabalho se propõe também a fazer uma breve reflexão sobre o dinamismo da cláusula de separação de poderes e estabelecer balizas para uma correta leitura da interpretação do positivismo de Kelsen, fenômenos que se revelam em conformidade com as novas funções dos magistrados na jurisdição constitucional. Nesse processo, as facetas da atuação de juízes e cortes – coordenação de interesses e colaboração normativa – deverão ser compreendidas a partir do desenho institucional, dos múltiplos incentivos legislativos editados pelo Congresso Nacional e da crescente interação entre os agentes políticos e os magistrados na busca de soluções heterodoxas (mas adequadas) em razão do mosaico fático subjacente. Esse aporte teórico permitirá não apenas uma nova visão acerca da legitimidade, mas também possibilita que se analise, no Brasil, uma nova forma de atuação jurisdicional e política realizada pelo Supremo Tribunal Federal, tanto nas ações de controle abstrato de constitucionalidade quanto em processos originalmente de índole subjetiva.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional; novos vetores; coordenação; colaboração normativa.

ABSTRACT

GADELHO JUNIOR, Marcos Duque. *The Role of Brazilian Magistrates in Constitutional Jurisdiction from The 1988 Constitution: Reflections on the multifaceted vectors of constitutional jurisdiction*. 2021. 360 f. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

This work aims at providing a theoretical, normative, and empirical contribution towards identifying and dealing with new vectors (functions) of constitutional jurisdiction. The present thesis intends to achieve this goal by beginning its analysis with the theoretical framework of constitutional texts on the institutional paths of Brazilian jurisdictional activity. Special attention will be given to the Republican period to demonstrate both the absence of supremacy or judicial monopoly in resolving issues as well as the dynamic character of said jurisdictional activity in light of the underlying political phenomena. The work also proposes a brief reflection on the dynamics of the clause of separation of powers and sets guidelines for a correct reading of Kelsen's interpretation of positivism, phenomena in accordance with the new functions of magistrates in constitutional jurisdiction. In this process, the recent aspects of the actions of judges and courts – coordination of interests and normative collaboration – should be interpreted by means of the institutional design, the multiple legislative incentives issued by the National Congress, and the growing interaction between political agents and judges in the search for heterodox (yet adequate) solutions given the underlying factual scenario. This theoretical contribution allows for not only a new view of legitimacy, but also the analysis, in Brazil, of a new form of jurisdictional and political action carried out by the Supreme Court, both in the actions of abstract control of constitutionality and in processes of originally subjective nature.

Keywords: Constitutional jurisdiction; new vectors; coordination; normative collaboration.

RIASSUNTO

GADELHO JUNIOR, Marcos Duque. *Il ruolo dei magistrati brasiliani nella giurisdizione costituzionale dalla Costituzione del 1988: Riflessioni sui poliedrici vettori della giurisdizione costituzionale*. 2021. 360 f. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

Il presente lavoro si propone di presentare un contributo teorico, normativo ed empirico per identificare e trattare i nuovi compiti (funzioni) della giurisdizione costituzionale. Questa tesi parte quindi inizialmente dal quadro teorico dei testi costituzionali e percorre i percorsi istituzionali dell'attività giurisdizionale brasiliana, soprattutto nel periodo repubblicano, al fine di dimostrare l'assenza di supremazia o monopolio giudiziario nella risoluzione delle questioni, nonché il suo carattere dinamico alla luce dei fenomeni politici sottostanti. Il lavoro si propone inoltre di fare una breve riflessione sul dinamismo della clausola di separazione dei poteri e di stabilire linee guida per una corretta lettura dell'interpretazione kelseniana del positivismo, fenomeni che si manifestano in accordo con le nuove funzioni dei magistrati nella giurisdizione costituzionale. In questo processo, le nuove sfaccettature dell'operato di giudici e tribunali – coordinamento degli interessi e collaborazione normativa – dovranno essere comprese sulla base del disegno istituzionale, dei molteplici incentivi legislativi emanati dal Congresso Nazionale e della crescente interazione tra gli agenti politici ed i magistrati in cerca di soluzioni eterodosse (ma adeguate) nel sottostante mosaico fattuale. Questo contributo teorico consentirà non solo una nuova visione della legittimità, ma consentirà anche l'analisi, in Brasile, di una nuova forma di azione giurisdizionale e politica svolta dalla Corte Suprema, sia nelle astratte azioni di controllo di costituzionalità sia nei processi originariamente di natura soggettiva.

Parole chiave: giurisdizione costituzionale; nuovi compiti; coordinamento; collaborazione normativa.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Classe: controle concentrado. Autuação a partir de 2010	238
Gráfico 2 – Evolução da distribuição dos processos de controle concentrado.....	238
Gráfico 3 – Decisões por ano: Grupo de Classes (Controle Concentrado, Criminais, Demais Originárias e Recursal)	240
Gráfico 4 – Decisões por ano da classe Controle Concentrado.....	240
Gráfico 5 – Decisões Colegiadas (Controle Concentrado): Ambiente da Decisão	241
Gráfico 6 – Mandado de Segurança: Maiores litigantes (Polo Ativo)	267
Gráfico 7 – Mandado de Segurança: Partidos Políticos/Litigantes	268
Gráfico 8 – Ações de Controle Abstrato: Resultados.....	277
Gráfico 9 – Espécies de deliberação/modulação: Acórdãos em ADIs	280
Gráfico 10 – Formas de atuação da jurisdição constitucional na modulação dos efeitos .	282
Gráfico 11 – Embargantes e a natureza dos atos impugnados	283
Gráfico 12 – Áreas temáticas da colaboração normativa e a natureza dos atos impugnados	284
Gráfico 13 – Demandantes mais frequentes: ADIs	297
Gráfico 14 – Demandantes mais frequentes: ADPFs	297
Gráfico 15 – Demandantes mais frequentes: ADCs.....	298
Gráfico 16 – Demandantes mais frequentes: ADOs.....	298
Gráfico 17 – Quantidade de vezes em que figura como litigante (Controle Concentrado)	299
Gráfico 18 – Partidos Políticos: Ações de Controle Abstrato distribuídas a partir de 2010	300
Gráfico 19 – Ações de Controle Abstrato distribuídas por ano.....	300

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABRASCO – Associação Brasileira de Saúde Coletiva
ACOs – Ações Cíveis Originárias
ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT – Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU – Advocacia-Geral da União
ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil
ANADEP – Associação Nacional dos Defensores Públicos
ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres
AOs – Ações Originárias
APIB – Articulação dos Povos Indígenas do Brasil
ARE – Recurso Extraordinário com Agravo
CCJC – Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania
CMC – Centro de Mediação e Conciliação
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público
CNTS – Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde
CONFENEN – Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino
CONSIF – Confederação Nacional do Sistema Financeiro
CPC – Código de Processo Civil
DEM – Democratas
EC – Emenda Constitucional
EUA – Estados Unidos
Fatma – Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente
FEBRABAN – Federação Brasileira de Bancos
FEBRAPO – Frente Brasileira pelos Poupadores
FEFC – Fundo Especial de Financiamento de Campanha
FNP – Frente Nacional de Prefeitos
FUNAI – Fundação Nacional do Índio

FUNPEN – Fundo Penitenciário Nacional

HCs – Habeas Corpus

ICJBRASIL – Índice de Confiança na Justiça Brasileira

ICMBio – Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade

ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor

INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial

LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias

LGBTTT – Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transsexuais e Transgêneros

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional

LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal

MI – Mandado de Injunção

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

PDT – Partido Democrático Trabalhista

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

PL – Partido Liberal

PLs – Projetos de Leis

PSB – Partido Socialista Brasileiro

PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira

PSOL – Partido Socialismo e Liberdade

PT – Partido dos Trabalhadores

PTB – Partido Trabalhista Brasileiro

QPC – Questão Prioritária de Constitucionalidade

REDE – Rede Sustentabilidade

SAE – Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação

SDR – Sistema de Deliberação Remota

SGE – Secretaria de Gestão Estratégica

SIP – Solicitação para Instauração de Processo

SLS – Suspensão de Liminar e Sentença

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
2. EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: REFLEXÕES INTRODUTÓRIAS	18
2.1. Evolução da jurisdição constitucional nas constituições e a preocupação do Constituinte de 1988 com a mudança de paradigma da atividade jurisdicional no Supremo Tribunal Federal	50
2.1.1. Constituição do Império (1824).....	52
2.1.2. Constituição de 1891 e a República Velha.....	56
2.1.3. Revolução de 1930, Estado Novo e as Constituições de 1934 e 1937	64
2.1.4. Constituição de 1946	71
2.1.5. Regime de exceção e as Constituições de 1967 e (EC) 1969	76
2.2. A transformação das facetas (funções) do Poder Judiciário na Constituinte de 1988: O que fazer diante do arquétipo concedido?	88
2.3. Algumas tipologias das funções judiciais (e de juízes), a partir da leitura dos pressupostos epistêmicos de Tushnet e Waldron, do minimalismo de Cass Sunstein e do novo constitucionalismo do bem comum de Vermeule	111
2.3.1. Reflexões sobre as dificuldades da metáfora do diálogo.....	139
2.4. Nova leitura da cláusula da inafastabilidade da jurisdição	157
3. REVISITAÇÃO À SEPARAÇÃO DE PODERES NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E ABDICAÇÃO LEGISLATIVA	164
3.1. A primeira, a última ou a derradeira palavra provisória?	182
3.2. Supremacia, protagonismo ou disruptura histórica da sobreposição dos demais poderes?	198
3.3. A jurisdição constitucional pressupõe um caráter democrático?	210
4. INTERPRETAÇÃO CRIATIVA DAS LEIS NO POSITIVISMO CONTEMPORÂNEO	214
4.1. Novos vetores (coordenadoria de interesses e colaboração normativa)	221
5. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS DECISÕES DA SUPREMA CORTE COMO CATALISADORES DOS NOVOS VETORES: METODOLOGIA ADOTADA	233

5.1. Facetas da coordenação de interesses e supervisão dos demais poderes nas decisões do Supremo Tribunal Federal	246
5.2. Função de colaboração normativa: uma realidade inquietante	272
5.3. Poder Judiciário como escolha legítima pela política para a coordenação de interesses e a colaboração normativa na solução dos conflitos	291
5.4. Novos vetores em áreas temáticas	302
5.4.1. Direito Penal	303
5.4.2. Direito Administrativo e Financeiro	318
5.4.3. Direitos Humanos	325
6. CONCLUSÃO	330
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	334
APÊNDICE A – Lista das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) citadas ..	350
APÊNDICE B – Lista dos <i>Habeas Corpus</i> (HCs) citados	358
APÊNDICE C – Lista das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) citadas	360

1. INTRODUÇÃO

A questão que inspira a presente tese está centrada em verificar novas perspectivas sobre a evolução da jurisdição constitucional no Brasil, a partir do recorte temporal da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), por meio de aporte teóricos e de decisões da Suprema Corte brasileira, com o propósito de esmiuçar aspectos ainda não totalmente examinados ou apresentar fundamentos mais verticais em certas conclusões alcançadas pela literatura nacional, para viabilizar a sistematização e a construção de uma teoria. Isso porque é um erro supor que as facetas judiciais são estáticas, ou que possam ser ancoradas apenas no desenho institucional ou ainda com a importação e menção a conceitos extraídos da filosofia do direito ou da teoria democrática ou moral.

O exercício da jurisdição constitucional no Brasil, enquanto um dos vetores das atividades do Poder Judiciário – aqui se faz referência especialmente à jurisdição constitucional exercida pela Suprema Corte –, apesar de retrocessos pontuais típicos de uma fase de acomodação institucional na relação com os demais poderes, apresenta-se como um dos caminhos possíveis de evolução no direcionamento da unidade política à comunidade. Tal exercício canaliza os tensionamentos entre os todos atores e poderes, sejam eles provocados ou voluntários (simulacros), pontuais ou com alguma estabilidade, turvando a concentração de poderes e arrefecendo o protagonismo histórico dos outros poderes nos séculos XVIII a XX, a fim de constituir verdadeira interface moderadora com o texto constitucional de 1988.

É verdade que há ordens jurídicas democráticas sem uma justiça constitucional¹, ou pelo menos sem uma jurisdição forte, mas parecem cada vez mais excepcionais ao redor do mundo nas últimas décadas. Rememore-se, a propósito, que, segundo mapeamento teórico conhecido, 158 dos 191 países com sistemas constitucionais incluem formalmente instrumentos para o exercício da jurisdição constitucional. Ademais, 79 constituições escritas designaram uma corte ou conselho constitucional para fazê-lo².

Por outro lado, a expectativa de que o Poder Judiciário possa atuar no Brasil como instância dotada de múltiplos vetores – de coordenador político institucional a colaborador normativo, o que se pretende demonstrar no presente ensaio, além de funções de apoio, de

¹ Cf. HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2007.

² GINSBURG, Tom. The Global Spread of Constitutional Review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Eds.). *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York: Oxford University, 2010. p. 81-82.

correção e revisão da constitucionalidade das normas – não se manifesta somente em pressuposições de cláusulas abertas e no desenho institucional previstos na Carta de Direitos de 1988. Tal expectativa se exterioriza também na abdicação, interação e delegação intencional, ou, por vezes dissimulada e informal, de outros órgãos políticos para a deliberação dos seus impasses, assim como na incorporação do léxico da democracia no próprio direito, que, embora condicionado pela política em sua origem, parece ter ganhado autonomia suficiente para controlar abusos que violem as regras do jogo e promover a autocontenção dos poderes.

Isso não significa, todavia, subjugar os demais Poderes como simples produto da atividade decisória judicial, mas, antes, infirmar uma máxima propalada aos ventos, especialmente no Brasil, acerca da supremacia dos magistrados, em especial da Suprema Corte brasileira. Pelo contrário, o contexto histórico normativo descortina que, desde a Constituição de 1824 até a carta constitucional de 1988, o Poder Judiciário é o departamento estatal mais aviltado por fatores exógenos.

Não se ignora o argumento da filosofia do direito que correlaciona o papel do Poder Judiciário ao de guardião dos direitos, especialmente das Supremas Cortes, mas que tem sido colocado em xeque há mais de quarenta anos³, especialmente por acadêmicos norte-americanos, com destaque para a tese do professor Adrian Vermeule que propugnara um papel de deferência ou subordinação do Poder Judiciário, em casos de pouca clareza dos textos a serem aplicados, ao Legislativo⁴, e para o trabalho do professor Mark Tushnet, acerca da proposição de emenda constitucional visando proibir a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais⁵.

Todavia, para além da dificuldade natural da importação de um debate acadêmico estrangeiro acerca da dicotomia entre constitucionalismo e democracia, realizado, muitas vezes, sem a observância das singularidades do regime constitucional brasileiro e do comportamento dos agentes políticos, a expansão da jurisdição constitucional e o relativo sucesso no papel das Supremas Cortes saltam aos olhos quando se verifica que mais de uma centena de países adotaram instrumentos decisórios típicos desse ramo jurisdicional⁶.

Nesse contexto, teses, estudos e ensaios acadêmicos identificaram o recrudescimento da atuação da jurisdição constitucional, especialmente da atuação da Suprema Corte pátria, em

³ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986.

⁴ VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University, 2006.

⁵ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from Courts*. Princeton: Princeton University, 2000.

⁶ Esse cenário, por óbvio, implica um reducionismo das variações institucionais existentes nos Estados que adotaram o modelo da chamada democracia constitucional. Compreendem-se, nesse sentido, modelos fortes de revisão judicial (v.g., modelo concentrado alemão) e os modelos fracos de revisão judicial, especialmente no Canadá e Nova Zelândia, com uma latitude de deferência substancialmente maior ao Legislativo.

assuntos de grande relevância no cenário político, abandonando *prima facie* a autocontenção própria da atividade judicante nos últimos anos. Ademais, não se ignora que existam pesquisas jurídicas de grande fôlego sobre dados dos relevantes feitos no Brasil a respeito da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF)⁷.

Não obstante a relevância dessas pesquisas, cujos recortes cabíveis serão utilizados, ainda há muito a ser investigado, especialmente nos últimos anos, em que crises políticas e sanitárias têm influenciado a atuação heterodoxa do Poder Judiciário e o exercício da atividade jurisdicional no Brasil, a evidenciar, como será explicitado ao longo desta tese, uma fecunda transformação nos papéis dos juízes no exercício da jurisdição constitucional, que passam a atuar, para além das funções tradicionais, como colaboradores normativos para a manutenção da higidez do sistema democrático e coordenadores dos interesses contrapostos dos demais poderes.

Nesse sentido, Zagrebelsky rememora, ao promover distinção sobre os possíveis conteúdos da política, que o Tribunal Constitucional está inserido dentro dela, como um dos fatores decisivos da sua atuação, na condição de instrumento de convivência, e não numa competição entre atores políticos⁸. Com efeito, constituição e política, na acepção proposta, são os dois lados da mesma moeda. Assinala, a propósito, Stephen Breyer, *Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, que a atuação histórica da Corte trouxe parâmetros normativos em precedentes conhecidos para a limitação dos atos de governo, para o debate público e, segundo alguns, para garantir a viabilidade do próprio regime democrático⁹.

O Poder Judiciário e, em especial, o STF no Brasil, passou a desempenhar um papel de destaque no cenário político nos últimos anos, devido à provocação do tribunal para decidir sobre questões políticas e sociais de grande repercussão, especialmente nos momentos de crises de todos os espectros. Isso torna ainda mais necessária a tarefa de aprofundar a compreensão do modo como a atividade jurisdicional e o papel dos juízes estão sujeitos a uma constante metamorfose no seu exercício cotidiano. A partir dessas considerações, descreve-se a evolução da jurisdição constitucional e o papel dos juízes como fórmulas inacabadas no plano do texto

⁷ Cf., dentre outros, BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, p. 251-290, 2013; VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008. p. 444; ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 5-12, 2009. p. 5; e VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, 2008.

⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Princípios y votos: El Tribunal Constitucional y la política*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2008. p. 37-41.

⁹ BREYER, Stephen. *Making Our Democracy Work: A Judge's View*. New York: Vintage, 2010. p. 3-5.

constitucional, cujos limites são constantemente definidos ou redefinidos por vários fatores, mormente em razão da permanente interação com os atores políticos.

O presente estudo buscou trazer uma contribuição original no âmbito do seu campo de pesquisa. Para além do aporte de estrutura teórica e normativa para a verificação dessa hipótese e da definição contemporânea de novas facetas da atividade jurisdicional no Brasil, especialmente no campo da jurisdição constitucional, buscou-se utilizar preferencialmente dados empíricos para a análise da proposta.

Este projeto baseia-se na análise quantitativa e qualitativa de decisões do STF, especialmente no exercício do controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos, a fim de descrever alguns padrões decisórios anômalos, mas igualmente eficientes, presentes na jurisdição constitucional e a sua transformação dinâmica ao longo do tempo, com ênfase para os últimos dez anos, quando os juízes deixaram de atuar como *veto players*, passando para uma atuação mais proativa. Isso porque tais ações constituem indicadores inaugurais válidos da utilização do STF como instância catalisadora da política. Todavia, conforme se verá, há outros instrumentos pelos quais a Suprema Corte tem exortado as novas feições da jurisdição constitucional, ampliando, por consequência, o acesso ao tribunal.

A primeira hipótese trazida a lume para teste, por meio da pesquisa empírica, foi a significativa variação nos padrões decisórios do STF no controle abstrato de constitucionalidade das leis, precisamente na coordenação dos interesses antagônicos, incluindo a conciliação e a mediação para a resolução de conflitos normativos. É o que se extrai, *v.g.*, do Centro de Mediação e Conciliação (CMC), criado pela Resolução 697, de 6 de agosto de 2020, órgão responsável pela busca e implementação de soluções consensuais no Supremo Tribunal Federal, tanto para os conflitos pré-processuais como para questões processuais sujeitas à competência da Corte para as quais, “por sua natureza, a lei permita a solução pacífica”.

No plano da colaboração normativa dos juízes, com distintos vetores, convém apontar a decisão fundamental proferida pela Segunda Turma do STF no *Habeas Corpus* 143.641/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, como um dos modelos possíveis dessa faceta. Com efeito, ao constatar a exagerada e desarrazoada imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, o STF concedeu a ordem, em remédio heroico tradicionalmente subjetivo, para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, reescrevendo, mais uma vez, a doutrina brasileira do *habeas corpus*. Para além da mudança da

natureza jurídica do *habeas corpus*, a decisão constituiu verdadeira fonte normativa ao Congresso Nacional para a edição da Lei 13.769/2018¹⁰, que estabeleceu, dentre outras medidas, a obrigatoriedade da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, com as ressalvas ali determinadas.

Outro objetivo do estudo é proporcionar parâmetros para uma avaliação dessas novas funções. O terceiro objetivo da tese é identificar desafios que devem ser enfrentados e as novas causas de justificação caso se pretenda fortalecer a legitimidade do Poder Judiciário frente ao Parlamento e ao Executivo. Essa é a razão pela qual se optou por um estudo conjunto de jurisprudência e de legislação.

Para tanto, objetiva-se desenvolver a pesquisa pelo método fenomenológico de Cappelletti¹¹, com pormenorizada análise da evolução da atividade jurisdicional no Brasil, especialmente da jurisdição constitucional, utilizando, repise-se, aporte teórico e empírico das decisões do STF proferidas desde a edição da Constituição de 1988 até 2021, mas com destaque para os últimos dez anos. Referidas decisões judiciais, conforme já explicitado, foram analisadas a partir do emprego das abordagens qualitativa e quantitativa.

Por fim, destaque-se que os primeiros capítulos estão voltados para a demonstração das principais fases da jurisdição constitucional ao longo da história brasileira, com destaque para o período republicano, assim como buscam examinar uma ressignificação da cláusula de separação de poderes à luz do ambiente político-jurídico nacional. Passa-se, então, nos últimos capítulos, ao exame das definições analíticas e a aplicação das novas funções – no âmbito de julgamento no STF – à luz dos dados empíricos reunidos.

¹⁰ De acordo com o Parecer proferido em Plenário da Câmara dos Deputados pela Relatora, Deputada Keiko Ota (PSB-SP), que concluiu pela “constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa”.

¹¹ CAPPELLETI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 17-20.

2. EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: REFLEXÕES INTRODUTÓRIAS

Convém assentar, inicialmente, que a melhor compreensão sobre institutos e fenômenos próprios das ciências humanas perpassa necessariamente pela sua conformação com os registros históricos, sem descurar das justas críticas sobre os problemas das fontes¹². Rememora Fábio Konder Comparato, nesse sentido, que, conquanto a tradição filosófica mais poderosa tivesse por paradigma a teoria platônica dos arquétipos, o que implicava a redução cognoscível à sua essência estática e imutável, hoje, no atual quadrante da realidade, conhecer significa, antes de tudo, captar o sentido do processo evolutivo, imanente a todos os seres¹³.

Assim, o propósito deste capítulo é demonstrar a evolução da jurisdição constitucional, por meio da expansão do Poder Judiciário no âmbito do constitucionalismo brasileiro, sob o influxo das Cartas de Direitos editadas a partir de 1824, de modo a retratar duas premissas inaugurais: (i) ausência de supremacia, monopólio judicial ou, quiçá, protagonismo judicial na resolução de questões moralmente controversas ou na interação permanente com os demais Poderes; (ii) caráter dinâmico da atividade jurisdicional à luz dos fenômenos políticos vigentes.

Isso não significa, contudo, alardear um caminho linear a um destino apoteótico ou ao Jardim do Éden, especialmente em relação à jurisdição constitucional, nem tampouco autoriza concluir, em harmonia com alguns pensamentos um tanto movediços, a mudança hermenêutica arbitrária do sentido do dispositivo legal¹⁴ ou, até mesmo, apregoar crepúsculo apocalíptico de um dos instrumentos elementares da função jurisdicional – o texto da lei –, tornando-o simples mecanismo de interesses voluntaristas que distorcem o seu propósito e ameaçam a sua própria existência, conforme já vaticinou Owen Fiss há mais de trinta anos¹⁵.

¹² Aqui faz-se referência às bem lançadas críticas de Pedro Jimenez Cantisano sobre os problemas das fontes, do etnocentrismo e da fragmentação e da síntese histórica. Cf. CANTISANO, Pedro Jimenez. Três problemas da História Constitucional Brasileira. In: LEAL, Fernando (Coord.). *Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 179-188.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.

¹⁴ Rememore-se aqui a preciosa lição de John Hart Ely, que, ao expor as dificuldades inerentes ao método da interpretação histórica, assentou: “O dado mais importante relacionado às intenções dos constituintes é a própria linguagem constitucional” (ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 22-23).

¹⁵ Owen Fiss afirmou que tanto a teoria crítica do direito quanto o movimento do direito econômico, para além de alardear uma concepção normativa do direito para alcançar seus objetivos, questionam a lei como uma razão de ideal público. Sustenta, nesse sentido, que: “Law has been threatened by the disintegration of public values in the larger society, and its future can only be assured by the reversal of those social processes. In order to protect the law, we must look beyond the law. We will never be able to respond fully to the negativism of Critical Legal Studies or the crude instrumentalism of Law and Economics until a regenerative process takes hold, until the broad social processes that fed and nourished those movements are reversed. The analytic arguments wholly internal to the law can take us only so far. There must be something more – a belief in public values and the

Vale dizer, o processo histórico contribui para a análise da interação dos sistemas de conhecimentos aos fatores exógenos, dotado evidentemente de certo escrutínio permanente de suspeita pelo intérprete¹⁶. Isso não implica, em contrapartida, a desconstrução da autonomia dos seus institutos, malgrado não se ignore as conhecidas dificuldades teóricas de sustentação de teses autopoieticas, especialmente no Brasil¹⁷. Conforme apontou José Rodrigo Rodriguez:

Manter inalterada a visão do que seja e deva ser a atuação de um juiz ou uma juíza, aprisioná-la em um conceito com pretensões de verdade, significa defender a paralisação do devir do direito e das instituições do Estado. E não se pode barrar conceitualmente o correr da história. Os conceitos devem ser instrumentos de reflexão e de crítica sobre a efetividade do real e não parte de profissão de fé sobre uma determinada visão de estado de direito e de sociedade¹⁸.

Quiçá seja um truísmo dizer que, para explicar o comportamento judicial dos juízes e Cortes no Brasil, é preciso levar em consideração o contexto histórico-político em que estão inseridos. Atualmente, porém, a reafirmação é um truísmo necessário, seja pela premente necessidade de uma compreensão político-normativa acerca da distopia do papel dos juízes – especialmente no plano da jurisdição constitucional –, seja para sublinhar a inviabilidade de uma definição estática e unívoca da atividade jurisdicional, muito embora certas balizas epistêmicas devam ser extraídas a partir da combinação de aportes teóricos, do desenho institucional e de dados empíricos, precisamente a partir dos julgamentos da Suprema Corte brasileira, conforme será oportunamente explicitado.

Nessa linha de ideias, o exercício da jurisdição constitucional poderá ter fôlego de atuação mais prolongado – sobretudo no campo da legitimidade democrática ou, segundo

willingness to act on them” (FISS, Owen M. *The Death of Law? In: FISS, Owen. The Law as It Could Be*. New York: New York University, 2003. p. 205).

¹⁶ Ao apregoar a necessidade de levantamento de distintas suspeitas para dirimir a história integral, José Reinaldo de Lima Lopes aponta que: “Como o direito, a história pode cumprir, nos momentos de mudança, um papel legitimador do *status quo*, um papel restaurador e reacionário, ou ainda um papel legitimador no novo regime, ou, se procurarmos uma expressão mais neutra, um papel crítico. Para desempenhar este último, tem que adquirir uma atitude de suspeita permanente para com suas próprias aquisições. Alguns recursos de métodos da nova história serão também os da nova história do direito” (LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 3-4).

¹⁷ Celso Fernandes Campilongo, ao trazer a figura metafórica dos sistemas políticos e jurídicos como duas bolas do jogo de bilhar (de Niklas Luhmann), afirma: “Quando o sistema político, ao tomar decisões coletivas, transfere poderes aos tribunais (ignorando os limites estruturais e os elementos que caracterizam o operar do sistema jurídico) ativa, no centro desse sistema, uma operação esdrúxula. O direito passa a ser utilizado como instrumento para o bloqueio do acesso ao direito. O direito produz direito. Mas é o direito, igualmente, que nega o direito e bloqueia a decisão política. Num contexto de distribuição desvantajosa da diferenciação funcional, o sistema jurídico continua sendo autopoietico. Contudo, no sentido de causar impedimento ao sistema político: uma ‘autopoiese’ periférica” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 81-83).

¹⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 17 (grifou-se).

alguns, enquanto representação argumentativa¹⁹, não voltado apenas para a simples correção ou solução dos conflitos, mas a fim de tornar as decisões mais toleráveis na política, num consensualismo e, também, num consequencialismo regrado e delimitado –, se for compreendido como fenômeno legitimado por estímulos legiferantes em associação coordenada com atividades políticas, além de, num contexto de racionalidade e previsibilidade, assegurar boas respostas²⁰ às questões estruturais do Estado e sobre os direitos humanos.

Registre-se, ainda, que a atuação judicial proativa numa zona de penumbra não deverá corresponder à tentativa dissimulada de usurpar ou debilitar o núcleo essencial das funções dos demais poderes – o que se denominará de jurisdição Macunaíma em clara alusão à tipologia criada por Cass Sunstein²¹, traduzida na conhecida máxima do “golpe de estado jurídico”²² –, nem tampouco está condicionada ao fracasso do legislador em conferir sentido aos valores constitucionais. Há outras variáveis não suficientemente exploradas pela literatura nacional. Cite-se, por exemplo, a abdicação do Parlamento nacional, por meio de delegação expressa e permanente de instrumentos e técnicas decisórias aos juízes e Cortes brasileiras, descortinando, quando menos,

¹⁹ Robert Alexy assenta ser possível desenhar uma imagem da democracia que não contenha mais do que um sistema de tomada de decisão centrado nos conceitos alusivos ao processo eleitoral e a regra da maioria. Um conceito adequado de democracia deve, no entanto, compreender não apenas decisão, mas também argumento. A inclusão de argumentos no conceito de democracia torna a democracia deliberativa. Para ele: “Now, it is possible to draw a picture of democracy that contains no more than a system of decision making centered around the concepts of election and majority rule. This would be a purely decisional model of democracy. An adequate concept of democracy must, however, comprise not only decision but also argument. The inclusion of argument in the concept of democracy makes democracy deliberative. Deliberative democracy is an attempt to institutionalize discourse as far as possible as a means of public decision making. For this reason, the connection between the people and the parliament must not only be determined by decisions expressed in elections and votes but also by argument. In this way, the representation of the people by the parliament is, at the same time, volitional or decisional as well as argumentative or discursive” (ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation. International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 3, n. 4, p. 572-581, 2005).

²⁰ Convém rememorar, no entanto, a conhecida oposição presente nas clássicas lições de Ronald Dworkin: “A questão, portanto, de se existem casos sem nenhuma resposta certa em um determinado sistema jurídico – e se tais casos são raros ou numerosos – não é uma questão empírica comum. Acredito que tais casos, se é que existem, devem ser extremamente raros nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha. Alguém que conteste isso não pode, se os argumentos deste ensaio estão certos, fundamentar seu argumento valendo-se simplesmente da tese da demonstrabilidade ou dos outros argumentos *a priori* considerados anteriormente. (...) Cada relato de caso contém um parecer sustentando que, na comparação, um lado tem o melhor argumento. Alguns casos trazem também um parecer discordante, mas isso também indica que um lado tem o melhor argumento” (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 215-216).

²¹ Sunstein aponta no debate constitucional quatro padrões de juízes (e suas iminentes condutas), o que ele chamou de “Constitutional Personae”, a saber: juízes heróis, juízes soldados, juízes burkeanos e juízes mudos. Cf. SUNSTEIN, Cass R. *Constitutional Personae. The Supreme Court Review*, Chicago, v. 2013, n. 1, p. 433-460, Jan. 2014.

²² Alec Stone Sweet utiliza a expressão para aludir que a decisão do Tribunal Constitucional alemão, no famoso caso *Lüth*, reafirmou uma competência que havia sido expressamente delegada pela Lei Fundamental alemã ao corpo político (SWEET, Alec Stone. *The Juridical Coup d’État and the Problem of Authority. German Law Journal*, Lexington, v. 8, n. 10, p. 915-928, 2007).

que tais agentes políticos atuam em esferas de dimensões públicas distintas²³, mas interligadas por interações dinâmicas.

Em artigo publicado há mais de setenta anos²⁴, Robert Dahl, para além de qualificar a Suprema Corte como instituição política voltada para decisões desse jaez – compreendida, em sua visão, como a escolha efetiva dentre alternativas sobre as quais há, num primeiro momento, zonas de incerteza –, sustentava que incumbia ao Tribunal legitimar as políticas públicas adotadas pela maioria legisladora corrente, bem como proferir decisões sobre temas controversos que, embora não possuíssem apoio de uma coalizão política, estivessem ancorados em algum consenso pelos líderes políticos, fazendo menção expressa ao caso *Brown v. Board of Education*, 347 U.S 483 (1954), que, como é de conhecimento geral, solapou as políticas de segregação racial nas escolas públicas. Confira-se:

A Suprema Corte não é, contudo, simples agente da aliança. É parte essencial da liderança política e possui algumas bases do seu próprio poder, a mais importante das quais é a legitimidade única atribuída às suas interpretações da Constituição. A Corte compromete essa legitimidade se ela flagrantemente se opõe às políticas maiores da aliança dominante; esse curso de ação, como nós temos visto, é um em que a Corte normalmente não tenta se empenhar. (...)

A principal tarefa da Corte é conferir legitimidade às políticas fundamentais da coalização bem-sucedida. Há vezes em que a coalização é instável a respeito de certas políticas-chave; com grande risco à legitimidade dos seus poderes, a Corte pode intervir nesses casos e pode mesmo suceder que estabeleça a política. Provavelmente, nesses casos, ela terá sucesso apenas se a sua ação se conformar a e reforçar um conjunto muito disseminado de normas explícitas ou implícitas defendidas pela liderança política; normas que não são fortes o suficiente ou não são distribuídas de um modo que garanta a existência de uma maioria legisladora efetiva, mas são, todavia, suficientemente poderosas para prevenir qualquer ataque bem-sucedido à legitimidade dos poderes da Corte²⁵.

Voltando ao tema da evolução da atividade jurisdicional, passa-se a fazer breve digressão acerca da função dos juízes a partir da eclosão das revoluções liberais do século XVIII, nos primórdios do constitucionalismo moderno²⁶, porquanto o recorte temporal

²³ NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 82-109.

²⁴ DAHL, Robert A. Tomada de decisão na democracia: a Suprema Corte como instituição nacional de tomada de decisão política. Trad. José Levi Mello do Amaral Júnior. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Orgs.). *Jurisdição Constitucional* (Série IDP: Linha Constitucionalismo Brasileiro). São Paulo: Saraiva, 2020. p. 463-483.

²⁵ DAHL, Robert A. Tomada de decisão na democracia: a Suprema Corte como instituição nacional de tomada de decisão política. Trad. José Levi Mello do Amaral Júnior. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Orgs.). *Jurisdição Constitucional* (Série IDP: Linha Constitucionalismo Brasileiro). São Paulo: Saraiva, 2020. p. 481-483.

²⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51-52.

reproduz, quando menos, genuíno ponto de inflexão responsável por assegurar alicerces dogmáticos estruturantes²⁷ conferidos ao Estado moderno atual, a saber: (i) Estado de Direito e o governo das leis e (ii) separação de poderes, na acepção que guarda correlação lógica com os propósitos escolhidos nesta tese. Isso não significa, repito, apregoar um caráter estático aos institutos, já que os fenômenos político-sociais têm força suficiente para alterar a concepção essencial da figura estatal²⁸, a ponto de se cogitar, diante da crise epistemológica de alguns pressupostos, da extinção da disciplina da Teoria (Geral) do Estado no campo acadêmico²⁹.

A escolha realizada, como se vê, para além de não ser arbitrária ou aleatória, não encerra as contribuições originais trazidas pelos regimes políticos pretéritos, especialmente os da Antiguidade Clássica. Muito pelo contrário. Na Grécia, como é de conhecimento geral, o direito não precisava ser revelado por vontade divina, mas decorria de lei positiva fruto de amplo debate filosófico, sendo que o direito positivo se sobrepunha ao direito natural, especialmente em caso de colisão³⁰. Ademais, existiam duas espécies de órgãos jurisdicionais em Atenas³¹,

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 88-100.

²⁸ Nessa linha, explícita Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “De fato, se as instituições que nos governam – no Ocidente – são basicamente as mesmas que o século XVIII desenhou, ‘inventando’ o Direito Constitucional, é óbvio que elas não permanecem imunes aos fatos e doutrinas, mormente políticos, que marcam a sua passagem pelos dois séculos posteriores. Realmente, eram essas instituições, inspiradas pelo liberalismo nascente, que vieram a ser influenciadas, e muito, pelos vários matizes do socialismo. Previam um Estado ao qual cometeria o mínimo, hoje sobrevivem num Estado abrangente do qual muito pouco escapa. Visavam salvaguardar a liberdade individual, e agora propõem-se a assegurar a todos o bem-estar. Essas mudanças não romperam as linhas mestras do Direito Constitucional, mantiveram, pelo menos na forma, as instituições democrático-liberais. Entretanto, são responsáveis por desajustes e descompassos que as abalam, a ponto de se dever seriamente cogitar se, para garantir as metas liberais e democráticas, não é necessário estabelecer um novo modelo institucional” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. XV).

²⁹ Afirma, nesse sentido, Maria Paula Dallari Bucci: “Segundo as Diretrizes Curriculares Nacionais, aprovadas pelo Ministério da Educação em 2004, e base para toda a atuação regulatória nos cursos de Direito, a TGE deixou de integrar expressamente a parte propedêutica do curso de Direito, a formação inicial, para dar lugar à Ciência Política, juntamente com a Antropologia, a Sociologia, a Economia etc. (...) O que ocorreu na década que medeia 1994 e 2004, portanto, foi o desaparecimento da menção à Teoria do Estado. Hoje, nem mesmo se trata de apêndice à Ciência Política. Assim, diferentemente do que ocorre nos EUA, por exemplo, em que o curso de Direito é oferecido como pós-graduação a estudantes que já realizaram um período inicial de formação no *college*, o sentido e o conteúdo dessa formação geral no Brasil, não apenas no Direito, são algo um tanto movediço. A discussão das relações disciplinares da Teoria do Estado com o Direito Constitucional e a Ciência Política é útil no sentido de evidenciar as particularidades de abordagens tidas predominantemente como jurídicas ou políticas e identificar pontos de conexão entre elas. Como a formação de um estudante de Direito não prescinde da apresentação à questão fundamental das relações entre o poder e o direito, esse deve ser o ponto de partida para divisar os efeitos de eventual extinção da disciplina e especular sobre o destino de seu ‘conteúdo essencial’” (BUCCI, Maria Paula Dallari. *A Teoria do Estado entre o jurídico e o político*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; GASPARD, Murilo (Orgs.). *Teoria do Estado: sentidos contemporâneos*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 27-28).

³⁰ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006. p. 25.

³¹ José Reinaldo de Lima Lopes destaca, nesse sentido, que: “Há duas espécies de órgãos de jurisdição em Atenas. Para os casos de crimes públicos, o julgamento é feito por grandes tribunais de dezenas ou centenas de membros. A Assembleia (...) de todos os cidadãos, repartidos em distritos territoriais (...) elegia o grande conselho de supervisão (Areópago). Embora todos pudessem ter participação na assembleia, nem todos poderiam ocupar

malgrado não houvesse, por outro lado, a execução judicial, cabendo à vítima o encargo de fazê-lo. Em Roma, com os seus diferentes “regimes constitucionais”, destacavam-se os distintos aspectos das funções judiciais exercidas por pretores, juízes e príncipes em cada um dos períodos, assim como as distintas fontes normativas³². Também não é estranha à Idade Média certa concepção de noção de limite de poder, compartilhado, naquele período, entre imperador e papa, entre reis e senhores, e ainda, de forma localizada e incipiente, por cortes e parlamentos³³.

Diante desse cenário, convém sublinhar, nas lições clássicas sobre o Estado de Direito liberal³⁴, reproduzidas anacronicamente ainda hoje no senso comum, que a atuação judicial, ao menos no continente europeu, foi concebida essencialmente para determinar e assegurar a interpretação e aplicação das leis, por meio do método hermenêutico dedutivo (com a subsunção mecânica dos fatos ao texto legal). Os magistrados serviam, quando muito, de árbitros para assegurar a inviolabilidade dos direitos individuais positivados, garantindo uma progressiva separação entre política e direito e regulando, desse modo, a legitimidade da influência política no governo³⁵. O ponto central desta atuação consistia em negar qualquer subordinação do direito legislativo a fatores exógenos.

Com efeito, o então concebido direito natural, fruto da vontade divina, estava substancialmente apartado do Estado, que não o produzia, nem o regulava, e tem na

todas as magistraturas, pois os cidadãos, para este feito, haviam sido divididos (Constituição de Sólon) em classes de renda. Ao lado do Areópago, um Conselho (...) de 400 exercia o governo. O Areópago julgava os acusados de subverter a Constituição. Quando o julgamento se fazia para casos menos importantes por um magistrado ou juiz singular poderia haver apelo para a assembleia judicial propriamente (*Heliastas*) que funcionava em grupos (...)” (LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 23-24).

³² LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 28-47.

³³ SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 36.

³⁴ Relembra Danilo Zolo que, não obstante ser de uma grave ingenuidade procurar uma definição unívoca e ideologicamente neutra de Estado de Direito, a interpretação teórica coerente deverá pautar-se pela busca de “referências de valor, as modalidades normativas e as formas institucionais que aproximam as diversas experiências que se referiram – ou foram referidas – à noção de Estado de Direito”. Ademais, para além de ressaltar a origem da expressão *Rechtsstaat* (Estado de Direito) – utilizada por Robert von Mohl, no começo do século XIX, no tratado *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, assentou que a doutrina do Estado de Direito, inspirando-se no pensamento de Kant e de Humboldt, contrapõe-se ao Estado absolutista e ao Estado de polícia, sendo as vertentes liberais clássicas a teoria dos “direitos públicos subjetivos” – construída por Jellinek - e o primado da lei como sistema de regras impessoais, abstratas, gerais e não retroativas (ZOLO, Danilo. *Teoria crítica do Estado do Direito*. Trad. Carlos Alberto Dastoli. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 8-14).

³⁵ Alex de Tocqueville descreveu as três funções dos juízes: (i) pronunciar-se sobre casos particulares, e não sobre princípios gerais; (ii) servir como árbitro; e (iii) agir quando provocado. Todavia, o autor reconhecia o poder político atribuído aos juízes americanos de fundar suas decisões diretamente na Constituição e de deixar de aplicar as leis que lhes parecerem inconstitucionais (TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: Leis e Costumes*. De certas leis e certos costumes que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Trad. Eduardo Brandão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 111-117).

desobediência de Antígona³⁶, de Sófocles, seu retrato fiel da suposta ascendência da vontade divina sobre o direito dos homens. Esse, por sua vez, passou a incorporar normas abstratas e com ampla adesão do corpo social para regular os conflitos sociais, conforme será explicitado adiante. Assim, o Direito é instituído pela lei, sendo essa, para Platão, no diálogo *As Leis*, a condição indispensável para a salvação do Estado:

O ateniense: (...) Se chamo de servidores das leis aqueles a que damos o nome de magistrados não é pelo simples prazer de cunhar uma expressão nova, mas sim porque acredito que a salvação ou ruína do Estado, acima de qualquer outra coisa, se baseia nisso, pois todo o Estado que tem a lei numa condição subserviente e impotente está à beira da ruína enquanto para todo o Estado no qual a lei é soberana sobre magistrados e estes são servidores da lei haverá salvação e todas as benesses que os deuses outorgam aos Estados³⁷.

Curiosamente, segundo alguns teóricos, o jusnaturalismo do século XVII precedeu a concepção normativa, hoje amplamente difundida, da sobreposição entre normas superiores e inferiores³⁸. De fato, no Estado absolutista, o poder de estabelecer normas concentrava-se na pessoa do soberano, que “não estava sujeito às leis civis”³⁹. E mais, para além da natureza cogente, a lei nunca era contrária à razão, devendo os juízes, quando necessário, “considerar a razão que levou o soberano a fazer determinada lei, para que sua sentença esteja em conformidade com ela e, nesse caso, seja a sentença do soberano; do contrário, será a sua sentença e, portanto, injusta”⁴⁰.

Logo, com erosão dos alicerces filosóficos e políticos do Estado absolutista, fruto da desconfiança em razão da abstração dos paradigmas do direito outorgado pelo soberano⁴¹, materializa-se o conflito político entre o limiar de um esboço de liberalismo político contra a

³⁶ A personagem era irmã de Polinice. O rei Creonte decidiu que o corpo do rebelde não poderia ser sepultado como condenação perpétua pelos seus erros. Antígona, no entanto, entendeu que ninguém, com base no direito natural, poderia deixar insepulto o corpo de seu próprio irmão, ainda que para tanto tivesse que enfrentar a lei posta. Antígona foi julgada e condenada.

³⁷ PLATÃO. *As leis*: livro IV. 2. ed. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2010. p. 187-188.

³⁸ Rememora Thomas Hobbes que: “A lei natural e a lei civil contêm-se uma na outra, e sua extensão é idêntica. Assim, as leis naturais, que consistem na equidade, na justiça, na gratidão e em outras virtudes morais destas dependentes, na condição de mera natureza (tal como disse no final do capítulo XV), não são propriamente leis, mas qualidades que predisõem os homens para a paz e a obediência. As leis existem desde o momento em que o Estado é constituído, não antes” (HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico* (1651). Trad. Rosina D’Ángina. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 189-190).

³⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico* (1651). Trad. Rosina D’Ángina. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 189-190.

⁴⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico* (1651). Trad. Rosina D’Ángina. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 190-192.

⁴¹ Norberto Bobbio chamava esse fenômeno (de criação exclusiva do direito) de “processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado”. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006. p. 27.

soberania do poder do absolutismo, com o paroxismo na eclosão das revoluções liberais do século XVIII. A bem da verdade, a Revolução Gloriosa (1688)⁴² e as ideias de John Locke reforçaram o nascimento das bases da soberania parlamentar⁴³, em atendimento aos direitos preexistentes ao Estado⁴⁴, embora não se ignore as ideias pretéritas (e aparentemente abandonadas na Inglaterra) de Edward Coke sobre a atuação de mediação dos juízes entre os interesses do rei e da nação, como guardiões da supremacia do *common law*⁴⁵.

Os postulados do direito escrito e da infalibilidade da lei são erigidos a pressupostos dogmáticos da própria liberdade, encontrando na codificação um porto relativamente seguro de transformação a partir de 1756⁴⁶. Isso não significa, contudo, que o direito natural tenha sido

⁴² Lembra Gilberto Bercovici que a restauração da monarquia e a edição do *Act of Settlement* (1662) recrudesceram as tensões com o parlamento. A *Convention Parliament* foi convocada e, ao contrário do parlamento, estava dotada de poderes extraordinários. O trono inglês (exercido por Jaime II) foi declarado vago em 1689. Antes disso, porém, “os comuns buscaram estabelecer uma garantia contra futuros abusos e elaboraram a *Bill of Rights*. Proclamado rei pela convenção, Willian de Oragen assinou a *Bill of Rights* em 16 de dezembro de 1689. A partir da Revolução Gloriosa, a constituição mista passa a ser o modelo teórico-interpretativo dominante da constituição inglesa, com suas características de soberania do parlamento, *checks and balances* e separação de Poderes” (BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 106-107).

⁴³ Não se ignora que, antes das revoluções francesa e americana, floresceram na Inglaterra cartas e estatutos assecuratórios dos direitos do homem, como a Magna Carta (1215-1225), o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688). Todavia, apesar da generalização da consciência dos perigos representados pelo poder absoluto sobre o indivíduo, os indigitados documentos não possuíam o mesmo caráter universal das Declarações Francesa e do “Bom Povo da Virginia” (1776). Neste contexto, afirma Comparato: “No entanto, as liberdades pessoais, que se procuraram garantir pelo *habeas corpus* e o *bill of rights* do final do século, não beneficiavam indistintamente todos os súditos da Sua Majestade, mas, preferencialmente, os dois primeiros estamentos do reino: o clero e a nobreza”. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 49-50.

⁴⁴ John Locke afirmou: “Sendo o principal objetivo da entrada dos homens em sociedade eles desfrutarem de sua propriedade em paz e segurança, e estando o principal instrumento para tal nas leis estabelecidas naquela sociedade, a lei positiva primeira e fundamental de todas as sociedades políticas é o estabelecimento do poder legislativo – já que a lei natural primeira e fundamental, destinada a governar até mesmo o próprio legislativo, consiste na conservação da sociedade e (até onde seja compatível com o bem público) de qualquer um dos seus integrantes. (...) Em segundo lugar, a autoridade legislativa, ou suprema, não pode arrogar-se o poder de governar por meio de decretos arbitrários extemporâneos, mas está obrigada a dispensar justiça e a decidir acerca dos direitos dos súditos por intermédio de leis promulgadas e fixas, e de juízes conhecidos e autorizados. Pois, desde que a lei de natureza não é escrita e que, portanto, não se pode encontrá-la senão no espírito do homem, não será possível, na ausência de um juiz estabelecido, convencer com facilidade de seu equívoco aqueles - que movidos pela paixão ou interesse – venham a citá-la ou aplicá-la erroneamente” (LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. In: LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 502-508, grifou-se).

⁴⁵ CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 46-47.

⁴⁶ Faz-se referência ao *Codex Bavaricus Civilis*.

expurgado pelos revolucionários. Muito pelo contrário⁴⁷⁻⁴⁸. Nessa linha de ideias, Bobbio diagnosticou, com exatidão, a ausência de conflito absoluto entre o denominado direito natural e o direito positivo, sendo o primeiro detentor de uma função sub-rogatória para colmatar lacunas do direito positivo⁴⁹:

Na verdade, a concepção liberal acolhe a sugestão dada pela concepção absolutista ao problema das relações entre o legislador e juiz, a saber, o assim dito dogma da onipotência do legislador (a teoria da monopolização da produção jurídica por parte do legislador) (...). Como ocorre esta passagem da concepção absolutista para a liberal da teoria da onipotência do legislador? Para compreendê-lo devemos observar que a teoria em questão apresenta dois aspectos, duas faces, uma absolutista e uma liberal. Por um lado, de fato, tal teoria elimina os poderes intermediários e atribui um poder pleno, exclusivo e ilimitado ao legislador, que é o aspecto absolutista. Mas tal eliminação dos poderes intermediários possui também um aspecto liberal, porque garante o cidadão contra as arbitrariedades de tais poderes: a liberdade do juiz de pôr normas extraindo-as do seu próprio senso da equidade ou da vida social pode dar lugar a arbitrariedades nos confrontos entre cidadãos, enquanto que o legislador, pondo normas iguais para todos, representa um impedimento para a arbitrariedade do poder judiciário⁵⁰.

Confirmam-se, ainda, respectivamente, a Declaração de Independência das Treze Colônias (1776) e a redação do festejado art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789):

Consideramos que essas verdades são evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, que são dotados por seu Criador com certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Que, para garantir esses direitos, os governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados, – que sempre que qualquer forma de governo se tornar destrutiva desses fins, é direito do povo alterá-lo ou aboli-lo e instituir um novo Governo, estabelecendo suas bases em tais princípios e organizando seus poderes de tal forma que lhes pareça mais provável que efetue sua segurança e felicidade. A prudência, de fato, ditará que os governos há muito estabelecidos não devem ser mudados por causas leves e transitórias; e, conseqüentemente, toda a experiência tem mostrado que a humanidade está mais disposta a sofrer, enquanto os males são toleráveis, do que a corrigir-se abolindo as formas a

⁴⁷ “O Iluminismo, representando a modernização forçada e pelo alto, consistiu no direito, em uma crítica dos privilégios estamentais da nobreza, da autoridade da tradição, da crítica dos limites da propriedade feudal, crítica do poder dos reis, crítica do clericalismo (secularização).” LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 191-192.

⁴⁸ LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. In: LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 502-507.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006. p. 42-44.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006. p. 38.

que estão acostumados. Mas quando uma longa sequência de abusos e usurpações, perseguindo invariavelmente o mesmo objeto evidencia um desígnio de reduzi-los ao despotismo absoluto, é seu direito, é seu dever livrar-se de tal Governo e fornecer novos Guardas para sua segurança futura. – Tal tem sido o sofrimento paciente dessas colônias; e tal é agora a necessidade que os constrange a alterar seus antigos sistemas de governo. A história do atual Rei da Grã-Bretanha é uma história de repetidas injúrias e usurpações, todas tendo por objetivo direto o estabelecimento de uma tirania absoluta sobre esses Estados. Para provar isso, deixe os fatos serem submetidos a um mundo sincero⁵¹.

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei⁵².

O que importava, de fato, era sobrestar a interferência do Estado na esfera de atuação dos indivíduos, impondo-lhe mecanismos de contenção então desconhecidos dos povos antigos e nas monarquias absolutas. Assim, o ordenamento jurídico e a atuação jurisdicional só teriam validade se assegurassem, por meio do primado da lei, uma esfera mínima de atuação de liberdade aos indivíduos, restringindo, desse modo, a irrefreável disposição do exercício despótico do poder⁵³.

⁵¹ Redação original: “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed, – That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness. Prudence, indeed, will dictate that Governments long established should not be changed for light and transient causes; and accordingly all experience hath shewn, that mankind are more disposed to suffer, while evils are sufferable, than to right themselves by abolishing the forms to which they are accustomed. But when a long train of abuses and usurpations, pursuing invariably the same Object evinces a design to reduce them under absolute Despotism, it is their right, it is their duty, to throw off such Government, and to provide new Guards for their future security. – Such has been the patient sufferance of these Colonies; and such is now the necessity which constrains them to alter their former Systems of Government. The history of the present King of Great Britain is a history of repeated injuries and usurpations, all having in direct object the establishment of an absolute Tyranny over these States. To prove this, let Facts be submitted to a candid world”.

⁵² Redação original: “La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l’exercice des droits naturels de chaque homme n’a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi”.

⁵³ Temia-se o arbítrio e a imoderação no exercício do poder político, não só de algum déspota no poder, mas sobretudo da maioria surgida no ambiente político. Para Benjamin Constant: “This system is a discovery of the moderns, and you will see, Gentlemen, that the condition of the human race in antiquity did not allow for the introduction or establishments of an institution of this nature. The ancient peoples could neither feel the need for it, not appreciate its advantages. Their social organization led them to desire an entirely different freedom from the one which this system grants to us” (CONSTANT, Benjamin. *The liberty of the ancients compared with that of the moderns*. In: CONSTANT, Benjamin. *Political Writings*. Trad. Biancamaria Fontana. Cambridge: Cambridge University, 1988. Posição 3713 (Kindle)). Cf. também: MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Trad. Isabel Siqueira. Mem Martins: Europa-America, 1997.

Em outras palavras, buscava-se a contenção do poder estatal, com o propósito de salvaguardar a autodeterminação do cidadão em detrimento do Estado. Cada indivíduo era soberano em si, presumindo-se detentor de capacidade para determinar o seu comportamento individual (direito a autodeterminação), desde que não prejudicasse outrem. O direito geral de liberdade⁵⁴, nesse sentido político negativo, consubstanciava-se na área privada em que se pode agir sem sofrer limitações da autoridade pública, preservando-se a autodeterminação do indivíduo. Para autores como Locke⁵⁵, o exercício do poder estatal só teria legitimidade quando se propusesse a assegurar o maior grau possível de liberdade em favor dos membros do corpo social; ou, melhor dizendo, a atuação estatal somente encontraria porto seguro quando garantisse, ao lado das restrições necessárias a proteção da sociedade, o núcleo intangível da liberdade dos indivíduos, pedra angular do edifício do constitucionalismo liberal.

Por consequência, o Estado liberal assume certo protagonismo na criação das leis e do próprio direito, por meio do monopólio do processo legislativo, vinculado, agora, à ideia da lei como expressão da vontade geral num contrato social imaginário⁵⁶, um dos predicados do constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX⁵⁷. Nessa quadra, Norberto Bobbio advertia que:

Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para essa criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, àquilo

⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 341-345.

⁵⁵ Para John Locke, uma das ideias centrais repousava na preservação daquilo que denominou de “*property*”, isto é, os indivíduos, ao se unirem para formar a sociedade política, não deixam de serem titulares de bens indispensáveis à própria condição humana: a vida, a liberdade e seus bens. Afirmou, neste sentido, que nem mesmo o poder legislativo, o poder supremo da sociedade política, pode eliminar aludidos bens supostamente em favor da comunidade. “Pois, sendo ele apenas o poder conjunto de cada membro da sociedade, concedido à pessoa ou assembleia que legisla, não pode exceder o poder que tinham essas pessoas no estado da natureza, antes de entrarem em sociedade e cederem-no à comunidade. Pois ninguém pode transferir a outrem mais poder do que ele próprio possui; e ninguém dispõe de um poder arbitrário sobre si mesmo, ou sobre quem quer que seja, para destruir sua própria vida ou tomar a vida ou propriedade de outrem” (LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 504-505).

⁵⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ediouro, 2020. p. 59-60.

⁵⁷ Rousseau afirmou: “Quando digo que o objeto das leis é sempre geral, entendo que a lei considera os súditos um corpo e as ações abstratas, nunca um homem como indivíduo ou uma ação particular. Assim, a lei poderá muito bem estatuir que haverá privilégios, porém não poderá conferi-los nominalmente a alguém; a lei poderá estabelecer diversas classes de cidadãos, mesmo indicar as qualidades que darão direito a essas classes, mas não poderá nomear tais e tais indivíduos para admissão nessas classes; pode estabelecer um governo real e uma sucessão hereditária, mas não pode escolher um rei ou nomear uma família real; em uma palavra, toda função que diz respeito a um objeto particular não tange ao poder legislativo” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ediouro, 2020. p. 59-60).

que em outro curso chamamos de processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado⁵⁸.

Ademais, na fase inaugural de sua teoria liberal burguesa, Emmanuel Joseph Sieyès, o pensador constituinte da Revolução Francesa, foi um dos precursores da proposta da superioridade da lei constitucional em lugar da decadente idolatria absolutista⁵⁹. Por tal razão, a supremacia do parlamento e da vontade geral rousseauiana – para os revolucionários na França do final do século XVIII, ancorada na desconfiança natural em relação ao Poder Judiciário –, impedia o controle ulterior da constitucionalidade das leis. Nas palavras de Alec Stone Sweet, os juízes eram escravos do sistema codificado legal⁶⁰. Bem por isso, para além da proibição expressa na legislação de 1790, o ordenamento jurídico punia criminalmente magistrados à sanção da perda dos direitos civis que interferissem na vigência dos textos escritos⁶¹:

O objetivo da proibição é isolar a “função política” (legislar) da “função judicial” (resolução de disputas), garantindo assim a supremacia do estatuto dentro da ordem jurídica. Desde os primeiros momentos da Revolução, a identificação rousseauiana da legislação com a vontade geral e dos legisladores com a soberania popular foi consagrada constitucionalmente, produzindo uma doutrina de separação de poderes que circunscrevia rigidamente a autoridade judiciária. Durante este período, os parlamentares consideraram o judiciário um inimigo corrupto e reacionário da reforma social e condenaram a “confusão de poderes” decorrente da revisão judicial (ou seja, as funções judiciais e legislativas eram alegadamente indistinguíveis)⁶².

Impõe-se, ainda, ressaltar que Rousseau não associava a figura do povo (soberania) à dos seus representantes eleitos para o parlamento, a exemplo do que ocorrera com os pais fundadores no regime constitucional norte-americano. Dizia ele:

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006. p. 27.

⁵⁹ Ao abordar a clássica obra “Que é o Terceiro Estado?” (*Qu'est-ce que le tiers État?*) de Sieyès, Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta que Sieyès teve a ideia de criar um tribunal para controlar e solapar quais atos contrários à Constitucional, embora não tenha logrado sucesso (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 16-18).

⁶⁰ SWEET, Alex Stone. Why Europe Rejected American Judicial Review: And Why it May Not Matter. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 101, n. 8, p. 2744-2780, 2003.

⁶¹ “In France, the prohibition was formalized as a punishable offense in the penal code. Article 127 of the code states that ‘judges shall be guilty of an abuse of their authority and punished with loss of their civil rights’ for interfering with the legislature or administration ‘by issuing regulations containing legislative provisions, by suspending application of one or several laws, or by deliberating on whether or not a law will be published or applied.’ Dating from the Napoleonic era, the provision has never been abrogated” (SWEET, Alex Stone. Why Europe Rejected American Judicial Review: And Why it May Not Matter. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 101, n. 8, p. 2744-2780, 2003. p. 2746).

⁶² SWEET, Alex Stone. Why Europe Rejected American Judicial Review: And Why it May Not Matter. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 101, n. 8, 2003. p. 2746.

Digo, pois, que, sendo a soberania tão somente o exercício da vontade geral, não pode jamais se alienar e que o Soberano, que não passa de um ser coletivo, só pode ser representado por ele mesmo; pode-se muito bem transmitir o poder, mas não a vontade. Com efeito, se não é impossível que uma vontade particular se harmonize em algum ponto com a vontade geral, é impossível, ao menos, que esse acordo seja durável e constante, visto que a vontade particular se inclina, por sua natureza, para as preferências, e a vontade geral para a igualdade. É ainda mais impossível que se tenha uma garantia desse acordo; embora sempre devesse existir, não seria um efeito da arte, mas do acaso⁶³.

É digno de nota que, a partir da Constituição francesa de 1958⁶⁴ até a reforma constitucional de 2008, o regime jurídico contemplava o controle preventivo de constitucionalidade de alguns atos normativos. Com isso, a França passou a dispor, por meio do Conselho Constitucional, da prerrogativa para declarar uma lei inconstitucional em certas hipóteses. A questão foi regulamentada pela Lei Orgânica 2009-1523, que ampliou a competência do Conselho Constitucional para permitir o controle ulterior de constitucionalidade das leis (promulgadas e em vigor)⁶⁵.

Voltando ao tema do capítulo, a neutralidade clássica da atuação do Poder Judiciário no Estado liberal, como é de conhecimento geral, encontrou terreno fértil para florescer na dicotomia entre política e o direito e na teoria clássica da separação dos poderes. Isso porque, para além de não estar mais associada à aristocracia do Parlamento, devendo ser exercido por pessoas extraídas da classe popular, em certas épocas do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que apenas dure o tempo necessário⁶⁶, em matéria de interpretação das

⁶³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ediouro, 2020. p. 49-50.

⁶⁴ A criação do Conselho Constitucional, a partir da 5ª República (Carta de 4 de outubro de 1958) reformulou profundamente o parlamentarismo francês, representando um dos marcos nessa mudança de paradigmas.

⁶⁵ Uadi Lammêgo Bulos, ao explicitar a evolução do Conselho Constitucional a partir da Constituição de 1958 (em que lhe conferido o controle de constitucional preventivo), assenta com precisão: “A evolução do Conselho Constitucional Francês tem sido constante desde quando foi criado, nos albores da Quinta República, por Napoleão Bonaparte, com a sua conhecida competência administrativa, e da Corte de Cassação, com jurisdição sobre matéria civil. Na atualidade, o *Conseil Constitutionnel* tem passado por uma espécie de revolução constitucional silenciosa, despercebida pela opinião pública francesa. Pela reforma constitucional de 2008, que entrou em vigor em março de 2010, o *Conseil*, além de exercitar o controle constitucional abstrato e preventivo, que já desempenhava, passou a atuar como verdadeira justiça constitucional, realizando, também, o controle constitucional concreto e *a posteriori*”. No entanto, destaca também que o “Conselho Constitucional Francês tem procurado evitar: (i) a formação de um governo de juízes, por meio de decisões que reescrevem as leis do Parlamento; e (ii) a instabilidade jurídica a partir de sentenças obscuras, as quais acarretariam expectativa de mudança de posições já cristalizadas na Corte” (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 198).

⁶⁶ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 167-170.

normas (“*la puissance de juger*”), os juízes não criavam o direito, mas, antes, limitavam-se a revelar e declarar o sentido e o alcance do texto legal⁶⁷.

A máxima da completude do ordenamento jurídico, a fim de fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução apriorística sem recorrer a valores metafísicos, encontrou farto espaço para florescer no século XIX e o instrumento hermenêutico adotado – método dedutivo (silogismo), com subsunção dos fatos à regra geral –, afigurava-se como antípoda encontrado pelos revolucionários para impedir a atuação do magistrado, por qualquer mecanismo, na formação legislativa do direito.

Propugnava-se, assim, pela passividade dos integrantes do Poder Judiciário, postulação essa que não se confundia necessariamente com a ausência da imparcialidade⁶⁸, dentro dos quadros ideológicos do Estado de Direito. Lembra Nuno Piçarra, nesse sentido, a visão francesa de que a balança dos poderes estava confinada no órgão legislativo, porquanto não existiam equilíbrio e fiscalização recíprocos em ramos que não estão em pé de igualdade⁶⁹.

A neutralização política dos juízes do Poder Judiciário era, ao mesmo tempo, pressuposto da configuração do Estado de Direito liberal, conforme já explicitado, e consectário lógico da teoria da separação de poderes, uma vez que todos esses indicadores compunham o alicerce do próprio constitucionalismo. É o que se extrai, *v.g.*, do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁷⁰.

Daí porque a anomia do Poder Judiciário no sistema liberal e o fetichismo da lei, fruto, insiste-se, da desconfiança popular em substituir o absolutismo dos monarcas pela nobreza da toga e do ideário sobre o protagonismo do legislativo, parecem encontrar alicerce nas próprias codificações estatuídas no limiar do século XIX, com destaque para o Código de Napoleão de

⁶⁷ Carlos Maximiliano rememora que o sistema tradicional da escolástica, que se destinava a vincular o Direito aos textos rígidos e aplicá-los de acordo com a vontade de um legislador há muito esquecido, culminou no predomínio do método da exegese, “o qual consistia em expor a matéria dos Códigos artigo por artigo. Assim se facilitava, em cada espécie, a investigação da vontade do legislador”. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 36-41.

⁶⁸ Quanto ao tema, Antoine Garapon, magistrado e pensador francês, além de identificar o fenômeno da tentação populista de pretender-se um acesso direto, sem atalhos, a uma suposta “verdade”, ressalta que a imparcialidade dos juízes é essencial ao funcionamento da própria democracia, devendo ser promovida desde o ingresso desses na judicatura e ao longo de toda a sua carreira. Nesse sentido: “Uma terceira atitude consiste em manter a justiça afastada das influências políticas e em organizar a neutralidade dos juízes desde o recrutamento até o fim da carreira de juiz. (...) A sociedade democrática tem, com efeito, necessidade de terceiros verdadeiramente neutros. Numa democracia mais jurídica e menos republicana, a qualidade de terceiro deve ser reavaliada. Aquele que deseja sê-lo deve aparentá-lo e pagar um preço – talvez elevado – pelo compromisso de nunca mais exercer nenhuma outra função pública, por um respeito escrupuloso da obrigação de reserva e por um silêncio mediático absoluto” (GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Piaget, 1996. p. 263-264).

⁶⁹ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 205.

⁷⁰ Redação Original: Art. 16. Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution.

1804. O invulgar apreço à figura do texto legal gerou a edição de ato normativo (Lei de 16-24 de agosto de 1790), que, para além de proscrever a intervenção judicial nos atos administrativos, determinou aos magistrados que, toda vez que reputassem necessário elucidar o sentido de uma lei, deveriam dirigir-se ao Poder Legislativo.

Logo, processos hermenêuticos para a interpretação e aplicação das normas, e não atos de pura vontade, passaram a dar contornos instrumentais a codificação, ao formalismo e ao positivismo exegeta. Portanto, a neutralização do Judiciário era uma das bandeiras importantes na caracterização do estado de direito burguês, em que a separação de poderes e o protagonismo legiferante foram lançados como consequências lógicas da vontade geral. Ela se torna, no correr do século XIX, a pedra angular dos sistemas políticos desenvolvidos⁷¹.

Todavia, curiosamente, o gérmen da flexibilização da pura mecanização na aplicação da lei encontra seu renascimento nessa época. Registre-se, nesse ponto, que Norberto Bobbio, ao analisar o teor do art. 4º do citado Código Napoleônico⁷² – que impedia o magistrado de sonegar a aplicação do direito –, advertiu que a intenção dos redatores era deixar aberta alguma válvula de escape aos juízes ou, melhor, franquear “possibilidade da livre criação do direito por parte do juiz”⁷³. E assim ressaltou Jean-Étienne-Marie Portalis, no seu famoso discurso preliminar sobre o projeto de Código Civil Francês (1804), quando afirmou que:

Cuando la ley es clara, hay que seguirla; cuando es oscura, se han que examinar detalladamente sus disposiciones. A falta de ley, hay que tener en cuenta la costumbre o la equidad. La equidad es el retorno a la ley natural ante el silencio, la contradicción o la oscuridad de las leyes positivas. Forzar al magistrado a recurrir al legislador sería el más funesto de los principios. Supondría renovar en la actualidad la desastrosa legislación de los rescriptos, pues cuando el legislador interviene para pronunciarse acerca de asuntos nacidos y discutidos con vehemencia entre particulares, no se encuentra más al abrigo de sorpresas que los tribunales. Es menos temible el arbitrio reglado, modesto y circunspeto de un magistrado, que puede ser rectificado y está sujeto a la acción por prevaricación, que el arbitrio absoluto de un poder independiente que jamás es responsable⁷⁴.

⁷¹ GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Piaget, 1996. p. 53-75.

⁷² Art. 4. O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada.

⁷³ Afirmou, ainda, que: “A *ratio* do art. 4º do Código de Napoleão, na intenção dos seus compiladores, era de evitar os inconvenientes de uma prática judiciária instaurada durante a Revolução, pela qual os juízes, quando não dispunham de uma norma legislativa precisa, se abstinham de decidir a causa e devolviam os atos ao poder legislativo para obter disposições a propósito. E isto e muitos casos era imposto pela própria lei revolucionária, que desejava estimular até o extremo o princípio da separação de poderes; em outros casos eram sugeridos ao juiz critérios de prudência política, para evitar que, com a mudança das relações de força entre os vários grupos revolucionários, ele fosse responsabilizado pela aplicação de uma lei emendada de um grupo para combater outro” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006. p. 77).

⁷⁴ PORTALIS, Jean Étienne-Marie. *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*. Trad. Adela Mora. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 2004. em: <https://e->

Como se nota, a neutralidade e equidistância dos magistrados nunca foram sinônimos de menosprezo integral pela ética dos fatos, especialmente no momento da interpretação ou aplicação do direito, nem tampouco utilizadas de forma dissimulada, ao menos na hermenêutica do atacado judicial (tribunais superiores), em relação às atribuições dos outros agentes do Estado.

Disso se segue que, se não há espaço para o juiz Hércules⁷⁵, tampouco há para o juiz omissivo, que tem no silogismo e no método dedutivo o seu porto seguro para justificar a desídia hermenêutica. Assim, a força normativa do texto legal deve ser pré-compreendida, compreendida e aplicada, numa operação hermenêutica única, dentro de uma moldura normativa⁷⁶ prevista na lei, sem que isso, contudo, signifique adotar a concepção dworkiniana do Estado de Direito centrado nos direitos e nos princípios⁷⁷, ou a supremacia das forças reais do poder alardeado por Lassalle, transformando a Constituição em simples folha de papel⁷⁸, conforme se pretende examinar em capítulo próprio.

De todo modo, o protagonismo da soberania popular ancorada no corpo parlamentar não se revestia de caráter absoluto, quer no sistema do *common law* – em que a famosa Convenção de Filadélfia de 1787, segundo aportes teóricos⁷⁹, não constituiu uma genuína assembleia constituinte, mas, antes, uma busca pela revisão dos Artigos da Confederação⁸⁰,

archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19797/discurso_portalis_hd31_2014.pdf?sequence=3. Acesso em: 10 jan. 2021. Tradução livre.

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 286-317.

⁷⁶ Expressão atribuída a Hans Kelsen, retirada da obra *Teoria pura do Direito* (KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 387-398).

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 3-105.

⁷⁸ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Trad. Walter Stonner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁷⁹ O Ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, assentou com precisão: “A federação norte-americana surgiu na prática, com a superação do pacto confederativo celebrado entre as treze antigas colônias britânicas da América do Norte, transformadas em Estados soberanos, logo após a *Declaração de Independência*, de 1776. A confederação, organizada com o escopo de fazer frente à inimiga comum, a Coroa Inglesa, logo esgotou as suas potencialidades, sobretudo em função da fragilidade dos vínculos entre os Estados associados e a falta de eficácia de sua atuação conjunta, fazendo com que estes, revendo os chamados *Artigos de Confederação*, adotassem uma Constituição comum, depois de longas e acaloradas discussões de seus representantes, reunidos na cidade de Filadélfia, em 1787. Conforme ficou decidido no conclave, a Constituição passaria a vigorar depois de ratificada por nove, pelo menos, dos integrantes da confederação”. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 13-18.

⁸⁰ Gilberto Bercovici afirmou, com base em farta doutrina especializada, que a busca era essencialmente pelo governo forte central para frear as tendências democráticas: “A participação do povo não poderia ser negada totalmente, mas era vista com desconfiança e ceticismo pelos convencionais da Filadélfia. O seu realismo político fez com que percebessem que, embora contrários à democracia, o governo do Estado não poderia ser a prerrogativa de uma única classe, havendo a necessidade de comprometer a maioria dos cidadãos com a estrutura constitucional. O discurso dos freios e contrapesos (*checks and balances*), presente na Inglaterra do século XVIII, em Montesquieu e na Revolução Americana, contrapõe-se ao discurso da soberania. A soberania decide,

sendo submetida às assembleias estaduais para a ratificação –, quer nos sistemas dos países da Europa continental, em que a instabilidade e os conflitos foram eventos constantes nos séculos XVIII e XIX.

Mas não é só. A melhor compreensão hermenêutica da teoria clássica da separação de poderes nunca abarcou uma organização rígida do sistema de distribuição de competências, mesmo na condição orgânica-funcional como pré-requisito à *rule of law*⁸¹. Pelo contrário, buscava-se substancialmente encontrar algum meio de evitar a sobreposição de funções e o despotismo de um dos poderes, exigindo, para tanto, que cada um deles dispusesse de mecanismos para resistir à tentativa de usurpação de competência do outro⁸². Daí porque Nuno Piçarra reafirmou, em várias passagens da sua obra, que descabe conferir ao princípio da separação de poderes um significado imutável, tendo em vista que sua feição pode variar conforme as condições históricas, *in verbis*:

(...) Tal discrepância de juízos conduz, de imediato, à suposição de que a – separação de poderes – tem sido tomada em múltiplas acepções, algumas incompatíveis entre si, o que a torna – um dos mais confusos termos do vocabulário do pensamento político e constitucional.

Podem enumerar-se, para já, pelo menos as seguintes acepções:

1º Distinção entre os conceitos de legislativo, executivo e judicial, para designar quer funções estaduais distintas quer os órgãos que respectivamente as exercem.

2º Independência ou imunidade de um órgão estadual, quanto ao(s) seu(s) titular(es) ou quanto aos seus actos, perante a acção ou interferência de outro.

3º Limitação ou controlo do poder de um órgão estadual mediante o poder conferido a outro órgão de anular ou impedir a perfeição dos actos do primeiro, ou mediante a responsabilização de um perante o outro.

4º Participação de dois ou mais órgãos, independentes entre si, da mesma função estadual, em ordem à prática de um acto imputável a todos.

5º Incompatibilidade de exercício simultâneo de cargos em diferentes órgãos estaduais⁸³.

Ademais, mostra-se sempre elucidativa, ainda hoje, a lição clássica de Alexander Hamilton, um dos mais conhecidos *founding fathers* dos Estados Unidos da América, sobre a

enquanto os contrapesos exigem uma negociação para que se chegue a um resultado. O objetivo declarado dos convencionais da Filadélfia era evitar que o número prevalecesse sobre a qualidade, impedindo a tirania popular e a ascensão política das massas, com um governo que não dependesse do povo” (BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 126-128).

⁸¹ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 11-27.

⁸² Mas, ao mesmo tempo, os pais fundadores fizeram ressalvas quanto ao Poder Judiciário e a impossibilidade de calibragem de forma uniforme em relação ao poder de autodefesa de cada “ramo”. Cf. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: pensamento político*. 3. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, Russel, 2010, n. 51.

⁸³ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 12.

fragilidade institucional do Poder Judiciário perante os demais órgãos de vontade do Estado, mas não necessariamente dos seus integrantes, uma vez que *não tem a espada nem a chave do cofre*⁸⁴. O Poder Legislativo era visto com desconfiança nos Estados Unidos da América, já que,

de um órgão que pode ser até responsável pela aprovação de leis defeituosas, dificilmente se poderia esperar uma disposição para ajustá-las ou moderar-lhes a aplicação. O mesmo espírito que predominou em sua elaboração estaria presente quando da interpretação; seria ainda menos provável que homens que infringiram a Constituição, no papel de legisladores, estivessem dispostos a reparar seus erros quando investidos do papel de juízes⁸⁵.

É digno de nota, ainda, que o fenômeno da codificação das leis não buscava apenas certa racionalização formal decorrente da soberania do legislador, mas, antes, implicava também uma simplificação radical do material jurídico concomitante para um nivelamento do próprio sistema social. Daí porque Ricardo Lorenzetti destacou que os códigos acabaram por reduzir o espaço de interpretação jurídica, a qual se limitava exclusivamente à lei, por meio da simples exegese. A codificação significou, antes de tudo, uma garantia ao corpo social em face do Estado. Assim “o direito civil codificado era autossuficiente, não necessitava de outros textos para solucionar os litígios”⁸⁶.

Todavia, a crise do Estado legal, os efeitos dos avanços da tecnologia e a transferência de poderes ao Executivo (estado administrativo), desencadeados por distintos eventos, parece ter sido o gatilho para a revolução na mudança do padrão de comportamento judicial dos magistrados (o terceiro gigante)⁸⁷, mas não explica, isoladamente, a expansão global da atuação do Poder Judiciário.

⁸⁴ “Quem analisar atentamente os diferentes ramos do poder percebe desde logo que, em um governo em que eles são separados uns dos outros, o Judiciário, pela própria natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos previstos na Constituição, pois será o de menor capacidade para ofendê-los ou violá-los. O Executivo dispõe não apenas das honrarias, mas também da espada. O Legislativo, além de manter os cordões da bolsa, prescreve as normas pelos quais cada cidadão deve regular seus direitos e deveres. O Judiciário, porém, não tem a menor influência sobre a espada nem sobre a bolsa; não participa da força nem da riqueza da sociedade e não toma resoluções de qualquer natureza. Na verdade, pode-se dizer que não tem força nem poderio, limitando-se simplesmente a julgar, dependendo até do auxílio do ramo executivo para a eficácia de seus julgamentos” (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: pensamento político*. 3. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, Russel, 2010. n. 78, p. 478).

⁸⁵ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: pensamento político*. 3. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, Russel, 2010. n. 81, p. 496.

⁸⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2. ed. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 42-43.

⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 43-55.

Por outro lado, com o advento do Estado social e, no final do século XX, do Estado de Direito constitucional, acompanhado dos novos métodos hermenêuticos⁸⁸, da teoria de argumentação e da filosofia do direito, a criatividade do julgador na interpretação e aplicação da norma – aqui não se faz distinção ontológica de cada um dos fenômenos nos diferentes modelos⁸⁹ – foi alçada o patamar jamais visto no plano nacional, como se pretende demonstrar adiante. Muito pelo contrário, a expansão do chamado direito legislativo em todos os domínios da vida constituiu, paradoxalmente, um dos fatores para o recrudescimento do “direito judiciário”⁹⁰, sobretudo porque toda decisão, seja do legislador, seja judicial, vem carregada de escolhas efetivas que traduzem, em alguma medida, um grau de incerteza⁹¹. Evidencia-se, portanto, um crescimento exponencial na margem de livre apreciação do juiz⁹².

Rememore-se, nesse sentido, que, em texto publicado na década de 1990, Tércio Sampaio Ferraz Júnior ressaltou, com precisão, que a neutralidade judicial era uma das peças importantes na caracterização do estado de direito burguês, tornando-se, ao longo do século XIX, a pedra angular dos sistemas políticos desenvolvidos, que repercutia no plano institucional, mas que jamais foi concebida como instrumento de desabono ao plano da realidade:

[A] neutralização do Judiciário se apoiará na centralização organizada da legislação (só a lei, votada e aprovada pelos representantes do povo, obriga) e reforçará o lugar privilegiado da lei como fonte do direito. Este reforço ocorre não só pela exaltação do princípio da legalidade e a consequente proibição da decisão *contra legem*, mas também pelo ato jurisdicional como um processo de subsunção do fato à norma. (...)

A neutralização política do Judiciário, consequência da divisão dos poderes e espinha dorsal do estado de direito burguês, esclareça-se, não é, propriamente, um tipo de indiferença genérica (...).

Neutralizar, portanto, não significava tornar genericamente indiferente, mas gerar uma indiferença controlada, ou seja, estabelecer uma relação em que a indiferença é garantida contra expectativas de influência. A neutralização, nesse sentido, não torna o Judiciário imune, de fato, a pressões de ordem política. Sua neutralização não se dá em nível dos fatos, mas em nível das expectativas institucionalizadas: ainda que de fato haja pressões políticas,

⁸⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁹⁰ CAPPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 34-40.

⁹¹ DAHL, Robert A. Tomada de decisão na democracia: a Suprema Corte como instituição nacional de tomada de decisão política. Trad. José Levi Mello do Amaral Júnior. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Orgs.). *Jurisdição Constitucional* (Série IDP: Linha Constitucionalismo Brasileiro). São Paulo: Saraiva, 2020. p. 463-483.

⁹² LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1983.

estas institucionalmente não contam. A independência do juiz, dirá o jurista consciente dessa institucionalização, exige que “a crença nela esteja enraizada profundamente na população” (*Mannlicher, Die richterliche Unabhaengigkeit*, citado por Mareie, ob. cit., p. 265). Pois só desse modo a pressão política, como fato, se descarta como versão ética⁹³.

Nesse contexto, num dos estudos precursores sobre esse fenômeno na década de 1990, C. Neal Tate anunciou condições “facilitadoras” da expansão da atuação do Poder Judiciário, dentre elas: (i) a presença de um regime democrático, uma vez que é muito improvável a judicialização da política num regime ditatorial; (ii) a separação de poderes; (iii) a política de direitos, ainda que formalmente positivados, voltada a minorias; (iv) grupos de interesse e (v) interesse da oposição em provocar a Corte; (vi) instituições majoritárias ineficientes, especialmente de governos de coalizão fracos; (vii) percepção pública negativa das instituições majoritárias; (viii) a delegação para os tribunais de medidas e decisões que as instituições majoritárias não considerem oportuno adotar. Ademais, o fenômeno da judicialização, na visão de Tate, depende também de atitudes dos juízes para o seu recrudescimento, a saber: (i) magistrados decidem que devem participar do processo decisório que poderia ser realizado de forma disfuncional por outras instituições; (ii) substituição das soluções de políticas públicas formuladas nesse processo⁹⁴.

Mas não é só. Ao traçar diversas situações na Tabela 3.1, em sua obra publicada em 1995, Tate consolida entendimento de que a judicialização só estará materializada integralmente quando: (i) as condições facilitadoras existirem, (ii) os valores dos juízes não forem coincidentes com os valores da coalizão majoritária, e (iii) os juízes estiverem dispostos a participar da tomada de decisões políticas (preferências funcionais)⁹⁵. Além disso, diferentes fatores históricos culturais são apontados como justificativas do recrudescimento do Poder Judiciário, tais como: (i) a particular redemocratização na América Latina, África e Ásia; (ii) a influência da jurisprudência e da ciência política dos EUA; (iii) a influência da Corte Europeia de Direitos Humanos⁹⁶.

Outros fatores impulsionaram a expansão do poder judicial, como a edificação constitucional após a Segunda Guerra Mundial (Itália e Alemanha), a declaração de independência de alguns países (Índia e países africanos) e a incorporação de tratados

⁹³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 12-21, 1994.

⁹⁴ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University, 1995. p. 28-37.

⁹⁵ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University, 1995. p. 28-37.

⁹⁶ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University, 1995. p. 1-5.

internacionais ao direito nacional⁹⁷. Teorias vinculadas à guardiania e à cultura dos direitos humanos, decorrentes da positivação nos textos constitucionais, e as teorias funcionalistas – as quais têm seu alicerce na estruturação substancial do Poder Judicial como instrumentos de controle⁹⁸ – também contribuíram para o olhar mais acurado para a atuação dos juízes e cortes.

Recentemente, o crescimento do Poder Judiciário voltado como recurso estratégico aos grupos políticos e econômicos dominantes tem sido objeto de considerações e aportes teóricos⁹⁹. Rememore-se, a propósito, a conhecida passagem de Alexis de Tocqueville, que, embora tenha reconhecido a fragilidade da justiça, assentou ser rara uma questão política nos Estados Unidos que não se transforme, mais cedo ou mais tarde, em uma questão judicial¹⁰⁰.

No campo da hermenêutica judicial, convém assentar algumas observações preliminares. O formalismo, enquanto método de interpretação tradicional, incorporava a própria consistência do direito liberal. A obediência dos juízes ao sentido estrito do texto legal era mandamento obrigatório, em atendimento à clivagem entre o direito posto e a política institucional. O Judiciário teria missão de solucionar conflitos, por meio da interpretação e aplicação das leis postas à cada caso particular. O referido modelo, vinculado a um suposto processo civilizatório – na visão da classe liberal europeia social em confronto com o resquício de um absolutismo monárquico, e que tinha na separação dos poderes um dos seus maiores dogmas –, serviu a um indisfarçável propósito de contenção do poder de julgar.

Curioso, no entanto, que, muito embora o formalismo tenha caído em certo ostracismo pelo aumento da produção legislativa, precisamente em campos então menosprezados pela lei¹⁰¹, aliado também a certa incompatibilidade do direito posto às novas exigências sociais, verifica-se que as reações às interpretações e decisões judiciais sobejaram em diferentes regimes jurídicos para além daquelas previstas pelos revolucionários franceses, incluindo ameaças de descumprimento das decisões judiciais¹⁰² até represálias institucionais como o

⁹⁷ Cf. HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2007. p. 7-8.

⁹⁸ ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalismo. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 83, n. 4, p. 771-797, 1997.

⁹⁹ Cf. HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2007. p. 38-49.

¹⁰⁰ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: Leis e Costumes*. De certas leis e certos costumes que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Trad. Eduardo Brandão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 111-112.

¹⁰¹ CAPPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

¹⁰² A proteção judicial ao direito dos cidadãos foi sendo construída não sem embates, intimidações e recuos do STF, especialmente na época da República Velha. Tanto assim que o Presidente Floriano Peixoto teria realizado o conhecido desabafo (repleto de ameaças): “que eles concedam a ordem, mas, depois, que procurem saber quem concederá *habeas corpus* aos Ministros do Supremo”.

Court Packing Plan de Franklin Roosevelt¹⁰³ e a cassação de magistrados da Suprema Corte no Brasil¹⁰⁴. Registre-se, aliás, que a prática do fenômeno do *Contempt of Court*, aqui compreendida como a execução de qualquer ato voltado a lesar ou violar decisões judiciais na administração da justiça, ou, ainda, a diminuir sua autoridade ou dignidade, nunca foi ato incomum na história republicana brasileira, conforme será explicitado adiante.

Não se ignora, outrossim, a nova roupagem semântica conferida ao formalismo por parte da doutrina¹⁰⁵, especialmente para reagir à negligência das teorias normativas em apontar soluções acerca da incapacidade institucional dos juízes na tomada de decisões, as quais deveriam estar limitadas por regras, observando-se ainda as consequências na sua aplicação, a fim de minimizar possíveis danos¹⁰⁶. O formalismo de Vermeule impõe aos magistrados que obedeçam ao sentido inequívoco e específico dos textos normativos, sem remeter a fontes laterais, além da adoção de uma postura de deferência em relação aos processos hermenêuticos apresentados pelo Parlamento e pelas agências do Poder Executivo¹⁰⁷.

Feito esse registro necessário, verifica-se que o formalismo jurídico¹⁰⁸ constituiu instrumento hermenêutico que assegurava a chamada teoria da legislação como fonte preeminente do direito, ou seja, coloca o direito como subespécie da legislação¹⁰⁹. Na versão moderada desse instituto, o direito tem um valor instrumental. Essa posição é assumida por Bobbio¹¹⁰. De todo modo, o formalismo nunca foi sinônimo do positivismo jurídico do século XX¹¹¹. Nesse sentido, Shapiro esclarece que juízes formalistas nunca interpretam e aplicam a

¹⁰³ No Brasil, a retaliação chegou a ser implementada. O Presidente Castello Branco aumentou o número de magistrados do STF de 11 para 16, por meio do AI-2, de 27 de outubro de 1965. Acabou por nomear cinco ministros: Adalício Nogueira, Prado Kelly, Oswaldo Trigueiro, Aliomar Baleeiro e Carlos Medeiros.

¹⁰⁴ O Ato Institucional 5, de 13 de dezembro de 1968, dispunha que o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderia suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de dez anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais.

¹⁰⁵ Vermeule admite, por exemplo, a existência de pelo menos dois tipos de formalismos, recusando peremptoriamente aquele que procura extrair regras legais de “essências” jurídicas sem que possam ser consideradas reflexões sobre moral e política (VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University, 2006. p. 5).

¹⁰⁶ VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University, 2006. p. 5.

¹⁰⁷ VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University, 2006. p. 1.

¹⁰⁸ Concepção trazida por Bobbio para se referir a definição formal do direito exclusivamente em razão da sua estrutura formal, independentemente do conteúdo. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 144-146.

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006. p. 132.

¹¹⁰ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006. p. 233-238.

¹¹¹ Cappelletti rememora a impossibilidade de manutenção da passividade da postura judicial frente às alterações legislativas, destacando, mais uma vez, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: “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

lei com considerações morais, ao passo que os magistrados positivistas somente o farão “na hipótese em que a lei determina o resultado final no caso concreto”¹¹².

E o que subjaz então ao declínio do protagonismo das leis a partir do advento do Estado constitucional? Há inúmeras teses e hipóteses propostas. Para além da insuficiência normativa voltada a coibir as atrocidades do século XX¹¹³ – embora seja possível especular que a atividade jurisdicional, isoladamente, não seria capaz de fazê-lo –, colhem-se as justificativas da delegação da capacidade legislativa¹¹⁴, do avanço tecnológico e a da premente necessidade de lidar com situações internacionais típicas da pós-modernidade¹¹⁵, que passam a exigir uma mudança hermenêutica de todos os atores estatais, uma nova postura diante dos valores constitucionais, sem implicar menosprezo pela obra do legislador. Nesse sentido, Owen Fiss sumariou bem:

Ao falar de uma moralidade pública e da responsabilidade do Judiciário em dar sentido e expressão a esses valores, sou ancorado por uma visão histórica – ao lembrar os anos 1960 e o papel que a lei desempenhou na luta pela igualdade racial. Mas para uma geração nascida depois de Brown, depois de Ole Miss, depois de Birmingham, depois de Freedom Summer, e talvez até depois de Selma, essa visão não funciona. Não é combatida, mas apenas tolerada como uma estranha e até comovente lembrança de um tempo passado. (...)

Parece-me, entretanto, que o próprio direito pode ter um papel importante a desempenhar nesse processo, pois o direito parece tão gerador de valores públicos quanto dependente deles. O Tribunal Warren e o processo transformador que precipitou na sociedade americana não apenas pressupunham a crença na existência de valores públicos, mas também eram responsáveis por eles. Brown presumiu que a Constituição incorporava um compromisso com a igualdade racial e que esse valor era tão real e importante a ponto de justificar o deslocamento de montanhas (quase). Também gerou e nutriu um compromisso com a igualdade racial que transcendeu em muito a lei. (...)

Precisamos da moralidade pública para ter lei, é verdade, mas ainda mais, precisamos da lei para ter uma moralidade pública¹¹⁶.

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’: 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?* Trad. Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 42).

¹¹² SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University, 2013. p. 247-248.

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 92-94.

¹¹⁴ CAPPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 40-42.

¹¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 173-198.

¹¹⁶ “In speaking of a public morality and the judiciary’s responsibility to giving meaning and expression to those values, I am sustained by a historical vision namely, the 1960s and the role the law played in the struggle for

Lembrava Mauro Cappelletti, já no final do século passado, que o crescimento do papel do Estado na intervenção em outros domínios (*Welfare State*), acompanhado pelo aumento substancial da edição de leis, do aparelhamento do “estado administrativo” e da inversão da preeminência do Parlamento sobre a administração, recrudesceram o caráter criativo das decisões judiciais¹¹⁷.

Em outras palavras, a transformação das condições sociopolíticas do século XIX, com o advento da sociedade tecnológica e das mudanças acerca de concepção do Estado de Direito¹¹⁸, aliado a alguma paralisia da função legislativa decorrente de um parlamento cada vez mais fragmentado¹¹⁹, identificaram exigências políticas sociais no sentido de uma “desneutralização”, em que o juiz agora é chamado a exercer novas funções, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe e obrigando-se a uma atuação prospectiva, vinculada a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade.

De fato, as categorias e eventos históricos, que permitiram o desenvolvimento do paradigma liberal sofreram alterações substanciais ao longo do século XX. O estado social, a “desnacionalização do Direito”¹²⁰ e as crises políticas e sociais erigiram o Poder Executivo¹²¹, num primeiro momento, como novo protagonista na tomada das decisões fundamentais ao Estado. Não bastasse isso, o desenvolvimento tecnológico e o advento de uma sociedade de

racial equality. But for a generation born after Brown, after Ole Miss, after Birmingham, after Freedom Summer, and after Selma, this vision does not work. It is not fought but only tolerated as a quaint and even touching remembrance of a time past. (...) It seems to me, however, that law itself might have an important role to play in this process, for law appears as generative of public values as it is dependent on them. The Warren Court and the transformative process it precipitated in American society not only presupposed a belief in the existence of public values but was also responsible for it. The Court’s decision in the *Brown* assumed that the Constitution embodied a commitment to racial equality, and that this value was so real and so important as to warrant moving mountains (almost). It also generated and nurtured a commitment to racial equality that far transcended the law. (...) We need public morality to have law, true, but even more, we need law to have a public morality” (FISS, Owen M. *The Death of Law? In: FISS, Owen. The Law as It Could Be*. New York: New York University, 2003. p. 205-206).

¹¹⁷ “Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. (...) assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão como ‘neutra’”. CAPPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 31-40.

¹¹⁸ ZOLO, Danilo. Teoria crítica do Estado do Direito. Trad. Carlos Alberto Dastoli. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11-14.

¹¹⁹ CAPPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 33-34.

¹²⁰ GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Piaget, 1996. p. 41-42.

¹²¹ HORBACH, Carlos Bastide. O Poder Executivo na democracia contemporânea: liberdade em tempos de crise. In: HORBACH, Carlos Bastide; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello; LEAL, Roger Stiefelmann (Coords.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 121-153.

massas aumentaram consideravelmente a complexidade das relações humanas, exigindo uma cooperação mais efetiva dos atores políticos para a solução nos novos conflitos.

Não cabe aqui uma análise vertical deste fenômeno, campo fértil para a Ciência Política e para a Teoria do Estado, bastando afirmar, para uma razoável compreensão do tema, que as condições do primado do texto legal, da separação dos poderes e, por corolário, da neutralização política dos juízes, desfiguraram-se profundamente nesse período. Trata-se de efeitos do denominado constitucionalismo moderno trazido por J. J. Gomes Canotilho, e o fez para designar

o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio público, sugerindo, ao mesmo tempo a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político¹²².

No que concerne à jurisdição constitucional, destaca-se o ponto de inflexão gerado pela decisão proferida em fevereiro de 1803, *Marbury v. Madison*, que teria inaugurado o conhecido controle judicial de constitucionalidade das leis – apesar da existência de precedentes relevantes¹²³ – no conhecido caso dos juízes da meia-noite¹²⁴, em que Marbury e outros, embora nomeados pelo governo de John Adams para o cargo de juízes de paz no Distrito de Columbia, não receberam as investidas de John Marshall, antigo Secretário de Estado e posteriormente nomeado presidente da Suprema Corte, nem tampouco de Madison, Secretário de Estado de Thomas Jefferson. A Corte, embora tenha reconhecido a ilegalidade na recusa da investidura dos juízes de paz, assentou não ser possível ampliar as atribuições institucionais da Corte por meio de legislação ordinária, aplacando, desse modo, a tensão entre federalistas e republicanos¹²⁵.

Todavia, é com a nota de rodapé 4 da decisão no caso *United States v. Carolene Products Co.* (1938) que ocorre a revolução institucional acerca da estrutura da teoria da decisão judicial no ambiente norte-americano. A Suprema Corte, por meio do *Justice Stone*,

¹²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51-52.

¹²³ Cf. BILDER, Mary Sarah. The Corporate Origins of Judicial Review. *Yale Law Journal*, New Haven, p. 502-566, v. 116, 2006. Ademais, ao contrário do alardeado pelo senso comum, a decisão de Marshall não conjurou revisão judicial do nada, mas sim afirmou a ideia bem estabelecida e praticada por muito tempo de autoridade legislativa limitada no novo contexto da república federal dos Estados Unidos.

¹²⁴ Expressão conferida pelos republicanos que, irritados com a criação de 42 cargos de juízes de paz para o Distrito de Columbia, especialmente por terem sido nomeados pelo governo derrotado nas urnas, o que levou, inclusive, a revogação do *Judiciary Act* de janeiro de 1801, que havia criado dezoito cargos, para desafogar os juízes da Suprema Corte de participar também no *circuit justice*, além de consolidar estruturalmente o Poder Judiciário.

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 94-97.

avalizou a lei federal que proibia o transporte interestadual do leite com óleo vegetal, sob o argumento de que a legislação era perfeitamente racional, como deveria ser, alterando profundamente, por consequência, a concepção liberal da Suprema Corte sobre a constitucionalidade de atos normativos de caráter econômico. A influência do *New Deal* e a indicação do *Justice* Hugo Black contribuíram também para o crescimento a intervenção do Poder Judiciário, colocando fim à “Era Lochner”¹²⁶. Veja-se:

A presunção de constitucionalidade pode ter margem mais estreita quando a legislação parece, à primeira vista, estar compreendida numa proibição específica da Constituição, tal como as das dez primeiras emendas, consideradas igualmente quando entendidas como contidas na Décima Quarta emenda (...).

Não será necessário, agora, considerar se a legislação que restringe aqueles processos políticos dos quais, via de regra, pode-se esperar que provoquem a revogação de leis indesejáveis, deverá estar sujeita a uma análise judicial mais rigorosa (no contexto das proibições gerais da Décima Quarta Emenda) que a maioria dos outros tipos de legislação. (...)

Nem precisamos indagar se considerações semelhantes entram na revisão de estatutos dirigidos a religiosos específicos [...] ou de nacionalidade [...], ou minorias raciais [...]; se o preconceito contra minorias discretas e insulares pode ser uma condição especial, que tende a restringir seriamente a operação daqueles processos políticos normalmente invocados para proteger as minorias, e que pode exigir, nessa mesma medida, um exame judicial mais minucioso¹²⁷.

¹²⁶ Cf. CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 45-47.

¹²⁷ “There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten Amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. See *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359, 369, 370, 51 S.Ct. 532, 535, 536, 75 L.Ed. 1117, 73 A.L.R. 1484; *Lovell v. Griffin*, 303 U.S. 444, 58 S.Ct. 666, 82 L.Ed. 949, decided March 28, 1938. It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. On restrictions upon the right to vote, see *Nixon v. Herndon*, 273 U.S. 536, 47 S.Ct. 446, 71 L.Ed. 759; *Nixon v. Condon*, 286 U.S. 73, 52 S.Ct. 484, 76 L.Ed. 984, 88 A.L.R. 458; on restraints upon the dissemination of information, see *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697, 713—714, 718—720, 722, 51 S.Ct. 625, 630, 632, 633, 75 L.Ed. 1357; *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U.S. 233, 56 S.Ct. 444, 80 L.Ed. 660; *Lovell v. Griffin*, supra; on interferences with political organizations, see *Stromberg v. California*, supra, 283 U.S. 359, 369, 51 S.Ct. 532, 535, 75 L.Ed. 1117, 73 A.L.R. 1484; *Fiske v. Kansas*, 274 U.S. 380, 47 S.Ct. 655, 71 L.Ed. 1108; *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 373—378, 47 S.Ct. 641, 647, 649, 71 L.Ed. 1095; *Herndon v. Lowry*, 301 U.S. 242, 57 S.Ct. 732, 81 L.Ed. 1066; and see *Holmes, J.*, in *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 673, 45 S.Ct. 625, 69 L.Ed. 1138; as to prohibition of peaceable assembly, see *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353, 365, 57 S.Ct. 255, 260, 81 L.Ed. 278. Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, 45 S.Ct. 571, 69 L.Ed. 1070, 39 A.L.R. 468, or national, *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 43 S.Ct. 625, 67 L.Ed. 1042, 29 A.L.R. 1446; *Bartels v. Iowa*, 262 U.S. 404, 43 S.Ct. 628, 67 L.Ed. 1047; *Farrington v. Tokushige*, 273 U.S. 284, 47 S.Ct. 406, 71 L.Ed. 646, or racial minorities. *Nixon v. Herndon*, supra; *Nixon v. Condon*, supra; whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry. Compare *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. 316, 428, 4 L.Ed. 579; *South Carolina State*

Tal compreensão, para além da ideia subjacente de que a Corte deve manter o governo em funcionamento e assegurar canais de participação, impõe também, paradoxalmente, um dever de atuação judicial mais vigoroso quando o texto legal violar frontalmente dispositivos expressos do texto constitucional. O papel político é imposto à Corte, especialmente na proteção de minorias isoladas¹²⁸ e das liberdades, ganhando contornos relevantes a teoria procedimentalista no controle da constitucionalidade das leis¹²⁹. Bem por isso, a nota número quatro fornece parâmetros inaugurais (mas insuficientes na atualidade) para o exercício da jurisdição constitucional.

Por outro lado, a paternidade do *judicial review* precisa ser compartilhada com Hans Kelsen. Sim, porque o juspublicista (Direito Público e Direito Constitucional), autor de farta obra de destaque no Direito Internacional¹³⁰, foi um dos criadores do anteprojeto da Constituição austríaca de 1920¹³¹ e passou a integrar a Suprema Corte local até 1929¹³². Registre-se, ainda, que a sua produção científica remonta há mais de um século¹³³ e o seu modelo de jurisdição constitucional – abstrato – permanece irradiando efeitos concretos em inúmeros países até os dias atuais, como se pretende demonstrar nos próximos capítulos.

Highway Department v. Barnwell Bros., 303 U.S. 177, 58 S.Ct. 510, 82 L.Ed. 734, decided February 14, 1938, note 2, and cases cited.”

¹²⁸ Sobre a problemática das majorias e minorias decisórias e tópicas: WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review. Trad. Adauto Villela e Geraldo de Carvalho. In: ALPINO, Antonio Carlos; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 93-157.

¹²⁹ John Hart Ely indica as posturas interpretacionistas e as não interpretacionistas. Ao contrário das primeiras, as últimas aceitam o reconhecimento de normas para além do texto constitucional, o que resulta da sua desconfiança (ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 3 e 57-95).

¹³⁰ Kelsen escreveu, em 1936, o importante texto “*La transformation du droit international en droit intern*” (KELSEN, Hans. *La transformation du droit international en droit intern. Revue générale de droit international public*, Paris, v. 43, n. 1/4, p. 5-49, 1936).

¹³¹ Lembra Virgílio Afonso da Silva, no entanto, que, “[n]o caso do controle de tipo europeu, a Constituição austríaca nem mesmo foi a primeira a prevê-lo, tendo sido antecipada em alguns meses pela Constituição da Tchecoslováquia. O próprio Kelsen sempre deixou claras as suas fontes inspiradoras, sobretudo uma obra pouco divulgada de Georg Jellinek, sugestivamente intitulada ‘Um Tribunal Constitucional para a Áustria’, publicada em 1885. Ainda no plano das ideias, um embrião daquilo que mais tarde tomou a forma de tribunal constitucional pode ser encontrado na tentativa de Sieyès de implantação de um *Jury Constitutionnaire*, rejeitada pela Assembleia Constituinte de 1795. A despeito desses – e de quaisquer outros – antecedentes, foi a obra de Marshall e Kelsen que perdurou no tempo”. SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, 2009.

¹³² KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. 2. ed. Trad. Gabriel Nogueira Dias e José Inácio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 81-92.

¹³³ A primeira publicação de destaque de Kelsen ocorreu em 1911, consubstanciada na sua tese de livre-docência sobre os “principais problemas da teoria de direito público, desenvolvidos a partir da teoria da norma jurídica” (KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*. Tübingen: Mohr, 1911).

Outro importante julgamento histórico, precisamente na Alemanha pós-guerra, foi o caso Lüth, decidido em 1958¹³⁴, uma vez que, além de estatuir as conhecidas teses da ordem objetiva de valores e da eficácia indireta dos direitos fundamentais em relação aos particulares, espalhada para dezenas de países, reafirmou o prestígio do tribunal alemão e do modelo de jurisdição constitucional ali desenvolvido. Por outro lado, não se ignora os fundamentos da crítica acadêmica no sentido de que o Tribunal constitucional recriou o direito privado, ancorado em suas predileções sobre valores fundamentais, na medida em que “os criadores da Lei Fundamental haviam expressamente decidido deixar sob a alçada de legisladores ordinários futuros”¹³⁵.

Como se nota, a decantada expansão do Poder Judiciário começa a ganhar contornos políticos relevantes a partir da segunda metade do século XX¹³⁶, sendo atualmente possível afirmar que 158 dos 191 sistemas constitucionais incluem formalmente instrumentos para o exercício da jurisdição constitucional, dentre as quais 79 constituições escritas designaram uma corte ou conselho constitucional para fazê-lo¹³⁷. Nessa linha de ideias, aportes teóricos diagnosticaram a vinculação da revisão constitucional com a expansão global do Poder Judiciário, sendo o mapeamento desse fenômeno realizado por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder (obra coletiva de maior relevo)¹³⁸, seguido da exploração do conhecido tema da citada judicialização da política¹³⁹.

¹³⁴ O Tribunal Constitucional reformou uma decisão envolvendo típica relação de direito privado, precisamente a chancela judicial contra o boicote realizado por Erich Lüth aos filmes de Veit Harlan, em razão do seu suposto passado nazista, tendo considerado as instâncias ordinárias, com base no art. 826 do BGB (Código Civil Alemão), que a exortação de Lüth ao boicote seria contrária à moral e aos costumes, razão pela qual ele foi condenado a omitir-se de novas convocações a favor do boicote sob ameaça de uma pena de multa ou até mesmo de prisão.

¹³⁵ ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomas. Separação de Poderes como Alocação de Autoridade: Uma espécie ameaçada no Direito Constitucional Brasileiro? In: LEAL, Fernando (Coord.). *Constitucionalismo de Realidade: democracia, direitos e instituições*. Rio de Janeiro: Fórum, 2019. p. 103-124.

¹³⁶ CAPPELLETI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 31-69.

¹³⁷ GINSBURG, Tom. The Global Spread of Constitutional Review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Eds). *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York: Oxford University, 2010. p. 81-82.

¹³⁸ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University, 1995.

¹³⁹ Marcos Paulo Veríssimo bem diagnosticou no plano interno: “Sob um prisma externo à dogmática constitucional, o primeiro produto mais importante desse novo arranjo constitucional consistiu em uma espécie de ‘fuga’ cada vez mais acelerada dos temas políticos (de política pública, de ação governamental executiva, de política representativo-partidária) para dentro do mundo do direito e, deste, para dentro dos órgãos judiciários. Esse processo, chamado globalmente pela alcunha de ‘judicialização’, que se torna cada vez mais prevalente na experiência nacional, não parece ter sido, ademais, um resultado imprevisto do novo arranjo constitucional. Ao revés, parece ser um resultado previsível e talvez desejado por esse mesmo arranjo, na medida em que, para além de traduzir o compromisso de democracia social para dentro do léxico do direito, o texto constitucional promulgado em 1988 também cuidou de criar novos mecanismos de tutela judicial capazes de viabilizar a ‘implementação’ dos ‘direitos’ e ‘princípios’ de transformação social incorporados à nova carta”

Quanto ao tema, Antoine Garapon, magistrado e pensador francês, além de fazer referência à classificação de judicialização de Vallinder, identificou a expansão da atuação judicial como deferência concedida pelo próprio Estado, e não como uma mudança dos titulares da soberania, “mas antes uma evolução da referência da ação política, e não tanto uma rivalidade, mas sim uma *influência recíproca*”. E complementa: “As reivindicações políticas exprimem-se mais facilmente em termos jurídicos do que em termos ideológicos, os direitos individuais e formais suplantando, assim, os direitos colectivos e substanciais”¹⁴⁰.

Outros nomes de destaque internacional exploraram a temática da transformação do papel do Poder Judiciário sob diferentes perspectivas epistemológicas desde 1960, a saber: Alexander Bickel¹⁴¹, Mauro Cappelletti¹⁴², Christopher Wolf¹⁴³, Alec Stone Sweet¹⁴⁴, Aharon Barak¹⁴⁵ e Ran Hirschl¹⁴⁶. Esse último destaca que reformas constitucionais em mais de oitenta países transferiram o poder de deliberação representativa para o Poder Judiciário, levando a uma rápida transição da ordem política para uma “juristocracia”¹⁴⁷. Após a análise das decisões dos tribunais superiores no Canadá, Nova Zelândia, Israel e África do Sul, o autor produz sua conhecida tese acerca da orquestração das elites políticas e econômicas para manter seu poder quando ameaçados por decisões majoritárias¹⁴⁸.

(VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, 2008, p. 408).

¹⁴⁰ GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Piaget, 1996. p. 41-44.

¹⁴¹ Além da conhecida expressão “dificuldade majoritária”, o autor é precursor de expressões como “virtudes passivas” e “prudência judicial”. Abordar-se-á mais à frente com verticalidade a referida doutrina (BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986).

¹⁴² CAPPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

¹⁴³ O autor discute as distintas formas do *judicial review* ao longo da história e sua evolução, a ponto de constituir uma variante do poder legislativo (WOLF, Christopher. *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*. Lanham: Rowman & Littlefield, 1994).

¹⁴⁴ Destaca a perda da supremacia dos parlamentos na Europa, que estão cada vez mais estruturados por redes com diversas limitações constitucionais (SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. New York: Oxford, 2000).

¹⁴⁵ Lembra Aharon Barak, ex-presidente da Suprema Corte de Israel, que os magistrados estão autorizados a criar o Direito na ausência de lei ou quando, na sua presença, a legislação contiver “incertezas”. Nesse sentido, devem atuar por meio da interpretação e outros instrumentos a fim de atingir dois objetivos: (i) adaptar o texto da lei às mudanças sociais exigidas; (ii) proteger a constituição e os seus valores. BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. United Kingdom: Princeton University, 2008. p. 306-307.

¹⁴⁶ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2007.

¹⁴⁷ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2007. p. 1.

¹⁴⁸ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2007. p. 12-16.

Em terras brasileiras, os trabalhos de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1994)¹⁴⁹ e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1993)¹⁵⁰ foram precursores no diagnóstico sobre a evolução do papel do Poder Judiciário. Ainda na década de 90, convém destacar o trabalho de Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palacios e Marcelo Baumann Burgos, que, ancorados em dados empíricos, assentaram com precisão:

Na experiência brasileira, como se procurou apontar na Parte I, o que se chama de judicialização da política não é o resultado de um protagonismo institucional exercido pelo Poder Judiciário. Ele deriva, diversamente, de novas práticas de resistência da sociedade civil, particularmente dos partidos que compõe a minoria parlamentar e das associações de interesses dos setores subalternos, que vêm encontrando na comunidade dos intérpretes um caminho para reforçar a sua representação¹⁵¹.

Evidentemente, o estado de coisa jurisdicional mudou substancialmente nos últimos vinte anos, especialmente a partir da atuação do Supremo Tribunal Federal, incluindo novas e dinâmicas facetas da atuação dos magistrados no âmbito da jurisdição constitucional, o que não significa, necessariamente, que a conclusão dos referidos autores não corresponda, ao menos parcialmente, à realidade brasileira contemporânea. A farta produção teórica sobre a atuação dos magistrados¹⁵², aliada a estudos e pesquisas empíricas de instituições de renome, colocaram definitivamente os juízes na órbita de todos os atores políticos e sociais. Além dos Relatórios “Supremo em Números” realizados pela FGV/RJ, sublinhem-se, ainda, os estudos realizados a respeito do denominado Índice de Confiança na Justiça Brasileira (ICJBRASIL), cujo levantamento é de natureza qualitativa (por meio de entrevistas), realizado no primeiro semestre de 2017¹⁵³.

Ademais, é possível especular que a hipertrofia dos Poderes Legislativo e Executivo – que, de forma alternativa, dominavam o ambiente institucional desde o século XVII – não

¹⁴⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 12-21, 1994.

¹⁵⁰ Felipe Albertini Nani Viaro, que foi orientado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho em sua tese de doutorado, noticiou: “No plano nacional, tem-se como referência primordial o trabalho ‘Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da Justiça’, escrito por Manoel Gonçalves Ferreira Filho ainda em 1993 e publicado pela primeira vez na *Revista de Direito Administrativo*, v. 198, correspondente a outubro/dezembro de 1994”. VIARO, Felipe Albertini Nani. *Judicialização: Análise Doutrinária e Verificação no Cenário Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 38-39.

¹⁵¹ VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 259-260.

¹⁵² Destaque-se, dentre outras, as teses, estudos e obras: (i) Lenio Luiz Streck (*Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013); (ii) Rodrigo Brandão (*Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017).

¹⁵³ RAMOS, Luciana de Oliveira et al. *Relatório ICJBrasil: 1º semestre/2017*, São Paulo, p. 1-28, 2017. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 15 out. 2018.

comporta hoje mais espaço político dos países em que o controle de constitucionalidade foi alçado a pedra de toque do constitucionalismo da realidade¹⁵⁴, fundado ou não, frise-se, na centralidade da lei fundamental. Assim, subscrevendo a recomendação de Karl Engisch, o juiz não deve

ser tão fortemente escravizado à «lei e ao direito» como se fora um súdito do legislador e dos poderes que por detrás deste se escondem, mas tornar-se ele próprio político, modelador da vida social, «engenheiro social» ou pelo menos «assistente social de um gênero particular»¹⁵⁵.

Por outro lado, o novo desenho institucional introduzido pela Carta de Direitos de 1988, ao lado das já citadas condições facilitadoras de C. Neal Tate, não encarna todas as variáveis possíveis para explicar o comportamento e a atuação dos juízes no Brasil. Pelo contrário, estudos empíricos sobre as atitudes judiciais contribuíram, de forma essencial, para iluminar os padrões decisórios e as diferentes técnicas da interpretação da teoria constitucional acerca das possíveis formas – adequadas e/ou oportunas – de se pronunciar sobre questões jurídicas e políticas¹⁵⁶.

No caso brasileiro, não há uma supremacia dos juízes na tomada das decisões relevantes para a comunidade, por meio da hermenêutica constitucional ou da delegação das casas legislativas. Ao revés, o fenômeno está vinculado a uma disruptura do aprisionamento do Poder Judiciário, sitiado por outras forças em todo o período republicano, conforme será explicitado adiante.

Nesse sentido, rememora Zagrebelsky, ao promover distinção sobre os possíveis conteúdos acerca da política, que o Tribunal Constitucional (leia-se: os magistrados que exercem a jurisdição constitucional) está inserido dentro dela como um dos fatores decisivos da sua atuação, e compreendido aqui como instrumento de convivência para facilitar a união, e

¹⁵⁴ Faço aqui referência à obra coletiva organizada por Fernando Leal (LEAL, Fernando (Coord.). *Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições*. Belo Horizonte: Fórum, 2019).

¹⁵⁵ Além disso, arremata: “Assim como, no plano superior, não temos de representar o poder legislativo como um aparelho racional que, segundo princípios abstractos, produz leis que são as «únicas justas», mas como um processo orgânico integrado por múltiplas componentes pessoais que em grande parte são «mundividencial» e «politicamente» propelidas, como um processo no qual se luta vivamente pelo «justo» («recto») – assim também nos não é lícito, no plano inferior da aplicação do direito (no mais lato dos sentidos) conceber os funcionários, as autoridades, o juiz e os tribunais como apenas chamados a uma esquemática execução do direito”. ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. João Batista Machado. 11. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014. p. 252-255.

¹⁵⁶ 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, 2020. p. 79-113.

não para concorrer com outros atores políticos¹⁵⁷. Vale dizer, a preocupação em assegurar o respeito pela vontade do legislador (parlamentar) e em prevenir a possibilidade de os tribunais em geral se furtarem, infundadamente, à aplicação da lei, com a conseqüente atenuação da força normativa da Constituição, está na órbita das jurisdições constitucionais de muitos países, não voltado, portanto, apenas para a tutela dos direitos fundamentais¹⁵⁸. Naturalmente que tal postura não implica em qualquer subordinação. Nas palavras de James Madison:

Pouco interessa que os governantes tenham sido escolhidos por nós mesmos. Um despotismo eletivo não era governo pelo qual lutamos; este deveria não apenas ser baseado em princípios da liberdade, mas também manter os poderes do governo de tal maneira divididos e racionalmente distribuídos entre os diferentes órgãos da magistratura, que nenhum possa ultrapassar seus limites legais sem que seja observado e contido pelos outros. (...). A conclusão que me propus extrair dessas observações é que uma simples demarcação, no papel, dos limites constitucionais dos diferentes ramos não constitui uma barreira suficiente contra as violações que dão margem a uma concentração abusiva de todos os poderes do governo nas mesmas mãos¹⁵⁹.

Daí porque a responsabilidade política do magistrado, investido agora na condição de protagonista concorrente normativo, corresponderá proporcionalmente ao encargo assumido e normalmente imposto aos demais poderes. Ou seja, a par do que ocorre com o Legislativo e o Executivo, o Judiciário eleva-se “ao nível dos outros poderes”¹⁶⁰, tornando-se “enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”¹⁶¹, como coordenador dos poderes políticos – o que se pretende explicitar nesse ensaio – e colaborador normativo responsável pelas conseqüências (e coerência) de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança constitucional.

¹⁵⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Princípios y votos: El Tribunal constitucional y la política*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2008. p. 37-41.

¹⁵⁸ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 58-59.

¹⁵⁹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: pensamento político*. 3. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, Russel, 2010. n. 48, p. 317-319.

¹⁶⁰ CAPPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 47.

¹⁶¹ CAPPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 47.

2.1. Evolução da jurisdição constitucional nas constituições e a preocupação do Constituinte de 1988 com a mudança de paradigma da atividade jurisdicional no Supremo Tribunal Federal

Feitas as considerações iniciais acerca da expansão do Poder Judiciário, cumpre agora verificar a medida de todas as coisas no contexto do direito brasileiro. Registre-se inicialmente que, embora o recorte analítico da história dos textos constitucionais – nos quase duzentos anos – não seja o propósito deste capítulo, impõe-se algumas fecundas e necessárias reflexões sobre o conteúdo das diferentes Constituições – precisamente quanto às atribuições e garantias afetas ao Poder Judiciário e à própria atividade jurisdicional, incluindo, em caráter lateral, observações sobre os mosaicos fáticos políticos subjacentes –, até chegar à Assembleia Constituinte e na Carta de Direitos de 1988. Isso será feito para testar a hipótese de que a supremacia judicial nunca foi um fenômeno imanente à realidade brasileira, nem mesmo nos poucos momentos de estabilidade constitucional. Além disso, a legitimidade democrática das instituições não foi, em grande medida, uma preocupação central dos legisladores constituintes¹⁶².

Não se ignora, conforme já explicitado, as justas críticas que recaem sobre as narrativas das fontes tradicionais para a reconstrução da história, uma vez que lastreadas em interpretação refletida de fontes primárias e que, por isso, não conduzem necessariamente ao acesso à realidade constitucional buscada pelo intérprete¹⁶³. Por tal razão, para além do aporte teórico, procurou-se explorar outras fontes de pesquisa, como textos expressos de lei, decisões judiciais, notícias de jornais e outras fontes secundárias. De todo modo, sublinha-se que não há qualquer pretensão, ao menos intencional, de apresentar a história constitucional brasileira como uma trajetória linear para testar uma hipótese e alcançar uma conclusão já preconcebida.

O tortuoso caminho institucional do Poder Judiciário brasileiro nos textos constitucionais, sujeito passivo de golpes, ameaças e interferências, diretas ou indiretas – todos incorporados ao horizonte brasileiro desde a proclamação da Constituição do Império em 1824 (e rememoradas por alguns agentes políticos até hoje¹⁶⁴) – poderá fornecer dados relevantes

¹⁶² CARVALHO, José Murilo de. *A Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

¹⁶³ Aqui se faz referência às bem lançadas críticas de Pedro Jimenez Cantisano sobre os problemas das fontes, do etnocentrismo e da fragmentação e da síntese histórica, no artigo: Três problemas da História Constitucional Brasileira. In: LEAL, Fernando (Coord.). *Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 179-188.

¹⁶⁴ Segundo matéria do jornal Folha de São Paulo, publicada em 27 de maio de 2020, o Presidente cogitou descumprir as decisões do STF: “Em reunião com ministros, Bolsonaro critica STF e ameaça resistir a decisões da corte” (CHAIB, Julia; URIBE, Gustavo; COLETTA, Ricardo Della. Em reunião com ministros, Bolsonaro critica STF e ameaça resistir a decisões da corte. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 27 mai. 2020. Disponível em:

para a compreensão da atuação contemporânea dos juízes, agora sob a égide da Carta de Direitos de 1988 (com quase 33 anos de vigência¹⁶⁵), no exercício da jurisdição constitucional.

E, nessa linha, não apenas mais como ponto desvinculado integralmente de um cenário político, mas como agente coordenador de interesses contrapostos e da própria estabilidade democrática, sobretudo porque não é incomum, desde a aprovação do instrumento da arguição de descumprimento fundamental¹⁶⁶, que a Suprema Corte seja instada por diferentes agentes políticos a proceder à fiscalização dos dispositivos legais aprovados nos citados ambientes institucionais, recepcionados, ou não, pela nova ordem constitucional.

Daí porque a controversa afirmação de Eduardo García de Enterría – no sentido de que a que justiça constitucional, na condição de instrumento de integração política e social da coletividade, foi responsável por afiançar a sobrevivência da Constituição norte-americana por mais de dois séculos, ao passo que a hostilidade francesa à jurisdição constitucional, até o século XX, acarretou o contraste da promulgação de várias constituições no mesmo período de tempo¹⁶⁷ – pode fazer algum sentido no caso brasileiro, muito embora, admita-se, a falta de dados seguros e do nexos de causalidade, somado às demais variáveis históricas, impede a eliminação do caráter especulativo do argumento.

Por tal razão, o que torna singular o desenho institucional da Constituição de 1988 e a atuação do legislador constituinte derivado, além do compromisso maximizador e da ambição do catálogo de direitos fundamentais a que alude Oscar Vieira¹⁶⁸, é a tentativa de reequacionar

<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/bolsonaro-convoca-ministros-para-discutir-reacao-ao-stf-e-aliados-defendem-lei-de-abuso.shtml>. Acesso em: 06 set. 2021).

¹⁶⁵ Emília Viotti da Costa, ao lembrar as funções da nossa Suprema Corte, assentou: “Em um país onde as sublevações e os golpes de Estado se repetem, as constituições se sucedem e o estado de direito tem sido várias vezes interrompido por períodos de exceção; em um país em que o Executivo, de tempos em tempos, ignora dispositivos constitucionais, dissolve o Congresso, governa por decreto, emite a torto e a direito medidas provisórias que se perpetuam, cria atos institucionais que contrariam a Constituição, declara estado de sítio durante o qual ficam suspensas as garantias constitucionais, prende e desterra cidadãos sem nenhum processo; em um país cujos governantes se recusam às vezes a obedecer às decisões emanadas da mais alta Corte de Justiça, interferindo diretamente nela, desrespeitando a sua autonomia, negando-se a preencher vagas ou alterando o número de ministros – é de se esperar que essa Corte funcione como uma caixa de ressonância que registra os ritmos agitados da história nacional. Sendo inevitavelmente levado a participar das lutas políticas que se travam à sua volta e sofrendo suas consequências, o Supremo Tribunal Federal é, ao mesmo, tempo, agente e paciente dessa história” (COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 23-24).

¹⁶⁶ Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

¹⁶⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4. ed. Navarra: Aranzadi, 2006. p. 198-199.

¹⁶⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 161-218. Confirma-se ainda a sistematização dos fundamentos da expansão do Poder Judiciário no Brasil realizado por Diego Werneck Arguelhes (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, 2020. p. 79-113).

o pêndulo entre os Poderes e a atuação concorrente dos juízes na tomada das decisões políticas afetas aos compromissos institucionais. Veja-se brevemente, então, os desenhos institucionais que precederam a Carta de 1988.

2.1.1. Constituição do Império (1824)

A primeira carta constitucional brasileira¹⁶⁹ é permeada por um conturbado ambiente político, típico de um contexto institucional semiacabado e vigente após a declaração de independência, em que os partidos português e brasileiro reivindicavam interesses conflitantes e inconciliáveis. O primeiro buscava não apenas se livrar das amarras do absolutismo encarnado na figura do Príncipe Regente, mas ocupar o espaço político central, o que não significava necessariamente a adesão voluntária a elementos de aspiração popular¹⁷⁰. Muito pelo contrário, o anteprojeto do texto constitucional condicionava o exercício do sufrágio a certa renda ancorada no preço da mandioca, no que ficou conhecida como a Constituição da Mandioca¹⁷¹.

Todavia, verificando que os seus poderes seriam limitados em favor do corpo legislativo, Dom Pedro I, em 12 de novembro de 1823, determinou o cerco militar do prédio

¹⁶⁹ Aqui não se refere à denominada Constituição de Cádiz, publicada em 21/4/1821 e revogada no dia seguinte. Paulo Bonavides assentou, com precisão: “Três vezes a Constituição espanhola de Cádiz, monumento do liberalismo monárquico, teve ingresso efêmero no constitucionalismo luso-brasileiro. A primeira vez em Portugal, ao ensejo da rebelião popular de 11 de setembro de 1821, apoiada por forças do exército; houve porém um recuo, de tal sorte que, segundo Aureliano Leal, passaram a vigorar, tão somente, ‘disposições da Constituição espanhola que se referiam ao sistema e processo eleitoral, e com a condição de que as Cortes Constituintes e Extraordinárias convocadas não alterassem na constituição futura de Portugal as suas boas essências e nem admitissem princípios menos liberais’”. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 17-18. “A segunda vez, na Bahia, em 10 de fevereiro de 1821, de maneira provisória e nos mesmos termos de sua adoção em Portugal, conforme assinala o sobredito historiador (LEAL, Aureliano, op. cit., p. 18). A seguir, pela terceira vez, no Rio de Janeiro, por apenas 24 horas. Decretada no dia 21 de abril foi revogada no dia seguinte, por dois decretos de D. João VI, que escreveu assim, como rei, a página que melhor lhe biografa o caráter, a irresolução e principalmente a covardia de personalidade” (BONAVIDES, Paulo. As nascentes do constitucionalismo luso-brasileiro, uma análise comparativa. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Derecho constitucional: Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Ciudad de México: UNAM, 2004. p. 229, nt. 22. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1510/9.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021).

¹⁷⁰ Embora ressalte que o País apresentava uma legislação liberal para os padrões da época, José Murilo de Carvalho rememora: “A eleição era indireta, feita em dois turnos. No primeiro, os votantes escolhiam os eleitores, na proporção de um eleitor para cada 100 domicílios. Os eleitores, que deviam ter renda de 200 mil-réis, elegiam os deputados e senadores. Os senadores eram eleitos em lista triplíce, da qual o imperador escolhia o candidato da sua preferência. Os senadores eram vitalícios, os deputados tinham mandato de quatro anos, a não ser que a Câmara fosse dissolvida antes. Nos municípios, os vereadores e juízes de paz eram eleitos pelos votantes em um só turno. Os presidentes de província eram de nomeação do governo central” (CARVALHO, José Murilo de. *A Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. p. 30-31).

¹⁷¹ “[O] anteprojeto excluía a participação popular, uma vez que a eleição deveria ser em dois graus e os candidatos a deputados e senadores deveriam ter uma renda, não medida em dinheiro, mas sim com base no preço da mandioca, que era a mercadoria de maior consumo. Os eleitores de paróquia, isto é, de primeiro grau, deveriam ter uma renda mínima equivalente a 150 alqueires de farinha de mandioca, elegendo os eleitores de Províncias, de 2º grau, que por sua vez deveriam ter uma renda mínima de 250 alqueires, para elegerem os deputados e

onde se encontravam os constituintes, a fim de dissolver a Assembleia, evento que ficou conhecido como a Noite da Agonia¹⁷². Em 25 de março de 1824, o Príncipe Regente outorgou a Constituição, que fora encomendada ao recém-criado Conselho de Estado, responsável pela elaboração do projeto constitucional, com destaque para a consolidação da supremacia do Poder Moderador, “chave de toda organização política”¹⁷³.

O texto constitucional outorgado descortinou, surpreendentemente, um pretenso compromisso entre os conservadores e liberais¹⁷⁴, assegurando aos primeiros o exercício do Poder Moderador na pessoa do Imperador, além da imunidade absoluta pelos atos praticados¹⁷⁵. Por sua vez, um incipiente esboço da separação de poderes, com destaque para as funções legislativas¹⁷⁶ e um tímido catálogo de direitos e “Garantias dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”, localizados ao final da Carta de 1824 (“Título 8º”, nos arts. 173 a 179), contribuíram para implantar um embrião do Estado de Direito.

senadores que necessitavam de uma renda de 500 a 1.000 alqueires respectivamente, para serem eleitos. É a chamada Constituição da Mandioca” (ROSÁRIO, Adalgisa Maria Vieira. A Constituinte de 1823 e a Constituição de 1824. *Correio Braziliense*, n. 8560, p. 2, 1986. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/117546/1986_SETEMBRO_032a.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 20 dez. 2020).

¹⁷² Lilia Schwarcz e Heloisa Starling destacam o ambiente em que ocorreram as tratativas da Constituinte de 1823: “O pulo do gato do projeto da Constituição era o estabelecimento do predomínio do Poder Legislativo sobre o Executivo, medida que claramente contrariou A Pedro I e ao partido português, que defendiam abertamente o absolutismo (...) O ambiente era nervoso, e demonstrações de xenofobismo tornaram-se cada vez mais frequentes. O conjunto das propostas soava como clara provocação, e em 12 de novembro de 1823 o Imperador cercou e dissolveu a Assembleia Constituinte, mostrando que não aceitava ter seus poderes limitados e se transformar num mero símbolo. (...) O episódio ficou conhecido como Noite da Agonia, por conta da resistência dos políticos, que se recusaram a deixar o recinto”. SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 233-234.

¹⁷³ Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

¹⁷⁴ Paulo Bonavides e Paes de Andrade explicam: “A Constituição retratava efetivamente um compromisso, tanto pelas origens como pelo conteúdo. Pelas origens, porquanto o ato de outorga nascia na fase-pós constituinte, quando a ferida do golpe de Estado ainda sangrava em Pernambuco, uma das províncias mais influentes do Império e onde já se preparava a segunda comoção republicana – a da Confederação do Equador. A Constituinte não passará, portanto, sem consequência. Até certo ponto, a alma deste poder supremo – o poder constituinte – parecia refugiar-se na vontade e nos anseios das Câmaras Municipais, onde os povos do Império, conforme a linguagem mesma do Imperador, lhe requeriam jurasse um novo Projeto de Constituição. (...) Pelo conteúdo também, porque a Constituição mostrava com exemplar nitidez duas faces incontrastáveis: a do liberalismo, que fora completa no Projeto de Antônio Carlos, mas que mal sobrevivia com o texto outorgado, não fora a declaração de direitos e as funções atribuídas ao Legislativo, e a do absolutismo, claramente estampada na competência deferida ao Imperador, titular constitucional de poderes concentrados em solene violação dos princípios mais festejados pelos adeptos do liberalismo”. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 95-96.

¹⁷⁵ Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

¹⁷⁶ Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.

Todavia, no que concerne à atividade jurisdicional, para além da prevalência da soberania na figura da nação¹⁷⁷ e da citada irresponsabilidade do Poder Moderador¹⁷⁸, a denotar, a toda evidência, que a legitimidade política estava centrada na pessoa do Imperador, o texto constitucional outorgou, no “Título 6º”, um limitado e frágil papel institucional ao Poder Judiciário, então denominado de Poder Judicial.

Nessa linha, apesar da prescrição no sentido de que “os poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial”, a precariedade da funcionalidade das atividades do Judiciário e das garantias institucionais dos seus integrantes saltam aos olhos diante dos poucos dispositivos constitucionais acerca do seu regime jurídico, além da possibilidade concreta de mitigação da inamovibilidade e da vitaliciedade por decisão do Imperador, *in verbis*:

Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Civel, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem.

Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei.

Art. 153. Os Juizes de Direito serão perpetuos, o que todavia se não entende, que não possam ser mudados de uns para outros Logares pelo tempo, e maneira, que a Lei determinar.

Art. 154. O Imperador poderá suspende-los por queixas contra elles feitas, precedendo audiencia dos mesmos Juizes, informação necessaria, e ouvido o Conselho de Estado. Os papeis, que lhes são concernentes, serão remetidos á Relação do respectivo Districto, para proceder na fórma da Lei¹⁷⁹.

Dito de outra forma, não existia espaço normativo ou político para uma jurisdição atuante perante os demais Poderes, sobretudo na órbita constitucional. Muito pelo contrário. O ambiente político desvelava um Poder Judiciário dependente, fragilizado pela precariedade das poucas garantias inseridas no texto constitucional¹⁸⁰, o que inviabilizou, portanto, qualquer

¹⁷⁷ O próprio texto dispunha que os Poderes “são delegações da Nação”, embora delegasse a representação desta nação apenas às figuras “do Imperador, e a Assembléa Geral” (arts. 11 e 12).

¹⁷⁸ Rememoram Paulo Bonavides e Paes de Andrade que a introdução dessa figura importava ofensa ao princípio concebido para fazer a liberdade e a harmonia dos poderes, sendo introduzido de forma distinta da colhida nos livros. “Em suma, o Poder Moderador, qual constava da Constituição, se opunha tanto à doutrina de Montesquieu, da separação de poderes, como à de Constant, que era a doutrina do poder neutro ou poder judiciário dos demais poderes. O Poder Moderador da Carta do Império é literalmente a constitucionalização do absolutismo, se isto fora possível. (...) Atribuições de importância tão fundamental para o direito e a liberdade, para a vida e o funcionamento das instituições eram conferidas a um Imperador cuja pessoa a Constituição fazia inviolável e sagrada declarando ao mesmo tempo que não estava ele sujeito a responsabilidade alguma (art. 99).” BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 96-97.

¹⁷⁹ Grifou-se.

¹⁸⁰ “O mais notório dos casos de violação do preceito da vitaliciedade ocorreu durante o Ministério da Conciliação, presidido pelo Marquês de Paraná, entre 1853 e 1856, quando era Ministro da Justiça Nabuco de Araújo. O fato ficou conhecido na biografia de Joaquim Nabuco sobre seu pai, o Conselheiro Nabuco de Araújo, como o ‘desembarque de Serinhaem’, e consistiu na aposentadoria de dois e na transferência de um terceiro juiz da Relação de Pernambuco, por terem, em julgamento da violação da lei que puniu e suspendeu o tráfico, em 1850,

espécie de controle de constitucionalidade das leis, especialmente daquelas materialmente inconstitucionais – assim discriminadas no art. 178 desta Carta¹⁸¹ – aprovadas em grande medida pela Assembleia-Geral (leis das províncias) e pelo Conselho de Estado¹⁸².

Convém lembrar, nessa linha, que os impasses acerca da descentralização política e da implementação da separação de poderes permaneceram até o fim do Segundo Reinado. Por outro lado, o texto constitucional autorizou a criação do Supremo Tribunal de Justiça, com reduzidíssimas atribuições, composto “de Juizes letrados, tirados das Relações por suas antiguidades” (art. 163). A regulamentação deste preceito, como é de conhecimento geral, ocorreu por meio da Lei de 18 de setembro de 1828, tendo o Supremo Tribunal de Justiça subsistido até 27 de fevereiro de 1891.

Sublinhe-se, ainda, que a adaptabilidade e a flexibilidade desse texto constitucional, com vigência normativa por quase 65 anos – apesar do inquietante contexto das revoltas e sublevações no País –, tem raízes em duas circunstâncias. A primeira repousa justamente na força da reforma constitucional do período regencial¹⁸³. Ademais, diferentemente das constituições republicanas, a Constituição do Império não estabelecia, em regra, grandes restrições ao poder constituinte derivado. Vale dizer, quase a totalidade dos dispositivos poderia ser objeto de reforma¹⁸⁴ e, apesar de as emendas constitucionais gozarem do mesmo rito de lei ordinária, no caso de mudança da forma de governo, como em qualquer outra matéria

absolvido réus importantes da Província que o Governo entendia culpados por conivência e omissão num desembarque clandestino de africanos ocorrido em Serinhaem” (NOGUEIRA, Octaviano. *1824. Coleção Constituições Brasileiras*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. p. 26-27).

¹⁸¹ Art. 178. É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias.

¹⁸² Cf. arts. 15, VIII e IX, 84 a 89 e 137 a 144, todos da CF/1824.

¹⁸³ A alteração mais significativa na Constituição de 1824 decorreu do Ato Adicional de 1834, que exprimia algumas das aspirações liberais, logo depois da abdicação de Dom Pedro I em favor do seu filho. Rememoram Paulo Bonavides e Paes de Andrade que “A Constituição do Império, ao contrário do que ordinariamente se supõe, foi em seu texto primitivo – o da outorga de 1824, causa de graves transtornos políticos e origem de dificuldades para lograr-se paz e a normalidade institucional durante o período da consolidação da Independência, assinalado pela ditadura militar do Imperador e depois, desde a instalação e funcionamento do legislativo ordinário em 1827 até a Abdicação, pelo menosprezo que o autor da Carta parecia votar ao ramo representativo do poder – as duas Casas da Assembleia Geral. Tinha a carta um potencial de autoritarismo e irresponsabilidade concentrado na esfera de arbítrio do Poder Moderador que, sem dúvida, inibia o exercício regular das competências harmônicas dos três Poderes. Sem a reforma do período regencial – o chamado Ato Adicional – a Constituição teria sido um desastre ou tão-somente uma fachada ornamental, qual o fora já nas mãos do primeiro Imperador”. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 109-110.

¹⁸⁴ Art. 178. É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias.

constitucional reformada por lei ordinária, não poderia o Monarca negar a sanção, se aprovada pelas casas legislativas¹⁸⁵.

2.1.2. Constituição de 1891 e a República Velha

O golpe militar¹⁸⁶, ou a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889, fez desaguar fecundas transformações institucionais não apenas na estrutura do Poder Judiciário como também na própria organização do Estado, com a eliminação, v.g., do Poder Moderador, do Senado Vitalício e a introdução de um esboço do regime federalista. De fato, inspirado no modelo da Carta Constitucional norte-americana, o texto constitucional da Primeira Constituição Republicana de 1891 buscou assegurar a maximização dos centros locais de poder¹⁸⁷, com autonomia de autogoverno e da autoadministração.

Em discurso proferido no Congresso Nacional, na sessão de 16/12/1980, Ruy Barbosa, um dos seus precursores na defesa do texto constitucional, assentou sobre a influência dos norte-americanos:

Temos a modestia de desdenhar o modelo dos Estados Unidos em materia de federação. E, para justificar esse desdém, não hesitamos em allegar que a constituição americana já conta um seculo de antiguidade. E' quasi uma mumia! Mas eu sustento que só a qualificarão desse modo os que a não conhecerem, isto é (o que vale o mesmo), os que a conhecerem simplesmente pela sua lettra e pela sua data. A constituição americana não é uma construcção em decadencia, corroida pela vetustez secular. E' um organismo vivo, um organismo renascente, um organismo juvenil nos seus cem annos de adolescencia robusta, um organismo que ainda não cessou de crescer, e agigantar-se, um organismo cuja força medra continuamente com o perpassar dos tempos. (Muito bem.) Pelo tecido orgânico dos elementos que a compoem, pela natureza evolutiva da combinação que encarna, pela acção reconstituente do seu poder judiciario, pela sua communicação interior com as fontes da vida nacional, pelas emendas que a tornam contemporanea a todas as aspirações

¹⁸⁵ Art. 65. Esta denegação tem effeito suspensivo sómente: pelo que todas as vezes, que as duas Legislaturas, que se seguirem áquella, que tiver approvado o Projecto, tornem successivamente a apresental-o nos mesmos termos, entender-se-ha, que o Imperador tem dado a Sancção.

¹⁸⁶ José Murilo de Carvalho afirma: “Em frase que se tornou famosa, Aristides Lobo, o propagandista da República, manifestou seu desapontamento com a maneira pela qual foi proclamado o novo regime. Segundo ele, o povo, que pelo ideário republicano deveria ter sido protagonista dos acontecimentos, assistira a tudo bestializado, sem compreender o que se passava, julgando ver talvez uma parada militar. (...) Há versões contraditórias à espera de uma análise crítica, a qual não será feita neste texto. Interessa-nos, sim, o fato de que um observador participante e interessado tenha percebido a participação do povo dessa maneira; interessa-nos o fato de que três dias após a proclamação esse observador já tenha percebido e confessado o pecado original do novo regime”. CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: O Rio de Janeiro e a República que não foi*. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 9-11.

¹⁸⁷ Art. 1º – A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil. Art. 2º – Cada uma das antigas Províncias formará um Estado e o antigo Município Neutro constituirá o Distrito Federal, continuando a ser a Capital da União, enquanto não se der execução ao disposto no artigo seguinte.

successivas do espírito popular, a constituição americana é, boje, como em 1789, um modelo da actualidade, um thesouro de experiência, um trausumpto completo das reivindicações políticas do século dezanove; e não pôde deixar de considerar-se, para as nações deste Continente o grande manancial da democracia federativa¹⁸⁸.

Convém registrar, desde logo, que a Constituição de 1891, também denominada Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, contribuiu substancialmente, ao menos no campo da dogmática penal, para o estágio atual da orientação jurisdicional e do papel dos magistrados, especialmente no que concerne à interpretação e concessão da ordem em *habeas corpus*¹⁸⁹. Isso porque a formulação abrangente, prevista no art. 72, §22, em sua redação original¹⁹⁰, deu ensejo a uma compreensão hermenêutica que permitia o uso do remédio heroico até mesmo para garantir o direito – do então Senador Ruy Barbosa – de publicar seus discursos, proferidos no Senado, pela imprensa, onde, como e quando lhe conviesse¹⁹¹.

Esse desenvolvimento ficou popularmente conhecido como a doutrina brasileira do *habeas corpus*. Registre-se, nesse contexto, o voto histórico do Ministro Pedro Lessa, no HC 2990/DF, que, ao conceder o *writ*, assegurou aos pacientes à entrada no edifício do Conselho Municipal para exercerem suas funções até a expiração do prazo do mandato, proibindo, destarte, qualquer constrangimento que pudesse resultar do decreto do Poder Executivo federal:

Considerando que este caso não é daqueles de natureza política, subtraídos à competência do Supremo Tribunal Federal: não se trata de atos cometidos pela Constituição à discricção do Poder Legislativo, ou do Executivo, da União; de modificações sociais, feitas por qualquer desses poderes em benefício da coletividade, ou com esse intuito; de assuntos em que se cogite da utilidade, ou necessidade nacional, e que devam ser apreciados com certa amplitude por uma autoridade mais ou menos arbitrária.

O caso é todo regido por disposições constitucionais e por leis secundárias; entende somente com a aplicação de normas constitucionais e legais; resolve-se em indagar se foram infringidas as disposições constitucionais e legais que garantem a autonomia municipal, e especialmente a autonomia do Distrito Federal.

¹⁸⁸ BARBOSA, Ruy. *Discurso proferido no Congresso Nacional na sessão de 16 de dezembro de 1890*. Brazil: Impr. Nacional, 1891, p. 20-21. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185626>. Acesso em: 15 jan. 2021.

¹⁸⁹ Ela foi expressamente citada em dezenas de HCs no STF. Cf. HC 165704/DF, relatoria do Ministro Gilmar Mendes; HC 164.493/PR, de relatoria do Ministro Edson Fachin (redator para acórdão Ministro Gilmar Mendes); e HC 143641/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

¹⁹⁰ Art. 72, §22. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder.

¹⁹¹ Cf. HC 3536/DF, de relatoria do Ministro Oliveira Ribeiro. Mas não é só. O STF passou a apreciar questões relativas a liberdades de associação, de reunião, de expressão e de imprensa, ou quando a liberdade é atingida apenas reflexamente. É possível afirmar que, dentro das possibilidades institucionais, o Poder Judiciário cumpriu razoavelmente seu papel.

Segundo a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte, o Poder Judiciário tem competência para garantir direitos políticos, desde que há uma disposição constitucional, ou legal, que regule a matéria (Dig. Amer., vol. 2º, pág. 2.199, nº 109).

Consequentemente, ainda que se considere a espécie daquelas em que ao Poder Judiciário se pedem garantias para direitos políticos, não é lícito negar ao Tribunal competência para sentenciar, resolvendo a questão; visto como há na Constituição Federal e em leis ordinárias disposições claras, aplicáveis ao presente pleito;

Considerando que, dada a posição legal dos impetrantes e, portanto, a ilegalidade do constrangimento à liberdade individual deles, criada pelo decreto inconstitucional do Poder Executivo federal, o remédio próprio para o caso é o *habeas corpus*.

Erro seria, em vez do *habeas corpus*, usar da ação especial do art. 13 da Lei 221, de 20 de novembro de 1894, quando na hipótese se deu manifestamente um constrangimento à liberdade individual, e a leitura dos artigos da Constituição e das leis ordinárias aplicáveis à espécie, torna patente a posição legal dos impetrantes.

O fato de se tratar de cidadãos que pretendem exercer uma função pública, e para isso pedem esta ordem de *habeas corpus*, não é motivo jurídico para se julgar incabível o *habeas corpus*: “The constitutional guaranties of personal liberty are a shield, for the protection of all classes, at all times, and under all circumstances” (Dig. Amer., volume 3º, verb. *Habeas Corpus*, pág. 3.229, n. 6);

Considerando, em suma, que os pacientes são membros do Conselho Municipal do Distrito Federal, legalmente investidos de suas funções, e com razão receiam que lhes seja tolhido o ingresso no edifício do Conselho em consequência do Decreto de 4 de janeiro corrente, o qual, do mesmo modo por que o de 26 de novembro de 1909, é manifestamente infringente da Constituição Federal (na parte em que garante esta a autonomia municipal e especialmente a deste Distrito) e das leis ordinárias aplicáveis à hipótese¹⁹².

É certo que, em 1926, a partir da reforma constitucional promovida pelo Presidente Artur Bernardes, houve alteração do art. 72 da Constituição de 1891, restringindo a impetração do *habeas corpus* à tutela da liberdade de locomoção¹⁹³. Isso não impediu, no entanto, especialmente a partir da vigência do texto constitucional de 1988, que juízes e as Cortes Constitucionais alargassem a abrangência do *writ*, mormente para assegurar coletivamente o direito de locomoção aos mais vulneráveis, à mingua de instrumento normativo próprio,

¹⁹² *Habeas Corpus* 2.990. 1909-1911. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC2990.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2021 (grifou-se).

¹⁹³ Art. 72. Dar-se-ha o *habeas-corpus* sempre que alguém soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia por meio de prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade de locomoção.

conforme será explicitado em capítulo próprio, revitalizando, pela via jurisprudencial, a extensão do instituto previsto originalmente na Constituição de 1891.

Nessa linha de ideias, a Suprema Corte pátria vem admitindo também a possibilidade da impetração do *habeas corpus* quando a liberdade do paciente for indiretamente atingida por atos de ilegalidade ou abusividade do Estado. É o que se extrai, *v.g.*, do HC 127.415/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (inépcia da denúncia); e do HC 136.331/RS, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski (ilegalidade na inobservância do direito ao silêncio) e recentemente no Agravo Regimental no HC 173.998/MT, em que o Ministro Ricardo Lewandowski foi designado redator para o acórdão (revogação de medidas cautelares por excesso de prazo).

Voltando ao tema central deste capítulo, e antes do exame da Constituição Republicana de 1891, impõe-se fazer algumas breves menções aos atos normativos mais importantes que a precederam, porquanto não apenas traduzem um ponto de inflexão dos predicados e atribuições dos Poderes, mas revelam, a toda evidência, o contexto político e o pensamento jurídico subjacentes à publicação do texto constitucional.

Nesse cenário, tendo em vista a noticiada influência do modelo constitucional norte-americano, as leis instituídas pelo Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, “constituído pelo Exército e a Armada”, por meio da edição do Decreto 510, de 22 de junho 1890, promoveram adaptação do ordenamento imperial ao regime republicano e à forma federativa de Estado. Assinale-se, a propósito, que o Governo Provisório, num período de farta produção normativa¹⁹⁴, já havia baixado inúmeros outros atos normativos, incluindo o conhecido Decreto 1, 15 de novembro de 1889, subscrito por Marechal Deodoro da Fonseca, e dotado da força do poder constituinte originário. Tal ato normativo estabelecia, dentre outras medidas, que fica “proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da Nação brasileira – a República Federativa” (art. 1º).

¹⁹⁴ Paulo Bonavides e Paes de Andrade rememoram que a Constituição da Primeira República tem como marco singular na história ser fruto de “dois poderes constituintes de primeiro grau”. Além disso, “o Governo Provisório com a sua obra legislativa ordinária também concorreu sobremodo para a modernização constitucional do País. Toda ela se fez debaixo da inspiração republicana e positivista de nacionalizar o sistema de leis e a organização da sociedade civil. Cumpre assinalar a importância que teve na época o decreto de 11 de outubro de 1890 instituindo a Justiça Federal, bem como a adoção do Código Penal, da mesma data, e ainda a decretação da lei da falência. Como se vê, imediata, copiosa, e revolucionária veio a ser a produção normativa dos governos republicanos durante os primeiros meses de sua ditadura, em que tinham efetivamente pressa de consumir, de fato, a demolição do edifício institucional da monarquia (...)”. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 210-213.

Mas não é só. Para além de instituir a denominação “Supremo Tribunal Federal”, composto por quinze integrantes¹⁹⁵, e delimitar a autonomia das instâncias estadual e federal, o Decreto 510/1890 fixou os poderes e atribuições devidos aos respectivos órgãos jurisdicionais¹⁹⁶, ampliados, na sequência, pelo Decreto 848, de 11 de outubro de 1890¹⁹⁷, incluindo, pela primeira vez, a inserção do controle de constitucionalidade difusa das leis contrárias ao texto constitucional. A Constituição da República de 1891, por sua vez, reafirmou as competências previstas nos atos normativos pretéritos, com o acréscimo determinado pela EC 3/1926¹⁹⁸. Veja-se:

Art. 60 – Aos juizes e Tribunaes Federaes: processar e julgar: (...)
 § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:
 a) quando se questionar sobre a vigencia ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar applicação;
 b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas; (...).

Ademais, o desenho institucional da Carta de 1891 assegurou também a “harmonia e a independência” em relação ao Legislativo e ao Executivo¹⁹⁹, fato esse que, ao lado do federalismo e da separação do Estado e da Igreja, descortinou-se incontestável avanço institucional, o que não significa dizer, em contrapartida, que o sistema de controle judicial de leis e atos normativos ostentava, na prática, autonomia suficiente para fazê-lo livremente perante os demais Poderes. Muito pelo contrário. O período inaugural da República foi marcado por conflitos e tensões entre o chefe do Poder Executivo, Marechal Deodoro da Fonseca, e o Legislativo (além do próprio Vice-Presidente Floriano Peixoto), instabilidades que resultaram na dissolução do Congresso em 3 de novembro de 1891, além da renúncia do Presidente da

¹⁹⁵ Nomeados “dentre os 30 (trinta) juizes federais mais antigos e os cidadãos de notável saber e reputação elegíveis para o Senado” (Art. 55).

¹⁹⁶ Cf. Arts. 58 a 61.

¹⁹⁷ Cf. Art. 9º, II, parágrafo único, b.

¹⁹⁸ Emília Viotti da Costa afirma: “Ao Supremo Tribunal, modelado na Suprema Corte norte-americana, cabia rever decisões das cortes de apelação todas as vezes que houvesse violação de direito. Era também de sua alçada julgar conflitos que surgissem entre as autoridades judiciais e a administração federal, entre a União e os Estados, ou entre os próprios Estados. Foram transferidos para ele os poderes judiciais que, no Império, eram da alçada do Conselho de Estado. Com o tempo, a prática acabou por ampliar-lhe as atribuições iniciais” (COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 24-25).

¹⁹⁹ Art. 15 – São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.

República e das sucessivas revoltas enfrentadas pelo novo chefe do Poder Executivo, Floriano Peixoto²⁰⁰.

Diante desse cenário, o Poder Judiciário, em especial o STF, foi instado reiteradamente a se manifestar em diversos pedidos em *habeas corpus* contra atos do Poder Executivo, adotando, num primeiro momento, uma postura de deferência inicial quanto aos “atos políticos”²⁰¹, uma vez que a musculatura institucional do texto constitucional sucumbia, no plano fático, ao ambiente conturbado e à hipertrofia do Presidente da República²⁰².

O evento mais conhecido ocorreu em 1892, quando Floriano Peixoto decretou estado de sítio²⁰³, além de inúmeras prisões de militares, senadores, deputados que protestavam contra a não realização de novas eleições após a renúncia de Marechal Deodoro. Por tal razão, Ruy Barbosa impetrou *habeas corpus* em favor dos custodiados, o que levou o Presidente, por sua vez, consumido por uma desmedida ira, a assentar a conhecida ameaça: “Se os juízes do Tribunal concederem o *habeas corpus* aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará *habeas corpus* de que, por sua vez, necessitarão”²⁰⁴. Negado o pedido do *writ*, a Câmara dos Deputados concedeu, posteriormente, anistia aos custodiados.

Não bastasse isso, a inobservância das decisões judiciais, as ameaças de dissolução do STF²⁰⁵ e a adoção de medidas de retaliação – contra a Suprema Corte e seus integrantes – floresceram nesse ambiente institucional. Os primeiros, ligados substancialmente às decisões

²⁰⁰ SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 56-57.

²⁰¹ A doutrina dos “atos políticos” ou “atos de governo” e a ausência de sindicabilidade do mérito pelo Poder Judiciário sempre estiveram presentes na vida institucional da República Brasileira, seja por disposição expressa do texto constitucional (CFs 1934 e 1967), seja por dissuasão exógena dos governos de plantão ou de outros atores e intérpretes inquietos com a possível usurpação das funções (HORBACH, Carlos Bastide. Controle judicial da atividade política: as questões políticas e os atos de governo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 182, p. 7-16, 2009).

²⁰² Paulo Bonavides e Paes de Andrade bem destacam: “Ao redor da autoridade presencial gravitavam todas as dependências, todos os interesses, todas as influências anulando-se assim, desde as bases, a legalidade republicana e federativa das instituições, arredadas dos preceitos formais e substanciais da Constituição de 1891. Entre a Constituição jurídica e a Constituição sociológica havia enorme distância; nesse espaço se cavara também o fosso social das oligarquias e se descera ao precipício do sufrágio manipulado, que fazia a inautenticidade da participação do cidadão no ato soberano de eleição dos corpos representativos”. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 252-253.

²⁰³ Para uma análise da jurisprudência do STF no estado de sítio na República Velha, ver: HORBACH, Carlos Bastide. *Ministro Pedro Lessa: memória jurisprudencial*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. p. 98-101.

²⁰⁴ Independentemente da fidedignidade da ameaça, o STF negou, por dez votos a um, o pedido formulado no *habeas corpus*. COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 30-31.

²⁰⁵ Destaca-se, nesse sentido, o julgamento do Almirante Wandenkolk, preso após armar navio mercante Júpiter e confrontar as tropas governistas. Ruy Barbosa também teria sido avisado das consequências pelo Procurador-Geral da República. O Tribunal Constitucional não concedeu a ordem neste julgamento. Por outro lado, o STF concedeu a ordem a favor do capitão-tenente Huet Bacelar e outros, resultando em desobediência aberta pelo Poder Executivo. Cf. RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: A Defesa das Liberdades Cívicas (1891-1898)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v. 1, t. I. p. 37-57.

judiciais em favor das liberdades civis e contra atos do Poder Executivo, como, *v.g.*, no caso da deportação de estrangeiros em razão da decretação do estado de sítio, instrumento governamental utilizado com frequência na Primeira República²⁰⁶. Quanto ao último grupo, destacam-se: (i) a letargia de Floriano Peixoto em indicar novos integrantes ao STF; (ii) a nomeação em 23 de outubro de 1893 do médico Barata Ribeiro, desatendendo o requisito constitucional do “notório saber jurídico”, fato que resultou, no ano seguinte, na sua rejeição pelo Parlamento e; (iii) a tentativa frustrada de aumentar o número de ministros da Corte²⁰⁷.

Ademais, processos criminais foram instaurados contra juízes que insistiram em declarar a inconstitucionalidade de leis federais ou locais, o que conduziu, no plano nacional, à discussão precursora acerca da garantia da independência judicial. Nas palavras de Leda Boechat:

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis foi aqui, como nos Estados Unidos, de certo modo, uma conquista do próprio Poder Judiciário. Enfrentando forte pressão contrária do Executivo, não permitiram aos juízes brasileiros que se tornasse letra morta o poder que lhes conferira expressamente Constituição de 1981²⁰⁸.

O impasse com o Governo Floriano, qualificado pelos seus opositores como uma luta entre a lei e a ditadura, e pelos seus apoiadores como o conflito entre um “imaginário constitucionalismo mal pensado e o Executivo”²⁰⁹, aliado a “política dos governadores”²¹⁰, inviabilizou qualquer sistema de freios e controles pelo Judiciário, mormente quanto aos embaraços dos conflitos federativos.

O Governo de Prudente de Moraes também não apaziguou as relações entre os Poderes, irrogando severas críticas aos integrantes da Suprema Corte após a concessão da ordem em *habeas corpus*, impetrado novamente por Ruy Barbosa, contra as prisões realizadas em novo estado de sítio. A Corte assentou, ao final e ao cabo, que deputados e senadores, uma vez diplomados, não poderiam ser presos, a não ser em caso de flagrante delito, o que não

²⁰⁶ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 32-35.

²⁰⁷ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 37-38.

²⁰⁸ RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: A Defesa das Liberdades Civis (1891-1898)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v. 1, t. I. p. 89.

²⁰⁹ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 32-33.

²¹⁰ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 117-119.

ocorrera²¹¹. O Poder Executivo encaminhou, em represália, novo projeto de lei para aumentar o número de juízes no STF.

Diante desse cenário, não parece justo atribuir ao Poder Judiciário, inserido nessas condições institucionais entre 1891 e 1926, a condição de simples caudatário do poder²¹². Pelo contrário, para além da tutela das liberdades públicas por meio da doutrina brasileira do *habeas corpus* e da definição de jurisprudência de garantias, tímida é verdade, a Suprema Corte reafirmou a incompetência da Justiça Militar para o julgamento dos civis²¹³, reformou aposentadorias decretadas a bem do serviço público, defendeu os direitos dos imigrantes e a imunidade parlamentar²¹⁴. Além disso, a publicidade dos atos judiciais esteve também presente nesse período com a integração do público nas galerias do tribunal, o qual “se manifestava ruidosamente a favor e contra os argumentos e decisões: vaiava, assobiava, aplaudia os discursos e os acórdãos, apesar das reiteradas advertências do presidente, que ameaçava os manifestantes de expulsão”²¹⁵.

Evidentemente que vicissitudes judiciais se assomaram também na República Velha, especialmente diante da resistência de alguns Ministros do STF em aplicar a nova jurisprudência garantista – para os padrões da época – aos operários e aos simpatizantes do regime monárquico²¹⁶. Ademais, não se pode fechar os olhos, assim como ocorreu com a Corte norte-americana²¹⁷, fonte de inspiração dos constituintes, a que a Suprema Corte proferiu também decisões contrárias à prática das liberdades públicas, especialmente para cancelar as medidas de intervenção do Estado para a vacinação forçada contra a varíola, culminando, ao final, com a decretação de novo estado de sítio em 1905²¹⁸.

²¹¹ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 35-37.

²¹² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 117-118.

²¹³ A Suprema Corte, em sessão de 9 de agosto de 1893, por maioria, concedeu a ordem em *habeas corpus* impetrado por Ruy Barbosa, para tornar definitiva a liminar, fixando o entendimento da incompetência da justiça militar, em acórdão assim ementado (HC 406/DF): “Vistos, expostos e discutidos os presentes autos de *habeas corpus*, em que são pacientes David Ben Obill e outros, resolve o Supremo Tribunal Federal conceder a referida ordem de soltura em favor dos detidos, visto ser ilegal a conservação da prisão em que se acham, desde que se verifica, pelos autos e pelas informações prestadas, que os fatos que lhes são imputados não constituem crimes que os sujeitem ao foro militar”.

²¹⁴ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 35.

²¹⁵ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 28-29.

²¹⁶ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 35-37.

²¹⁷ Aqui faz-se referência ao caso *Dred Scott v. John F. A. Sandford* (1857).

²¹⁸ Cf. HC 2244/DF e COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 42-46.

Outros retrocessos ocorreram com a Reforma Constitucional de 1926, já no Governo de Artur Bernardes, que, além de limitar o alcance do *habeas corpus* no sentido de tutelar a liberdade de locomoção, manietou o Poder Judiciário em relação ao exame dos requisitos normativos para a intervenção dos Estados e a declaração do estado de sítio, inserindo o § 5º no art. 60, da Constituição de 1891, *in verbis*:

Nenhum recurso judiciario é permitido, para a justiça federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sitio e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade e a perda de mandato dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigencia do estado de sitio, não poderão os tribunales conhecer dos actos praticados em virtude delle pelo Poder Legislativo ou Executivo²¹⁹.

De todo modo, as fecundas raízes para uma desenvoltura institucional do Poder Judiciário, especialmente para o controle dos atos da Administração, foram introduzidas no ideário republicano. Nesse sentido, convém rememorar as palavras de Ruy Barbosa quando, na sessão do Senado de 1898, deliberou-se a aprovação dos atos praticados pelo Poder Executivo e seus agentes pelo evento de 5 de novembro de 1897:

O Poder Judiciário, o S.T.F. é o juiz das suas atribuições. Uma sentença é uma sentença: não pode ser julgada por outro poder. Será desatendida; poderá ser violada, desrespeitada, mas não pode ser julgada. Se a doutrina geral dos advogados do Poder Executivo “lhes reconhece o direito de apreciar as sentenças do S.T.F [...] esta doutrina coloca o Poder Executivo acima da justiça, faz do Poder Executivo o primeiro poder do país, converte-o no tribunal dos tribunais, e habilita-o para acusar de prevaricação os supremos magistrados da República”²²⁰.

Percebe-se claramente que a atuação do Poder Judiciário não estava completamente desvinculada ao comportamento dos demais agentes políticos, tanto para assegurar os direitos fundamentais embrionários quanto para exercer uma necessária e estratégica autocontenção no exercício das suas atividades primárias.

2.1.3. Revolução de 1930, Estado Novo e as Constituições de 1934 e 1937

É provável que, em nenhuma outra época republicana no Brasil, o Poder Judiciário tenha sido coarctado institucionalmente em proporções desmedidas, ao menos de forma tão escancarada, em sua autonomia e nas funções jurisdicionais, tornando atribuições e garantias

²¹⁹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 239-240.

²²⁰ RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: A Defesa das Liberdades Civis (1891-1898)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v. 1, t. I. p. 132-133.

dos seus integrantes simulacros disfuncionais (a conhecida folha de papel²²¹), como no corpo do texto constitucional de 1937. Mas não é só. Outros atos normativos editados no período contribuíram, de forma decisiva, para subjugar e transformar juízes e ministros em simples esbirros ou chanceladores dos atos do Poder Executivo.

Com efeito, consolidada a Revolução de 1930, o Decreto 19.398, de 11 de novembro de 1930, incorporou força constituinte equivalente à vista na Primeira República para instituir o Governo Provisório, que imperou por longos quatro anos com beneplácito inicial da Suprema Corte²²², sob o verniz das supostas dificuldades alardeadas para a convocação de uma assembleia constituinte²²³. Nesse quadro, para além de dissolver o Congresso Nacional e as Assembleias Legislativas, com a nomeação de interventores nos Estados, o diploma normativo assegurou a suspensão das garantias constitucionais dos magistrados e a insindicabilidade judicial dos atos do Governo Provisório, bem como instituiu tribunais especiais para o processo e julgamento de crimes políticos²²⁴.

Meses depois, em 3 de fevereiro de 1931, mais uma investidura visceral foi lançada contra o Poder Judiciário. Com efeito, por meio de edição do Decreto 19.656²²⁵, o Governo Provisório reduziu a composição da Suprema Corte de quinze para onze ministros e, posteriormente, aposentou, compulsoriamente, seis ministros (Decreto 19.711, de 18/2/1931²²⁶), em represália, segundo especulações históricas, por votos desfavoráveis aos

²²¹ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Trad. Walter Stonner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

²²² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 119-120.

²²³ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 275-279.

²²⁴ Art. 1º O Governo Provisório exercerá discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembléia Constituinte, estabeleça esta a reorganização constitucional do país; Parágrafo único. Todas as nomeações e demissões de funcionários ou de quaisquer cargos públicos, quer sejam efetivos, interinos ou em comissão, competem exclusivamente ao Chefe do Governo Provisório. Art. 2º É confirmada, para todos os efeitos, a dissolução do Congresso Nacional das atuais Assembleias Legislativas dos Estados (quaisquer que sejam as suas denominações), Câmaras ou assembleias municipais e quaisquer outros órgãos legislativos ou deliberativos, existentes nos Estados, nos municípios, no Distrito Federal ou Território do Acre, e dissolvidos os que ainda o não tenham sido de fato. (...) Art. 5º Ficam suspensas as garantias constitucionais e excluída a apreciação judicial dos atos dos atos do Governo Provisório ou dos interventores federais, praticados na conformidade da presente lei ou de suas modificações ulteriores. Parágrafo único. É mantido o *habeas corpus* em favor dos réus ou acusados em processos de crimes comuns, salvo os funcionais e os da competência de tribunais especiais. (...) Art. 16. Fica criado o Tribunal Especial para processo e julgamento de crimes políticos, funcionais e outros que serão discriminados na lei da sua organização.

²²⁵ Art. 1º Fica reduzido a onze o número de juízes do Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único. Não serão preenchidas as vagas que se verificarem até que o número de juízes do Tribunal fique reduzido ao deste decreto. (...) Art. 20. Os magistrados e membros do Ministério Público Federal não poderão aceitar nem exercer cargo de eleição, nomeação ou comissão, mesmo gratuito, ou qualquer outra função pública, salvo do magistério, nos termos das leis.

²²⁶ Ministros Godofredo Cunha, Edmundo Muniz Barreto, Antônio C. Pires e Albuquerque, Pedro Afonso Mibieli, Pedro dos Santos e Geminiano da Franca.

aliados militares de Vargas durante as Revoltas de 1922 e 1924²²⁷. O Vice-Presidente da Corte entre 1931 e 1937, Hermenegildo de Barros, registrou o seu protesto, o qual foi publicado em todos os jornais do País:

Nenhum ministro, digno da investidura, poder-se-á considerar garantido na situação em que se encontra, presentemente, o Supremo Tribunal Federal, que não tem, não pode ter independência e viverá exclusivamente da magnanimidade do Governo Provisório. Pela minha parte, declaro que não tenho honra nenhuma em fazer parte desse tribunal, assim desprestigiado, vilipendiado, humilhado, e é com vexame e constrangimento que ocupo esta cadeira de espinhos para qual estarão voltadas as vistas dos assistentes, na dúvida de que aqui esteja um juiz independente, capaz de cumprir com sacrifício o seu dever²²⁸.

Por outro lado, a crise econômica de 1929 e a tentativa frustrada da insurreição paulista de retomar o poder, em nome de princípios do liberalismo constitucional, conduziram à ambiguidade do texto constitucional de 1934, voltado para estabelecer a concretização de direitos sociais, sob o intenso fluxo ideológico da Constituição de Weimar e das teses corporativas que inundavam a Europa, solapando as bases representativas do Estado constitucional²²⁹. Assim, ao lado de tradicional declaração de direitos e garantias individuais, foram positivados novos direitos acerca da ordem econômica e social, além de capítulos sobre a família, educação e cultura²³⁰.

A Constituição de 1934, para além de conservar a redução do número de ministros da “Corte Suprema” (nomenclatura inédita adotado pelo constituinte²³¹) e restringir a vitaliciedade aos Ministros até os 75 anos, produziu bons frutos ao constitucionalismo brasileiro, trazendo ao ordenamento jurídico o mandado de segurança, para colmatar a lacuna deixada pela reforma de 1926 que restringira o âmbito do *habeas corpus*²³², além da “ação popular”²³³. O referido

²²⁷ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 70-72.

²²⁸ RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v. 4, t. I. p. 33-35.

²²⁹ Paulo Bonavides e Paes de Andrade destacam: “Tanto que fizemos aqui na própria composição do parlamento o enxerto híbrido da chamada bancada classista, de triste memória, constituída por deputados federais que não emanavam do sufrágio popular e por consequência careciam da altivez e legitimidade quando assomavam ao rosto legislativo. Foram obscuros representantes sem representatividade, exercendo um mandato desprestigiado, como tribunos parlamentares de segunda classe, uma espécie de versão precursora do senador biônico contemporâneo”. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 326-327.

²³⁰ SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 68-69.

²³¹ Art. 63, “a”.

²³² Para a concessão da segurança, era necessário que o direito fosse “certo e incontestável” (art. 113, § 33) ou, como melhor fixado de 1946 em diante: “líquido e certo” (art. 141, § 24).

²³³ Art. 113, §38º: Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

texto constitucional manteve o controle de constitucionalidade difuso, incidental e repressivo, aos moldes do sistema americano, introduzindo, por outro lado, algumas inovações para o aperfeiçoamento do *judicial review*. Destacam-se, dentre elas, a exigência de quórum de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade (art. 179)²³⁴, bem como a possibilidade de o Senado suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando fossem declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (art. 91, 1, IV).

Ademais, a Carta de 1934 incorporou expressamente a já citada doutrina das questões políticas, que, repise-se, sempre encontrou porto seguro na jurisprudência do STF, dispondo, para tanto, ser “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas” (art. 68), bem como estatuiu, pela primeira vez, a criação da Justiça Eleitoral e a incipiente representação interventiva, sujeita à competência originária do Supremo Tribunal Federal²³⁵. Além disso, assegurava, ao menos formalmente, a cláusula da separação de poderes²³⁶ e as garantias institucionais dos magistrados, com as ressalvas delimitadas abaixo:

Art. 64 da CF 1934 – Salvas as restrições expressas na Constituição, os Juízes gozarão das garantias seguintes:

- a) vitaliciedade, não podendo perder o cargo senão em virtude de sentença judiciária, exoneração a pedido, ou aposentadoria, a qual será compulsória aos 75 anos de idade, ou por motivo de invalidez comprovada, e facultativa em razão de serviços públicos prestados por mais de trinta anos, e definidos em lei;
- b) a inamovibilidade, salvo remoção a pedido, por promoção aceita, ou pelo voto de dois terços dos Juízes efetivos do tribunal superior competente, em virtude de interesse público;
- c) a irredutibilidade de vencimentos, os quais, ficam, todavia, sujeitos aos impostos gerais.

A higidez institucional não perdurou muito tempo, uma vez que, na data de 4 de abril de 1935, foi aprovada legislação definidora de crimes contra a ordem política e social (Lei 38/1935), estabelecendo, dentre as medidas de repressão, a proibição de existência de partidos,

²³⁴ Art. 179 – Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público.

²³⁵ Art. 12 – A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: I – para manter a integridade nacional; II – para repelir invasão estrangeira, ou de um Estado em outro; III – para pôr termo à guerra civil; IV – para garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes Públicos estaduais; V – para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a a h*, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; VI – para reorganizar as finanças do Estado que, sem motivo de força maior, suspender, por mais de dois anos consecutivos, o serviço da sua dívida fundada; VII – para a execução de ordens e decisões dos Juízes e Tribunais federais. (...) § 2º – Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade (grifou-se).

²³⁶ Art. 3º – São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.

centros e agremiações, de qualquer espécie, que visassem à “subversão, pela ameaça ou violência, da ordem política ou social”, e a responsabilidade penal daqueles que divulgassem notícias falsas que pudessem ocasionar desassossego na população²³⁷. E pior: ficou autorizada a criação de milícias pelo poder público²³⁸.

A Constituição outorgada de 1937, também denominada de “a polaca”²³⁹, redigida por Francisco Campos (com inspiração nos escritos de Carl Schmitt²⁴⁰), Ministro da Justiça de Getúlio Vargas, está ancorada numa corrente de pensamento autoritária e apresenta como causa justificadora subjacente a pretensa ameaça comunista para a tomada do poder (Plano Cohen)²⁴¹.

É lícito afirmar, ainda, que foi a primeira Carta, numa interpretação otimista, que não foi objeto de deliberações constituintes²⁴², traduzindo, segundo Paulo Bonavides e Paes de Andrade, o “germe (O Estado Novo foi sua realização) de constituições autoritárias e a justificação teórica das ditaduras posteriores”²⁴³. Constituiu, portanto, “um visível retrocesso para a incipiente democracia brasileira”²⁴⁴, sendo o texto constitucional desrespeitado já a partir de sua promulgação diante da não submissão imediata ao plebiscito nacional, nos termos do art. 187 das Disposições Transitórias²⁴⁵.

Os principais aspectos do texto constitucional, naquilo que importa para o presente ensaio, consistem na completa mutilação do frágil equilíbrio dos poderes da nova República,

²³⁷ Arts. 1 a 13.

²³⁸ Art. 47. Só o poder publico tem a prerogativa de constituir milícias de qualquer natureza, não sendo permittidas organizações de typo militar, características por subordinação hierarchica, quadros ou formações. Paragrapho unico. Não se incluem neste artigo as associações de escoteiros, tiros de guerra e outras autorizadas em lei.

²³⁹ Por influência direta da Constituição da Polônia de Pilsudsky, mas também inspirada no fascismo vitorioso na Itália (1922). Cf. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 339-340.

²⁴⁰ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 130-131.

²⁴¹ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 88-89.

²⁴² BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 339-340.

²⁴³ Afirmam também: “Se é certo que Vargas implementou uma modernização do aparelho do Estado, criando uma burocracia mais eficiente e dando contribuições diversas à consolidação e codificação dos principais ramos do direito, e iniciando o processo de industrialização do país, de que é exemplo Volta Redonda, é também certo que atribuiu a essa burocracia renovada poderes muito mais amplos do que seria o normal. Em suma: na completa ausência do Legislativo (ele nunca foi convocado) esse poder transferiu-se para as mãos da tecnoburocracia, que a exercia na realidade”. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 333-334.

²⁴⁴ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 513-514..

²⁴⁵ Paulo Bonavides e Paes de Andrade destacam: “A primeira fraude constitucional estava precisamente no dispositivo que condiciona a manutenção da lei maior à manifestação plebiscitária da Nação. Esta jamais se efetivou. O compromisso constava do art. 187 das Disposições Transitórias que assim dispunha: ‘Art. 187. Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República’”. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 340-341.

com a dissolução da Câmara dos Deputados, do Senado Federal (substituído pelo Conselho Federal) e dos partidos políticos, além da garantia da possibilidade jurídica de aposentadoria, dentro do prazo de sessenta dias, a contar da data desta Constituição, dos “funcionários civis e militares cujo afastamento se impuser, a juízo exclusivo do Governo, no interesse do serviço público ou por conveniência do regime”²⁴⁶.

A mitigação das funções intrínsecas do Poder Judiciário também estava assegurada tanto pela manutenção da insindicabilidade judicial das “questões exclusivamente políticas” e a redução da idade para aposentadoria compulsória de 75 para 68 anos²⁴⁷ (arts. 91, I e 94), como pela faculdade estatuída ao Presidente da República, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei pelo Supremo Tribunal Federal, de submeter a questão novamente ao exame do Parlamento caso necessário “ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”. Confirmada por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, a decisão do Tribunal ficaria sem efeito (art. 96, parágrafo único, em sua redação original)²⁴⁸.

Mas não é só. Para além do fechamento do Congresso Nacional no período do Estado Novo, do que resultou, ao menos no campo teórico, a viabilidade de o Presidente de República, com lastro nos dispositivos acima mencionados, expurgar as decisões do STF por simples edição de decreto-lei, o Código de Processo Civil de 1939 ratificou a vedação do controle judicial, na via mandamental, dos atos do presidente, dos ministros, de governadores e interventores²⁴⁹. Ademais, de acordo com o art. 170, da CF/1937, os juízes e tribunais não poderiam, durante o estado de emergência ou o estado de guerra, conhecer dos atos praticados em virtude deles.

A sucumbência do Poder Judiciário, no entanto, não decorreu apenas da usurpação de suas funções primárias, da extinção da justiça federal ou da impossibilidade de assentar a “última palavra” no controle das constitucionalidades das leis. Tal coarctação é reafirmada,

²⁴⁶ Cf. art. 177 das Disposições Transitórias.

²⁴⁷ Logo, três ministros foram imediatamente atingidos, a saber: Presidente Edmundo Lins, o Vice-Presidente Hermenegildo de Barros e o Ministro Ataulfo de Paiva.

²⁴⁸ Art. 96 – Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único – No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

²⁴⁹ Art. 319. Dar-se-á mandado de segurança para defesa e direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal, de qualquer autoridade, salvo do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores.

outrossim, por diversos atos normativos, com destaque para a edição do Decreto-lei 1.564, de 5 de setembro de 1939²⁵⁰, e pela criação de um Tribunal de Segurança Nacional²⁵¹.

Ademais, para o coroamento dos atos de restrição da liberdade de atuação dos juízes e Ministros da Suprema Corte, Getúlio Vargas foi o Presidente que mais nomeou Ministros para o STF: 21 no total, sendo sete durante o Governo Provisório (1930-1934) e quatorze no Estado Novo (1937-1945)²⁵². Nenhum deles, contudo, foi submetido à aprovação do Senado Federal, e a Corte, amedrontada pela hipertrofia e pelas ameaças do Poder Executivo²⁵³, deixou de resguardar as liberdades fundamentais em momentos cruciais, v.g., no caso do julgamento de Olga Benário²⁵⁴.

Movimentos no sentido da “redemocratização”²⁵⁵ surgiram a partir do final da 2ª Guerra Mundial, influenciados decisivamente pelo ambiente político internacional, de sorte que Vargas, pressionado pelos militares²⁵⁶, editou as Leis Constitucionais 9 e 13 de 1945, para instituir, respectivamente, a eleição direta ao cargo de Presidente da República, além de autorizar a convocação de nova assembleia constituinte. Curiosamente, o Dia da Justiça foi criado pelo Decreto-lei 8.292/1945. A norma foi assinada pelo ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro José Linhares, no período em que assumiu, interinamente, o cargo de presidente da República após a destituição de Getúlio Vargas, a “convite” dos militares²⁵⁷.

²⁵⁰ Artigo único. São confirmados os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais; ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juízes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos (grifou-se).

²⁵¹ Criado pela Lei 244, de 11 de setembro de 1936, com atribuição principal julgar “os crimes com finalidades subversivas das instituições políticas e sociais” (art. 3). Ficou conhecido pelo julgamento de Luís Carlos Prestes, em que seu patrono, Sobral Pinto, suscitou a aplicação do Estatuto dos Animais, de 1934, para dizer que seu cliente não estava recebendo as garantias conferidas aos bichos.

²⁵² Informação obtida no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfSobreCorte_pt_br&idConteudo=196222&modo=cms. Acesso em: 17 jan. 2021.

²⁵³ Emília Viotti relata o caso do fechamento de todas as unidades da Aliança Nacional Libertadora, que tinha Luís Carlos Prestes como presidente de honra, para demonstrar que a Suprema Corte estava com a sua atuação cerceada: “No dia 17 de julho de 1935, Herculino Cascardo entrou com mandado de segurança em favor da ANL, arguindo a ilegalidade do seu fechamento. As informações do chefe de polícia levaram a Corte Suprema a indeferir unanimemente o pedido. Considerou o Tribunal que o preceito constitucional que garantia a liberdade de associação condicionada o seu exercício a fins lícitos”. COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 89-90.

²⁵⁴ Companheira de Luís Carlos Prestes e atuante no apoio à Intentona Comunista de 1935, Olga foi presa como estrangeira pernicioso à ordem pública. Impetrou *habeas corpus* para obstar sua deportação à Alemanha. O STF negou a ordem, sendo enviada finalmente ao país tedesco, onde veio a falecer num campo de concentração.

²⁵⁵ José Afonso da Silva rechaça a nomenclatura utilizada: “A rigor, no entanto, até o regime de 1946, pelo que se está vendo desta exposição, o Brasil não teve regime democrático. Teve algumas instituições formais de democracia representativa. Mas a realidade é que o País viveu regimes elitistas de natureza oligárquica”. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 71-72.

²⁵⁶ RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v. 4, t. I. p. 40-43.

²⁵⁷ Segundo Leda Boechat Rodrigues: “Convidado, o Ministro José Linhares pediu, inicialmente, um prazo até o dia seguinte para responder ao convite; pretendia consultar os colegas. Os militares ponderaram a premência da

2.1.4. Constituição de 1946

O texto constitucional manteve o arcabouço dos direitos sociais, ao lado da revitalização dos direitos civis e políticos, com exceção ao Partido Comunista²⁵⁸, bem como eliminou a pena de morte incorporada à CF/1937. O ambiente institucional era favorável à implementação da democracia representativa, que, nesse ponto, expandiu o texto constitucional de 1934 para incorporar os cidadãos, homens e mulheres com mais de dezoito anos de idade ao exercício do sufrágio²⁵⁹. Os constituintes adotaram o modelo liberal semelhante ao da Constituição de 1891, sem descuidar dos direitos sociais positivados no texto de 1934²⁶⁰, além de reforçar medidas da desmobilização da máquina repressiva instalada por Vargas²⁶¹.

Apesar de a Justiça Federal ter sido mantida fora do texto constitucional, o legislador constituinte criou o Tribunal Federal de Recursos com atribuições para assuntos envolvendo interesses da União, reduzindo funções típicas do Supremo Tribunal Federal²⁶², assim como manteve o número de onze ministros da Corte Constitucional²⁶³. As garantias aos integrantes do Poder Judiciário foram reafirmadas, com decréscimo das ressalvas dos textos anteriores²⁶⁴,

situação, que não comportava delongas. Por isso, convocou seus companheiros pelo telefone para uma reunião em sua casa, naquela mesma noite. Não foi possível reuni-los. Os ministros, consultados, concordaram com sua posse, mas não queriam deslocar-se de madrugada de suas residências” (RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v. 4, t. I. p. 43-45).

²⁵⁸ José Murilo de Carvalho rememora que, apesar da liberdade de funcionamento dos partidos políticos, exceto do Partido Comunista, que teve seu registro cassado em 1947, os direitos políticos e civis fluíram relativamente bem no período. Todavia, “uma das poucas restrições sérias ao exercício da liberdade referia-se ao direito de greve. Greves só eram legais se autorizadas pela justiça do trabalho. Essa exigência, embora conflitante com a Constituição, sobreviveu até 1964, quando foi aprovada a primeira lei de greve, já no governo militar. O que não impediu que várias greves tenham sido feitas ao arrepio da lei”. CARVALHO, José Murilo de. *A Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. p. 127-128.

²⁵⁹ Arts. 131 e 132 do texto constitucional.

²⁶⁰ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 105-107.

²⁶¹ O Presidente José Linhares, então Ministro Presidente do STF, em um dos seus primeiros atos após aceitar o convite dos militares, extinguiu o Tribunal de Segurança Nacional, transferindo para a justiça comum as atribuições daquela Corte, bem como revogou o citado art. 177 das Disposições Transitórias da Carta de 1937 (que permitia a aposentadoria de funcionários civis e militares). BOECHAT, Leda. *História do Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v. IV, t. I. p. 43-45.

²⁶² Art. 104 da CF/1946.

²⁶³ Art. 98 da CF/1946. A composição seria alterada para dezesseis ministros em 1965, por força do Ato Institucional 2.

²⁶⁴ Art. 95 da CF/1946 – Salvo as restrições expressas nesta Constituição, os Juízes gozarão das garantias seguintes: I – vitaliciedade, não podendo perder o cargo senão por sentença judiciária; II – inamovibilidade, salvo quando ocorrer motivo de interesse público, reconhecido pelo voto de dois terços dos membros efetivos do Tribunal superior competente; III – irredutibilidade dos vencimentos, que, todavia, ficarão sujeitos aos impostos gerais (em sua redação original). § 1º – A aposentadoria será compulsória aos setenta anos de idade ou por invalidez comprovada, e facultativa após trinta anos de serviço público, contados na forma da lei. § 2º – A aposentadoria, em qualquer desses casos, será decretada com vencimentos integrais. § 3º – A vitaliciedade não se estenderá obrigatoriamente aos Juízes com atribuições limitadas ao preparo dos processos e à substituição de Juízes julgadores, salvo após, dez anos de contínuo exercício no cargo. § 4º – Ocorrendo motivo de interesse público,

além de nova inserção da cláusula da separação de poderes²⁶⁵, com aparente tentativa de conferir predicados típicos de um regime democrático²⁶⁶.

Ademais, o mandado de segurança foi reabilitado na vida constitucional brasileira. No campo dos direitos humanos, a Carta de Direitos restabeleceu os direitos e liberdades fundamentais, com algumas restrições autoritárias²⁶⁷, além de alinhar restrições as imunidades parlamentares em hipóteses singulares, precisamente quando incompatíveis com a “defesa da nação ou com a segurança das instituições políticas ou sociais”²⁶⁸.

O sistema de controle difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos, aprimorado pela CF/1934, foi novamente escolhido pelo legislador constituinte²⁶⁹. A exigência do voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade também foi mantida²⁷⁰. Ademais, foi reintroduzida, de forma mais vigorosa, a possibilidade do ajuizamento de ação de controle direto para as hipóteses de intervenção federal em caso de inobservância dos princípios sensíveis da República, incluindo as garantias do Poder Judiciário (a denominada Representação Interventiva). É o que extrai, nesse sentido, da dicção do parágrafo único do art. 8º: “No caso do nº VII, o ato arguido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção”²⁷¹.

Toda essa deferência institucional ao Poder Judiciário não significava, contudo, adesão irrestrita ao sistema de inafastabilidade da jurisdição, passando longe – o desenho institucional – de conferir qualquer espécie de protagonismo ou supremacia aos juízes. Com efeito, apesar

poderá o Tribunal competente, pelo voto de dois terços de seus membros efetivos, propor a remoção ou a disponibilidade do juiz de instância inferior, assegurada, no último caso, a defesa.

²⁶⁵ Art. 36 – São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. § 1º – O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição. § 2º – É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

²⁶⁶ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 409-411.

²⁶⁷ É o caso da liberdade de expressão, já que foi ressalvado: “Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe” (§5º, do art. 141).

²⁶⁸ Art. 213 – As imunidades dos membros do Congresso Nacional subsistirão durante o estado de sítio; todavia, poderão ser suspensas, mediante o voto de dois terços dos membros da Câmara ou do Senado, as de determinados Deputados ou Senadores cuja liberdade se torne manifestamente incompatível com a defesa da Nação ou com a segurança das instituições políticas ou sociais.

²⁶⁹ Cf. Art. 101, III, da CF/46.

²⁷⁰ Art. 200. Só pelo voto da maioria absoluta de seus membros poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

²⁷¹ Oscar Vilhena Vieira ressalta: “Essa atribuição ao Procurador-Geral da República serviu não só para levar ao Supremo Tribunal Federal conflitos entre a União e os Estados, mas também entre os próprios poderes dos Estados que, através de representações ao Procurador Geral da República, buscavam impugnar atos contrários à Constituição Federal, emanados do legislativo ou do executivo estadual”. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 121-123.

de ter sido eliminada a cláusula prevista na Carta de 1937 que permitia ao Presidente da República submeter ao parlamento uma lei julgada inconstitucional pelo Supremo, o legislador constituinte de 1946 reinseriu as condições à revisão judicial, embrião de um regulamento futuro, tal como a possibilidade de o Senado suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 64).

Mas não é só. A Carta de 1946, ao exprimir a conhecida fórmula da inafastabilidade da jurisdição, alinhavou-a de forma limitada: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (§4º, do art. 141), descortinando, assim sendo, distintas facetas da Carta de Direito de 1946²⁷², incluindo fiapos de um autoritarismo encravado na mente dos constituintes.

No plano jurisdicional, sucederam-se crises políticas e tensões pelo poder até 1964. O Poder Judiciário não alcançou papel de destaque no controle dos atos do Poder Executivo, que utilizou, ao longo do período, o estado de sítio como instrumento de dissuasão dos conflitos federativos, tornando ineficaz o dispositivo constitucional de representação interventiva. Ademais, sob a influência da Guerra Fria, a vigência do texto constitucional não impediu a repressão judicial seletiva, especialmente contra operários²⁷³ e comunistas²⁷⁴.

A recalcitrância jurisdicional do STF também saltava os olhos frente aos acontecimentos históricos²⁷⁵, especialmente quando o ex-Presidente Café Filho tentou retornar ao cargo depois de se recuperar de ataque cardíaco, a fim de evitar que o Presidente eleito, Juscelino Kubitschek, tomasse posse. Para tanto o ex-mandatário impetrou, num primeiro momento, mandado de segurança²⁷⁶ para declarar a inconstitucionalidade das resoluções tomadas pelas

²⁷² Paulo Bonavides e Paes de Andrade reafirmam: “Não padece dúvida que a nota dominante da Constituição de 1946, relativamente à Declaração de Direitos, há-de ser compendiada na desarmonia ainda observada quanto aos dois princípios que bracejam por impor-se desde 1934: o individualista e o social. Deram amostras os constituintes de generoso esforço, mal-sucedido embora, ao querer conciliar o Estado Liberal com o Estado Social. Teve este um quinhão mais mesquinho que em 1934, se o pesarmos na balança das concessões individualistas feitas pela Constituição de 1946. (...) O constituinte cauteloso se arreda do reformismo teórico, que inspirou a obra de 1934 e se revela parcimonioso ou relutante em abrir estrada a reformas fáceis”. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 414-415.

²⁷³ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 114-115.

²⁷⁴ Com fundamento no art. 141, §13º, da CF/1946 (É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer Partido Político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem), o Tribunal Superior Eleitoral cassou o registro do Partido Comunista.

²⁷⁵ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 131-137.

²⁷⁶ Café Filho ingressou posteriormente com *Habeas Corpus* para cessar o impedimento à locomoção do paciente, em face da instalação de tropas militares na entrada de sua residência (HC 33908). A maioria da Corte acompanhou o relator, ministro Afrânio Costa, por entender que o pedido restara prejudicado em razão das informações

Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado, que consolidaram a manutenção do seu impedimento (MS 3557/DF). Nesse cenário, não obstante a ementa do acórdão, de relatoria do Ministro Hahnemann Guimarães, tenha indicado a prejudicialidade “por falta de objeto” – ocasionada pelas reiteradas suspensões diante do estado de sítio decretado (fato gerador) –, os votos proferidos não deixam margem a dúvidas, ainda que não integrem a razão de decidir, acerca da prudência exagerada dos ministros diante de sublevações e crises políticas. Nesse sentido, confirmam-se as conhecidas razões expendidas pelo Ministro Nelson Hungria, *in verbis*:

Afastado “o manto diáfano da fantasia sobre a nudez rude da verdade”, a resolução do Congresso não foi senão a constatação da impossibilidade material em que se acha o Sr. Café Filho, de reassumir a presidência da República, em face da imposição dos *tanke* e baionetas do Exército, que estão acima das leis, da Constituição e, portanto, do Supremo Tribunal Federal. Podem ser admitidos os bons propósitos dessa imposição, mas como a santidade dos fins não expunge a ilicitude dos meios, não há jeito, por mais auspicioso, de considerá-la uma situação que possa ser apreciada e resolvida do jure por esta Corte.

É uma situação de fato criada e mantida pelas forças das armas, contra a qual seria, obviamente, inexecutável qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal. A insurreição é um crime político, mas, quando vitoriosa, passa a ser um título de glória, e os insurretos estarão a cavaleiro do regime legal que infligiram; sua vontade é que conta, e nada mais.

Admita-se que este Tribunal reconhecesse inconstitucionais o impedimento do Sr. Café Filho e o estado de sítio: volver-se-ia ao *status quo ante*, isto é, à situação insurrecional do Exército, que ainda continua com seus canhões em pé de guerra no Campo de Santana e alhures, para impedir o retorno do Sr. Café Filho à Presidência da República. Desde que o chefe da insurreição não assumiu, *ex proprio Marte*, a presidência da República, quem devia assumi-la? O Sr. Vice-Presidente do Senado, o penúltimo atualmente disponível na escala do art. 79, § 1º, da Constituição. A declaração de impedimento do Sr. Café Filho pelo Congresso foi, em última análise, uma superfluidade. Com ou sem essa declaração, e não querendo os insurretos assumir o Governo da República, o Senhor Vice-Presidente do Senado é que tinha que ocupar o Catete, posto que a Presidência da República não podia ficar em acefalia.

A lei do estado de sítio foi sancionada por quem, constitucionalmente, está substituindo o Sr. Café Filho, na presidência da República, dado o impedimento deste, decorrente do inelutável *sic vole, sic inbec*, das forças insurrecionais.

Contra uma insurreição pelas armas, coroada de êxito, somente valerá uma contra insurreição com maior força. E esta, positivamente, não pode ser feita pelo Supremo Tribunal, posto que este não iria cometer a ingenuidade de,

apresentadas pela Presidência da República (Nereu Ramos), que informara que as tropas haviam sido colocadas para evitar incidentes mais graves. Cessados os motivos, o paciente poderia locomover-se livremente.

numa inócua declaração de princípio, expedir mandado para cessar a insurreição.

Aí está o nó górdio que o Poder Judiciário não poder cortar, pois não dispõe da espada de Alexandre. O ilustre impetrante, ao que me parece, bateu em porta errada. Um insigne professor de direito constitucional, dubie do exaltado político partidário, afirmou, em entrevista não contestada, que o julgamento deste mandado de segurança ensejaria ocasião para se verificar se os ministros desta Corte “eram leões de verdade ou leões de pé de trono”.

Jamais nos incalcamos leões. Jamais vestimos, nem podíamos vestir, a pele do rei dos animais. A nossa espada é um mero símbolo. É uma simples pintura decorativa no teto ou na parede das salas de justiça. Não pode ser oposta a uma rebelião armada. Conceder mandado de segurança contra esta seria o mesmo que pretender afugentar leões autênticos sacudindo-lhes o pano preto de nossas togas.

Senhor Presidente, o atual estado de sítio é perfeitamente constitucional, e o impedimento do impetrante para assumir a Presidência da República, antes de ser declaração do Congresso, é imposição das forças insurrecionais do Exército, contra a qual não há remédio na farancologia jurídica. Não conheço do pedido de segurança²⁷⁷.

No mesmo sentido, o voto do ministro Mario Guimarães:

Qual a atitude da magistratura em face dos governos de fato? De absoluto respeito. De acatamento às suas deliberações. A magistratura, no Brasil ou alhures, não entra na apreciação da origem do governo. Do contrário, teríamos o Poder Judiciário a ordenar a contrarrevolução, o que jamais se viu em qualquer país do mundo. [...] Quando, em 1930, as forças do Sr. Getúlio Vargas venceram o Sr. Washington Luiz, ninguém se lembrou de recorrer ao Judiciário a fim de que fossem restituídos os quinze dias que faltavam para o término do quadriênio. E quem se lembraria de, por intermédio da Justiça, tomar contas do glorioso Marechal Deodoro quando, em 1889, derrubou de seu trono o venerando D. Pedro II, imperador vitalício do Brasil? O próprio governo do Marechal Floriano, o ínclito Marechal de Ferro, não resistiria a uma análise constitucional, pois que a Carta de 91 prescrevia novas eleições quando a vaga de presidente ocorresse no primeiro biênio. E, se mergulharmos mais para o passado, veremos que até o reinado de D. Pedro II se instalou com infringência da Constituição do Império, que estatuiu a maioria aos 18 anos.

A regra, pois, é que a magistratura não examina a origem dos governos de fato. A ascensão ao Poder máximo é assunto de natureza estritamente política (...) ²⁷⁸.

Diante do reconhecimento do fatalismo histórico da Suprema Corte naquele período ou, diga-se, de uma prudência deveras exagerada, o tribunal não foi instado a enfrentar nenhum

²⁷⁷ FUCK, Luciano Felício. *Memória Jurisprudencial*: Ministro Nelson Hungria. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012. p. 100-103 (grifou-se).

²⁷⁸ FUCK, Luciano Felício. *Memória Jurisprudencial*: Ministro Nelson Hungria. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012. p. 101-102 (grifou-se).

outro conflito político da envergadura nos Governos de Juscelino Kubitschek e Jânio Quadros. Rememore-se, porque oportuno, que o impasse ocasionado pela renúncia do último e a posse de João Goulart, que despertava desconfiança nos militares, foi resolvido pelo Congresso Nacional, com a aprovação do sistema de governo parlamentarista²⁷⁹. Por fim, é digno de nota que a mudança do STF para Brasília foi realizada por decisão da maioria, com oposição de parte dos Ministros²⁸⁰.

2.1.5. Regime de exceção e as Constituições de 1967 e (EC) 1969

A par do que ocorreu com as Constituições de 1891 e 1934, atos normativos importantes precederam a outorga do texto constitucional de 1967²⁸¹, com destaque inaugural para o Ato Institucional 1 (AI-1), de 9 de abril de 1964, dotado aparentemente de força constituinte própria, a ponto de, paradoxalmente, manter a Constituição de 1946²⁸², acrescida das novas diretrizes estabelecidas. No tocante aos juízes e Cortes, destacam-se a suspensão das garantias da vitaliciedade e estabilidade dos magistrados, além da coarctação da possibilidade de controle

²⁷⁹ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 149-158.

²⁸⁰ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 141-143.

²⁸¹ Foram quatro Atos Institucionais que antecederam a Carta de 1967 e vinte Emendas Constitucionais ao texto da Carta de Direitos de 1946.

²⁸² O preâmbulo deste instrumento, redigido por Francisco Campos e Carlos Medeiro da Silva, não deixa margem a qualquer dúvida sobre a natureza jurídica do ato, embora tenha mantido o texto constitucional de 1946: “A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular. O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação na sua quase totalidade, se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria. A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe. O presente Ato institucional só poderia ser editado pela revolução vitoriosa, representada pelos Comandos em Chefe das três Armas que respondem, no momento, pela realização dos objetivos revolucionários, cuja frustração estão decididas a impedir. Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País. Destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País. Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional” (grifou-se).

judicial dessas medidas, as quais, curiosamente, ao menos nos primeiros meses, não sofreram oposição aberta pelo Poder Judiciário, apesar da suposta “ameaça” do Ministro Presidente Ribeiro da Costa no “episódio das chaves”²⁸³. Veja-se:

Art. 7º – Ficam suspensas, por seis (6) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade.

§ 1º – Mediante investigação sumária, no prazo fixado neste artigo, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos ou dispensados, ou ainda, com vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, mediante atos do Comando Supremo da Revolução até a posse do Presidente da República e, depois da sua posse, por decreto presidencial ou, em se tratando de servidores estaduais, por decreto do governo do Estado, desde que tenham tentado contra a segurança do País, o regime democrático e a probidade da administração pública, sem prejuízo das sanções penais a que estejam sujeitos. (...)

§ 4º – O controle jurisdicional desses atos limitar-se-á ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade.

Na sequência, insatisfeitos com as decisões proferidas pelos ministros do STF, precisamente nos julgamentos de alguns *habeas corpus*²⁸⁴, os militares editaram o Ato Institucional 2 (AI-2), em 27 de outubro de 1965, que, além de inovar a teoria constitucional ao prescrever, em seu preâmbulo, que o Poder Constituinte não havia se exaurido e que a “revolução está viva” e “não retrocede”²⁸⁵, alterou novamente a Carta de Direitos de 1946, para

²⁸³ Emília Viotti noticiou outro episódio simbólico dessa postura: “Pouco depois de sua posse, o presidente Humberto Alencar Castelo Branco visitou o Supremo Tribunal Federal, onde foi recebido pelo Ministro Ribeiro da Costa. No discurso com que saudou o presidente, o ministro, depois de afirmar que a sobrevivência da democracia nos momentos de crise se havia de fazer com o sacrifício transitório de alguns dos seus princípios e garantias constitucionais, acusou o governo deposto de ser responsável pela situação em que se encontrava o país (o que era também a opinião dos militares e dos que o apoiavam), mas ressaltou que a Justiça, quaisquer que fossem as circunstâncias políticas, não tomava partido, não era a favor ou contra, não aplaudia ou censurava” (COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 161-162).

²⁸⁴ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 162-166.

²⁸⁵ Consta do preâmbulo deste ato normativo: “(...) Não se disse que a revolução foi, mas que é e continuará. Assim o seu Poder Constituinte não se exauriu, tanto é ele próprio do processo revolucionário, que tem de ser dinâmico para atingir os seus objetivos. Acentuou-se, por isso, no esquema daqueles conceitos, traduzindo uma realidade incontestável de Direito Público, o poder institucionalizante de que a revolução é dotada para fazer vingar os princípios em nome dos quais a Nação se levantou contra a situação anterior. A autolimitação que a revolução se impôs no Ato institucional, de 9 de abril de 1964 não significa, portanto, que tendo poderes para limitar-se, se tenha negado a si mesma por essa limitação, ou se tenha despojado da carga de poder que lhe é inerente como movimento. Por isso se declarou, textualmente, que ‘os processos constitucionais não funcionaram para destituir o Governo que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País’, mas se acrescentou, desde logo, que ‘destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo Governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do poder no exclusivo interesse do País’. A revolução está viva e não retrocede. Tem promovido reformas e vai continuar a empreendê-las, insistindo patrioticamente em seus propósitos de recuperação econômica, financeira, política e moral do Brasil. Para isto precisa de tranqüilidade. Agitadores de vários matizes e elementos da situação eliminada teimam, entretanto, em

augmentar o número de ministros da Suprema Corte de onze para dezesseis²⁸⁶, bem como estabeleceu eleições indiretas para Presidente e Vice-Presidente da República²⁸⁷.

Registre-se que, independentemente do regime político vigente, a ideia de um Poder Constituinte permanente, em descompasso com a teoria francesa de Sieyès, não floresceu em terras brasileiras nas últimas três décadas (pós-1988), muito embora parte do aporte teórico, ao abordar a temática, insista em trazer a lume apenas os fragmentos de decisões isoladas da Suprema Corte brasileira, colegiadas ou monocráticas, conforme se extrai do *decisum* proferido pelo Ministro Celso de Mello, relator no HC 91.361/SP²⁸⁸.

Sublinhe-se, ainda, passado um pouco mais de mês da promulgação do AI-2 – que, repise-se, além de nomear de cinco novos Ministros, solapou as garantias da magistratura²⁸⁹ –, foi aprovada a Emenda Constitucional 16/1965 para inserir o controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos contrários à Constituição, não mais limitado às hipóteses restritivas da Representação de Inconstitucionalidade. Embora pouco utilizada nesse período, já que o único legitimado para a propositura era o Procurador-Geral da República²⁹⁰, cargo de livre-nomeação e exoneração pelo Presidente, o efeito jurídico prático mais evidente foi o questionamento da orientação jurisdicional quanto à possibilidade de o chefe do Poder Executivo, intérprete da constituição, negar o cumprimento da lei por alegação de inconstitucionalidade. Nesse sentido, reproduz-se fragmentos do voto do Ministro Victor Nunes

se valer do fato de haver ela reduzido a curto tempo o seu período de indispensável restrição a certas garantias constitucionais, e já ameaçam e desafiam a própria ordem revolucionária, precisamente no momento em que esta, atenta aos problemas administrativos, procura colocar o povo na prática e na disciplina do exercício democrático. Democracia supõe liberdade, mas não exclui responsabilidade nem importa em licença para contrariar a própria vocação política da Nação. Não se pode desconstituir a revolução, implantada para restabelecer a paz, promover o bem-estar do povo e preservar a honra nacional”.

²⁸⁶ Art. 98 – O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de dezesseis Ministros. Parágrafo único - O Tribunal funcionará em Plenário e dividido em três Turmas de cinco Ministros cada uma.

²⁸⁷ Art. 9º – A eleição do Presidente e do Vice-Presidente, da República será realizada pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão pública e votação nominal.

²⁸⁸ O Ministro Celso de Mello assentou nesta oportunidade, após citar a doutrina de Francisco Campos: “Importante lembrar, neste ponto, a lição desse eminente publicista, para quem ‘O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte’ (...). Cumpre referir que o poder de interpretar o ordenamento normativo do Estado, ainda que disseminado por todo o corpo social, traduz prerrogativa essencial daqueles que o aplicam, incumbindo, ao Judiciário, notadamente ao Supremo Tribunal Federal – que detém, em matéria constitucional, ‘o monopólio da última palavra’ –, o exercício dessa relevantíssima atribuição de ordem jurídica. A regra de direito – todos o sabemos – nada mais é, na expressão do seu sentido e na revelação do seu conteúdo, do que a sua própria interpretação” (sem os grifos do original).

²⁸⁹ Art. 14º – Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo.

²⁹⁰ Confira-se, nesse aspecto, a nova redação do art. 101 da CF/46: Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

Leal (vencido), relator no Mandado de Segurança 15.886/DF, no que foi acompanhado pelos Ministros Carlos Medeiros, Evandro Lins, Gonçalves de Oliveira e Vilas Boas:

Realmente, a ampla representação de inconstitucionalidade que o nosso Direito Constitucional agora abriga põe a questão sob uma nova luz, que me leva a não insistir nos votos proferidos anteriormente. A interpretação advogada pelos impetrantes tem uma sólida contextura lógica e contribui, notavelmente, para o aperfeiçoamento jurídico do nosso regime de poderes limitados e divididos, sob a vigilância do Judiciário, que é o fiel da Constituição. (...)

Se é conclusiva, nessa matéria, a decisão do Supremo Tribunal, o lógico é que essa decisão seja provocada antes de se descumprir a lei. Anteriormente à EC 16/65 não podíamos chegar a essa conclusão pela via interpretativa, porque não havia um meio processual singelo e rápido que ensejasse o julgamento prévio do Supremo Tribunal. Mas esse obstáculo está arredado, porque o meio processual foi agora instituído no próprio texto constitucional²⁹¹.

Outro marco na vida institucional do Poder Judiciário – que antecede o texto constitucional de 1967 no âmbito da Suprema Corte –, foi a criação das Súmulas em 1963, por emenda regimental de iniciativa do Ministro Victor Nunes Leal, o qual foi ainda o relator de seus primeiros 370 enunciados²⁹². A etimologia indicava que tal instrumento, em essência, se referia ao conjunto dos enunciados sobre certos aspectos de uma matéria, não comportando, na interpretação autêntica do seu criador, leituras ampliativas ou *contrario sensu*²⁹³. Todavia, segundo o próprio Ministro, em conferência em Santa Catarina em 1981, o mecanismo foi criado por uma razão prosaica, e não para a consolidação da jurisprudência:

Por falta de técnicas mais sofisticadas, a Súmula nasceu – e colateralmente adquiriu efeitos de natureza processual – da dificuldade, para os Ministros, de identificar as matérias que já não convinha de novo, salvo se sobreviesse algum motivo relevante. O hábito, então, era reportar-se cada qual a sua memória, testemunhando, para os colegas mais modernos, que era tal ou qual a jurisprudência assente na Corte. Juiz calouro, com o agravante da falta de memória, tive que tomar, nos primeiros anos, numerosas notas e bem assim sistematizá-las, para pronta consulta durante as sessões de julgamento²⁹⁴.

²⁹¹ Cf. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Memória Jurisprudencial*: Ministro Victor Nunes. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006, p. 52-53.

²⁹² O Ministro Victor Nunes integrou a Comissão de Jurisprudência do STF, ao lado dos Ministros Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves. Cf. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Memória Jurisprudencial*: Ministro Victor Nunes. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006. p. 31-35.

²⁹³ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Memória Jurisprudencial*: Ministro Victor Nunes. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006. p. 31-35.

²⁹⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Memória Jurisprudencial*: Ministro Victor Nunes. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006. p. 32-33.

Com a promulgação da Carta de 1967, em 24 de janeiro daquele ano, o ciclo da hipertrofia do Poder Executivo foi retroalimentado pelos militares, sob o verniz formal da cláusula da separação de poderes²⁹⁵, estando o Presidente autorizado a governar por meio de decretos-leis, na forma do art. 58 do Texto Constitucional. Os Poderes Legislativo e Judiciário sofreram ruidosas investidas normativas, agravadas posteriormente pelos sucessivos Atos Institucionais, consubstanciados em genuínos “elementos de coação ao trabalho constituinte”²⁹⁶.

O Supremo Tribunal Federal foi desenhado institucionalmente com dezesseis ministros até 1969²⁹⁷. O sistema de controle difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos foi novamente escolhido pelo legislador constituinte²⁹⁸. Por outro lado, a cláusula de acesso à jurisdição foi transportada do texto de 1946 para a novo sistema constitucional²⁹⁹, com a exclusão, por óbvio, dos atos praticados pelo “Comando Supremo da Revolução” de 31 de março de 1964, assim como das decisões do governo federal³⁰⁰, ancorada também nos Atos Institucionais 1/1964, 2/1965, 3/1966 e 4/1966, e nos atos complementares decorrentes dos referidos diplomas normativos.

²⁹⁵ Art. 6º – São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Parágrafo único – Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.

²⁹⁶ Paulo Bonavides e Paes de Andrade relatam: “A coação ao trabalho dos parlamentares exercida pelos atos excepcionais, impediu que os representantes do povo, mesmo sem os poderes constituintes autorizados pelo eleitorado, pudessem fazer uma Carta constitucional relativamente independente. Sabe-se que o SNI opinou pelo preparo de uma Constituição que pudesse ‘constitucionalizar o institucional’, mas o que pretendia o órgão de informações do período ditatorial era construir uma atmosfera favorável ao ‘sistema’ que se impopularizava e formar opinião internacional com a idéia de um regime com sua Carta constitucional votada pelo Parlamento. O Congresso, em recesso, fora convocado para um período extraordinário de 12 dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, extremamente curto para debater e votar um projeto de Constituição. O Ato Institucional n.º 4 programou a ação robotizada que resultou numa Constituição que serviu para transmitir a impressão de que vivíamos em um estado democrático”. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 432-433.

²⁹⁷ O Ato Institucional 6/1969 alterou a composição do STF, reduzindo para onze o número de ministros.

²⁹⁸ Art. 114, III (que sofreu alteração pelo Ato Institucional 6/1969).

²⁹⁹ É o que dispõe o §4º do art. 150: A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 4º – A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

³⁰⁰ Art. 173 da CF/1967 – Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como: I – pelo Governo federal, com base nos Atos Institucionais nº 1, de 9 de abril de 1964; nº 2, de 27 de outubro de 1965; nº 3, de 5 de fevereiro de 1966; e nº 4, de 6 de dezembro de 1966, e nos Atos Complementares dos mesmos Atos Institucionais; II – as resoluções das Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos e Vereadores, fundados nos referidos Atos institucionais; III – os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares referidos no item I; IV – as correções que, até 27 de outubro de 1965, hajam incidido, em decorrência da desvalorização da moeda e elevação do custo de vida, sobre vencimentos, ajuda de custo e subsídios de componentes de qualquer dos Poderes da República.

Ademais, o texto constitucional foi pródigo em estabelecer uma miríade de restrições aos direitos e garantias individuais e à impetração do *habeas corpus*³⁰¹. No plano jurisdicional, o STF mostrou-se surpreendentemente resiliente aos avanços iniciais contra as liberdades fundamentais, ao menos nos primeiros anos do regime militar, como no caso do *habeas corpus* impetrado pelo Governador do Estado de Goiás, Mauro Borges Teixeira, em decorrência da instauração de inquérito militar, muito embora a Constituição local assegurasse a competência da Assembleia local para o julgamento. A ordem foi concedida, de forma unânime no HC 41.296/DF, para afastar a competência da justiça castrense³⁰².

Todavia, o Presidente Castelo Branco decretou intervenção federal no Estado de Goiás, e Mauro Borges foi deposto. Some-se a isso outras importantes decisões que reafirmaram a competência da justiça comum para processar e julgar agentes políticos, em detrimento da justiça militar³⁰³. Evidentemente que tal postura judicial não passou incólume nesse período, uma vez que, em contrapartida, os militares editaram o Ato Institucional 5, em 13 de dezembro de 1968 (AI-5), que rompeu definitivamente com qualquer aparência de legitimidade conferida pela CF/1967.

Tal ato normativo, fruto ainda do poder constituinte permanente³⁰⁴, não apenas concedeu ao Poder Executivo a atribuição para cassar mandatos, intervir em Estados e Municípios, decretar o recesso do Congresso e assumir funções legislativas, como também permitiu ao Presidente da República atuar no sistema constitucional sem interferência ou

³⁰¹ Art. 150: (...) § 20 – Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá *habeas Corpus*.

³⁰² O Ministro relator, Gonçalves de Oliveira, assentou corajosamente o seguinte: “Este Tribunal não faltará à sua destinação histórica, nem se omitirá nas suas funções decorrentes de sua posição de cúpula do Poder Judiciário, fiel àquelas palavras do grande Rui, campeão do judicialismo, apóstolo inolvidável da soberania deste Poder palavras proferidas nos albores conturbados da República: – Eu instituo este Tribunal venerando, severo, incorruptível, guarda vigilante desta terra através do sono de todos, e o anuncio aos cidadãos, para que assim seja de hoje pelo futuro adiante. (...) E desta cadeira sagrada, que a Nação me confiou, de onde tenho recebido conhecimentos e inspiração, devo dizer, pretendendo falar em nome do Supremo Tribunal Federal e de toda a consciência democrática da Nação, que soou a hora da democracia, ‘com a lei, pela lei e dentro da lei; porque fora da lei não há salvação’. Este país é muito grande, é um bravo país, que não pode ser governado por um só homem, sem as instituições representativas sem o poder judicial. E na advertência do Presidente Kenedy, no seu primeiro discurso presidencial, todos que, no passado, pretenderam encontrar poder cavalgando o lombo do tigre acabaram irremediavelmente no seu ventre” (grifou-se).

³⁰³ Foi concedida ordem em favor de outros governadores, como Plínio Coelho, do Amazonas (HC 41.049); José Parsifal Barroso, do Ceará (HC 41.609); e Miguel Arraes, de Pernambuco (HC 42.108). Cf. também: COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 162-165.

³⁰⁴ De acordo com um dos motivos do preâmbulo: “CONSIDERANDO que o Governo da República, responsável pela execução daqueles objetivos e pela ordem e segurança internas, não só não pode permitir que pessoas ou grupos anti-revolucionários contra ela trabalhem, tramem ou ajam, sob pena de estar faltando a compromissos que assumiu com o povo brasileiro, bem como porque o Poder Revolucionário, ao editar o Ato Institucional nº 2, afirmou, categoricamente, que ‘não se disse que a Revolução foi, mas que é e continuará’ e, portanto, o processo revolucionário em desenvolvimento não pode ser detido”.

controle pelo Poder Judiciário³⁰⁵. Mas não é só. Para além do recrudescimento das limitações ao *habeas corpus*³⁰⁶ e das garantias constitucionais da vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, o AI-5 concedia ao Presidente, por decreto, a seguinte prerrogativa:

Art. 6º – Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo.

§ 1º – O Presidente da República poderá mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo, assim como empregado de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares, assegurados, quando for o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço.

§ 2º - O disposto neste artigo e seu § 1º aplica-se, também, nos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

A repressão institucional foi reafirmada pelos sucessivos Atos Institucionais, com destaque para o diploma normativo editado em 1 de fevereiro de 1969 (AI-6), que reduziu para onze o número de integrantes da Suprema Corte, além de ampliar, e muito, a competência da Justiça Militar. A partir deste ato normativo, três ministros foram aposentados compulsoriamente (Evandro Lins, Hermes Lima e Victor Nunes Leal)³⁰⁷, seguida da renúncia, em solidariedade, do Ministro Gonçalves de Oliveira e da aposentadoria de Lafayette de Andrada³⁰⁸.

Sublinhe-se, outrossim, a edição dos Atos Institucionais 10 e 13, ambos de 1969, os quais, respectivamente, consolidaram a suspensão dos direitos políticos e implementaram a pena de banimento³⁰⁹ em desfavor do “brasileiro que, comprovadamente, se tornar

³⁰⁵ Art. 11 – Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

³⁰⁶ Art. 10 – Fica suspensa a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

³⁰⁷ E, novamente, o ato normativo deixou clara a impossibilidade de insindicabilidade judicial. Cf. art. 4º do AI 6: “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”. Em artigo publicado no jornal Estado de São Paulo, na edição de 25 de março de 1994, Márcio Moreira Alves sustenta que a aposentadoria havia sido uma resposta do Poder Executivo a concessão de ordem na *habeas corpus* em favor de líderes estudantis presos no Congresso da UNE, ocorrido em Ibiúna/SP. Cf. MOREIRA ALVES, Márcio. A derrota na vitória? *O Estado de São Paulo*, 25 mar. 1994. Disponível em: <https://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19940325-36682-nac-0006-pol-a6-not/busca/MOREIRA+ALVES>. Acesso em: 20 mai. 2021.

³⁰⁸ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 172-173.

³⁰⁹ Fazendo referência ao levantamento de Marcos Figueiredo, José Murilo de Carvalho afirma: “entre 1964 e 1973, foram punidas, com perda de direitos políticos, cassação de mandato, aposentadoria e demissão, 4.841 pessoas, sendo maior a concentração de punidos em 1964, 1969 e 1970. Só o AI-1 atingiu 2.990 pessoas. Foram cassados os mandatos de 513 senadores, deputados e vereadores. Perderam os direitos políticos 35 dirigentes sindicais; foram aposentados ou demitidos 3.783 funcionários públicos, dentre os quais 72 professores universitários e 61 pesquisadores científicos”. CARVALHO, José Murilo de. *A Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. p. 164-165.

inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional”. Evidentemente que, mais uma vez, a insindicabilidade judicial foi reafirmada nessa ocasião³¹⁰. Declarada a vacância do cargo de Presidente da República, já que o seu titular, Marechal Arthur da Costa e Silva, estava inabilitado para exercê-lo, em razão da enfermidade que o havia acometido (art. 1º do Ato Institucional 16/1969), a junta militar outorgou em 17 de outubro de 1969³¹¹ a Emenda Constitucional 1, que teoricamente trouxe a lume novo trabalho do poder constituinte³¹².

No tocante ao Poder Judiciário, as restrições persistiram inalteradas. Isso porque, diante da força expressa do art. 182, o Ato Institucional 5/1968 e os subsequentes mantiveram sua força normativa. Ademais, as matérias afetas à exclusão do controle do Poder Judiciário e às restrições do *habeas corpus* foram reafirmadas, assim como a possibilidade de cassação dos servidores públicos e dos mandatos parlamentares³¹³.

As medidas inovadoras repousaram na criação do Conselho Nacional da Magistratura, por força da Emenda Constitucional 7, de 13 de abril de 1977, voltado para o controle da atuação dos magistrados³¹⁴ e a implementação de condições de acesso à jurisdição³¹⁵, no qual teve apoio do ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, José Carlos Moreira Alves³¹⁶. Na sequência, promulgou-se a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979).

Convém sublinhar, no entanto, que o desenho institucional da Carta de 1969 e os fatores exógenos não servem, por si só, para explicar a prudência exagerada dos magistrados e ministros da Corte³¹⁷. Nesse sentido, as conclusões lançadas no relatório da Comissão Nacional

³¹⁰ Art. 2º do AI 13: “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e Atos Complementares dele decorrentes, bem como os respectivos efeitos”.

³¹¹ General Lira Tavares, o Almirante Rademarke e o Brigadeiro Márcio de Sousa e Mello.

³¹² BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 444-445.

³¹³ Cf. Arts, 6º, 113, 153, §4º e § 20º e art. 181, todos da EC/69.

³¹⁴ Art. 120. O Conselho Nacional da Magistratura, com sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de sete Ministros do Supremo Tribunal Federal, e por estes escolhidos. § 1º Ao Conselho cabe conhecer de reclamações contra membros de Tribunais, sem prejuízo da competência disciplinar destes, podendo avocar processos disciplinares contra juízes de primeira instância e em qualquer caso, determinar a disponibilidade ou a aposentadoria de uns e outros, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, observado o disposto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional. § 2º Junto ao Conselho funcionará o Procurador-Geral da República.

³¹⁵ Art. 153, §4º – A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.

³¹⁶ ALVES, José Carlos Moreira. O Poder Judiciário no Brasil (Problemas e Soluções). *Estado de São Paulo*, São Paulo, 13 jul. 1985. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/MoreiraAlves/ArtigosJornais/253059.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2021.

³¹⁷ Em seu discurso de posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Moreira Alves assentou: “No Brasil, também desde 1975, adotou-se solução calcada no modelo americano, embora menos restritiva. De feito, nosso atual Regimento Interno, com força de lei, estabelece que certas causas, pela natureza ou pelo valor, somente

da Verdade – criada pela Lei 12.528/2011 e instituída em 16 de maio de 2012 para apurar as graves violações de Direitos Humanos ocorridas no período entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988 –, apesar de reconhecer que os juízes e ministros do STF atuaram, em período determinado, para garantir liberdades fundamentais por meio da concessão de *habeas corpus*, assentaram também existir laços orgânicos de cumplicidade com o regime político vigente³¹⁸:

67. Os dados coligidos pela CNV permitem avaliar como o Poder Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal (STF), a Justiça Militar e a justiça comum – federal e estadual –, se comportou quando chamado a pronunciar-se a respeito de graves violações de direitos humanos.

68. No âmbito do STF, verificaram-se três tipos de atitudes: num primeiro momento, o STF omitiu-se, não conhecendo pedidos de *habeas corpus* em que a autoridade coatora fosse militar; em etapa posterior, porém, passou não somente a conhecê-los como também, no mérito, a conceder a ordem, deferindo, entre o golpe de 1964 e as vésperas da entrada em vigor do AI-5, a maioria dos pedidos. Com a vigência do AI-5, porém, o STF, impossibilitado agora de conhecer pedidos de *habeas corpus* impetrados por acusados dos crimes previstos no ato institucional, foi reduzido, nessa matéria, à condição de ator secundário, a quem, quando provocado, na maioria das vezes se declarava incompetente. No sistema de justiça do regime inaugurado em 1964, o protagonismo em tudo que dissesse respeito aos crimes contra a segurança nacional passou a ser, depois do AI-5, da Justiça Militar. Isso significou submeter as pessoas acusadas de crimes previstos no artigo 10 do AI-5 ao julgamento por juízes que tendiam a orientar-se por aquilo que julgavam ser interessante, conveniente e oportuno para a dita “revolução”. (...)

71. Destarte, sublinha-se que, em conjunto, as decisões do Poder Judiciário, quando do período ditatorial, refletem, muitas vezes, seu tempo e seus senhores; são expressões da ditadura e de seu contexto de repressão e violência. Os magistrados que ali estiveram – ou melhor, que ali permaneceram – frequentemente eram parte dessa conjuntura, inclusive porque, por meio da ditadura militar, foi-lhes garantido um assento naqueles tribunais. Quem quer que tenha sido nomeado para o STF, por exemplo, durante a ditadura, tinha clareza das circunstâncias a que estavam jungidos e quais votos eram esperados da sua lavra; sabiam da ausência de garantias dos magistrados; conheciam as reformas promovidas na composição e atribuições do tribunal; e, sobretudo, eram cômicos acerca de quem deveriam servir. Nesse contexto, conclui-se que a omissão e a legitimação institucionais do

têm seus recursos extraordinários examinados quanto à alegação de ofensa à Constituição ou de dissídio com súmula, sendo mister, para a apreciação dos demais aspectos legais, tenha sido acolhida a arguição de sua relevância. A prudência que sempre caracterizou o Supremo Tribunal Federal fez que não se estendesse, de imediato, esse sistema a quaisquer causas. Devia, antes, ser testado pela prática, submeter-se à crítica, e impor-se como necessário ao interesse nacional”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/Plaquetas/92909/pdf/92909.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2021.

³¹⁸ COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. *Relatório*. Brasília: CNV, 2014. v. 1 (Capítulo 17: “O Judiciário na Ditadura”). Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo17/Capitulo%2017.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2021.

Poder Judiciário em relação às graves violações de direitos humanos, então denunciadas, faziam parte de um sistema hermético mais amplo, cautelosamente urdido para criar obstáculos a toda e qualquer resistência ao regime ditatorial, que tinha como ponto de partida a burocracia autoritária do Poder Executivo, passava por um Legislativo leniente e findava em um Judiciário majoritariamente comprometido em interpretar e aplicar o ordenamento em inequívoca consonância com os ditames da ditadura³¹⁹.

Por último, num círculo permanente de contradições sistêmicas do poder constituinte, destaque-se que os arts. 119, parágrafo único, e 120, ambos da Carta de 1969, conferiram à Suprema Corte poder normativo primário, outorgando-lhe atribuição para, em sede regimental, e com força e eficácia de lei, dispor sobre o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal³²⁰.

Em outras palavras, o dispositivo constitucional deste Texto Constitucional autorizou também ao STF disciplinar, por meio do seu regimento interno, normas de caráter materialmente legislativa, o que parece ser a gênese de uma função de colaborador normativo. Ademais, apesar de a prerrogativa não ter sido reproduzida na CF/1988, a jurisprudência da Suprema Corte assentou o entendimento de que houve a recepção dos preceitos regimentais, que passaram, a partir da vigência da Carta de Direitos de 1988, a ostentar força, valor, eficácia e autoridade de norma legal³²¹.

Como se nota, o Poder Judiciário nunca exerceu supremacia no controle de constitucionalidade das leis, decisões políticas ou, quiçá, até mesmo o protagonismo no exercício da sua função jurisdicional até 1988³²². Mas isso não é suficiente para compreender o atual estado constitucional dos fenômenos decisórios da jurisdição constitucional e da sua multifacetada atuação nas últimas décadas.

Avanços e retrocessos pendulares, como visto na abordagem histórica, são insuficientes, isoladamente, para explicar a atuação dinâmica e não linear da jurisdição constitucional, apesar de identificar-se, em alguns momentos, certa cumplicidade dos magistrados, fazendo ouvidos de mercador em distintos enredos históricos sob verniz do princípio da legalidade, em todos os

³¹⁹ Grifou-se.

³²⁰ Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: (...) III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único. As causas a que se refere o item III, alíneas a e d, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie ou valor pecuniário.

³²¹ É o que se extrai de ARE 1.047.578 ED-AgR-ED-EDv-AgR e AP 409 EI-AgR-segundo, ambos de relatoria do Ministro Celso de Mello.

³²² BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ambientes subjacentes aos textos constitucionais até a promulgação da CF/88. Rememore-se, nesse sentido, fragmento ilustrativo do voto do Ministro Orozimbo Nonato, no já citado MS 3.557/DF: “(...) o que descabe ao juiz é também entrar no remoinho da ilegalidade e quebrar a lei vigente do sítio, ainda ao fito nobre e superior de tentar – posto baldiamente – restaurar a situação prístina de legalidade”.

De todo modo, o cotejo dos institutos e desenhos institucionais vinculados às funções jurisdicionais presentes nas Constituições, Atos Institucionais e atos normativos pretéritos (dotados de força de poder constituinte), além da interação dos agentes políticos com a normatividade prevista Carta de Direitos de 1988 – momento da disruptura institucional, ao menos para o Poder Judiciário –, desvela-se indispensável para a compreensão da jurisdição constitucional e do padrão de racionalidade das suas decisões no Brasil³²³.

Passa-se então a sintetizar algumas considerações acerca das etapas do constitucionalismo brasileiro – sem prejuízo de uma análise mais vertical nos capítulos subsequentes – sem as quais não é possível examinar a atividade jurisdicional e a própria Constituição inserida numa realidade concreta³²⁴.

Em primeiro lugar, apesar da influência do direito norte-americano na formação dos textos constitucionais e na moldura das instituições, reconhecidos tanto na reprodução dos instrumentos decisórios quanto na própria nomenclatura dos textos constitucionais republicanos até a CF 1946 (“Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil” ou “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”), o legislador constituinte nunca emprestou ao Poder Judiciário, ao menos substancialmente, a inspirada autonomia e tão decantada deferência no desenho institucional, mormente para o exercício de controle de constitucionalidade dos atos normativos (jurisdicional).

Dito de outro modo, o Poder Judiciário brasileiro não recebeu tratamento político ou normativo semelhante ao regime jurídico previsto na CF/1988³²⁵, nem tampouco exerceu efetivamente o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos federais no período republicano, a denotar, a toda evidência, alguma perplexidade na importação do conhecido (e

³²³ Além dos episódios de prudência exagerada noticiado nesse ensaio por Ministros do STF, Steven Levitsky e Lucan Way, ao distinguirem o regime do “autoritarismo competitivo” dos demais, apontam que as instituições consolidadas na democracia são vistas como o principal meio de obtenção e exercício da autoridade política, cabendo ao regime autoritário evitar apenas os abusos flagrantes de direitos e não cancelar ou alterar abertamente as eleições. Cf. LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A. Elections Without Democracy: The Rise of Competitive Authoritarianism. *Journal of Democracy*, Washington, v. 13, n. 2, p. 51-65, 2002. p. 52-59.

³²⁴ Cf. LEAL, Fernando (Coord.). *Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

³²⁵ Pelo contrário, o “outro desconhecido” constitui o nome da obra publicada por Aliomar Baleeiro em referência ao Supremo Tribunal Federal.

já vetusto) debate acerca da dicotomia entre democracia e o constitucionalismo, mormente com a utilização de conceitos e expressões doutrinárias alienígenas famosas (e até mesmo anacrônicas), as quais se pretende abordar mais adiante.

Com efeito, apesar dos lampejos institucionais da atividade jurisdicional na formação de uma jurisprudência garantidora de direitos no período anterior a Constituição de 1988, mais precisamente na concessão de ordens de *habeas corpus*, a intenção do legislador constituinte quanto à fixação de balizas e rígidos limites à atuação do Poder Judiciário esteve presente, a todo o momento, nas disposições dos textos constitucionais.

Nesse sentido, a par do alegado em estudos empíricos para a América Latina³²⁶, a conturbada história do constitucionalismo brasileiro até 1988, como visto, não descortina qualquer recrudescimento da independência judicial ou a implementação de alguma forma de controle do poder político pela Corte Constitucional brasileira. Garantias formais da magistratura ou a simples positivação de instrumentos de fiscalização das leis e atos normativos, malgrado constituam importantes incentivos aos juízes e Cortes, não representaram entraves assecuratórios contra as investidas estatais – das mais diversas matizes – para o enfraquecimento do Poder Judiciário brasileiro.

O sistema de garantias liberais previsto nos sucessivos textos constitucionais republicanos, em especial nas Cartas de 1891 e 1946, não culminou, em regra, num comportamento mais proativo dos magistrados, nem tampouco a singular especificação dos direitos fundamentais conduziu os juízes a aplicá-los em sua plenitude. Com efeito, apesar de a cláusula da separação de poderes ter sido assegurada em quase todos os textos constitucionais, a inobservância das decisões judiciais, as ameaças de dissolução do Tribunal e a adoção de medidas de retaliação – contra a Suprema Corte e seus integrantes – floresceram nesse ambiente institucional. Tais aviltamentos foram agravados, como visto, pela instauração de processos criminais em desfavor dos juízes que ousaram declarar a inconstitucionalidade de leis federais ou locais.

Evidentemente, a singularidade da Carta de Direitos de 1988, das emendas constitucionais subseqüentes e dos atos normativos que a sucederam não constituem, em seu conjunto, simples produtos decorrentes de fatos isolados (e estáticos). Ao revés, foram edificados a partir da moldura e da evolução da história republicana, especialmente quanto à

³²⁶ Faz-se referência aqui ao estudo de Rios-Figueroa (RIOS-FIGUEROA, Julio. *Institutions for Constitutional Justice in Latin America*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Eds.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University, 2011. p. 27-54 e 128-153).

mudança de comportamento de todos os agentes políticos. Daí porque a jurisdição constitucional mostra-se substancialmente reativa (e, ao mesmo tempo, proativa) ao comportamento das pessoas e de seus representantes eleitos. De todo modo, a Constituição de 1988 buscou construir um grande compromisso maximizador entre todas as forças presentes³²⁷.

Sem prejuízo, a força normativa de realidade e a prudência acabaram estimulando uma autocontenção dos juízes e ministros por variáveis motivos³²⁸, ao menos nos primeiros anos da década de noventa, em detrimento do conjunto ambicioso de direitos e garantias fundamentais, conforme será explicitado adiante.

2.2. A transformação das facetas (funções) do Poder Judiciário na Constituinte de 1988: O que fazer diante do arquétipo concedido?

Convém registrar, inicialmente, algumas considerações sobre a abordagem e a colheita do resultado do trabalho do legislador constituinte. E faz-se referência a certa dificuldade hermenêutica para a identificação das razões expostas nos debates constituintes na construção do texto normativo de 1988, sobretudo no caso brasileiro diante da complexidade dos trabalhos realizados pela Assembleia Constituinte (por mais de quinze meses), integrada por oito comissões, subdivididas em 24 subcomissões e uma Comissão de Sistematização³²⁹. Nesse sentido, a Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, que integrava a Comissão de Organização de Poderes e Sistema de Governo, era composta, em sua cúpula, pelos Deputados José Costa (Presidente), Jairo Carneiro (1º Vice-Presidente), Plínio Martins (2º Vice-Presidente) e Plínio de Arruda Sampaio (Relator).

Sem prejuízo e, na medida do possível, ao lado da exposição dos dispositivos constitucionais, utilizar-se-á o aporte teórico contemporâneo e o material extraído dos registros oficiais de maneira parcimoniosa (o que não significa, contudo, que o sentido e o alcance das regras constitucionais não possam ter sido alterados), nos termos das advertências apontadas por Aliomar Baleeiro no voto do RE 58.356/1966:

³²⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

³²⁸ 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, 2020. p. 79-113.

³²⁹ Cf. Resolução 2/1987, que dispõe sobre o Regime Interno da Assembleia Nacional Constituinte. Além disso, em discurso na data da promulgação da Constituição, o Presidente da Assembleia Ulysses Guimarães consignou: “o enorme esforço é dimensionado pelas 61.020 emendas, algumas com mais de um milhão de assinaturas que foram apresentadas, publicadas, distribuídas, relatadas e votadas no longo trajeto das subcomissões à redação final”.

Temos, então, que o sentido literal é claudicante, de onde presumir-se que não estão claros e definidos o sentido e o fim exato do dispositivo. E prova disso jaz em que os defensores da tese favorável à competência da sede da empresa recorrem a variados processos de desarticulação do texto, que reescrevem segundo as intenções atribuídas ao Constituinte. Elas, entretanto, não são claras. Não é demais recordar, neste assunto, a reserva dos hermeneutas aos trabalhos legislativos. Não sou dos que participam dessas restrições, pois, não raro, a *ratio juris* brota vigorosamente da ‘exposição de motivos’, da ‘justificação’ do projeto, sobretudo quando provêm do líder representativo de considerável grupo parlamentar. Outro tanto se pode dizer dos pareceres dos relatores nas comissões parlamentares. Muito menos, porém, pode ser creditado à emenda individual, sobretudo de quem não foi dos principais artífices da Constituição.

O segundo ponto é que aqui se toma como incontroversa a legitimidade e a soberania popular da Assembleia Constituinte de 1987, independentemente da forma da sua convocação (por meio da Emenda Constitucional 26, de 27 de novembro de 1985) e da origem de seus integrantes. Isso porque a intensa participação democrática, aliada ao fato de que a Assembleia constituinte praticamente iniciou os trabalhos sem nenhum marco de referência³³⁰, exigiu dos legisladores constituintes a utilização do trabalho das comissões temáticas, além da permanente manutenção do diálogo constante com a própria sociedade³³¹, apesar do trabalho realizado pela denominada Comissão Afonso Arinos³³². Não bastasse isso, a questão de ordem foi levantada e decidida na primeira reunião da Assembleia Nacional.

Por outro lado, não se tem aqui a intenção de legitimar a sobrevivência *post-mortem* do “sentimento constituinte”³³³ como justificativa para autorizar, na contramão do experimentado na história constitucional brasileira, eventuais abusos ou equívocos da jurisdição constitucional, mas, sim, a de assentar que a prática judiciária atual pode ser organizada e justificada por normas “suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado”³³⁴.

³³⁰ Como é cediço, o Decreto 91.450, de 18 de julho de 1985, instituiu a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, também conhecida como Comissão Afonso Arinos, composta por cinquenta integrantes (“notáveis”) dentre eles o empresário Antônio Ermírio de Moraes, o cientista político Bolívar Lamounier, o antropólogo e sociólogo Gilberto Freyre, o escritor Jorge Amado, o jurista Miguel Reale, o sindicalista José Francisco da Silva, o jurista Sepúlveda Pertence (então Procurador-Geral da República) e o economista Walter Barelli (na época diretor-técnico do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – DIEESE). O anteprojeto apresentado pela Comissão não foi encaminhado à futura Constituinte, mas remetido ao Ministério da Justiça, local em que provavelmente deve ter sido arquivado. Cf. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 489-492.

³³¹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 489-492.

³³² Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

³³³ Cf. VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

³³⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 273-275.

De todo modo, convém registrar que o legislador constituinte não autorizou o protagonismo insular do Poder Judiciário, de sorte que qualquer apropriação teórica ou pragmática estaria maculada de incontestável ilegitimidade. Nesse cenário, a tentativa legítima de reequacionar a funcionalidade e a harmonia com os demais poderes – mitigada, quando menos, em toda história republicana –, instrumentalizada com novos instrumentos e técnicas hermenêuticas concedidas aos magistrados – por meio da edição de emendas constitucionais e leis ulteriores –, não implica necessariamente menosprezar a relevância das funções dos demais atores políticos.

Pelo contrário, o abandono da letargia judicial – o que se pode denominar uma prudência exagerada do Poder Judiciário – deita fecundas raízes nos debates dos constituintes e no resultado alcançado na Assembleia Nacional. A justaposição da teoria política e da economia em relação ao direito, e não mais a sobreposição, é marca indelével da Assembleia Constituinte. Ademais, relembre-se a observação de Paulo Bonavides e Paes de Andrade:

Daqui se insere, na idade da informática, a necessidade quase dramática que tem o jurista de ampliar o raio de suas indagações a outras províncias do conhecimento social, onde há de buscar o auxílio de recursos e meios cognitivos coadjuvantes a fim de interpretar, com mais segurança e utilidade, o direito aplicável à mudança e à renovação institucional. Não é unicamente a economia, nem exclusivamente a sociologia, nem tampouco a ciência política que se acham capacitados a nos ministrar essa modalidade dos subsídios básicos, senão também a história e, acima de tudo e de todos, a história constitucional propriamente dita, aquela volvida para a experiência política do passado, obrigando-nos a reflexões críticas, arrastando-nos sobretudo à avaliação de erros e acertos, acerca dos quais uma estimativa de consciência nos farraria de repeti-los, conjurando por essa via desastres, surpresas e emboscadas³³⁵.

Em resumo, a ideia de poder constituinte de 1988, dissociada da teorização convencional dos juristas, especialmente de influência francesa, não maculou o ambicioso produto final, que passou a ser um arquétipo de vida orientado para o futuro, uma inspiração para as novas gerações. Ou, nas conhecidas palavras do Presidente da Assembleia no discurso na data da promulgação da Constituição (5 de outubro de 1988):

Não é a Constituição perfeita, mas será útil, pioneira, desbravadora, será luz ainda que de lamparina na noite dos desgraçados.

É caminhando que se abrem os caminhos. Ela vai caminhar e abri-los. Será redentor o caminho que penetrar nos bolsões sujos, escuros e ignorados da miséria.

³³⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 11-12.

A sociedade sempre acaba vencendo, mesmo ante a inércia ou o antagonismo do Estado³³⁶.

Feitas essas considerações inaugurais, volta-se ao tema deste capítulo. O clima de distensão nos anos anteriores com o regime militar, com a promessa do Presidente Geisel de conduzir o País à redemocratização por meio de uma abertura lenta, gradual e segura³³⁷, sofreu alguns revezes até a instalação do processo constituinte³³⁸. Apesar disso, não impediu a reivindicação dos anseios da sociedade civil para reabertura democrática pela investidura legítima dos seus representantes e o funcionamento regular dos Poderes Legislativo e Judiciário, como, v.g., a Carta aos Brasileiros do jurista Goffredo Teles Junior³³⁹ e a campanha das Diretas Já³⁴⁰.

Após tomar posse em razão de doença de Tancredo Neves, o Presidente José Sarney cumpriu a expectativa gerada e enviou proposta ao Congresso Nacional de convocação da Assembleia Constituinte. Isso resultou, como se sabe, na edição da já citada EC 26/1985, a qual também concedeu anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta (e militares), punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares (art. 4º). Some-se a tudo isso que a atmosfera política institucional estava tomada de desconfiança generalizada acerca da capacidade de um texto constitucional garantir a eficácia das liberdades fundamentais³⁴¹, além da premente insinceridade em relação à consolidação dos paradigmas de um Estado verdadeiramente de Direito.

³³⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, Brasília, p. 14380-14382. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2021.

³³⁷ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 180-181.

³³⁸ Destaque-se que o então presidente da República, Ernesto Geisel, ancorado no Ato Institucional 5 (AI-5), colocou o Parlamento em recesso. Pouco tempo depois, anunciou um conjunto de medidas conhecido como “Pacote de Abril”, composto por uma emenda constitucional e seis decretos, e reabriu o Congresso. O gatilho da medida foi a rejeição pelo Senado da proposta de reforma do Judiciário. A finalidade era dar ao partido do governo, a Arena, o controle do Legislativo, com o aumento das bancadas do Norte e do Nordeste na Câmara dos Deputados e a eleição indireta de um terço dos senadores (senadores biônicos), a serem escolhidos por um colégio eleitoral constituído por deputados das assembleias legislativas e por delegados das câmaras municipais. PAGANINE, Joseana. Há 40 anos, ditadura impunha Pacote de Abril e adiava abertura política. *Senado Notícias*, Brasília, 31 mar. 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/03/31/ha-40-anos-ditadura-impunha-pacote-de-abril-e-adiava-abertura-politica>. Acesso em: 17 jan. 2021.

³³⁹ Autodenominada proclamação de princípios das convicções políticas dos subscritores, e lida nas arcadas do Largo São Francisco, por juristas de renome, dentre eles Fabio Konder Comparato, José Afonso da Silva, Miguel Reale Junior, André Franco Montoro, Aliomar Baleeiro, entre tantos outros.

³⁴⁰ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 451-454.

³⁴¹ Ou a denominada especificação dos direitos propalada por Norberto Bobbio. Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Ademais, a imposição de limites ao histórico de descumprimento de promessas de implementação dos direitos fundamentais, em especial os de natureza social-econômica (desde a CF/1946), foi uma das metas perseguidas pela Assembleia Constituinte,

Não por acaso, o ex-Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, José Carlos Moreira Alves, em discurso proferido na instalação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, apesar de adotar a perspectiva da continuidade, que vinculava juridicamente a Constituinte à ordem vigente, destacou a relevância do texto constitucional³⁴²:

A Constituição é um instrumento. Um instrumento pelo qual o Estado liberal disciplina os princípios cardeais do liberalismo: o da liberdade política e o da separação dos Poderes. Um instrumento pelo qual o Estado social, de índole democrática, regula o direito ao trabalho, à previdência, à educação, bem como estabelece os moldes de sua intervenção no domínio econômico, sem, no entanto, concorrer com os indivíduos. Um instrumento, enfim, pelo qual o Estado socialista reduz drasticamente, ou elimina, a iniciativa privada no concernente aos meios de produção, e disciplina as instituições sócio-econômicas e políticas desse regime e a posição dos cidadãos na sociedade assim estruturada.

Se a defeituosa aplicação desse instrumento tem acarretado o seu desprestígio junto ao homem comum, nem por isso deixa ele de ser necessário ao complexo Estado dos tempos modernos, e até imprescindível aos de modelo federativo, que pressupõe a rigorosa divisão de competência entre os níveis de governo que os integram. (...)

Ao instalar-se esta Assembleia Nacional Constituinte, chega-se ao termo final do período de transição com que, sem ruptura constitucional, e por via de conciliação, se encerra ciclo revolucionário. Como sói acontecer em momentos como este, reacendem-se as esperanças, e, de certa forma, renascem devaneios utópicos³⁴³.

Após quase dois anos de trabalhos constituintes, permeados com conflitos de interesses sobre o Regimento Interno, o surgimento do “Centrão” (em retaliação ao trabalho da Comissão de Sistematização) e muitas articulações políticas, a promulgação da Constituição de 1988 emerge como pacto consensual das forças correntes. Antes disso, curiosamente, o Supremo foi acionado, por consulta do Partido Liberal (PL), para deliberar sobre compreensão hermenêutica da natureza jurídica dos atos da Assembleia Nacional Constituinte³⁴⁴.

inquietação traduzida na criação e imbricação com os instrumentos da ação de inconstitucionalidade por omissão e com o mandado de injunção.

³⁴² Cf. ALVES, José Carlos Moreira. Assembleia Nacional Constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 24, n. 93, p. 5-14, 1987. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224180>. Acesso em: 15 jun. 2021.

³⁴³ ALVES, José Carlos Moreira. Assembleia Nacional Constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, v. 24, n. 93, p. 5-14, 1987 (Grifou-se).

³⁴⁴ Como se sabe, foi apresentado o Projeto de Resolução que previa a adoção pela Constituinte de resoluções constitucionais para alterar as normas vigentes, incluindo a duração do mandato do presidente Sarney, os decretos-lei, as medidas de emergência e o decurso de prazo. Na visão do governo, a proposta era “absolutamente ilegal”, pois entendia que era necessário respeitar o quórum qualificado e a votação para emendar a Constituição vigente. O impasse foi contornado com a retirada do projeto e a incorporação parcial de sua proposta ao preâmbulo do Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte. A soberania da Constituinte foi reafirmada, e ela poderia criar projetos de decisão para sobrestar medidas que pudessem ameaçar suas decisões.

Nesse cenário, apesar de a estruturação do Poder Judiciário não ter sido, num primeiro momento, objeto de prioridade nas diversas correntes que integravam a Assembleia Constituinte³⁴⁵, exceto em relação à engenharia institucional da Suprema Corte, é oportuno reafirmar que, pela primeira vez, o constituinte alçou a jurisdição constitucional a um patamar institucional singular, especialmente frente aos demais Poderes, munindo-a com instrumentos e técnicas decisórias relevantes, sendo a apoteose normativa delineada na atribuição do papel e guardião principal do texto constitucional ao STF³⁴⁶, função que tem no agente externo ao Parlamento, segundo Kelsen, um remédio mais eficaz³⁴⁷.

Isso não faz, contudo, do Poder Judiciário (e do STF, em especial) um genuíno poder político, mas um *tertium genus*, ou, pode-se dizer, um coordenador dos demais poderes a semelhança da figura descrita por Constant (poder neutro)³⁴⁸, e não aquele nascido na CF/1824, corroborado, frise-se, pelos sucessivos incentivos concedidos pelo legislador derivado (já que a constituinte encerrou apenas uma fase desta mudança), conforme será explicitado ao longo deste trabalho. Além disso, os juízes e ministros foram contemplados com o reforço das suas competências (arts. 95 a 126 da CF/1988), para colocar, pela primeira vez na história, freios às aspirações políticas ilícitas dos outros poderes, por meio de distintos e legítimos vetores de atuação. Esse fenômeno, contudo, jamais eliminou ou fomentou a destruição dos pilares da concepção tradicional da cláusula da separação de poderes, tampouco fulminou predicados do Estado de Direito.

³⁴⁵ Paradoxalmente, Manoel Gonçalves Ferreira Filho acentua o “lobby” dos magistrados: “O lobby dos magistrados, por exemplo, embora mais preocupado, como sói acontecer, com as vantagens corporativas do que com o aprimoramento das instituições tem o mérito de haver conseguido duas vitórias que, sem dúvida, merecem aplauso. Ambas, de fato, contribuem para a independência, portanto, para a imparcialidade da magistratura. Uma é a autonomia financeira, aí se salientando a participação direta no estabelecimento de seu orçamento (art. 99). Outra, dar aos tribunais o provimento dos cargos de juiz (art. 96, I, “c”), livrando os magistrados de deverem favores aos membros do Executivo”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da Justiça. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 198, p. 1-17, 1994.

³⁴⁶ Cf. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição. Rememore-se, a propósito, as palavras do Ministro Celso de Melo, ao final da década de 90, quando o STF renunciou a prudência exagerada que o caracterizou durante a República, no voto proferido na ADI 2010-MC: “A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, por isso mesmo, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. O STF – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional” (sem os grifos do original).

³⁴⁷ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2. ed. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

³⁴⁸ CONSTANT, Benjamin. *Political Writings*. Trad. Biancamaria Fontana. Cambridge: Cambridge University, 1988.

Pelo contrário, cumpre destacar, nesse sentido, as incontrastáveis palavras do Presidente da Constituinte, deputado Ulysses Guimarães, nem sempre lembradas nos manuais e críticas acadêmicas – acerca da mudança substancial do núcleo funcional dos Poderes –, no citado discurso da promulgação da Constituição, que sintetizam o sentimento do legislador constituinte, *in verbis*:

Hoje, 5 de outubro de 1988, no que tange à Constituição, a Nação mudou.

A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos poderes, mudou restaurando a federação, mudou quando quer mudar o homem em cidadão e só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê, escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa. (...)

A Assembleia Nacional Constituinte rompeu contra o *establishment*, investiu contra a inércia, desafiou tabus. Não ouviu o refrão saudosista do velho do Restelo, no genial canto de Camões. Suportou a ira e perigosa campanha mercenária dos que se atreveram na tentativa de aviltar legisladores em guardas de suas burras abarrotadas com o ouro de seus privilégios e especulações. (...)

A Constituição é caracteristicamente o estatuto do homem. É sua marca de fábrica. (...)

Tipograficamente é hierarquizada a precedência e a preeminência do homem, colocando-o no umbral da Constituição e catalogando-lhe o número não superado, só no Artigo 5º, de 77 incisos e 104 dispositivos.

Não lhe bastou, porém, defendê-lo contra os abusos originários do Estado e de outras procedências. Introduziu o homem no Estado, fazendo-o credor de direitos e serviços, cobráveis inclusive com o mandado de injunção. (...)

Sr. Ministro Rafael Mayer, presidente do Supremo Tribunal Federal, (palmas) saúdo o Poder Judiciário na pessoa austera e modelar de V. Exa.

O imperativo de “Muda Brasil”, desafio de nossa geração não se processará sem o conseqüente “Muda Justiça”, que se instrumentalizou na Carta Magna com valiosa contribuição do Poder Chefiado por V. Exa. Cumprimento o eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Moreira Alves, que, em histórica sessão, instalou em 1º de fevereiro de 1987 a Assembléia Nacional Constituinte³⁴⁹.

Mas não é só. A estruturação da organização do Estado e do governo foi inserida, de forma inovadora na história constitucional brasileira, situada agora em capítulo ulterior à positivação dos direitos e garantias fundamentais, os quais, como é de conhecimento geral, não apenas foram consolidados com privilegiada localização topográfica na Carta de Direitos de

³⁴⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, Brasília, p. 14380-14382. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2021 (grifou-se).

1988 – com inspiração no modelo alemão da Lei Fundamental de Bonn (1949)³⁵⁰ e a fixação do *status* de cláusula pétrea (art. 60, §4º) –, como também prescreveram, a todos os destinatários, sua rigorosa observância diante da imediata eficácia imposta pelo texto constitucional (art. 5º, § 1º, da CF/88)³⁵¹. Logo, os referidos direitos, inseridos em título exclusivo no texto constitucional, já não são mais concebidos como simples prescrições normativas, mas como genuína promessa de natureza prospectiva³⁵², corroborada pela hierarquia constitucional conferida aos tratados internacionais relativos aos direitos humanos (por força da redação dada pela EC 45/2004)³⁵³.

Tal panorama alterou as funções jurisdicionais e os métodos de interpretação pelos juízes, aos quais, no exercício da judicatura, não cumpre

apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei, mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza)³⁵⁴.

A citada “faculdade de impedir”, clássica expressão inserida na obra *O espírito das leis*³⁵⁵, ou, modernamente, *veto players*³⁵⁶ (ou, tradicionalmente, legislador negativo de Kelsen) – consubstanciada no poder/dever de anular e controlar os atos dos demais poderes para a mudança do *status quo* –, não traduz mais a única função primária atribuída ao Poder Judiciário. Ao contrário, esse foi instado pelo constituinte a ingressar e a participar da arena política para a coordenação de interesses, convite reafirmado por sucessivas Emendas Constitucionais e pela multiplicidade de incentivos legislativos, incluindo diplomas e tratados

³⁵⁰ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 510-513.

³⁵¹ Não cabe, neste momento, a discussão travada exaustivamente na doutrina sobre a eficácia das normas e garantias fundamentais em suas múltiplas dimensões, mas demonstrar que a *mens legis* foi de superar a mitificação dos textos anteriores e as fórmulas vazias de concretização, o que não significa, em contrapartida, a insurreição de outros problemas estruturais a partir dos diferentes tipos de normas e a sua eficácia (Cf., v.g., a obra: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004).

³⁵² Nesse contexto, retoma-se a lição do mestre português José Joaquim Gomes Canotilho no que denominou de “função de prestação social” e “função de não discriminação” das liberdades (direitos) fundamentais, que se traduzem no dever do Estado em assegurar e promover, em nome de bens jurídicos consolidados na Carta de Direitos, sobretudo no que concerne à igualdade dos cidadãos (última função), direitos e políticas sociais, bem como medidas capazes de materializar a propalada igualdade dos cidadãos (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 408-410).

³⁵³ Lembre-se, porque oportuno, que, no concerne aos tratados internacionais de direitos humanos, anteriores à Emenda Constitucional 45/2004, o Supremo Tribunal Federal conferiu-lhes *status* supralegal, ou seja, abaixo das disposições constitucionais, mas acima das leis infraconstitucionais (RE 466.343/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso).

³⁵⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 12-21, 1994.

³⁵⁵ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 171-178.

³⁵⁶ Cf. TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto: como funcionam as instituições*. Trad. Micheline Christophe. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

internacionais. É o que se extrai, v.g., da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º)³⁵⁷, do mandado de injunção (art. 5º, LXXI)³⁵⁸ e do *habeas-data* (art. 5º, LXXII)³⁵⁹.

Por tal razão, a legitimidade democrática da atuação judicial tem sua gênese na própria deliberação do constituinte, rompendo, em caráter definitivo, com a neutralização liberal advinda do constitucionalismo vigente no Brasil até 1988, apesar da resistência inaugural de alguns ministros do STF na aplicação desses institutos, ao menos até a edição de legislação superveniente que regulamentou os dispositivos do texto constitucional³⁶⁰.

Nesse sentido, a simples comparação entre as Constituições Republicanas³⁶¹ (1891, 1946, 1967 e 1969) e o texto de 1988 reforça a percepção acerca do recrudescimento das funções dos magistrados e das Cortes, em especial do STF. A percepção mais visível desse quadro repousa justamente no aumento substancial dos órgãos que integram o Poder Judiciário³⁶², com destaque para a criação do Superior Tribunal de Justiça e, posteriormente, por força da Emenda Constitucional 45/2004, do Conselho Nacional de Justiça.

Por sua vez, a fórmula da separação de poderes, elaborada em termos mais abstratos³⁶³ e elevada à categoria de cláusula pétrea³⁶⁴, não contém mais qualquer proscrição expressa quanto à impossibilidade de eventual “delegação” de atribuições típicas, conforme dicção presente nos textos constitucionais republicanos de 1934 (art. 3, §§1º e 2º)³⁶⁵ e de 1946 (art. 36,

³⁵⁷ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...) § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

³⁵⁸ Art. 5º (...) LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

³⁵⁹ Art. 5º (...) LXXII – conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

³⁶⁰ KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo. *Lua Nova: Revista de cultura e política*, São Paulo, n. 88, p. 141-184, 2013.

³⁶¹ Não se considera aqui atos normativos ou Constituições provisórias, instituídas com força do poder constituinte.

³⁶² Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal; I-A – o Conselho Nacional de Justiça; II – o Superior Tribunal de Justiça; II-A – o Tribunal Superior do Trabalho; III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho; V – os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI – os Tribunais e Juízes Militares; VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

³⁶³ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

³⁶⁴ Art. 60. (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais.

³⁶⁵ Art. 3º – São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si. § 1º – É vedado aos Poderes constitucionais delegar suas atribuições. § 2º – O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.

§2º)³⁶⁶; nem tampouco o legislador constituinte trouxe hipóteses de exclusão apriorística do exame (de qualquer matéria) do Poder Judiciário, como ocorrera em todas as constituições na República.

Em outras palavras, o legislador constituinte decidiu fortalecer o acesso aos órgãos do Poder Judiciário, com o acréscimo da possibilidade da concessão da assistência judiciária gratuita aos mais carentes³⁶⁷, não fazendo qualquer ressalva, portanto, quanto aos “direitos não individuais” ou “atos ou decisões políticas”. A única limitação está afeta ao tema do desporto, em que o acesso à jurisdição está condicionado, mas não excluído, ao esgotamento das instâncias da “justiça desportiva”³⁶⁸. Ademais, a Assembleia Nacional Constituinte deliberou por eliminar instrumentos de concentração de poderes dos tribunais superiores, tais como: a advocatória e a arguição de relevância³⁶⁹, irrompendo, por consequência, com a *intercessio* moderna.

Por sua vez, a imputação acadêmica no sentido de assegurar posições de poder pelas corporações estatais dos magistrados (constitucionalismo chapa-branca³⁷⁰), ancorada na presença de grupos de pressão, além de desconsiderar os debates com diversas entidades de classes e compromissos assumidos pelos constituintes³⁷¹, parece ignorar o pêndulo voltado

³⁶⁶ Art. 36. São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. § 1º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição. § 2º - É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

³⁶⁷ Foi um dos pontos mais debatidos na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. É o que dispõe o art. 5º, LXXI, da CF/1988: O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

³⁶⁸ Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: (...) § 1º - O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei. § 2º - A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

³⁶⁹ Embora não possam ser confundidos com o instituto da Repercussão Geral inaugurado pela EC 45/2004, não há como desassociar a inspiração desse último na Arguição de Relevância no sentido de reintroduzir filtros no sistema processual brasileiro. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 30.

³⁷⁰ Trata-se de alusão ao artigo de Carlos Ari Sundfeld: SUNDFELD, Carlos Ari. O fenômeno constitucional e suas três forças. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coords.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 11-18.

³⁷¹ Consta dos Anais da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público as oitavas coligidas em audiências públicas: “De acordo com o proposto pelo Deputado Michel Temer e as colocações da Presidência, indago da Subcomissão e submeto à sua deliberação a proposta de iniciarmos audiências públicas, ouvindo as seguintes entidades: Ordem dos Advogados do Brasil, Associação Nacional dos Magistrados, Associação dos Serventuários da Justiça. Aí entra a proposta do Deputado Michel Temer de ouvirmos de imediato, ou seria em quarto lugar, a Confederação Nacional do Ministério Público. Depois, a Comissão decidiria, em função do resultado da visita aos Tribunais Superiores, sobre uma data. Se fosse da conveniência desses tribunais enviar um representante, ou representantes, para fazer uma exposição à Comissão, a Comissão fixaria, depois, uma data para a realização dessa audiência”. Cf. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Ata da reunião para eleição do presidente e vice-presidente, em 7 de abril de 1987* – notas taquigráficas, Brasília, p. 1-297, 1987. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/3c_Subcomissao_Do_Poder_Judiciario.pdf. Acesso em: 15 jan. 2021. E assim foi feito, mas não na ordem proposta, incluindo também outras entidades da sociedade civil, além de valiosas contribuições dos Professores José Lamartine Correa de Oliveira, Roberto de Oliveira Santos,

historicamente para a concentração de poderes no Executivo, sem prejuízo do menosprezo pelo falseamento linear da eficácia das normas jurídicas em todo o período republicano. Não se ignora, contudo, que questões corporativas dos dirigentes de tribunais foram incorporadas nas discussões, mas não parecem ter sido a tônica diante das audiências e deliberações ocorridas na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, conforme será explicitado adiante.

Nesse contexto, rememora J. Bernardo Cabral, Relator da Assembleia Nacional Constituinte, que

o texto da Constituição de 1988 é prodigioso, descontados os naturais problemas de qualquer obra decorrente do labor humano. Hoje, não são poucos os tratadistas de direito constitucional comparado que citam o modelo brasileiro, classificando-o de diploma exemplar, profundamente renovador, à altura do que o constitucionalismo moderno pode produzir, incluídas nesse rol as inextinguíveis virtudes das Constituições de Espanha e Portugal³⁷².

É lícito especular, diante desse cenário, que o legislador constituinte desejou aprimorar substancialmente os arranjos institucionais do Poder Judiciário³⁷³, sem menosprezar as funções do Parlamento (que foram igualmente recrudescidas), para não ser simples vetor do cumprimento de um texto ambicioso como para também, simultaneamente, garantir que não fosse intimidado por fatores exógenos no exercício da jurisdição constitucional³⁷⁴. É evidente que as boas expectativas criadas estão naturalmente associadas à frustração decorrente do descumprimento das promessas inseridas na CF/88³⁷⁵. Mas a longevidade do texto constitucional parece repousar justamente na capacidade de adaptação aos contextos fáticos subjacentes, especialmente em momentos de instabilidade ou de tensionamento, com o

Luís Pinto Ferreira, José Joaquim Calmon de Passos, Fabio Konder Comparato e Raul Machado Horta. Cf. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Ata da reunião para eleição do presidente e vice-presidente, em 7 de abril de 1987 – notas taquigráficas*, Brasília, p. 1-297, 1987. p. 12. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/3c_Subcomissao_Do_Poder_Judiciario.pdf. Acesso em: 15 jan. 2021.

³⁷² CABRAL, José Bernardo. Os 20 anos da Constituição Federal de 1988: Avanços e Retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coords.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 7-8.

³⁷³ Nesse sentido, o relator, Plínio Arruda Sampaio assentou, num primeiro diagnóstico: “Não ouvi voz discordante, neste órgão, a respeito dos três defeitos maiores de nossa Justiça: sua morosidade. sua inacessibilidade aos pobres e sua ineficácia punitiva em relação a uma porção de delitos. Por meio de algumas estatísticas, fiz uma segunda constatação: não há sistemática de estudos da Justiça, em termos sociológicos, quanto a seu impacto na sociedade”. Cf. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Ata da reunião para eleição do presidente e vice-presidente, em 7 de abril de 1987 – notas taquigráficas*, Brasília, p. 161, 1987. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/3c_Subcomissao_Do_Poder_Judiciario.pdf. Acesso em: 15 jan. 2021.

³⁷⁴ Para além de certa retórica, advirta-se que a problematização e a investigação propostas neste ensaio, consubstanciadas na tentativa de conferir alguma demarcação jurídica aos novos vetores jurisdicionais, não cerram fileiras, portanto, no ambiente acadêmico sobre a efetividade dessas justas expectativas.

³⁷⁵ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial pós-1988*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

dinamismo da atividade jurisdicional, sobretudo do STF, como pretende-se demonstrar em capítulo próprio deste ensaio.

Voltando às inovações trazidas pelo texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal sofreu alterações substanciais no catálogo de suas competências, embora formalmente a sua estrutura tenha sido mantida. Nesse sentido, dentre as novidades, destacam-se as novas atribuições e instrumentos criados pelo legislador constituinte (originário e reformador): (i) julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal³⁷⁶; (ii) mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; (iii) ampliação do rol dos órgãos autorizados a promover o controle abstrato de inconstitucionalidade (art. 103 da CF/1988).

Em reforço ao exposto até aqui, convém destacar trechos dos debates constituintes que revelam, a toda evidência, sentimentos e impressões sobre a necessidade de mudança do papel da jurisdição constitucional, em especial daquela exercida pela Suprema Corte pátria, inclusive sobre a possível criação de um Tribunal Constitucional. Isso não significa, insiste-se, fomentar um monopólio judicial, nem tampouco vincular a jurisdição a um pretense sentimento do constituinte. A Constituição nunca quis “colonizar”³⁷⁷ a política, mas, sim, procurou reequacionar o sistema de repartição de poderes, constituindo instrumento de racionalização e de legitimação dos juízes. Vale dizer, o fortalecimento das instituições judiciais, aliado à necessidade de assegurar a independência financeira e administrativa do Poder Judiciário, era mais ou menos consenso dos legisladores constituintes.

Nesse sentido, após apresentar o anteprojeto à Subcomissão, o relator, Plínio Arruda Sampaio, assentou em 13 de maio de 1987:

Com relação ao capítulo do Poder Judiciário, a novidade maior é a seguinte: colocamos nas disposições iniciais, gerais, todas as garantias básicas a que a Justiça tenha autonomia e independência. Colocamos autonomia financeira, autonomia administrativa de uma forma até ousada, por confiar no Poder Judiciário do País. Colocamos todas as garantias constitucionais clássicas, as vedações clássicas. Nisto, aliás, incorporamos quase todas as sugestões recebidas das Associações de Magistrados – as entrevistas que tivemos foram extremamente úteis e, assim, foram incluídas no Relatório praticamente todas as suas sugestões. (...)

³⁷⁶ Essa última ação foi acrescida pela EC 3/1993.

³⁷⁷ GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Piaget, 1996. p. 41-42.

A nova Constituição criará direitos novos, que não estão em nossos registros mentais, nem em nosso aparelho de Justiça. Em casa de quem não fuma, dificilmente se encontram cinzeiros porque isto não está em seu registro mental. Quem toma café sem açúcar, em geral não tem açucareiro, porque isto não está em seu registro mental. Uma Justiça que tem de julgar agora direitos novos é uma Justiça que precisa de estímulo, precisa de uma chamada e precisa estar atenta a esse fato³⁷⁸.

Confirmam-se também, respectivamente, as manifestações dos constituintes Mauricio Corrêa, que posteriormente viria a integrar a Suprema Corte, e José Costa, presidente da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. Estava em jogo àquela altura a criação do Tribunal Constitucional independente da estrutura judicial, *in verbis*:

Tenho dito que gostaria que houvesse uma revolução no Poder Judiciário, mas sei das dificuldades de se promover esse ato modificativo dentro da estrutura da sociedade brasileira, neste momento. Não digo que o Poder Judiciário seja o mais conservador, mas, no que tange às transformações, é o mais difícil de se penetrar em seu âmago para promovê-las. A não ser através de uma revolução social, em que um determinado grupo se imponha, tomando o poder, e, assim, modifique a estrutura geral do Brasil não vejo condições de, em profundidade, transformarmos o Poder Judiciário naquele poder revolucionário que desejamos³⁷⁹.

Eu quero esclarecer, antes de passar a palavra ao eminente Relator, que as experiências das Cortes ou Tribunais Constitucionais de Portugal, Espanha e Alemanha, sobretudo, não eram de ordem a estimular sua introdução na nova Carta Constitucional. O nosso Supremo Tribunal Federal, com quase um século de existência, tem exercido, desde 1891, juntamente com os Tribunais federais e Juízos do País, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos federais e estaduais, pelo sistema difuso, e a partir de 1946, também pelo sistema concentrado. Essa extraordinária experiência nos deu um dos mais completos sistemas de controle de constitucionalidade do mundo, que deve ser aperfeiçoado no sentido de torná-lo cada vez mais efetivo. Embora inicialmente me tenha fascinado a idéia, a experiência dos países acima referidos não me anima a apoiar a introdução da inovação na nova Constituição Federal.

Quero esclarecer que, ao depois de oferecida, esta emenda, surgiu uma solução. O que me preocupava era a inovação que, em verdade, retirava do Supremo Tribunal Federal o controle da constitucionalidade *latu sensu*, quer dizer, tanto o controle pelo sistema difuso, quanto pelo sistema concentrado³⁸⁰.

Quanto à força outorgada à Suprema Corte e sua manutenção estrutural³⁸¹, com o acréscimo de leque da competência sobre matéria constitucional (e instrumentos normativos),

³⁷⁸ Atas da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, de 13 de maio de 1987. p. 117 (grifou-se).

³⁷⁹ Atas da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, de 19 de maio de 1987. p. 105.

³⁸⁰ Atas da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, de 23 de maio de 1987. p. 27.

³⁸¹ Foram três as propostas: (i) criação do tribunal das garantias constitucionais e a ampliação das garantias constitucionais; (ii) estabelecimento de uma seção especializada no STF, a fim de conhecer as questões constitucionais, composta por ministros temporários; (iii) e (a proposta vitoriosa) manutenção do STF, que permaneceria como tribunal constitucional, federal e de cassação, com ministros vitalícios.

valiosos foram os debates dos constituintes Michel Temer, Bernardo Cabral e de Plínio de Arruda Sampaio (relator) sobre a questão estrutural da Suprema Corte. Veja-se, respectivamente:

Que Tribunal Constitucional queremos? Ao retratá-lo aqui, nas várias discussões que tivemos, verifica-se que, na verdade, desejamos algo que é o anseio de boa parte da nacionalidade. Queremos uma Corte que guarde os trabalhos que a Constituinte vai realizar, que seja o supremo guardião do que a Constituinte vai produzir. Será um Tribunal ou uma Corte Constitucional, uma Suprema Corte ou o Supremo Tribunal Federal. Não importa sua rotulação. Importam suas funções. Tenho a maior simpatia pela idéia do Tribunal Constitucional e faria tal e qual o Constituinte Plínio Arruda Sampaio: na hipótese da derrota desta emenda, votaria pela tese do Tribunal Constitucional.

Entretanto, Sr. Presidente, tenho também o maior apreço pelo Supremo Tribunal Federal. E, ao dizer isso, não me estou referindo a uma entidade abstrata. Estou falando de uma história feita por pessoas físicas, por eminentes juristas que, desde 1891, produziram uma extraordinária doutrina na vida brasileira – inclusive os Ministros que hoje se encontram no Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que, de uns tempos a esta parte, mais especialmente de 1964 para cá, modificou-se o clima político institucional com repercussão jurídica. E este clima político institucional acabou por influenciar toda a jurisprudência brasileira, não apenas a do Supremo Tribunal Federal que cito como exemplo. Durante muito tempo, os juristas progressistas insistiram na impossibilidade de criarem-se tributos por decreto-lei, ao mesmo tempo em que a jurisprudência federal dizia que podia. Bastou modificar o clima político-institucional, para que a jurisprudência começasse a guiar-se pela idéia de que não se poderiam mais criar tributos, que só o Legislativo pode fazê-lo.

Tenho, portanto, Sr. Presidente, o maior apreço pelo Supremo Tribunal Federal, mas não posso deixar de reconhecer que os novos tempos exigem a idéia de um Tribunal Constitucional. Daí o porquê, Sr. Presidente, meus colegas, sairmos para uma tese conciliadora, que não impede a tencia (*sic*) de uma Corte Constitucional, ou seja, o próprio Supremo Tribunal Federal será a Corte Suprema para exatamente resguardar suas tradições³⁸².

Sr. Presidente, Srs. Constituintes, o eminente Nelson Carneiro e agora o ilustre Deputado Nelson Jobim colocaram por terra – um, por antecipação, e outro, na seqüência – a argumentação expendida pelo Senador José Paulo Bisol e pelo próprio autor da emenda, Nelton Friedrich. Basta apenas fazer uma pergunta ao Plenário: quem é que faz, porque a competência é sua, a guarda da Constituição? Supremo Tribunal Federal. O que esta Assembléia aprovou? Aprovou a manutenção do Supremo Tribunal Federal e criou, já aprovado, o Superior Tribunal de Justiça. O que o Superior Tribunal de Justiça faz? Vela pela vigência e uniformidade interpretativa da lei federal. Portanto, não há como, a esta altura, pensar-se na criação de um Tribunal Constitucional, pois seria ferir, cortar, podar a competência do Supremo Tribunal Federal³⁸³.

³⁸² Atas da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, de 23 de maio de 1987. p. 32.

³⁸³ Ata da 239ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, de 6 de abril de 1988. p. 157.

Não estamos atentos para o fato de que, se o Supremo não for modificado, as outras modificações introduzidas no texto, terão efeitos muito pequenos. Para chamar a atenção, preciso esgoelar nesta tribuna, preciso gritar alto para vencer aqueles que estão desatentos, porque o Supremo não interessa, a Justiça não interessa, interessa como ficarão os Procuradores da União, como ficarão os serventuários, como ficarão os juízes de paz.

A emenda que eu coloco, Sr. Presidente e Srs. Constituintes, é muito simples. Se as questões constitucionais não tiverem peso, é inútil o trabalho que estamos fazendo aqui pela reforma agrária, pela reforma urbana, pela reforma da educação, pela reforma da saúde porque isto vai continuar sendo letra morta no papel. Será a continuidade dessa cumplicidade de elite nacional, com essa hipocrisia que oprime os mais pobres. Só os tribunais é que irão fazer valer os direitos que V. Ex- estão concedendo ao povo. Mas, não esse Supremo Tribunal Federal, que está aí, porque esse está já esclerosado na sua estrutura tradicional, que não é estrutura conveniente para um Brasil novo. (...)

A emenda que estamos propondo é simples: nós queremos que os juízes do Supremo tenham um mandato de 12 anos. Um mandato suficiente para que de 4 em 4 anos haja um respiro no Tribunal, haja uma renovação, haja a possibilidade de idéias novas trazidas por advogados que estão vivendo a realidade do Brasil, fora da torre de marfim desta Cidade e da torre de marfim do Supremo. Advogados que possam sentir mais as realidades políticas, as realidades sociais, as realidades econômicas que estão atrás das leis, que estão atrás dos julgados, que estão atrás das normas do Governo. É muito simples a emenda: 12 anos de mandato coroa a vida de um grande jurista.

O Ministro do Supremo, com a nova competência que terá o Supremo, vai decidir questões muito mais ligadas à política, ao poder, à realidade sociológica razão pela qual precisa ser um juiz mais sintonizado com o contexto econômico, sociológico, político, cultural da Nação³⁸⁴.

Não por acaso, ao STF, para além de instado a decidir questões atinentes aos trabalhos da própria constituinte, especialmente no caso da duração do mandato do ex-Presidente Sarney³⁸⁵, foi atribuída a função de instância recursal, de foro especializado e de tribunal constitucional³⁸⁶. Outro aspecto polêmico nos debates constituintes foi a indicação dos órgãos legitimados ativos para propor a ação direta de constitucionalidade perante o STF, que só foi definitivamente resolvida no formato do texto atual após “aprovação de emenda substitutiva do ‘Centrão’ sobre o Poder Judiciário, com 359 votos contra 10 e quatro abstenções”³⁸⁷.

De todo modo, é justo afirmar que a maioria dos Ministros da Suprema Corte encarava com reservas os trabalhos da Constituinte, buscando preservar o Tribunal de transformações

³⁸⁴ Ata da 239ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, de 6 de abril de 1988. p. 165-166 (grifou-se).

³⁸⁵ Cf. KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo. *Lua Nova: Revista de cultura e política*, São Paulo, n. 88, p. 141-184, 2013.

³⁸⁶ Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

³⁸⁷ Cf. KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo. *Lua Nova: Revista de cultura e política*, São Paulo, n. 88, p. 141-184, 2013.

substanciais, conforme se extrai dos discursos de Sydney Sanches³⁸⁸ e Moreira Alves³⁸⁹, em fevereiro de 1985, por ocasião da posse desse último na Presidência do Supremo Tribunal Federal³⁹⁰.

Tal resistência serviria para demonstrar a timidez e o ceticismo inicial da jurisdição constitucional do STF no período subsequente à aprovação da Carta de Direitos de 1988³⁹¹, ao mesmo tempo em que, curiosamente, emprestou deferência à Assembleia Nacional Constituinte na judicialização surgida nessa época³⁹². De todo modo, a semente da mudança do papel da jurisdição constitucional foi definitivamente plantada no constitucionalismo brasileiro, como antípoda para os problemas futuros das novas gerações.

Isso não implica, repita-se, assumir que a centralidade do texto constitucional brasileiro no ordenamento jurídico é fato gerador de uma alegada supremacia judicial, conforme se depreende das soluções adotadas por outros países que têm, igualmente, no texto legal, a principal fonte do direito, sendo incontroverso, no entanto, o fato de que a expansão da

³⁸⁸ Já adotando uma possível função coordenadora, o Ministro assentou: “Com a autoridade moral e intelectual que ostenta, com a representatividade que o sistema constitucional lhe confere e com o apoio de seus colegas da Corte Suprema, Eminentíssimo Ministro Moreira Alves, é que Vossa Excelência estará em contacto com os demais Chefes de Poderes da República, para o trato das questões de interesse do Poder Judiciário de um modo geral e da Magistratura, em particular. (...) Essa participação, é de se acrescentar, aqui e agora, deve ser entendida, é claro, em termos de colaboração, de encaminhamento de sugestões, para as possíveis reformas, aos Poderes competentes. E há de ser interpretada como empenho de um Poder que não quer parecer omissivo ou indiferente diante dos males que o afligem. Nem despreocupado com o estado de direito do País. Como ponderou recente editorial do jornal «O Estado de São Paulo» (06-02-1985), sob o tema «Problemas do Judiciário», «é necessário que os tribunais encontrem a maneira de tornar pública suas inquietações e de apresentar sugestões destinadas à discussão pelo conjunto da sociedade e não apenas por círculos restritos de iniciados”. Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Solenidade de posse dos ministros José Carlos Moreira Alves, na presidência e Decio Meirelles de Miranda, na vice-presidência do Supremo Tribunal Federal*: Sessão de 25-2-1985, Brasília, p. 1-29, 1985. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/Plaquetas/92909/pdf/92909.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2021 (grifou-se).

³⁸⁹ Aparentemente com preocupação mais voltada ao acesso ao Poder Judiciário e a litigiosidade crescente. Para além assentar que a reforma de 1977 teve seus méritos, o Ministro consignou: “O acesso incondicionado ao Judiciário faz crescer, mesmo nos países de escasso progresso demográfico, o número das demandas, a implicar a necessidade de mais juízes e demais serviços auxiliares, o que, por sua vez, em decorrência dos recursos, acarreta a multiplicação de Tribunais, ou o aumento indefinido da composição dos existentes, resultados ambos que dificultam, quando não impossibilitam, o ideal da uniformização do direito. A apuração da verdade exige vias processuais várias, que, no entanto, se utilizadas exaustivamente – o que, nem sempre, implica abuso – gera percalços a ponto deste desabafo de certo arcebispo italiano, que veio a tornar-se santo: «sem os causídicos as cidades foram muito felizes, e haverão de sê-lo»”. Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Solenidade de posse dos ministros José Carlos Moreira Alves, na presidência e Decio Meirelles de Miranda, na vice-presidência do Supremo Tribunal Federal*: Sessão de 25-2-1985, Brasília, p. 1-29, 1985. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/Plaquetas/92909/pdf/92909.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2021.

³⁹⁰ Ademais, de acordo com documento publicado no jornal Estado de São Paulo, em 3 de agosto de 1986, o STF encaminhou mensagem pública à citada Comissão Afonso Arinos, com restrições de acesso ao controle abstrato de constitucionalidade e, portanto, estimulando certa autofagia quanto aos próprios poderes, além de rechaçar a criação de um “Tribunal Superior de Justiça”.

³⁹¹ 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, 2020. p. 79-113.

³⁹² KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo. *Lua Nova: Revista de cultura e política*, São Paulo, n. 88, p. 141-184, 2013.

jurisdição constitucional atingiu locais em que a soberania do parlamento ainda era um dogma³⁹³. Os estímulos do constituinte e do legislador reformador serviram para o aprimoramento da atividade judicial na resolução dos conflitos (atuação voltada ao passado) e dar boas respostas jurídicas para os acontecimentos futuros, como, *v.g.*, nos julgamentos de ações de controle concentrado pelo STF em processos envolvendo a crise sanitária causada pela Covid-19³⁹⁴.

Mas não é só. O esforço do legislador ordinário em reforçar a legitimidade democrática da atuação do Poder Judiciário, especialmente na atuação do STF, mostra-se indubitável. Com efeito, o cenário institucional pós-1988 aponta, de forma indene de dúvida, que o Poder Legislativo – cuja preocupação acerca das discricionariedades epistêmicas de atuação não tem chamado a atenção da doutrina nacional (precisamente quanto à delegação intencional de parcela da sua atuação³⁹⁵) –, optou por manter o caminho inaugurado pelo constituinte, instituindo por meio da edição das Leis 9.868/1999, 9.882/1999 e da EC 45/2004, respectivamente, a figura do *amicus curiae*³⁹⁶, da audiência pública, das súmulas vinculantes e da repercussão geral, além de reafirmar a publicidade dos atos processuais, por meio da criação do canal de televisão “TV Justiça” e o televisionamento real das sessões das Turmas e do Plenário do STF, instrumentos relevantes para viabilizar o constitucionalismo democrático de Robert Post³⁹⁷.

As decisões judiciais equivocadas certamente já aconteceram, fenômeno próprio de uma fase de acomodação institucional. E, por isso, o diagnóstico conclusivo acerca de uma “juristocracia”³⁹⁸ ou de uma supremacia judicial, compreendida aqui como a impossibilidade reação dos demais Poderes, nesse brevíssimo recorte de tempo (um pouco mais de trinta anos), parece açodado diante da complexidade do fenômeno, especialmente porque o próprio legislador não tem essa compreensão da realidade. É o que se extrai, *v.g.*, da rejeição expressa da Proposta de Emenda Constitucional 82/2019. A proposição legislativa – que limitava a

³⁹³ Cf. HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2007. p. 38-49.

³⁹⁴ Abordar-se-á com mais verticalidade tais decisões em capítulo próprio.

³⁹⁵ EPSTEIN, David; O’HALLORAN, Haryn. *Delegating Powers: A Transaction Cost Politics Approach to Policy Making Under Separate Powers*. Cambridge: Cambridge University, 1999.

³⁹⁶ É certo que já existia regramento sobre atuação semelhante em algumas áreas específicas, como, *v.g.*, no art. 32 da Lei 4.726/1965 (Junta Comercial) e no art. 31 da Lei 6.385/1976 da CVM. Finalmente, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, tal instrumento democrático passou a ser incorporado definitivamente ao sistema de justiça (art. 138).

³⁹⁷ Cf. POST, Robert C.; SIEGEL, Reva. O Constitucionalismo democrático. Trad. Ana Beatriz Vanzoff Robalinho Cavalcante. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Orgs.). *Jurisdição Constitucional em 2020*. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 484-495.

³⁹⁸ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2007. p. 1-16.

concessão de medidas cautelares pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, bem como impedia a concessão de liminares e cautelares de forma monocrática em procedimento de controle concentrado de constitucionalidade e restringia a extensão do pedido de vista – foi expressamente rejeitada pelo Plenário do Senado Federal³⁹⁹.

Outros fatores contribuíram decisivamente para a promessa de crescimento da jurisdição constitucional, como, v.g., (i) o adensamento do poder judicial em razão da profusão de normas legais, influenciado pela constante mudança institucional do papel do Estado no século XX; (ii) a exigência de produtividade dos magistrados por órgãos de controle interno e externo; (iii) a evolução das escolas de interpretação e do próprio positivismo contemporâneo do século XX; (iv) a crise dos paradigmas dos elementos tradicionais do Estado⁴⁰⁰; (vi) e o fenômeno da constitucionalização dos direitos⁴⁰¹.

Como se nota, além das condições institucionais que conferiram, de forma exaustiva, legitimidade democrática à jurisdição constitucional, o Poder Legislativo reformador insiste, em maior ou menor grau, em delegar expressamente ao Poder Judiciário, em nome da solução abrangente e definitiva dos conflitos, instrumentos anômalos ao sistema jurídico vigente, e o faz justamente para garantir a funcionalidade do texto constitucional, a fim de que ele mantenha sua capacidade de regular os conflitos sociais. Com efeito, as fecundas modificações na organização e funcionamento do Poder Judiciário provocadas pela EC 45/2004⁴⁰² e (agora) pelo Código de Processo Civil de 2015 serviram não apenas para o aprimoramento da atuação e da fiscalização dos juízes e tribunais, precisamente por meio da criação do Conselho Nacional de Justiça⁴⁰³, como também municiaram o Poder Judiciário com instrumentos e filtros jurídicos adequados para impor alguma racionalidade à litigiosidade excessiva.

³⁹⁹ Proposições semelhantes foram anteriormente rejeitadas. É o caso, por exemplo, da PEC 33/2011, que propunha três modificações importantes: (i) aumento do quórum para a declaração de inconstitucionalidade das leis, que passaria a ser de 4/5; (ii) submissão da proposição das súmulas vinculantes e os seus efeitos ao crivo do Congresso Nacional; (iii) mecanismo de reversão das decisões do STF que declarem a inconstitucionalidade de Emenda Constitucional.

⁴⁰⁰ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. A Teoria do Estado entre o jurídico e o político. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; GASPARD, Murilo (Orgs.). *Teoria do Estado: sentidos contemporâneos*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 27-74.

⁴⁰¹ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁴⁰² De acordo com a exposição de motivos do ato normativo, “Na verdade, o problema é mais profundo, porque o Poder Judiciário é, dentre os três Poderes da República, o único infenso à fiscalização. Enquanto o Executivo é Fiscalizado pelo Legislativo, este pelo povo e ambos pelo Poder Judiciário. Os juízes não se submetem a qualquer modalidade de censura externa. Não basta, para o estabelecimento de controles na atividade do Poder Judiciário, a participação intensa, no caso representado pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados, no recrutamento de juízes e na outorga da vitaliciedade, bem como uma intervenção mais intensa do Congresso Nacional na investidura dos magistrados dos tribunais superiores”.

⁴⁰³ De acordo o Ministro Cezar Peluso, relator da ADI 3367/DF: “A bem da verdade, mais que encargo de controle, o Conselho recebeu a uma alta função política de aprimoramento do autogoverno do Judiciário, cujas estruturas burocráticas dispersas inviabilizam o esboço de uma estratégia político-institucional de âmbito nacional. São antigos os anseios da sociedade pela instituição de um órgão superior, capaz de formular diagnósticos, tecer críticas

Com efeito, para além de exigir dos recursos extraordinários demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas (§3 do art. 102, da CF/1988), a EC 45/2004 alterou a competência da Justiça do Trabalho, bem como instituiu, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, as Súmulas Vinculantes, a fim de consolidar entendimentos pacificados, sob certas condições normativas, em proposições enunciativas com efeitos compulsórios perante os demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública⁴⁰⁴.

De fato, repise-se, outro fator importante foi a aprovação do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), que trouxe grandes mecanismos inovadores ao processo civil pátrio em relação às funções judiciais. Isso porque o diploma legal procurou calibrar limites aos poderes dos juízes e, ao mesmo tempo, dar força normativa aos “precedentes”, tornando nítida a valorização gradativa que vem se dando às decisões judiciais dos Tribunais Superiores⁴⁰⁵. Não por acaso, constou expressamente da Exposição de Motivos do diploma legal que “[e]ssa é a função é a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento

construtivas e elaborar programas que, nos limites de suas responsabilidades constitucionais, dêem respostas dinâmicas e eficazes aos múltiplos problemas comuns em que se desdobra a crise do Poder. (...) Ao Conselho atribuiu-se esse reclamado papel de órgão formulador de uma indeclinável política judiciária nacional”.

⁴⁰⁴ 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, 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. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

⁴⁰⁵ Confira-se, a propósito, a redação dos arts. 926 e 927 do CPC/15: Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, §1º quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema”. Por outro lado, a imposição da mediação e a conciliação⁴⁰⁶, como fenômenos vinculantes para a solução de conflitos, e a restrição legislativa imposta a certas condutas judiciais⁴⁰⁷ forjaram também uma nova perspectiva para o exercício da jurisdição.

Portanto, a abdicação intencional do parlamento nacional à luz da separação dos poderes, além de utilizar deliberadamente a jurisdição constitucional no cálculo estratégico para o exercício da tomada de decisões políticas⁴⁰⁸, não é questionada criticamente pelos demais atores políticos, ao menos não abertamente na arena legislativa. Pelo contrário, o legislador insiste na delegação intencional e assimétrica de poderes, de instrumentos e técnicas sofisticadas⁴⁰⁹, ao passo que, no ambiente nacional, paradoxalmente, importa-se acriticamente a reflexão acadêmica norte-americana que torna os parlamentares agentes morais irresponsáveis diante da pretensa usurpação ou ativismo judicial⁴¹⁰.

De todo modo, é lícito especular que os incentivos legislativos concedidos ao Poder Judiciário a partir da CF/1988, que não tiveram precedentes quantitativos nos intervalos dos textos constitucionais de 1891, 1934 e 1946, buscaram a permanência da obra do legislador constituinte quanto à sua disruptura em relação aos demais Poderes. Vale dizer, ao adotar um catálogo ambicioso em direitos fundamentais, além também de assuntos estranhos à estrutura e

⁴⁰⁶ De acordo com a referida exposição: “Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porém fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz. Como regra, deve realizar-se audiência em que, ainda antes de ser apresentada contestação, se tentará fazer com que autor e réu cheguem a um acordo. Dessa audiência, poderão participar conciliador e mediador e o réu deve comparecer, sob pena de se qualificar sua ausência injustificada como ato atentatório à dignidade da justiça. Não se chegando a acordo, terá início o prazo para a contestação. Por outro lado, e ainda levando em conta a qualidade da satisfação das partes com a solução dada ao litígio, previu-se a possibilidade da presença do *amicus curiae*, cuja manifestação, com certeza tem aptidão de proporcionar ao juiz condições de proferir decisão mais próxima às reais necessidades das partes e mais rente à realidade do país”. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2021.

⁴⁰⁷ Com efeito, o legislador restringiu, corretamente, algumas condutas judiciais criticadas por advogados, com a proibição de decisões surpresas (art. 10), a necessidade de fundamentação concreta das decisões e sentenças (art. 489), a exigência de coerência e integridade na tomada de decisão judicial (art. 926, CPC/2015) e a eliminação da expressão do “livre convencimento”.

⁴⁰⁸ Abordar-se-á tal questão mais à frente, mas antecipa-se, desde logo, que os dados extraídos do site do STF revelam que, nos últimos anos, os partidos políticos são os atores protagonistas na propositura de ações de controle concentrado.

⁴⁰⁹ Alguns autores, ao abordarem a delegação de tomada de decisões do legislativo para órgãos técnicos do Poder Executivo, propõem modelo formal da decisão do Congresso, com os seguintes elementos: (i) foco na legislação como unidade básica de análise; (ii) um mecanismo de execução para contratos interprofissionais; (iii) direitos residuais de controle combinados com múltiplas estruturas de governança possíveis; (iv) racionalidade limitada, levando a contratos incompletos; (v) o problema do bloqueio político; (vi) custos de transação internos de produção; e (vii) um mecanismo de decisão que prevê qual estrutura de governança será escolhida pelos legisladores cuja primeira preocupação é a reeleição. Cf. EPSTEIN, David; O’HALLORAN, Hharyn. *Delegating Powers: A Transaction Cost Politics Approach to Policy Making Under Separate Powers*. Cambridge: Cambridge University, 1999. p. 53-55.

⁴¹⁰ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from Courts*. Princeton: Princeton University, 2000.

a organização do Estado e dos poderes⁴¹¹, em aparente desconfiança ao trabalho legislativo⁴¹², optou-se logicamente por reduzir o trunfo das decisões majoritárias em favor da jurisdição constitucional.

É certo que a delegação de poderes e a submissão de controvérsias políticas não são suficientes para a explicação das alterações dos vetores judiciais, mas, antes, magistrados e Cortes têm sido instados pelas condições políticas e institucionais a aceitarem o encargo e a externar preferências judiciais, por meio de novas técnicas decisórias para o controle de constitucionalidade dos atos normativos, especialmente diante dos complexos conflitos federativos, da aplicação de direitos e garantias fundamentais e da própria fragmentação do poder político⁴¹³.

Destaque-se aqui⁴¹⁴, v.g., a controvérsia existente sobre a interpretação e a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/1999⁴¹⁵, que trata da modulação dos efeitos temporais das decisões declaradas inconstitucionais e confere expressamente novos poderes à Suprema Corte brasileira, sob rigorosas condições e em atendimento a valores abstratos importantes aos olhos do legislador. Veja-se a redação do dispositivo:

Art. 27. 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.

Assinala-se, a propósito, o teor do art. 927, §3º, do CPC/2015⁴¹⁶, que rompe, de forma definitiva, as fronteiras existentes entre a jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária, ao

⁴¹¹ É o clássico exemplo do Colégio Pedro II.

⁴¹² VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 161-214.

⁴¹³ Tom Ginsburg ressalta sua “teoria do seguro eleitoral” para justificar sua tese. Com efeito, assume-se que a democracia e a fragmentação do poder criam uma incerteza eleitoral, de sorte que grupos políticos receosos de perder as próximas eleições terão estímulos para judicializar, a fim de assegurar limites substantivos em relação ao grupo vencedor. O Poder Judiciário atuaria para assegurar as regras do jogo eleitoral e manter consenso político mínimo de sobrevivência de todos as forças políticas reconhecidas no texto constitucional (GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University, 2003. p. 60-64).

⁴¹⁴ Sem prejuízo da análise vertical nos próximos capítulos.

⁴¹⁵ Nesse sentido, sublinhe-se que, no exame do RE 197.917-8/SP14, o STF admitiu a tese da declaração de inconstitucionalidade “*pro futuro*” no controle concreto, excepcionalmente. O Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade do antigo critério para fixação da composição máxima das Câmaras Municipais, à luz do art. 29, IV, da CF/88, mas diferiu o início da eficácia de sua decisão para um momento futuro, de forma a só alcançar a formação da legislatura seguinte.

⁴¹⁶ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

permitir a modulação dos efeitos em processos subjetivos. É verdade, igualmente, que a Suprema Corte já utilizou, com certa frequência, a modulação em controle incidental, como, v.g., no precedente sobre a constitucionalidade da progressão de regime em caso de crimes hediondos (HC 82.959/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio). De todo modo, além das súmulas vinculantes servirem, pela via oblíqua, como meio de sacralizar a interpretação e modelação dos efeitos da Corte em controle difuso⁴¹⁷, o Código de Processo Civil de 2015 passou a prever expressamente a possibilidade de modulação da eficácia das decisões no âmbito difuso⁴¹⁸.

Não parece crível, por outro lado, que a adoção irrestrita da “força normativa dos princípios” ou de métodos da escola neoconstitucionalista, em sua concepção mais individualista de vinculação material das leis ao texto constitucional, seja o antípoda para a hipertrofia histórica dos demais Poderes, especialmente do Executivo, como se pretende desenvolver mais à frente.

A rigor, a atividade jurisdicional contemporânea passou a exigir a seleção racional de diferentes métodos de interpretação, inclusive com a manutenção do tradicional positivismo com algum temperamento, por meio do vetusto processo dedutivo e do silogismo dos fatos. Exige-se também um trabalho de interpretação e aplicação muito mais sofisticado do magistrado à luz do contexto de realidade concreta. A atuação da jurisdição constitucional deverá, muitas vezes, ser coordenada com a casa legislativa e outros agentes, já que a escolha de soluções possíveis⁴¹⁹ em convergência com os valores fundamentais e do ambiente político-social inserido, após avaliação cognitiva prévia sobre as possibilidades fixadas na moldura

⁴¹⁷ 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, 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. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

⁴¹⁸ Art. 525, do CPC: (...) § 12º. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. § 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica. O art. 535, §§ 5º e 6º, têm previsão semelhante. Art. 927, §3º: Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

⁴¹⁹ Aqui em contraposição à resposta correta de Dworkin. Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 215-216.

normativa⁴²⁰, é medida fundamental, sem desbordar em qualquer voluntarismo ou idiosincrasia judicial.

Acresça-se a tudo isso o fato de que a crise do Estado e dos seus pressupostos tradicionais parece acentuar o fenômeno de transformação do papel do juiz brasileiro⁴²¹, que não passa mais despercebido, nem tampouco é examinado com indiferença, atuando, pelo contrário, em sistema de coparticipação com as instituições e atores tradicionais na produção e criação do Direito.

E aqui não se faz referência à crise da representatividade ou déficit de atuação do parlamento, críticas definitivamente que não encontram respaldo na atual realidade, especialmente diante do contexto da atual crise sanitária, conforme pretende-se demonstrar adiante. Trata-se, ao revés, do crescimento da multiplicação de fontes jurídicas, da perda do monopólio estatal na produção do Direito e da abdicação intencional legislativa, além de fecundas dúvidas sobre a existência do próprio Estado, fatores esses que, numa hipótese especulativa, parecem corroborar a desafiadora premissa das novas funções da jurisdição constitucional.

Como visto, o desenho institucional construído após Constituição de 1988 é fator relevante, mas insuficiente, para explicar a mutação dos vetores jurisdicionais. A questão humana e as variáveis da situação de fato têm suas implicações na racionalidade do padrão decisório do juiz, o que não implica adotar os alicerces e os dogmas hermenêuticos das escolas do realismo jurídico, do pragmatismo ou da jurisprudência dos interesses. De todo modo, acertos e retrocessos judiciais, especialmente aqueles advindos da mais alta Corte do País, constituem elementos subjacentes da aposta (risco) do legislador constituinte na mudança regrada e permanente das novas funções.

Logo, a concessão de instrumentos e técnicas decisórias pelo legislador, aliada ao recurso estratégico consubstanciado na permanente interação dos magistrados com os agentes políticos, deverão concorrer, em conjunto, para uma esmerada compreensão da realidade da jurisdição constitucional.

O presente estudo, repita-se, não pretende formular teses laudatórias (e nem poderia), sobretudo porque saltam aos olhos exageros e vicissitudes judiciais. Todavia, o antípoda desse fenômeno disruptivo, ou, caso se prefira, a expansão do Poder Judiciário, não pode ser o retorno

⁴²⁰ Expressão atribuída à Hans Kelsen, retirada da obra *Teoria pura do Direito* (KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 7. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 387-398).

⁴²¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. A Teoria do Estado entre o jurídico e o político. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; GASPARD, Murilo (Orgs.). *Teoria do Estado: sentidos contemporâneos*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 27-74.

às balizas normativas de atuação e interpretação judicial constantes dos regimes constitucionais anteriores, com o aprisionamento da atividade jurisdicional tanto pelo desenho institucional da ocasião quanto pela hipertrofia política do Poder Executivo, nem tampouco com a renúncia das atribuições que lhe foram concedidas pelo legislador constituinte.

2.3. Algumas tipologias das funções judiciais (e de juízes), a partir da leitura dos pressupostos epistêmicos de Tushnet e Waldron, do minimalismo de Cass Sunstein e do novo constitucionalismo do bem comum de Vermeule

A seleção dos renomados acadêmicos está longe de qualquer escolha aleatória e imprevisível. Isso porque, ao lado de Ran Hirschl⁴²², Alexander Bickel⁴²³ e Larry Kramer⁴²⁴, Mark Tushnet, Jeremy Waldron, Cass Sunstein e Adrian Vermeule constituem a referência na literatura especializada sobre o *judicial review*, a supremacia judicial e a desconstrução dos seus alicerces filosóficos, constituindo suas ideias – algumas proferidas há mais de cinquenta anos – premissas e alicerces fundamentais, presentes em todos manuais e obras acadêmicas, para a crítica da atuação judicial. Evidentemente, há nuances epistemológicas entre o trabalho acadêmico de fôlego de cada um dos autores. A tarefa do capítulo é descrevê-los sinteticamente, já que cada um permitiria fecundas incursões em distintas categorias que fogem ao propósito aqui. Assim, busca-se apontar as dificuldades da importação dos principais fatos e reflexões críticas impeditivas, ou condicionantes, da atuação destacada do Poder Judiciário no âmbito do constitucionalismo brasileiro.

A primeira consideração a ser feita, conforme já explicitado, é sobre a realidade singular nos EUA, em que a revisão judicial e o controle difuso de constitucionalidade remontam há mais de dois séculos, deitando raízes no próprio direito colonial, quando as leis aprovadas pelos colonos eram avaliadas (com repugnância) à luz da “*English corporation law*” e, depois da Revolução, com base na Constituição de 1787⁴²⁵. Ademais, a criação de técnicas hermenêuticas

⁴²² HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2007.

⁴²³ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986; BICKEL, Alexander. *Supreme Court and the Idea of Progress*. New Haven: Yale University, 1978.

⁴²⁴ KRAMER, Larry D. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University, 2004.

⁴²⁵ Cf. BILDER, Mary Sarah. The Corporate Origins of Judicial Review. *Yale Law Journal*, New Haven, p. 502-566, v. 116, 2006; WOLF, Christopher. *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*. Lanham: Rowman & Littlefield, 1994.

particulares (v.g., originalismo⁴²⁶, textualismo, convencionalismo, pragmatismo etc.), aliada a um singular ambiente histórico subjacente a um constitucionalismo impróprio, ancorada em regime constitucional desprovido de regras claras quanto às atribuições e instrumentos normativos conferidos do Poder Judiciário, devem ser tomados em consideração para evitar a importação, sem o refinamento por filtro cognitivo rigoroso, de críticas desconexas em solo nacional.

Além disso, a forma distinta de seleção de juízes nas instâncias de piso e as variáveis alusivas às facetas do Executivo e do Legislativo ao longo da história republicana impõem cautela epistêmica para o transplante do diagnóstico em terras brasileiras, até porque, não raro, autores renomados mudaram drasticamente de entendimento acerca da necessária virtude passiva aos juízes, voltada agora para uma postura mais proativa em nome do bem comum, fato esse que, aliás, coincidiu com a retomada dos magistrados conservadores na Suprema Corte dos Estados Unidos⁴²⁷.

Faz-se agora as últimas ponderações antes de abordar-se a temática deste capítulo. Diferentemente do constitucionalismo norte-americano, a história republicana brasileira não revela, de um modo geral, desconfiança na alegada disfuncionalidade da atuação proativa do Poder Judiciário, ao menos quando o *standard* for o recorte temporal anterior à CF/1988. Pelo contrário, a timidez jurisdicional é marca indelével do período. De todo modo, a vigência do Texto Constitucional de 1988, num curto período (quase 33 anos) impede, por ora, um diagnóstico epistêmico mais conclusivo para qualificar a jurisdição constitucional, especialmente no âmbito do STF – que exerceu autocontenção (e o ainda o faz em vários momentos, e não apenas após a promulgação da última Carta de Direitos⁴²⁸), sendo o exercício de futurologia incompatível com a academia.

Ademais, mudanças normativas trouxeram fecundas transformações na atividade principal dos juízes, incluindo a construção de uma interpretação evolutiva⁴²⁹. E, goste-se ou

⁴²⁶ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁴²⁷ Refere-se aqui à Adrian Vermeule e o seu artigo publicado na revista *The Atlantic*, intitulado *Beyond Originalism* (em português: Para Além do Originalismo). Cf. VERMEULE, Adrian. *Beyond Originalism*. *The Atlantic*, Boston, 31 March 2020. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/>. Acesso em: 7 jan. 2021.

⁴²⁸ 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, 2020. p. 79-113.

⁴²⁹ Anna Cândida da Cunha Ferraz assentou há bastante tempo o seguinte: “Sem contrariar o texto literal da Constituição, admitem-se novos conteúdos ao mesmo, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais, que não estavam presentes na mente dos constituintes quando elaboraram a Constituição. Este o chamado método evolutivo, interpretação evolutiva ou critério evolutivo aplicado à interpretação constitucional. Consente-

não, aparentemente ocorreram mais pelo trabalho do constituinte e do legislador ordinário do que em razão de uma mutação constitucional gerada pela hermenêutica na atividade jurisdicional⁴³⁰. Nesse cenário, convém rememorar as lições doutrinárias de Kelsen:

Se, ao contrário dessas concepções, se continua a afirmar a incompatibilidade da jurisdição constitucional com a soberania do legislador, é simplesmente para dissimular o desejo do poder político, que se exprime no órgão legislativo, de não se deixar limitar pelas normas da Constituição, em patente contradição, pois, com o direito positivo. No entanto, mesmo se tal tendência for aprovada por motivos de oportunidade, não há argumento jurídico em que ela possa se embasar⁴³¹.

Some-se a tudo isso que teóricos importantes reconheceram que o povo não tem exercido a soberania (enquanto poder), por meio dos representantes eleitos, desde o século XVIII. Nesse sentido, os autores dos artigos federalistas acreditavam que a constituição existia também contra a vontade popular contemporânea, tutelando, assim, o povo de si mesmo⁴³². E, nos tempos atuais, isso ocorre em razão do quadro de delegação intencional⁴³³ da tomada de decisões técnicas para órgãos burocratas especializados, e não em decorrência da incapacidade institucional para fazê-lo. É o que se extrai, v.g., da aprovação da Lei Complementar 179/2021, que assegurou a autonomia dos quadros do Banco Central do Brasil.

Voltando ao ponto central deste capítulo, cumpre rememorar as principais reflexões críticas sobre a revisão judicial e o contraponto necessário à luz do constitucionalismo brasileiro de 1988. Sublinhe-se, desde logo, que as obras de Alexander M. Bickel, elaboradas a partir da década de 1960, de grande agitação social⁴³⁴, têm por motivação subjacente certa inquietação com as decisões proferidas pela Corte Burger, em que nítidas transformações políticas e sociais constituíram a tônica de fundo⁴³⁵. As expressões mais conhecidas – “dificuldade

se, por intermédio dessa interpretação, que o intérprete, a fim de adaptar o conteúdo do texto normativo a exigências práticas surgidas depois da emanção da própria norma, tenha uma atuação mais livre” (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 2. ed. Osasco: EDIFIEO, 2015. p. 45-46).

⁴³⁰ Cf. LOWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976. p. 218-222.

⁴³¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2. ed. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 151-152.

⁴³² Cf. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: pensamento político*. 3. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, Russel, 2010. n. 78 e 81.

⁴³³ Cf. EPSTEIN, David; O’HALLORAN, Hharyn. *Delegating Powers: A Transaction Cost Politics Approach to Policy Making Under Separate Powers*. Cambridge: Cambridge University, 1999.

⁴³⁴ Dentre as quais destacam-se: BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986; BICKEL, Alexander. *Supreme Court and the Idea of Progress*. New Haven: Yale University, 1978.

⁴³⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 108-109.

contramajoritária”⁴³⁶, “virtudes passivas”, o colóquio com os outros poderes⁴³⁷ e a decisão baseada em princípios⁴³⁸ – descortinam a intenção declarada em buscar evitar o conflito extremo entre o direito e a política.

Para além de discutir a legitimidade democrática no contexto da revisão judicial pelos tribunais, introduzindo sofisticacões teóricas das espécies de decisões proferidas pelos magistrados, o autor propugnou que os juízes deveriam adotar certa acomodação entre os modelos decisórios – unidos por uma dimensão de princípio (retratou um valor moral) e uma dimensão de “conveniência e oportunidade” (decisão que desvela o que é possível na realidade)⁴³⁹ –, constituindo a primeira hipótese, ao contrário da casa legislativa, a missão principal do Poder Judiciário⁴⁴⁰, que deverá agir com prudência, bem como utilizar da persuasão antes de impor uma decisão.

Ademais, as cortes têm a prerrogativa funcional de não decidir – conquanto possa fazê-lo quando presentes condições alternativas⁴⁴¹ – por meio de instrumentos processuais tipificados na legislação norte-americana, a fim de construir mecanismos deliberativos (“colóquio”⁴⁴²) com a sociedade. Tal postura tem por objetivo favorecer e estimular os processos comunicativos com outros poderes, a fim de que se construam novos acordos sobre as divergências em torno de princípios, evitando-se, por consequência, a divisão na sociedade⁴⁴³. Vale dizer, a atribuição de declarar constitucional ou inconstitucional um texto legal não se sobrepõe ao dever da Corte de levar em conta o momento certo de decidir ou se há razões para esperar⁴⁴⁴.

⁴³⁶ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986. p. 16-23.

⁴³⁷ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986. p. 111-188 e 205-207.

⁴³⁸ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986. p. 63-64.

⁴³⁹ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986. p. 63-64.

⁴⁴⁰ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986. p. 187-189.

⁴⁴¹ São elas: (i) a Corte tem experiência no assunto; (ii) quando há informação e conhecimento confiáveis; (iii) quando seu senso político julgar necessário, após esgotados os recursos afetos ao diálogo. Cf. BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986. p. 189.

⁴⁴² BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986. p. 70-71.

⁴⁴³ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986. p. 69-70.

⁴⁴⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 117-118.

Embora não desconheça as críticas sobre a morosidade, o poder de agenda e o *timing* das decisões como estratégias de decisão dos juízes e do Supremo Tribunal Federal⁴⁴⁵, as regras processuais vigentes por aqui confrontam tal possibilidade, uma vez que, ao menos no plano infraconstitucional, proíbem aos juízes e aos tribunais locais um direito indefinido de esperar, em certos casos, as melhores condições institucionais para a tomada de decisões (*non liquet*)⁴⁴⁶, especialmente em razão do postulado da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988). Com efeito, a preocupação com a adequação e a celeridade das decisões judiciais nunca esteve tão presente na órbita do legislador⁴⁴⁷ e dos órgãos de controle interno e externo do Poder Judiciário, que estabelecem metas a serem observadas por todos os integrantes e órgãos submetidos ao referido órgão (CNJ)⁴⁴⁸.

Assim, a perspectiva teórica de Bickel – voltada, frise-se, para as decisões da Suprema Corte –, revela-se impraticável diante do substancial aumento da produtividade legislativa e jurisdicional no Brasil, além das prodigiosas fontes de adoção de mecanismos e técnicas decisórias relativamente eficientes para soluções coletivas e duradouras. Isso não significa dizer que o exercício da jurisdição constitucional não possa ser sobrestado em determinados períodos por variadas e inconfessáveis razões, o que não corresponde, contudo, ao reconhecimento de um direito judiciário de “não-decidir”.

Nesse contexto, Aharon Barak, que integrou a Suprema Corte de Israel, refuta a doutrina das questões políticas ou da “não judicialização”, não tanto porque assume que o Tribunal Constitucional local seja a melhor instituição para a resolução das disputas, mas, antes, porque a tensão decorrente do desconforto ou medo dos demais atores políticos, para além de ser

⁴⁴⁵ Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro esclarecem: “Embora o poder de decidir seja a expressão prototípica do poder judicial, decisões judiciais formais nos dão uma visão incompleta de como tribunais e juízes influenciam a política. Se é verdade que a simples ameaça de uma decisão judicial futura pode ser suficiente para moldar o comportamento de atores fora do tribunal, qualquer mecanismo pelo qual um juiz ou tribunal module a percepção desses atores já pode influenciar seu comportamento. É preciso levar em conta, portanto, o poder de sinalizar, fornecendo informações sobre o que esperar de decisões futuras. Da mesma forma, qualquer mecanismo que torne mais ou menos provável que o tribunal de fato decida uma questão também afetará, indiretamente, o *status quo* legislativo e o comportamento dos atores políticos. Ou seja, é preciso levar em conta o poder de definir a agenda”. Cf. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, 2018.

⁴⁴⁶ Alude-se aos institutos trazidos pelo Código de Processo Civil, especialmente quanto às obrigações e deveres impostos aos juízes nos arts. 139 e 140.

⁴⁴⁷ É o que se extrai da aprovação da EC 45/04 – que introduziu o direito fundamental à razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII) – e do aprimoramento do direito infraconstitucional, conforme se depreende da leitura sistemática do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15). O diploma foi pródigo em estipular medidas e prazos para assegurar a cronologia e a celeridade dos julgamentos em todos os multiníveis de atuação da função jurisdicional. Basta, nesse sentido, a leitura dos arts. 11 e 12 do CPC.

⁴⁴⁸ Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sobre as metas*. 2021. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metassobre-as-metas>. Acesso em: 8 jan. 2021.

desejável em certas ocasiões, é fato garantidor das liberdades individuais. Ao mencionar a doutrina das virtudes passivas de Bickel e seus argumentos para consolidar uma aversão pela não intervenção judicial em certas matérias, o magistrado reafirma que os benefícios da judicialização das questões políticas são substancialmente maiores do que uma compreensão hermenêutica reduzida⁴⁴⁹. Destaque-se, no entanto, que o autor condiciona a atuação judicial a três pressupostos: (i) atuação judicial imparcial e objetiva; (ii) decisões judiciais com algum consenso social; e (iii) confiança do público no Poder Judiciário⁴⁵⁰.

Jeremy Waldron sustenta, por sua vez, que o controle judicial das leis é vulnerável em dupla frente. Além de politicamente ilegítimo ao privilegiar “a maioria dos votos” entre um pequeno número de juízes não eleitos e irresponsáveis, a atuação judicial no controle de constitucionalidade da lei, ao invés de esclarecer à sociedade as questões reais em jogo, a distrai com “questões secundárias sobre precedentes, textos e interpretação”⁴⁵¹. Para o autor, o desacordo moral entre os cidadãos a respeito do conteúdo de direitos e garantias abstratas deve considerar as noções de igualdade e de autonomia para a solução, de sorte que, por corolário, não há vinculação necessária entre teorias da justiça (voltadas aos estudos dos direitos fundamentais) e a defesa do controle judicial acerca da higidez das leis.

Vale dizer, segundo tal visão, não há garantia de que o resultado da atuação dos juízes seja melhor do que o da casa legislativa. Assim, é possível a construção de uma noção substantiva de direito e da própria democracia sem qualquer renúncia ao direito do legislador de ter uma posição de preferência na busca desses objetivos. Todavia, há quatro pressupostos indispensáveis para a formulação de objeções contra a revisão judicial das leis aprovadas pelo Parlamentos, sob pena de configuração de uma insustentável situação patológica, a saber:

- (1) instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio adulto 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 de suas 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

⁴⁴⁹ BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. United Kingdom: Princeton University, 2008. p. 178-189.

⁴⁵⁰ BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. United Kingdom: Princeton University, 2008. p. 102-112.

⁴⁵¹ WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review. Trad. Adauto Villela e Geraldo de Carvalho. In: ALPINO, Antonio Carlos; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 98-99.

direitos e quais são suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos⁴⁵².

Não é preciso grandes elucubrações para verificar que, na breve história republicana brasileira, quase a integralidade das referidas condições não encontraram abrigo seguro no conturbado ambiente político nacional, especialmente com o descumprimento vertiginoso dos direitos humanos e a ausência do bom funcionamento das instituições, ao menos até a Carta de Direitos de 1988. Sim, porque, como visto no capítulo anterior, tanto o desenho institucional quanto os atos típicos da hipertrofia do Poder Executivo atingiram diretamente o núcleo da atuação do Parlamento e do Poder Judiciário, infirmando, muitas vezes, salvaguardas mínimas para uma atuação razoavelmente livre.

O filósofo neozelandês condiciona, ainda, o afastamento do controle judicial à existência de uma igualdade política, em que os procedimentos e as práticas legislativas estejam subordinados a um controle rigoroso, de sorte que o Parlamento deve ser capaz de propor mudanças no panorama eleitoral para remediar algum déficit de representação do ideal de igualdade política. Tal condição parece não estar em sintonia com um sistema partidário hiperfragmentado, como o brasileiro, ou com o sistema presidencialista de coalizção. Nessa linha de ideias, é conhecida a expressão “presidencialismo de coalizção” cunhada por Sérgio Abranches para descrever as peculiaridades do sistema presidencialista brasileiro. Veja-se:

[O] Brasil é o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o “presidencialismo imperial”, organiza o Executivo com base em grandes coalizções. A esse traço peculiar da institucionalidade concreta brasileira chamarei, à falta de melhor nome, “presidencialismo de coalizção”. (...)

A formação de coalizções envolve três momentos típicos. Primeiro, a constituição de uma aliança eleitoral, que requer negociação em torno de diretivas programáticas mínimas, usualmente amplas e pouco específicas, e de princípios a serem obedecidos na formação do governo, após a vitória eleitoral. Segundo, a constituição do governo, no qual predomina a disputa por cargos e compromissos relativos a um programa mínimo de governo, ainda bastante genérico. Finalmente a transformação da aliança em coalizção efetivamente governante, quando emerge, com toda força, o problema da formulação da agenda. (...)

Esse é, naturalmente, um processo de negociação e conflito, no qual os partidos na coalizção se enfrentam em manobras calculadas para obter cargos e influência decisória. Tal processo se faz por uma combinação de reflexão e

⁴⁵² WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review. Trad. Adauto Villela e Geraldo de Carvalho. In: ALPINO, Antonio Carlos; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 106-107.

cálculo, deliberação e improviso, ensaio e erro da qual resulta a fisionomia do governo⁴⁵³.

Waldron especulou também acerca da validade do argumento referente à impossibilidade de os legisladores anteciparem todas as questões de direitos na proposta legislativa apresentada para deliberação no parlamento, especialmente diante da imprevisibilidade do surgimento de novos direitos após a sua criação e aplicação. Tal perspectiva autorizaria a revisão judicial, procedimento decisório legítimo previamente instituído, por meio de um controle de constitucionalidade mais fraco⁴⁵⁴, o que não significa tomar o Poder Judiciário – mais precisamente, a Corte Constitucional – como parte integrante da casa legislativa⁴⁵⁵. Tanto assim que consignou que a atuação judicial na Europa, na grande maioria das decisões, preservou substancialmente o produto da atividade legiferante.

Por outro lado, aqui faz-se uma crítica relacionada à argumentação quanto à contrariedade do método “resultado”, como suposto fator de escolha do procedimento (legislativo ou judiciário) mais adequado para a interpretação e aplicação dos direitos. Diferentemente do alegado por Waldron em relação à Suprema Corte dos EUA, a fundamentação das decisões jurisdicionais no Brasil não está desvinculada dos procedimentos normativos e da linguagem da própria legislação para obter boas respostas, ancoradas, é verdade, em controvertidas teorias de interpretação na escolha da opção mais compatível com o texto constitucional. Vale dizer, não há preocupação imediata em legitimar uma teoria da autoridade⁴⁵⁶. Isso porque, no cenário nacional, o legislador constituinte fez uma escolha legítima sobre quem dever decidir acerca da fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos, garantindo-lhe, para tanto, sofisticadas técnicas decisórias, omitindo-se, por fim, sobre eventuais flutuações quanto ao poder de decidir⁴⁵⁷.

De todo modo, a jurisdição constitucional tem necessariamente substância política, uma vez que é inevitável o confronto com os Poderes que editaram as normas declaradas

⁴⁵³ ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, 1988. p. 15-22.

⁴⁵⁴ WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review. Trad. Adauto Villela e Geraldo de Carvalho. In: ALPINO, Antonio Carlos; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 116-118.

⁴⁵⁵ Faz-se aqui menção à doutrina de Alec Stone Sweet, para quem é preciso contextualizar as decisões constitucionais como um corpo especializado de criação de leis que interagem com outros órgãos e poderes que atuam dessa forma. Cf. SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. New York: Oxford University, 2000. p. 61-68.

⁴⁵⁶ WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review. Trad. Adauto Villela e Geraldo de Carvalho. In: ALPINO, Antonio Carlos; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 130-134.

⁴⁵⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 171-190.

inconstitucionais, mas as decisões da Suprema Corte não perdem o seu caráter jurisdicional. Vale dizer, a atividade jurisdicional pressupõe que os Tribunais atuem “em uma norma penetrada daquela substância em sua expressão mais nobre”⁴⁵⁸.

A fiscalização da higidez das normas pelo Tribunal Constitucional não busca responder à maliciosa questão sobre quem tem competência para resolver desacordos morais ancorados, muitas vezes, sobre direitos constitucionais abstratos (como a dignidade da pessoa humana, igualdade etc.) – e que dissimulam, muitas vezes, a contrariedade da existência da própria jurisdição constitucional –, mas atua em plano distinto, a saber: o de verificar a efetiva violação concreta dos direitos e garantias fundamentais⁴⁵⁹.

Vale dizer, parte das críticas à atuação da Corte Constitucional repousa – incorretamente – na suposta leitura hermenêutica mais expansiva dos juízes e tribunais em razão dos instrumentos normativos ambiciosos concedidos ao Poder Judiciário⁴⁶⁰, assim como no reconhecimento de direitos não previstos expressamente no texto constitucional, instrumentalizados na conhecida desconfiança de John Hart Ely⁴⁶¹, que, por outro lado, via no controle de constitucionalidade uma forma de desbloquear as obstruções ao processo democrático⁴⁶².

O autor neozelandês procurou também recuperar abordagens da legislação na filosofia política, a fim de apresentar um modo de governança importante, solapando, para tanto, críticas à forma de deliberação e ao princípio da maioria⁴⁶³. Afasta, nessa linha de ideias, a denominada “tirania da maioria”, a partir das pressuposições delineadas acima, especialmente no que concerne à existência de preocupação no corpo social sobre os direitos da minoria “discreta e insular”⁴⁶⁴, e desde que eventual discordância não seja motivada por interesses sorrateiros. Em outras palavras, a tirania da maioria não corresponde necessariamente a qualquer episódio de desacordo moral e só merecerá atenção quando as maiorias tópicas se alinharem às maiorias

⁴⁵⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4. ed. Navarra: Aranzadi, 2006. p. 190-192.

⁴⁵⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 82-109.

⁴⁶⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 82-109.

⁴⁶¹ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 98-118.

⁴⁶² ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 139-155.

⁴⁶³ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁴⁶⁴ Expressão utilizada pelo *Justice Stones* na conhecida nota de rodapé 4 do caso *United States vs. Carolene Products Co* (1938).

decisórias em detrimento das minorias tópicas. Em alguma escala, portanto, decisões majoritárias podem eventualmente se revestir, na sua visão, de um caráter autoritário⁴⁶⁵.

Todavia, para além da ingenuidade na construção dos seus conhecidos pressupostos, Waldron parece não ter em conta o risco da predominância das teorias procedimentais sobre os valores fundamentais dos compromissos previstos nos textos constitucionais. Além disso, parece menosprezar as hipóteses legítimas de abdicação intencional da função legislativa em favor dos burocratas especializados e do Poder Judiciário, não para garantir a materialização de direitos, mas, antes, com o propósito de assegurar justamente a funcionalidade das arenas decisórias, incluindo a interpretação adequada do texto legal ou, até mesmo, a flexibilidade de dispositivos legais quando necessária a contenção de tensões e crises institucionais. É o que extrai claramente, *v.g.*, do julgamento da ADI 6.357/DF no STF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, ajuizada pelo Presidente da República, que visava ao afastamento temporário de dispositivos legais da Lei de Responsabilidade Fiscal em razão da crise sanitária da Covid-19.

Como se nota, o Poder Judiciário aceitou o convite para coordenar e regulamentar o produto da atividade parlamentar, impondo, pela primeira vez na história republicana, limites substantivos ao processo legislativo, mas não tanto pela fragmentariedade da estrutura decisória dentro dos Poderes ou pela tutela de direitos fundamentais, mas instado pela necessidade de assegurar a continuidade do próprio regime político. Não é apenas o guardião do direito nacional – aqui se pretende desenvolver um pouco mais essa figura quase mitológica⁴⁶⁶ em distinção à concepção de guardiania rejeitada por Robert Dahl⁴⁶⁷ –, mas um coordenador de interesses dos demais Poderes por imposição da própria democracia. Tal função não é estranha

⁴⁶⁵ O autor procurou fazer distinção entre maiorias ou minorias “tópicas” – grupos majoritários ou minoritários cujos direitos são atingidos pela decisão –, e maiorias ou minorias “decisórias”, correspondentes aos que votam para um ou para outro lado. Remata o autor: “Assim, conclui-se que a tirania da maioria – caso esse termo esteja sendo usado de maneira responsável – é uma característica de casos não essenciais, nos quais as pessoas se importam pouco com direitos individuais ou de minorias que não sejam os seus. Não quero negar que isso aconteça. Mas acho que é importante enfatizar a sua incompatibilidade com minha terceira pressuposição e não tentar falar simultaneamente sobre uma sociedade comprometida com direitos na qual a tirania da maioria seja, não obstante, uma possibilidade endêmica” (WALDRON, Jeremy. *A Essência da Oposição ao Judicial Review*. Trad. Adauto Villela e Geraldo de Carvalho. In: ALPINO, Antonio Carlos; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 148-149).

⁴⁶⁶ Robert Dahl traz um panorama histórico sobre as distintas formas desse instituto na doutrina: “A ideia de guardiania, em muitas roupagens diferentes, atraiu uma grande variedade de pensadores e líderes políticos em muitas partes do mundo ao longo da maior parte da história. Se Platão é responsável pelo exemplo mais conhecido, o ideal prático de Confúcio, nascido mais de um século antes de Platão, exerceu uma influência mais profunda sobre muito mais gente e persiste até hoje, firmemente enraizado nas culturas de diversos países, inclusive a China, onde compete com o marxismo e o leninismo de forma vigorosa, mas nem sempre explícita, pela consciência política” (DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 77-84).

⁴⁶⁷ DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 77-149.

ao constitucionalismo brasileiro, embora atribuída ao Senado Federal, conforme o disposto no art. 88, da Constituição de 1934, que previa:

Art. 88 – Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência.

Como se verá, à mingua de um modelo correspondente no âmbito internacional, aliado à singularidade dos dispositivos constitucionais que ampliaram o padrão decisório dos juízes e Cortes, a forma de interação institucional entre o Judiciário e os demais Poderes não poderá ser unívoca e estática, mas, por outro lado, isso não significa mudanças na titularidade da “última palavra”⁴⁶⁸ na tomada de decisões acerca da constitucionalidade das leis, nem tampouco o fim da promoção de alguma interação⁴⁶⁹, dentro das possibilidades hermenêuticas de convergência, forjando incentivos institucionais a fim de manter abertos os canais de interlocução.

Voltando ao tema deste capítulo, é preciso destacar também outras objeções ao papel contemporâneo das Supremas Cortes, em especial a dos Estados Unidos da América, a saber: (i) o minimalismo preconizado por Cass Sunstein, diante da impossibilidade de previsão dos efeitos das decisões e da (in)capacidade institucional⁴⁷⁰; e (ii) a proposta de Mark Tushnet para afastar os tribunais do exercício da revisão judicial⁴⁷¹, uma vez que enfraqueceria outros ramos

⁴⁶⁸ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

⁴⁶⁹ A pressuposição do diálogo, ancorado no constitucionalismo popular, exige uma abertura franca e horizontal entre os Poderes sobre questões políticas fundamentais, o que parece um pouco utópico, quando menos, na história republicana nacional. Cf. TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from Courts*. Princeton: Princeton University, 2000.

⁴⁷⁰ Cass Sunstein e Adrian Vermeule questionam a capacidade dos juízes para dar interpretação além do preconizado pelo formalismo: “As we shall urge, debates over legal interpretation cannot be sensibly resolved without attention to those capacities. The central question is not ‘how, in principle, should a text be interpreted?’ The question instead is ‘how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?’ If the relevant judges can reliably decide whether a literal interpretation of a statutory term is absurd, the argument for rejecting literalism is greatly strengthened; if the relevant judges are highly fallible, literalism may have some overlooked virtues. A great deal turns as well on the attentiveness of the relevant legislature; the appropriate stance toward interpretation is not the same in a system with an attentive legislative as in a system with an inattentive one. The second issue involves the dynamic effects of any particular approach – its consequences for private and public actors of various sorts” (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 101, n. 4, 2003. p. 886-887).

⁴⁷¹ Propõe, inicialmente, a aprovação de emenda constitucional para suprimir o judicial review: “The proposals by Wheeler and Bork retain an important role for the Supreme Court. In doing so they may still lead to problems associated with judicial overhang, discusses in chapter 3. And they may perpetuate the illusion that the Supreme Court can actually save us from ourselves. Why not go all the way? The Irish Constitution provides a model. As we saw in chapter 3, that constitution describes its social welfare provisions as ‘directive principles of social policy’. It then says that applying those principles ‘shall be care of the [parliament] exclusively, and shall not be cognizable by any Court. Consider, then, this proposed amendment to the United States Constitution: ‘The provisions of this Constitution shall not be cognizable by any court’” (TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from Courts*. Princeton: Princeton University, 2000. p. 174-176).

estatais, especialmente o Poder Legislativo, tornando-o deliberadamente irresponsável⁴⁷². Todavia, curiosamente, esse último não descartou posteriormente o controle judicial “fraco”, assim compreendido como a possibilidade de reversão pela casa legislativa da interpretação judicial acerca da inconstitucionalidade das leis⁴⁷³, como mecanismo possível no regime democrático.

Sunstein procura definir a atuação minimalista necessária dos juízes, vinculada sobretudo aos propósitos da democracia⁴⁷⁴. Bons magistrados, nessa linha de ideias, procuram reduzir a soma dos custos dos erros e das próprias decisões, no sentido de resolver o caso concreto sem examinar a controvérsia sobre questões fundamentais em aberto, em razão da ausência de informações suficientes⁴⁷⁵. Tal arranjo ocorre por meio de decisões menos amplas sobre questões potencialmente controvertidas, optando o intérprete judicial por decidir o caso concreto em detrimento da aplicação de teorias hermenêuticas complexas aplicáveis a um número ilimitado de casos.

E mais, adverte que, mesmo que a decisão da Corte esteja correta em questões substancialmente controversas, é possível que produza resultado adverso ao pretendido no julgamento. Isso porque poderá “ativar” forças da oposição e desmobilizar os agentes políticos favoráveis à decisão. Vale dizer, é possível que a decisão judicial produza intensos conflitos sociais, num processo de deslegitimação do próprio Poder Judiciário⁴⁷⁶. Explica, nesse panorama, que ao abrigar soluções teóricas incompletas, os juízes conseguem obter certos

⁴⁷² Ao tratar da deliberação legislativa de proposições absurdas, Mark Tushnet aduz: “Does the fact that Congress enacted these statutes, which for presente purposes we can assume to be egregiously unconstitutional, show that it cannot be trusted to interpret The Constitution responsibly? The answer is, ‘No’. The reason is that Congress enacted theses statutes knowing that the Supreme Court was available to ensure that truly unconstitutional statutes would never go into effect. I have described this as the *judicial overhang* affecting how legislatures act in systems with judicial review” (TUSHNET, Mark. Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. (Eds.). *The Least Examined Branches: The Role of Legislature in Constitutional State*. Cambridge: Cambridge University, 2006. p. 357).

⁴⁷³ “Weak-form systems of judicial review are systems of judicial review, thereby ensuring that the overall constitutional orders in which they are embedded satisfy the requirements of contemporary constitutionalism. But in weak-form systems, judicial interpretations of constitutional provisions can be revised in the relatively short term by a legislature using a decision rule not much different from the one used in the everyday legislative process” (TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University, 2009. p. 24).

⁴⁷⁴ “The final and perhaps most importante point involves the relationship between minimalism and democracy. We have seen that one of the major advantages of minimalism is that it grants a certain latitude to other branches. It allows the democratic process a great deal of room in which to adapt to coming developments, to produce mutually advantageous compromises, and to add new information and perspectives to legal issues” (SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. 2. ed. Cambridge: Harvard University, 2001. p. 52-53).

⁴⁷⁵ SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. 2. ed. Cambridge: Harvard University, 2001. p. 46-61.

⁴⁷⁶ SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 2001. p. 59.

consensos na sociedade sobre o resultado em temas específicos, permitindo que as pessoas continuem a viver em harmonia e com mútuo respeito, o que não ocorreria nas hipóteses de tentativa de mediação em casos de desacordos morais substanciais⁴⁷⁷.

Todavia, a exemplo de Waldron, que pressupõe certas condições institucionais para evitar o controle judicial das leis, Sunstein não descarta uma interpretação maximalista pelos juízes sob certas e limitadas circunstâncias, a saber: (i) quando os juízes tiverem confiança no mérito da solução; (ii) quando a solução jurisdicional puder reduzir custos para futuras decisões para as cortes e para os litigantes; e (iii) para a promoção dos direitos fundamentais e dos propósitos democráticos, como, *v.g.*, a criação de pré-condições para o seu exercício⁴⁷⁸.

Por outro lado, a interpretação minimalista descortina-se mais atraente quando: (i) os juízes estiverem lidando com questões constitucionais factuais ou moralmente incertas e sujeitas a mudanças permanentes; (ii) quando a solução aparentemente não servir (for confusa) para casos futuros; (iii) quando a necessidade de “planejamentos antecipados” não parecer necessária; e (iv) quando as pré-condições para o autogoverno democrático não estiverem em risco e as finalidades democráticas não exigirem a sua realização por decisão judicial da Corte⁴⁷⁹.

Ademais, ao lado de Vermeule, produz relevante texto sobre a temática⁴⁸⁰, procurando destacar a influência das condições institucionais alocadas na tomada das decisões judiciais⁴⁸¹. A questão central, segundo os autores, não é mais verificar a teoria de interpretação constitucional mais adequada nas deliberações, mas, antes, consignar a impossibilidade de responder a essa pergunta sem olhar para as capacidades institucionais de vários atores e os efeitos dinâmicos de abordagens concorrentes⁴⁸².

⁴⁷⁷ “Incompletely theorized agreements on particular outcomes are an important means by which diverse citizens are able to constitute themselves as a society. Such agreements permit people to live together in a productive way; They also show a form of mutual respect. This is especially so when people hold fast or insistently to their more abstract beliefs (consider theological commitments, or commitments about freedom or equality)” (SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 2001. p. 14).

⁴⁷⁸ SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 2001. p. 57-60.

⁴⁷⁹ SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 2001. p. 57-60.

⁴⁸⁰ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003.

⁴⁸¹ “Our claim here is not that the Supreme Court, or courts generally, ignore the institutional dimension, but that consideration of that dimension remains episodic and occasional, and that more general theorizing about interpretation pays too little attention to it” (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 101, n. 4, 2003. p. 887).

⁴⁸² SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 101, n. 4, 2003. p. 890.

Em outras palavras, a questão mais escorreita a ser respondida não é mais como, em princípio, um texto deve ser interpretado. Pelo contrário, a indagação mais correta repousa em saber como devem certas instituições, com suas habilidades e limitações distintas, interpretar certos textos. Isso porque se os juízes são altamente falíveis no diagnóstico da sua interpretação e aplicação da lei, então o textualismo poderá conferir algumas virtudes esquecidas para minimizar o custo dos erros⁴⁸³.

Dáí porque, segundo tal doutrina, justificar-se-ia a proposição de um novo sentido ao formalismo a ser observado pelos juízes, conforme explicitado por Vermeule⁴⁸⁴. Vale dizer, quando o texto da legislação for “claro e específico”, os magistrados deverão adotar o sentido literal, sem expandir sua compreensão por meio de outras fontes (laterais). Por outro lado, na ambiguidade ou incerteza do dispositivo legal, os juízes precisam ter uma postura de deferência ao parlamento e às agências do governo⁴⁸⁵, as quais poderão arrefecer a pressão sobre os magistrados e assegurar o mínimo de agregação do dinamismo judicial⁴⁸⁶. Isso porque, envolvidas em discussões sobre valores abstratos (v.g., democracia, justiça, direito como integridade⁴⁸⁷ etc.), as teorias hermenêuticas negligenciaram as capacidades institucionais dos juízes e os efeitos sistêmicos das decisões judiciais⁴⁸⁸, incorrendo, ao final, no que chamou de “falácia do nirvana”, que consiste, grosso modo, em comparar o melhor cenário de uma instituição (Judiciário) com o pior aspecto de outras instituições (Legislativo)⁴⁸⁹.

⁴⁸³ “The central question is not ‘how, in principle, should a text be interpreted?’ The question instead is ‘how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?’ If the relevant judges can reliably decide whether a literal interpretation of a statutory term is absurd, the argument for rejecting literalism is greatly strengthened; if the relevant judges are highly fallible, literalism may have some overlooked virtues” (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 101, n. 4, 2003. p. 886-887).

⁴⁸⁴ O autor reconhece que existem ao menos duas espécies de formalismo, bem como recusa o tipo de interpretação que procura deduzir regras legais de “essências” (*intelligible essences*), sem que se possa recorrer a considerações acerca da moralidade e da política (VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University, 2006. p. 4-5).

⁴⁸⁵ “In the version of formalism offered here, judges should (1) follow the clear and specific meaning of legal texts, where those texts have clear and specific meanings; and (2) defer to interpretations offered by legislatures and agencies, where legal texts lack clear and specific meanings” (VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University, 2006. p. 1).

⁴⁸⁶ VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University, 2006. p. 40-60.

⁴⁸⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁴⁸⁸ “Typically, interpretive issues are debated at a high level of abstraction, by asking questions about the nature of interpretation, or by making large claims about democracy, legitimacy, authority, and constitutionalism. But most of the time, large-scale claims of these kinds cannot rule out any reasonable view about interpretation” (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 101, n. 4, 2003. p. 885-887).

⁴⁸⁹ VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University, 2006. p. 17.

Com efeito, os magistrados que decidem em condições de incertezas e com restrita racionalidade deveriam recusar a interpretação dos textos legais a partir de concepções abstratas sobre o propósito da legislação, acerca da intenção dos legisladores ou dos constituintes, alicerçadas em valores públicos controvertidos ou em nome de uma igualdade generalizada⁴⁹⁰.

Curiosamente, no entanto, em recente artigo publicado na revista *The Atlantic* (31/3/2020), intitulado *Beyond Originalism* (em português: Para Além do Originalismo)⁴⁹¹, Vermeule parece não defender mais esse tipo ortodoxo de textualismo, a partir de argumentos institucionais. Pelo contrário, com a consolidação de uma maioria conservadora de magistrados na Suprema Corte dos EUA, propõe agora um constitucionalismo do bem comum (*common-good constitutionalism*), que contradiz em toda essência o próprio originalismo e o formalismo preconizado pelo renomado professor. Confirmam-se alguns trechos:

Mas o originalismo agora sobreviveu à sua utilidade e se tornou um obstáculo para o desenvolvimento de uma abordagem robusta e substancialmente conservadora do direito e da interpretação constitucional. Tal abordagem – pode-se chamar de “constitucionalismo do bem comum” – deve ser baseada nos princípios de que o governo ajuda a direcionar as pessoas, associações e a sociedade em geral para o bem comum, e que uma regra forte no interesse de alcançar o bem comum é inteiramente legítimo. Neste tempo de pandemia global, a necessidade de tal abordagem é ainda maior, pois ficou claro que uma ordem de governo justa deve ter amplo poder para lidar com crises em grande escala de saúde pública e bem-estar — leia-se “saúde” de muitas maneiras. Em muitos sentidos, não apenas literal e físico, mas também metafórico e social. (...)

Mas agora as circunstâncias mudaram. O ambiente hostil que fazia do originalismo um expediente retórico e político útil agora se foi. Fora da academia jurídica, pelo menos, o conservadorismo jurídico não é mais cercado. Se o presidente Donald Trump for reeleito, alguma versão do conservadorismo jurídico se tornará o espírito animador da lei por uma geração ou mais; e mesmo que não seja, a reconstrução do Judiciário avançou o suficiente para que o conservadorismo legal continue sendo uma força potente, não uma visão sitiada e excêntrica.

Certo disso, os conservadores devem voltar sua atenção para o desenvolvimento de alternativas novas e mais robustas tanto ao originalismo quanto ao constitucionalismo liberal de esquerda. Agora é possível imaginar um constitucionalismo moral substantivo que, embora não esteja escravizado ao significado original da Constituição, também é libertado da narrativa sacramental abrangente dos esquerdistas, a expansão implacável da autonomia individualista. Alternativamente, em uma formulação que prefiro, pode-se imaginar um legalismo iliberal que não é “conservador” de forma

⁴⁹⁰ VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University, 2006. p. 4-5.

⁴⁹¹ VERMEULE, Adrian. *Beyond Originalism*. *The Atlantic*, Boston, 31 March 2020. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/>. Acesso em: 7 jan. 2021.

alguma, na medida em que o conservadorismo padrão se contenta em jogar defensivamente dentro das regras procedimentais da ordem liberal⁴⁹².

Como se nota, as questões acerca das capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos das decisões são menosprezadas agora em nome de uma atraente teoria de interpretação constitucional, a ponto de afirmar que:

O constitucionalismo do bem comum não é positivismo jurídico, o que significa que não está vinculado a instrumentos escritos específicos do direito civil ou à vontade dos legisladores que os criaram. Em vez disso, baseia-se em uma tradição imemorial que inclui, além do direito positivo, fontes como o *ius gentium* – a lei das nações ou a “lei geral” comum a todos os sistemas jurídicos civilizados – e princípios de moralidade natural objetiva⁴⁹³.

Sunstein procurou, outrossim, traçar certas tipologias abstratas de juízes (e suas atuações jurisdicionais), o que ele chamou de “*Constitutional Personae*”: juízes heróis, juízes soldados, juízes burkeanos e juízes mudos. Os primeiros – magistrados heróis – estariam mais inclinados a rechaçar leis e atos normativos; os juízes soldados seriam aqueles mais deferentes aos poderes políticos; os juízes burkeanos, os que buscam mudanças pontuais; e os juízes mudos, aqueles que preferem, de alguma forma ou por meio de algum instrumento processual, não decidir⁴⁹⁴.

⁴⁹² Redação original: “But originalism has now outlived its utility, and has become an obstacle to the development of a robust, substantively conservative approach to constitutional law and interpretation. Such an approach—one might call it ‘common-good constitutionalism’ – should be based on the principles that government helps direct persons, associations, and society generally toward the common good, and that strong rule in the interest of attaining the common good is entirely legitimate. In this time of global pandemic, the need for such an approach is all the greater, as it has become clear that a just governing order must have ample power to cope with large-scale crises of public health and well-being – reading ‘health’ in many senses, not only literal and physical but also metaphorical and social. (...) But circumstances have now changed. The hostile environment that made originalism a useful rhetorical and political expedient is now gone. Outside the legal academy, at least, legal conservatism is no longer besieged. If President Donald Trump is reelected, some version of legal conservatism will become the law’s animating spirit for a generation or more; and even if he is not, the reconstruction of the judiciary has proceeded far enough that legal conservatism will remain a potent force, not a beleaguered and eccentric view. Assured of this, conservatives ought to turn their attention to developing new and more robust alternatives to both originalism and left-liberal constitutionalism. It is now possible to imagine a substantive moral constitutionalism that, although not enslaved to the original meaning of the Constitution, is also liberated from the left-liberals’ overarching sacramental narrative, the relentless expansion of individualistic autonomy. Alternatively, in a formulation I prefer, one can imagine an illiberal legalism that is not ‘conservative’ at all, insofar as standard conservatism is content to play defensively within the procedural rules of the liberal order” (VERMEULE, Adrian. *Beyond Originalism*. *The Atlantic*, Boston, 31 March 2020. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/>. Acesso em: 7 jan. 2021).

⁴⁹³ Redação original: “Common-good constitutionalism is not legal positivism, meaning that it is not tethered to particular written instruments of civil law or the will of the legislators who created them. Instead it draws upon an immemorial tradition that includes, in addition to positive law, sources such as the *ius gentium* – the law of nations or the “general law” common to all civilized legal systems – and principles of objective natural morality, including legal morality in the sense used by the American legal theorist Lon Fuller: the inner logic that the activity of law should follow in order to function well as law” (VERMEULE, Adrian. *Beyond Originalism*. *The Atlantic*, Boston, 31 March 2020. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/>. Acesso em: 7 jan. 2021).

⁴⁹⁴ “Debates over constitutional law familiarly explore competing theories of interpretation. Should judges follow the original understanding of the Constitution, or attempt to reinforce democratic processes, or offer moral readings?”

De todo modo, o autor faz ressalva expressa no sentido de que, a depender da teoria interpretativa do magistrado, ele poderá ter mais de uma postura, segundo a demanda da ocasião. Sim, porque ao longo de uma carreira ou mesmo num curto período, juízes do mundo real poderão adotar cada uma das qualificações, seja porque sua teoria preferida de interpretação exige tal mudança, seja por motivos estratégicos ou outras razões⁴⁹⁵.

Segundo a citada classificação, a postura do juiz herói é a mais familiar, porque os magistrados “estão inteiramente dispostos a invocar um entendimento ambicioso da Constituição para invalidar as decisões do governo federal e do governo dos estados”⁴⁹⁶. Apesar das variáveis existentes em tal postura (distintos graus de atuação), o ponto comum repousa no fato de eles acreditarem numa interpretação potencialmente transformadora, em nome da Constituição, pelo Poder Judiciário. Todos os referidos juízes podem ser considerados “ativistas” no sentido de que estão dispostos a usar a Constituição para anular atos do Congresso e das legislaturas estaduais. Bem por isso, o que qualifica a natureza “heroica” do juiz não é tanto o conteúdo das sentenças ou acórdãos, mas o reconhecimento de que a sua interpretação e a aplicação ambiciosa de teorias díspares de interpretação constitucional autorizam a fiscalização das leis⁴⁹⁷.

Na visão de Sunstein, *Brown v. Board of Education* é a icônica decisão heroica, e seu mentor, o Justice Earl Warren, é o herói clássico⁴⁹⁸. Ademais, não deixa de criticar a visão acadêmica inclinada a celebrar tais figuras e a argumentar por mais heroísmo. Nesse sentido, a

The differences among competing theories are of course fundamental. But if we investigate the arc of constitutional history, we will discover another set of differences. They involve disparate Constitutional Personae – judicial roles and self-presentations that sharply separate judges (as well as academic commentators). The leading Personae are Heroes, Soldiers, Burkeans, and Mutes. Broadly speaking, Heroes are willing to invoke the Constitution to invalidate state and federal legislation; Soldiers defer to the actions of the political branches; Burkeans favor only incremental change; and Mutes prefer not to decide difficult questions” (SUNSTEIN, Cass R. Constitutional Personae. *The Supreme Court Review*, Chicago, v. 2013, n. 1, p. 433-460, Jan. 2014. p. 433).

⁴⁹⁵ SUNSTEIN, Cass R. Constitutional Personae. *The Supreme Court Review*, Chicago, v. 2013, n. 1, p. 433-460, Jan. 2014.

⁴⁹⁶ “[T]hey are entirely willing to invoke an ambitious understanding of the Constitution to invalidate the decisions of the federal government and the states” (SUNSTEIN, Cass R. Constitutional Personae. *The Supreme Court Review*, Chicago, v. 2013, n. 1, Jan. 2014. p. 436).

⁴⁹⁷ “To sharpen the category, I will generally understand Heroes to have a high degree of theoretical ambition, with na acknowledgement that their ambition may stem from disparate theories of constitutional interpretation. Both originalists and nonoriginalists can be Heroes; we could imagine Second Amendment Heroes, or Equal Protection Heroes, who draw either on their preferred account of the original understanding or on a moral reading of both provisions” (SUNSTEIN, Cass R. Constitutional Personae. *The Supreme Court Review*, Chicago, v. 2013, n. 1, Jan. 2014. p. 436).

⁴⁹⁸ SUNSTEIN, Cass R. Constitutional Personae. *The Supreme Court Review*, Chicago, v. 2013, n. 1, p. 433-460, Jan. 2014.

figura do juiz Hércules, e seus julgamentos morais, elaborada por Ronald Dworkin⁴⁹⁹, é a forma mais elaborada do magistrado herói.

Por outro lado, o seu antípoda natural são os juízes soldados. A característica principal do soldado judicial é o respeito e a deferência de submeter-se à vontade das decisões de outros Poderes, além da obediência incondicional ao texto legal⁵⁰⁰. A ilustração de um típico juiz soldado, para o renomado professor, foi Oliver Wendell Holmes, como denota a sua famosa sugestão: “Se meus concidadãos quiserem ir para o inferno, eu os ajudarei. É o meu trabalho”⁵⁰¹. Sem prejuízo, ao falar dos intérpretes originalistas, Sunstein ressalva a possibilidade de existir também uma mistura do herói com o soldado, especialmente quando o magistrado acredita na possibilidade de invalidar uma lei para que se mantenha o sentido original da constituição (juízes de primeira ordem e juízes de segunda ordem)⁵⁰².

A terceira espécie são os juízes burkeanos⁵⁰³, que preferem decisões mais restritas, focadas nos fatos subjacentes de casos particulares. Nesse contexto, embora não fiquem limitados às decisões majoritárias, pressupõem que é melhor para os juízes exercerem sua atividade de forma cautelosa, a fim de incrementá-las em pequenos passos. Vale dizer, tais juízes não buscam o rompimento da ordem jurídica, nem tampouco almejam mantê-la a qualquer custo. Pelo contrário, externam a viabilidade de mudança por meio da fiscalização e controle das leis, sem recorrer a teorias constitucionais abrangentes com respostas complexas, e desde que realizada de forma pontual e conservadora⁵⁰⁴.

Por fim, ao contrário dos burkeanos afetos a decisões estreitas e pouco ambiciosas, juízes mudos optam simplesmente por não decidir. É truismo afirmar que nenhum magistrado pode ser um mudo consistente ou frequente, porque, especialmente no ordenamento jurídico brasileiro, nega-se tal faculdade ao Poder Judiciário. Tal classificação não difere muito das

⁴⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 286-317.

⁵⁰⁰ SUNSTEIN, Cass R. Constitutional Personae. *The Supreme Court Review*, Chicago, v. 2013, n. 1, p. 433-460, Jan. 2014. p. 440-443.

⁵⁰¹ Letter from Oliver Wendell Holmes, Jr., to Harold J. Laski (March 4, 1920). Cf. SUNSTEIN, Cass R. Constitutional Personae. *The Supreme Court Review*, Chicago, v. 2013, n. 1, Jan. 2014. p. 440.

⁵⁰² SUNSTEIN, Cass R. Constitutional Personae. *The Supreme Court Review*, Chicago, v. 2013, n. 1, Jan. 2014. p. 433-460.

⁵⁰³ Argumenta, nesse sentido, que: “Edmund Burke is known of course as one of history’s great conservatives, and to qualify as such, all Burkeans are conservative in the sense that they seek to build incrementally on the past. But some Burkeans (as I am understanding them) build incrementally in a liberal direction, whereas others build incrementally to the right” (SUNSTEIN, Cass R. Constitutional Personae. *The Supreme Court Review*, Chicago, v. 2013, n. 1, p. 433-460, Jan. 2014. p. 455).

⁵⁰⁴ SUNSTEIN, Cass R. Constitutional Personae. *The Supreme Court Review*, Chicago, v. 2013, n. 1, p. 433-460, Jan. 2014. p. 443-445.

virtudes passivas e do silêncio defendidos por Alexander Bickel, conforme explicitado anteriormente, como uma estratégica e prudencial importância para a solução dos conflitos⁵⁰⁵.

Diante dessa disputa imaginária, Sunstein ressalva, conforme já explicitado, que muitos juízes adotam um perfil de acordo com a situação em conflito (razões estratégicas), por meio da sua própria teoria de interpretação constitucional. De todo modo, afigura-se o minimalismo como a melhor opção, dentro das condições já mencionadas, compreendido aqui como a disposição judicial de examinar apenas o necessário para justificar a decisão no caso concreto e deixar o máximo possível não decidido, a fim de viabilizar novos debates e favorecer a democracia deliberativa⁵⁰⁶.

Cabem aqui algumas considerações. Os acordos teóricos incompletos não viabilizam necessariamente a vida coletiva, nem tampouco retratam um compromisso para que cada cidadão mostre aos demais respeito e reciprocidade mútuos, sendo possível especular que a delegação legislativa ao Poder Judiciário busca justamente antepor-se aos conflitos de uma sociedade polarizada⁵⁰⁷. Tanto assim que Sunstein, como visto, admite as necessárias transformações sociais por decisões maximalistas quando a solução jurisdicional puder reduzir custos de futuras decisões para as cortes e para os litigantes⁵⁰⁸. Rememore-se, ainda, que o autor é um defensor contumaz dos direitos sociais e da liberdade de expressão⁵⁰⁹.

Nessa esteira, Robert C. Post e Reva B. Siegel, ao indicarem o constitucionalismo democrático – que pretende conjugar a autoridade da constituição na aplicação das decisões com a chamada sensibilidade democrática para que os cidadãos tenham a chance de persuadir uns aos outros a adotar entendimentos constitucionais alternativos – criticam o minimalismo por focar a atenção somente nos intérpretes judiciais, e não nos outros atores políticos, aconselhando-os contrariamente a qualquer mudança de orientação⁵¹⁰. O constitucionalismo

⁵⁰⁵ SUNSTEIN, Cass R. *Constitutional Personae*. *The Supreme Court Review*, Chicago, v. 2013, n. 1, p. 433-460, Jan. 2014. p. 445-446.

⁵⁰⁶ SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. 2. ed. Cambridge: Harvard University, 2001. p. 57-60.

⁵⁰⁷ Fabricio Castagna Lunardi, ao citar doutrina de Keith Whittington, assenta: “Nesse tocante, imperioso observar que há algumas questões com as quais os políticos não podem lidar facilmente. Os eleitores dos parlamentares individuais podem estar fortemente divididos sobre determinado assunto, ou ser hostis a uma política que o parlamento gostaria de adotar (...) Nesses casos, as autoridades eleitas do Executivo e do Legislativo preferem procurar o Judiciário para resolver a questão política, mesmo que a decisão judicial possa ser incerta ou desfavorável, pois pretendem evitar as consequências políticas e eleitorais negativas que uma deliberação sobre a questão lhes acarretaria” (LUNARDI, Fabricio Castagna. *O STF na política e a política no STF*. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 35-36).

⁵⁰⁸ SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. 2. ed. Cambridge: Harvard University, 2001. p. 57-60.

⁵⁰⁹ SUNSTEIN, Cass R. *Why Societies Need Dissent*. Cambridge: Harvard University, 2003.

⁵¹⁰ POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. *Democratic Constitutionalism: The Constitution in 2020*. New York: Oxford University, 2009. p. 25-34.

democrático se recusa a aceitar o conflito excludente entre o exercício da jurisdição e o da política democrática. Ao contrário, a judicialização de uma determinada questão e a sua solução pelo Poder Judiciário apenas altera a natureza da política democrática, de sorte que juízes e cortes podem e devem atuar para dar um significado constitucional substantivo à constituição⁵¹¹. A reação negativa faz parte do debate democrático. E, arrematam, se os juízes e cidadãos tivessem seguido os desígnios minimalistas, não existiriam decisões como *Brown v. Board of Education* ou *Frontiero v. Richardson*.

Por sua vez, Mark Tushnet foi um dos precursores na divulgação do “constitucionalismo popular”, ancorado na premissa de que a interpretação judicial do texto constitucional é relevante, mas não é a única possível ou correta. Retira-se a exclusividade das cortes, compartilhando-se a tarefa de interpretar a Constituição com outros departamentos estatais⁵¹². Nessa linha de ideias, após exame das decisões proferidas pelo Congresso e Poder Executivo dos EUA em questões sensíveis (v.g., *impeachment*, poderes de guerra etc.), o renomado professor consignou a necessidade de não romantizar a interpretação conferida pelos juízes e de ser realista em relação aos demais Poderes. Acrescenta, em seguida, que a *performance* de legisladores e do chefe do Poder executivo na interpretação constitucional não é muito diferente da realizada por juízes e Cortes⁵¹³.

Além disso, segundo o renomado autor, os legisladores não teriam incentivos suficientes para aprovar uma boa legislação caso tivessem a percepção que existirá alguém sempre para corrigi-los e salvá-los. Daí emerge o que chama de descumprimento antecipado, em que especula que pode ser mais atrativo aos parlamentares aprovar deliberadamente uma lei popular, conquanto eivada de inconstitucionalidade, e culpar posteriormente o Poder Judiciário pela impossibilidade de vigência do ato normativo para, num segundo momento, aprovar nova legislação ancorada nos fundamentos da decisão do Tribunal.⁵¹⁴

⁵¹¹ POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. *Democratic Constitutionalism: The Constitution in 2020*. New York: Oxford University, 2009. p. 25-34.

⁵¹² “Populist constitutional law does not determine the outcomes of political controversies or dictate much about public policy. Instead, it orients us as we think about and discuss where our country ought to go. Some think that the Supreme Court’s elaboration of constitutional law has given us a rich vocabulary of practical political philosophy. It has not (...) The populist constitutionalist believes that the public generally should participate in shaping constitutional law more directly and openly. The Declaration of Independence and the Preamble to the Constitution give all of us that opportunity. As Lincoln said, the Constitution belongs to the people. Perhaps it is time for us to reclaim it from the courts” (TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from Courts*. Princeton: Princeton University, 2000. p. 194).

⁵¹³ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from Courts*. Princeton: Princeton University, 2000. p. 135-176.

⁵¹⁴ TUSHNET, Mark. Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. (Eds.). *The Least Examined Branched: The Role of Legislature in Constitutional State*. Cambridge: Cambridge University, 2006. p. 357

Em perspectiva ligeiramente oposta, malgrado não enxergue o Poder Judiciário como uma terceira câmara legislativa, Robert Dahl afirmava que compete ao Tribunal legitimar as políticas públicas adotadas pela maioria legisladora corrente, além de proferir decisões sobre temas controversos que, embora não possuíssem o apoio de uma coalizão política, contassem com algum consenso entre os líderes políticos, fazendo menção expressa ao citado caso *Brown v. Board of Education*, 347 U.S 483 (1954), que, como se sabe, solapou as políticas de segregação racial nas escolas públicas. Nesse sentido:

Assim, o papel da Corte como uma instituição que faz política não é simples; e é um erro supor que as suas funções possam ser descritas ou apreciadas com recurso a simples conceitos tirados da teoria democrática ou moral. É possível, apesar disso, extrair umas poucas conclusões gerais sobre o papel da Corte como uma instituição que faz política. (...)

Como um elemento na liderança política da aliança dominante, a Corte naturalmente sustenta as políticas maiores da aliança. Por si própria, a Corte é quase impotente para afetar o curso da política nacional. (...)

A Suprema Corte não é, contudo, simples agente da aliança. É uma parte essencial da liderança política e possui algumas bases do seu próprio poder, a mais importante das quais é a legitimidade única atribuída às suas interpretações da Constituição. A Corte compromete essa legitimidade se ela flagrantemente se opõe às políticas maiores da aliança dominante; esse curso de ação, como nós temos visto, é um em que a Corte normalmente não tenta se empenhar.

Segue que, dentro dos limites estreitos postos pelos objetivos básicos da aliança política dominante, a Corte pode fazer política nacional. Sua discricionariedade, então, não é diferente da de um poderoso Presidente de comissão do Congresso que não pode, falando genericamente, nulificar políticas básicas substancialmente acordadas pelas demais lideranças, mas que pode muitas vezes, dentro de limites, determinar importantes questões de tempo, de efetividade e de política secundária. Então, a Corte é menos efetiva contra uma maioria legisladora corrente – e evidentemente menos inclinada a agir⁵¹⁵.

Nesse contexto, para além de recusar a doutrina das questões políticas, o ex-magistrado Aharon Barak explicita que todo conflito é normativamente judicializável porque não há vácuo legal. Isso porque não há atualmente nenhum campo ou ato humano infenso à regulamentação legislativa. Todas as ações estariam abstratamente previstas na lei, e, daí, podem ser escrutinadas pelos juízes e Cortes. A questão não repousa, em sua visão, em saber se é possível a resolução dos conflitos por juízes e cortes (a resposta sempre será positiva). Mas, antes, indaga-se se é desejável a solução de acordo com o critério legal da Corte⁵¹⁶. Relembre-se,

⁵¹⁵ DAHL, Robert A. Tomada de decisão na democracia: a Suprema Corte como instituição nacional de tomada de decisão política. Trad. José Levi Mello do Amaral Júnior. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Orgs.). *Jurisdição Constitucional* (Série IDP: Linha Constitucionalismo Brasileiro). São Paulo: Saraiva, 2020. p. 463-483.

⁵¹⁶ BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. United Kingdom: Princeton University, 2008. p. 178-189.

contudo, que o autor condiciona a revisão judicial a três pressupostos: (i) atuação imparcial e objetiva dos juízes; (ii) decisões judiciais com algum consenso social; e (iii) confiança do público no Poder Judiciário⁵¹⁷.

Na visão do ex-Presidente da Suprema Corte de Israel, o papel do juiz é preencher a lacuna existente entre a lei e a sociedade. Daí porque se mostrou a favor de flexibilizar as regras de competências alusivas aos legitimados para fomentar uma decisão judicial, incluindo aqueles que não foram prejudicados em seus direitos (“*petitioner with no injury*”). Sustenta, ainda, que juízes com concepções mais restritas nessas condições – judicialização apenas com pessoas detentoras de direitos – tendem a valorizar mais essas exigências procedimentais, enquanto juízes que consideram que sua função requer um papel mais ativo em um sistema democrático tenderão a flexibilizar essas regras⁵¹⁸.

Trazendo o debate para o cenário nacional, não é lícito supor que o controle e a revisão judicial, expressamente outorgados ao Poder Judiciário, tenham enfraquecido o controle das limitações constitucionais em outros ramos. Pelo contrário, a delegação legislativa para a expansão da atuação judicial é reversível, tanto no plano jurídico como no espectro político, o que não significa que seria conveniente ao interesse público fazê-lo diante dos possíveis efeitos colaterais. Isso porque, para além das emendas constitucionais superadoras da jurisprudência⁵¹⁹, os legisladores possuem múltiplos instrumentos normativos ou exógenos para conter uma proatividade dos juízes e Cortes, como, *v. g.*, a alteração do número dos membros dos Tribunais, a modificação das suas competências, a rejeição do magistrado indicado para integrar a Suprema Corte e, no limite, o *impeachment* dos juízes como retaliação ou para alinhamento às preferências políticas das majorias e a própria desobediência civil às decisões judiciais.

Com efeito, o enredo político nacional, ao menos no período republicano, denota a implementação e a execução de parcela das citadas medidas, tanto no desenho institucional dos regimes autoritários como nos escassos períodos democráticos⁵²⁰. De todo modo, as investidas contra os juízes, e em especial contra o STF, como visto, não visaram historicamente ao

⁵¹⁷ BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. United Kingdom: Princeton University, 2008. p. 102-112.

⁵¹⁸ BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. United Kingdom: Princeton University, 2008. p. 190-196.

⁵¹⁹ Observadas as limitações previstas no texto constitucional sobre a atividade legiferante (art. 60 da CF/1988). Nesse sentido, Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, nos artigos federalistas, publicados sob o codinome *Publius*, assentaram: “Ao qualificar uma Constituição como limitada, quero dizer que ela contém certas restrições específicas à autoridade legislativa, tais como, por exemplo, não aprovar projetos de confisco, leis *ex post facto* e outras similares. Limitações dessa natureza somente poderão ser preservadas na prática através das cortes de justiça, que têm o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da constituição” (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: pensamento político*. 3. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, Russel, 2010. n. 78, p. 478-479).

⁵²⁰ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

reequilíbrio de força em relação aos outros departamentos estatais, nem tampouco (ao menos diretamente) à reorientação da jurisprudência segundo os desígnios da corrente política majoritária. Pelo contrário, os ataques contra os juízes não tinham outro propósito senão retaliar decisões judiciais contrárias ao espírito dos agentes políticos, especialmente no campo penal, fulminando, desse modo, o superestimado controle de atos estatais.

Curiosamente, ainda, a atuação dos juízes nesses últimos anos, especialmente dos ministros do STF, têm atraído não apenas críticas, reflexões e pesquisas empíricas, mas ataques financiados por grupos insatisfeitos com o processo democrático, como se verificou no lançamento de fogos de artifícios contra o prédio do Supremo⁵²¹. Logo, ao que tudo indica, não é o Poder Legislativo que está sitiado num contexto político de beligerância, especialmente porque a casa legislativa, diante dos seus predicados e competências, aparentemente responde melhor aos virulentos ataques.

Portanto, as conjecturas e ilações de Mark Tushnet acerca do enfraquecimento do Poder Legislativo, de caráter especulativo, embora apresentem fundadas razões sobre a desconfiança filosófica acerca do desacerto do processo deliberativo da interpretação constitucional pela Suprema Corte dos EUA, não encontram parâmetros empíricos mínimos no cenário político nacional. Além disso, a tese ignora, em grande medida, que juízes e a Corte Constitucional, no campo da jurisdição constitucional, submetem-se também às limitações processuais intrínsecas aos procedimentos e, às vezes, a controles administrativos por órgãos internos à magistratura.

Não se quer afirmar, com isso, que juízes e Ministros não possam ter ultrapassado a fronteira do juízo normativo de conveniência no exercício da jurisdição constitucional no Brasil, nem tampouco que, em certas ocasiões, tenham agido para interferir em prerrogativas e atribuições institucionais dos outros Poderes, causando, em alguns casos, graves tensões e animosidades com outros agentes políticos. São os casos, por exemplo, (i) do descumprimento da liminar monocrática concedida pelo Ministro Marco Aurélio, a fim de afastar o Senador Renan Calheiros do cargo de Presidente do Senado Federal (ADPF 402), que, ao final, acabou sendo revertida em julgamento do Plenário do STF⁵²²; (ii) ou da controversa prisão em flagrante

⁵²¹ De acordo com o site de notícias UOL, no dia 14/6/2020: “Pouco antes do fechamento da Esplanada dos Ministérios para veículos e pedestres a partir da 0h deste domingo, cerca de 20 manifestantes bolsonaristas autodenominados ‘300 do Brasil’ simularam com fogos de artifício um ataque ao Supremo Tribunal Federal (STF). Os fogos foram disparados às 21h30 na direção do edifício principal do STF, na Praça dos Três Poderes, enquanto os manifestantes xingavam ministros da Suprema Corte”. Cf. RODRIGUES, Eduardo. Com fogos de artifício, militantes bolsonaristas simulam ataque ao STF. *Uol*, São Paulo, 14 jun. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020/06/14/com-fogos-de-artificio-militantes-bolsonaristas-simulam-ataque-ao-stf.htm>. Acesso em: 25 jan. 2021.

⁵²² Entendeu a Suprema Corte que o fato de os substitutos eventuais do Presidente da República ficarem impossibilitados de exercer, em caráter interino, a Chefia do Poder Executivo da União, caso ostentem a posição de réus criminais, condição que assumem somente após o recebimento da denúncia ou da queixa-crime (CF, art.

do Deputado Daniel Silveira, no âmbito de um Inquérito não menos polêmico (Inquérito 4781)⁵²³, seguida da ratificação pela Câmara dos Deputados.

Mas isso não implica na supremacia judicial, compreendida, de acordo com a literatura especializada, como a prerrogativa de ter a última palavra em termos de interpretação constitucional⁵²⁴. O ponto é que esse período de acomodação – menos de 35 anos da vigência do desenho institucional – não é capaz de definir um monopólio judicial ou a vulnerabilidade do Poder Legislativo. O dinamismo da própria jurisdição impede também qualquer conclusão de uma agenda solipsista da jurisdição constitucional, seja pela ausência de *standards* e de cotejos mínimos da atuação do Poder Judiciário ao longo da história republicana, seja pela presença constante de elementos exógenos que pressionam o exercício da autocontenção judicial. Veja-se, por exemplo, a jurisprudência defensiva do STF⁵²⁵ verificada logo após os anos subsequentes à vigência da CF/1988, das quais se destaca, neste momento, a então pouca efetividade ao instrumento do Mandado de Injunção⁵²⁶ e o *decisum* proferido na ADI 223-6/DF, na qual se discutia a constitucionalidade da Medida Provisória 173/1990, proibindo a concessão

86, § 1º, I), não é fator impeditivo de desempenhar a Chefia que titularizam no órgão de Poder que dirigem, razão pela qual não se legitima qualquer decisão que importe em afastamento imediato de tal posição funcional em seu órgão de origem.

⁵²³ O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 572 para declarar a legalidade e a constitucionalidade do Inquérito (INQ) 4781, instaurado com o objetivo de investigar a existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas e ameaças contra a Corte, seus ministros e familiares.

⁵²⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

⁵²⁵ Diego Werneck Arguelhes sublinha, com razão, que outros fatores que não o desenho institucional serviram de estímulo para a crescente atuação da Suprema Corte no processo decisório político nacional, mas que os integrantes do STF, no início pós-1988, restringiram, de forma substancial, a abertura imaginada e positivada pelos constituintes no que concerne a propositura das ADIs: “Ao ler o artigo 103, o STF criou uma distinção que não havia sido feita pelos constituintes. Distinguiu legitimados ‘universais’ (que poderiam propor ADI sobre qualquer tema) e legitimados ‘especiais’ (que só poderiam propor ADI sobre temas ligados à sua esfera de atuação), entre os quais foram incluídas as ‘confederações sindicais’ e ‘entidades de classe de âmbito nacional’ previstas no inciso IX do artigo 103 da Constituição. (...) Além disso, o STF construiu uma série de requisitos para que uma associação que se apresente como ‘entidade de classe de âmbito nacional’ possa invocar para si a legitimação ativa prevista no art. 103, IX: primeiro, todos os filiados à entidade precisam exercer a mesma atividade econômica ou profissional; segundo, não podem propor ADI as entidades cujos membros sejam pessoas jurídicas (as chamadas ‘associações de associações’); por fim, a entidade deve possuir membros em, no mínimo, nove Estados” (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, 2020. p. 79-113).

⁵²⁶ O mandado de injunção (art. 5º, LXXI da Constituição de 1988) foi instituído na atual Carta de Direitos como um instrumento de combate ao problema das omissões constitucionais. Todavia, nos primeiros quinze anos de vigência do Texto Constitucional de 1988, tal remédio absolutamente formal deixou irradiar os efeitos para o qual foi destinado. Isso porque o STF assentou inicialmente que os efeitos da decisão proferida se restringiam à declaração de mora da autoridade competente para editar a norma regulamentadora em falta, uma vez que o Judiciário não deveria ser encarado como substituto do legislador ou do administrador. Todavia, a partir do julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708, 712, o STF revolucionou o seu entendimento, para concretizar, naqueles casos, o direito de greve dos servidores públicos com aplicação analógica da Lei Geral de Greve (Lei 7.783/1989). Assim, pela primeira vez, o STF assegurou o direito subjetivo não regulamentado pela Casa Legislativa.

de liminares em quaisquer mandados de segurança e procedimentos cautelares que envolviam o Plano Collor⁵²⁷.

Por outro lado, admite-se que os juízes e o STF não deixaram de prolar, nesse período embrionário da década de 1990, decisões judiciais de grande repercussão, talvez como balão de ensaio para a consolidação das suas novas atribuições constitucionais em relação aos demais poderes, ratificadas posteriormente por incentivos e salvaguardas legislativas, tais como o instituto da repercussão geral, trazido a lume pela Emenda Constitucional 45/2004. É o que extrai, *v.g.*, da ADI 939/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, em que a Suprema Corte assentou, pela primeira vez, a sua competência para declarar inconstitucional dispositivos insertos em emenda constitucional regularmente aprovada pelo Congresso Nacional⁵²⁸.

É possível especular que questões estratégicas, institucionais ou pessoais dos magistrados tenham levado o STF a postergar a implementação de garantias e institutos previstos no Texto Constitucional de 1988, sobretudo por receio da canalização dos conflitos políticos e da explosão da litigiosidade constitucional, mas, no fundo, as questões de preferências judiciais, de difícil comprovação empírica, não são os únicos fatores da judicialização de todos os campos da atividade humana. Outros vetores são igualmente importantes e, no caso brasileiro, estão ligados ao desenho institucional e ao texto ambicioso de direitos fundamentais, além dos estímulos legislativos estratégicos e da superposição de funções atribuídas à Corte Constitucional pátria⁵²⁹.

Note-se, ainda, que o legislador reformador ampliou a competência da jurisdição constitucional, por meio da aprovação da Emenda Constitucional 3/1993 e a Lei 9.882/1999, que, dentre outras medidas, respectivamente, criaram a ação direta de constitucionalidade e regulamentaram a ADPF para viabilizar o controle de outras espécies de outros atos normativos, além de conferirem efeito vinculante às decisões do STF que declarassem a constitucionalidade de leis ou atos normativos.

Como se vê, novos métodos e instrumentos de gestão de interesses públicos têm sido acompanhados e reforçados por um inequívoco apoio ao constitucionalismo e à jurisdição

⁵²⁷ O STF assentou ser constitucional o ato normativo, ao menos em tese, ficando assegurado no caso concreto a possibilidade de reanálise para averiguar eventual inconstitucionalidade e violação da cláusula da separação dos poderes. Evidentemente que a conduta do Tribunal foi de certa deferência a um ato do governo, sem renunciar, contudo, a novo exame em situações concretas, por meio do controle difuso de constitucionalidade.

⁵²⁸ No caso, por maioria de votos, o Tribunal julgou procedente, em parte, a ADI, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “o art. 150, III, B e VI”, contida no parágrafo 2º, do art. 2º, da Emenda Constitucional 03/1993, que excluía a aplicação da regra da anterioridade tributária (art. 150, III, a) ao imposto provisório sobre movimentação financeira (IPMF).

⁵²⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

constitucional⁵³⁰. E, no Brasil, destacam-se a abdicação legislativa e a intencional judicialização das questões políticas, aqui compreendidas como a transferência da arena decisória para o Poder Judiciário⁵³¹, na medida em que os partidos políticos passaram a assumir certo protagonismo no ajuizamento das ações de controle abstrato de constitucionalidade. Com efeito, segundo dados empíricos colhidos a partir de 2000, dentre os maiores demandantes nas Ações de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) na Suprema Corte, quatro são partidos políticos: Rede Sustentabilidade (REDE), Partido Socialista Brasileiro (PSB), Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Socialismo e Liberdade (PSOL)⁵³². Pretende-se desenvolver melhor essa ideia adiante, especialmente com dados empíricos e julgamentos importantes da Suprema Corte.

É evidente também que, no Brasil, já foram experimentados erros judiciais pela Suprema Corte, talvez não na mesma gravidade que o famoso caso *Dred Scott*⁵³³, mas suficientes para questionar o exercício da jurisdição constitucional, especialmente em matéria eleitoral sob pretexto de tutelar “minorias partidárias”, com destaque para os casos da derrubada da denominada cláusula de barreira⁵³⁴ e da instituição judicial de nova hipótese de perda do mandato parlamentar, em razão de infidelidade partidária. No primeiro caso (ADIs 1351 e 1354), por decisão unânime, ao fazer uma interpretação expansiva sobre o princípio constitucional do pluralismo e do direito subjetivo de existência dos grupos partidários minoritários, o STF solapou a tentativa legislativa de conferir alguma racionalidade ao sistema representativo⁵³⁵. Na última hipótese (MSs 26602, 26603 e 26604), a Corte assentou que a

⁵³⁰ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2007. p. 1.

⁵³¹ Não se ignora outra compreensão dado ao fenômeno, correspondente à utilização de ferramentas e instrumentos típicos da jurisdição. No já citado estudo de Tate, publicado em 1995, a “judicialização da política” foi definida como um processo duplo: de um lado, o processo pelo qual tribunais criam ou participam cada vez mais da elaboração de políticas públicas que, anteriormente, eram elaboradas (ou deveriam ser elaboradas, segundo a concepção dominante) por outras instituições do governo; de outro, (b) o processo pelo qual fóruns decisórios não-judiciais passam a ser dominados por regras e procedimentos quase-judiciais. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University, 1995. p. 28-37.

⁵³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 02 jul. 2021.

⁵³³ *Dred Scott v. Sandford*, 60 US 19 How. 393 393 (1856).

⁵³⁴ O dispositivo impugnado criava condições mínimas para o funcionamento parlamentar dos partidos políticos. Confira-se, a propósito, a redação do art. 13 da Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995: “Art. 13 – Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados, obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com o mínimo de dois por cento do total de cada um deles”.

⁵³⁵ Segundo assentou o relator, Ministro Marco Aurélio: “No Estado Democrático de Direito, a nenhuma maioria, organizada em torno de qualquer ideário ou finalidade – por mais louvável que se mostre –, é dado tirar ou restringir os direitos e liberdades fundamentais dos grupos minoritários dentre os quais estão a liberdade de se expressar, de se organizar, de denunciar, de discordar e de se fazer representar nas decisões que influem nos destinos da

permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí porque a fidelidade do parlamentar deveria perdurar após a posse no cargo eletivo, sob pena extinção do mandato, “ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral”⁵³⁶.

O caso “Mira Estrela”, município paulista então com aproximadamente 2.600 habitantes, também entrou no radar das críticas contra a atuação judicial do STF, por envolver a fixação aleatória de número de vereadores, em pretensa harmonia com a antiga redação do art. 29, IV, da CF/88, que exigia que o número fosse proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. A Corte declarou inconstitucional, pela via incidental, o parágrafo único do artigo 6º da Lei Orgânica 226, de 31 de março de 1990, do Município de Mira Estrela/SP, e determinou à Câmara de Vereadores que, após o trânsito em julgado, adotasse as medidas cabíveis para adequar a sua composição aos parâmetros ora fixados, respeitados os mandatos dos atuais vereadores. Assentou o relator, Maurício Corrêa, na ementa do julgamento⁵³⁷:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, *INCIDENTER TANTUM*, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL.

2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade.

3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia.

4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população

sociedade como um todo, enfim, de participar plenamente da vida pública, inclusive fiscalizando os atos determinados pela maioria”.

⁵³⁶ Foi consignado expressamente na ementa do acórdão do MS 26.603/DF.

⁵³⁷ RE 197.917/SP.

configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente.

5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37).

6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º).

7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes.

8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade.

O cenário é agravado com a edição de resoluções normativas pelo Tribunal Superior Eleitoral⁵³⁸ após a decisão do STF, para abrigar os referidos critérios já nas eleições de 2004. Todavia, de forma legítima, a reação do Legislativo não tardou a acontecer, consubstanciada na aprovação da EC 58/2009, que estabeleceu novo sistema de composição do número de vereadores nos municípios.

De todo modo, os desacertos pontuais não podem servir de escudo para o sorrateiro discurso contrário à existência de uma jurisdição constitucional, mormente quando juízes e cortes a exercem de forma responsiva e consciente das suas limitações normativas. Não se trata, insista-se, e como se pretende demonstrar, de uma intransigente panfletagem laudatória.

Em fenômeno semelhante ocorrido em Portugal, Jorge Reis Novais reafirma que a função do Tribunal Constitucional na fiscalização de constitucionalidade obriga-o a “meter-se na política”⁵³⁹, uma vez que a lei é a política em sua forma mais pura, isto é, expressão das opções e dos programas políticos advindos do legislador democrático. Ademais, ao refutar o aparente conflito na harmonização de repúdio aos efeitos do controle jurídico-constitucional dos atos governamentais e a existência da justiça constitucional e do Tribunal Constitucional, arremata:

⁵³⁸ Resoluções 21.702/2004 e 21.803/2004.

⁵³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 82.

Convenhamos que não é fácil, mas é o empreendimento dos críticos. Na realidade são contra qualquer decisão do Tribunal Constitucional que inviabilize medidas de austeridade aprovadas pelo governo, mas têm de admitir, concomitantemente, a fiscalização judicial de constitucionalidade das leis, possibilidade de o Tribunal Constitucional declarar a inconstitucionalidade dessas medidas. Mas como? (...)

Ou seja, os críticos não se apresentam como opositores da justiça constitucional, não se pronunciam contra a existência de um tribunal constitucional, simplesmente, dizem que a atuação do Tribunal Constitucional está ou devia estar sujeita a alguns limites que foram ultrapassados. Esses limites, é certo, não estão na Constituição, não decorrem da Constituição, são completamente estranhos à teoria constitucional de Estado de Direito como justiça constitucional, são uma invenção portuguesa ad hoc, mas merecem naturalmente ser apreciados, discutidos e rebatidos⁵⁴⁰.

Não se pretendeu, nesse cenário, fazer tábula rasa das tipologias e das críticas do aporte teórico estrangeiro, mas, antes, buscou-se somente acentuar a inviabilidade da sua recepção sem o refinamento epistemológico necessário, com estudo multidisciplinar competente, a partir das diferentes realidades jurisdicionais e interações políticas em sucessivos períodos cobertos por distintos programas constitucionais.

2.3.1. Reflexões sobre as dificuldades da metáfora do diálogo⁵⁴¹

Convém assentar algumas premissas iniciais antes de demonstrar que a prática delineada na conhecida metáfora do diálogo institucional entre os Poderes, apresenta, quando menos, severas dificuldades teóricas e empíricas no direito brasileiro. Não se pretende aqui fazer manifesto caricato de qualquer dos Poderes, nem tampouco apregoar uma linguagem maximalista dos direitos fundamentais e da própria Constituição como ponto de inflexão da primazia da atuação do Poder Judiciário⁵⁴². Se o argumento epistêmico da supremacia de

⁵⁴⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 108-109.

⁵⁴¹ O debate teórico mais destacado na doutrina internacional sobre a temática foi alinhavado em artigo de Peter Hogg e Allison Bushel. Enfatizam, no modelo constitucional canadense, o poder de superação legislativa temporária (*legislative override*) de decisões judiciais sobre determinados assuntos. O controle constitucional das leis não é visto como fato impeditivo às instituições democráticas, mas interface de um diálogo entre as instituições, a fim de harmonizar direitos e garantias fundamentais. Os autores destacam que, a partir da aprovação da Declaração de Direitos e Liberdades de 1982 (parte do *Constitution Act* daquele ano), estabeleceram-se mecanismos e incentivos para uma reação legislativa a decisão judicial que tenha invalidado determinada lei. Cf. HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)*. *Osgoode Hall LJ*, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

⁵⁴² Hans Kelsen, por exemplo, nunca defendeu a transferência das decisões majoritárias para o Tribunal constitucional. Veja-se: "(...) É claro que a Constituição não entendeu, empregando uma palavra tão imprecisa e equívoca quanto a de justiça, ou qualquer outra semelhante, fazer que a sorte de qualquer lei votada pelo Parlamento dependesse da boa vontade de um colégio composto de uma maneira mais ou menos arbitrária do ponto de vista político, como o tribunal constitucional. Para evitar tal deslocamento de poder – que ela com certeza não deseja e que é totalmente contra-indicado do ponto de vista político – do Parlamento para uma instância a ele estranha, e que pode se tornar representante de forças políticas diferentes das que se exprimem no Parlamento, a Constituição deve, sobretudo

qualquer instituição é indesejável⁵⁴³, impõe-se reafirmar que a intervenção do Tribunal Constitucional na fiscalização das leis e atos normativos implica necessariamente conflito e desacordo com os demais Poderes. A modalidade de controle forte da jurisdição constitucional foi positivada por decisão política do constituinte, quando poderia ter adotado outros modelos previstos em países como Canadá⁵⁴⁴ ou Nova Zelândia. É, na essência, mecanismo controverso, sujeito a disputas e críticas acadêmicas, especialmente quanto à forma de deliberação das Cortes.

A análise realizada neste capítulo está centrada, em grande medida, nas inquietações associadas ao que se tem denominado como “deliberação externa” dos Poderes, apresentada por Virgílio Afonso da Silva – ancorado nas lições de Ferejohn e Pasquino⁵⁴⁵ –, consubstanciada, grosso modo, como a discussão que objetiva o convencimento de atores que não pertencem ao grupo, a fim de viabilizar o intercâmbio de fundamentos entre os Poderes, e entre eles e a sociedade⁵⁴⁶. Assinala, nesse sentido, que:

A possibilidade desse diálogo tem relação direta com a facilidade ou a dificuldade daquilo que se convencionou chamar de “superação legislativa” (*legislative override*), ou seja, da faculdade de o legislador rediscutir as decisões tomadas no âmbito do controle judicial de constitucionalidade e, se for o caso, de superá-las⁵⁴⁷.

Com efeito, no âmbito da nova dicção da cláusula de separação de poderes – como se pretende explicitar no próximo capítulo – a guarda da Constituição, as novas competências e técnicas decisórias atribuídas ao Poder Judiciário, além do exercício do autogoverno pelo povo,

de criar um tribunal constitucional, abster-se desse gênero de fraseologia, e se quiser estabelecer princípios relativos ao conteúdo das leis, formulá-los da forma mais precisa possível” (KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 169-170).

⁵⁴³ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 169.

⁵⁴⁴ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

⁵⁴⁵ FERREJOHN, John; PASQUALE, Pasquino. Constitutional adjudication: lessons from Europe. *Texas Law Review*, Austin, n. 82, p. 1671-1704, 2004.

⁵⁴⁶ “Já o papel da deliberação externa – que seria sobretudo o de chamar a atenção da sociedade civil, ou pelo menos da comunidade acadêmica e jornalística, para questões fundamentais no cenário público-jurídico de um país – que também é de extrema importância, pode ser exercido de outra forma. Ou seja: o diálogo entre tribunal e sociedade civil, ou entre tribunal e poderes políticos, não precisa ser feito por meio de uma fragmentação da deliberação e de uma desagregação argumentativa, que são, na minha opinião, características da deliberação externa. A meu ver, a tarefa de diálogo entre o tribunal e outros autores – quaisquer que sejam – pode ser exercida tanto pelos juízes no seu atuar individual fora do tribunal quanto – e mais importante para os objetivos deste trabalho – por meio do diálogo entre poderes, de um ‘diálogo constitucional’” (SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, 2009).

⁵⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, 2009. p. 212-213.

não constituem, em sua essência, elementos binários de uma tensão contraposta entre os fenômenos acima mencionados, uma vez que, para além das incontrastáveis e sucessivas mensagens legislativas – por meio do incentivos perenes e constantes posteriores em favor do recrudescimento das atribuições da jurisdição constitucional e das distintas versões sobre a concepção analítica do chamado ativismo judicial⁵⁴⁸⁻⁵⁴⁹ – o dinamismo e a multifacetada natureza da atividade jurisdicional parecem não confluir para um diagnóstico preciso sobre tal fenômeno.

Convém assentar, ainda, que, se a distribuição de competências feitas pelo legislador constituinte não elimina integralmente as controvérsias quantos aos limites da atuação de cada Poder, o que é próprio de um sistema de separação de poderes que não almeja o monopólio de funções num departamento estatal⁵⁵⁰, e se cada Poder atua ou retrai de acordo com considerações estratégicas de natureza política⁵⁵¹, os canais de participação da sociedade civil no Judiciário – como os *amici curiae*⁵⁵² nos casos de interesses coletivos, e das audiências públicas voltadas a fornecer argumentos consequencialistas por especialistas na matéria, não

⁵⁴⁸ Elival da Silva Ramos, ao traçar a definição do ativismo judicial como o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, ressalta a dificuldade de sua caracterização, especialmente frente à sua distinta caracterização no regime jurídico vigente nos EUA: “[R]esta compreensível por que nos sistemas de *common law* se adota uma conceituação ampla de ativismo judicial, que abarca desde o uso de interpretação teleológica, de sentido evolutivo, ou a integração de lacunas, em que o Poder Judiciário atua de forma juridicamente irrepreensível, até as situações (raras, na perspectiva jurisprudencial da família anglo-saxônica) em que os limites impostos pelo legislador ou pelos precedentes vinculantes são claramente ultrapassado, configurando-se, pois, desvio de função por parte do órgão jurisdicional. Não há, pois, necessariamente, um sentido negativo na expressão ‘ativismo’, com alusão a uma certa prática da jurisdição” (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 112-113).

⁵⁴⁹ Há algum consenso na doutrina de que a expressão “ativismo judicial” foi utilizada, pela primeira vez, por um artigo de historiador Arthur Schlesinger Jr., sobre a divisão existente na Suprema Corte no período do *New Deal* (SCHLESINGER JR., Arthur M. *The Supreme Court: 1947. Fortune*, v. 35, n. 1, p. 200-206, Jan. 1947). O *Black’s Law Dictionary*, por sua vez, traz a seguinte definição sobre o instituto, em tradução livre: “Uma filosofia de tomada de decisão judicial pela qual os juízes permitem que suas opiniões pessoais sobre políticas públicas, entre outros fatores, guiem suas decisões com a sugestão de que os adeptos dessa filosofia tendem a encontrar violações constitucionais e desejam ignorar precedentes” (BLACK, Henry Campbell. *Black’s Law Dictionary*. 8. ed. St. Paul: West, 2005. p. 703).

⁵⁵⁰ Pelo contrário, o legislador constituinte reformador tem estimulado a atuação judicial, por sucessivas emendas constitucionais e legislação ordinária, ampliando cada vez mais os efeitos vinculantes das suas decisões, inclusive em controle difuso, como nas hipóteses de fixação de teses em repercussão geral de recurso extraordinário.

⁵⁵¹ Conrado Hubner Mendes assentou: “Poderes usam da prudência para testar até onde podem ir. Trata-se de um juízo de ocasião e de medida. O retrato de separação de poderes é, a cada momento, diferente. (...) A corte constitucional, nesse sentido, não está numa torre de marfim, mas no calor da política. Mesmo que métodos de interpretação não constriam juízes tanto quanto esperávamos, a política (formal e informal) o faz. Juízes farejam o grau de aceitabilidade de suas decisões e estão sujeitos a pressões difusas e específicas” (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 184-185).

⁵⁵² O fenômeno da participação de atores especializados também foi assegurado pelo legislador para o exercício da jurisdição comum. É o que se extrai, v.g., do art. 138, do CPC/15: 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.

necessariamente jurídicos, numa “rodada procedimental”⁵⁵³ no processo decisório pelo Poder Judiciário – reforçam a legitimidade das Cortes Constitucionais.

Indaga-se então, nessa linha de ideias sobre um diálogo, o porquê de o poder constituinte originário não ter estabelecido, ao menos formalmente (como se verá), um controle preventivo ou consultivo do Poder Judiciário, com destaque para o primado do Parlamento para a última palavra, a exemplo do que ocorria com o Conselho Constitucional na França até 2008⁵⁵⁴. Ou, ainda, por que não replicar a disposição prevista na Constituição democrática de 1934, que estabelecia ser “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas” (art. 68), ou, no caso de controle ulterior de constitucionalidade, o que levou o legislador constituinte de 1988 a não submeter a decisão do Tribunal Constitucional ao exame do Parlamento para, sob certas condições, confirmá-la, ou não, conforme explicitado pelo art. 96, da Carta de Direitos de 1937⁵⁵⁵?

Note-se, porque oportuno, que o legislador constituinte tinha à sua disposição amplo espectro de alternativas válidas de organização dos poderes estabelecidas na história republicana, além dos festejados modelos internacionais, inclusive de estatuir ou calibrar um controle de constitucionalidade “fraco”, como o multicitado exemplo do Canadá⁵⁵⁶ ou da Nova Zelândia, como parte de um especulado diálogo entre juízes e legisladores, mas fez sua legítima opção democrática pela jurisdição constitucional mais robusta, com a ampliação do rol de legitimados para a propositura das ações (art. 103 da CF/1988).

⁵⁵³ Conrado Hubner utiliza as expressões “rodada procedimental” e “última palavra provisória” em sua obra. Aduz que: “Para que se possam conjugar as matrizes da última palavra e do diálogo, introduzo as noções de ‘rodada procedimental’ e de ‘última palavra provisória’. Seu significado é simples e autoexplicativo: toda constituição prevê os caminhos para vocalização institucional de projetos coletivos e para a solução de conflitos. Esses caminhos têm um ponto de partida e, após estágios intermediários, alcançam um ponto final. Esse ponto será final, no entanto, somente dentro de uma rodada, que pode sempre ser recomeçada, indefinidamente. A possibilidade de recomeçar não é irrelevante para a reflexão sobre autoridade democrática. O recomeço, entretanto, implica em nova mobilização de diversos recursos necessários para movimentar a máquina institucional: entre outros, recursos de tempo e de esforço argumentativo (...)” (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 170).

⁵⁵⁴ Em 23 de julho de 2008, foi introduzido o art. 61-1 à Constituição de 1958. Tal preceito, posteriormente regulamentado pela Lei Orgânica 2009-1523, ampliou a competência do Conselho Constitucional para permitir o controle repressivo de constitucionalidade das leis (promulgadas e em vigor), quando uma disposição legislativa ameace direitos e liberdades garantidos pela Constituição. Poderá ser suscitada, em qualquer processo judicial ou administrativo, a questão prioritária de constitucionalidade (QPC).

⁵⁵⁵ Art. 96 – Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único – No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

⁵⁵⁶ Cf. HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All). *Osgoode Hall LJ*, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997. Trata-se do citado modelo de controle fraco de constitucionalidade, em que, em regra, o Tribunal cria “ônus político” para a superação das suas decisões pelos legisladores.

Argumenta-se normalmente que, no modelo canadense, a casa legislativa frequentemente altera a lei declarada inconstitucional de acordo com as indicações da Corte⁵⁵⁷, para rejeitar as críticas sobre a ausência de um robusto controle judicial. A retórica desse argumento tem dupla face institucional, especialmente na jurisdição constitucional brasileira. Isso porque o STF, como será explicitado nos próximos capítulos, tem julgado precedente menos de 30% das ações diretas de constitucionalidade, prestigiando, da mesma forma, a atividade legiferante do Congresso Nacional.

Entender, ademais, que a reversão ou modificação direta da interpretação judicial, como parte do diálogo entre os citados agentes políticos⁵⁵⁸, por meio da edição de simples lei ordinária ou complementar, quando o constituinte não o autorizou expressamente, corresponde sim a genuína mutação constitucional em favor do poder legislativo sem a expressa autorização do Congresso Nacional⁵⁵⁹ ou, ainda, significaria a adoção de vetores que não estão expressamente previstos no texto constitucional (primado do direito legislativo), mas, antes, integrariam valores substantivos previstos na “Constituição Invisível”⁵⁶⁰.

Não bastasse isso, uma relação horizontal e sem subordinação entres magistrados e legisladores, sob o pretexto de uma leitura contemporânea da teoria da separação de poderes, para além de ignorar o fato de que, em algum momento, a palavra final sobre a fiscalização de constitucionalidade das leis deverá estar sacralizada em nome da segurança jurídica e do funcionamento do regime democrático⁵⁶¹, parece desconsiderar que os juízes e Cortes já promovem alguma interação democrática com o povo no momento de deliberação interna das decisões e que nem todas as formas de diálogo merecem considerações⁵⁶². As fundadas críticas repousam – e aqui não se apresenta objeção formal – mais na forma e no modo como a

⁵⁵⁷ Cf. HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). *Osgoode Hall LJ*, v. 35, n. 1, p. 81-82, 1997.

⁵⁵⁸ CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 126-147; MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁵⁵⁹ O que não deixaria de ser curioso em termos de ampliação da participação popular, já que disposição semelhante na nossa história estava prevista justamente na Constituição Polaca de 1937.

⁵⁶⁰ TRIBE, Laurence H. *The Invisible Constitution*. New York: Oxford University, 2008. p. 25-34.

⁵⁶¹ Note-se, porque oportuno, que a própria Constituição de 1988 estabelece limitações materiais, temporais que todos estão sujeitos, incluindo o Parlamento, do que resulta, a meu ver, a dificuldade em se cogitar da “última palavra provisória”.

⁵⁶² Lembra Conrado Hubner Mendes: “Em outras palavras, dizer que a revisão judicial não tem a última palavra, já que as instituições estão dialogando e a história continua, não enfrenta a constatação óbvia de que nem todos os tipos de diálogo são aceitáveis na democracia e que cada decisão coletiva tem custos e efeitos que precisam de justificativa adequada. Entre tais custos, algumas teorias do diálogo subestimam especialmente o ‘custo temporal’ de novas ‘rodadas procedimentais’” (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33).

jurisdição constitucional exerce sua função primária (e há farta literatura sobre o tema⁵⁶³, especialmente quanto às deliberações da STF) do que numa suposta ruína de democracia por não viabilizar “ao povo” a última palavra na interpretação sobre a higidez do ato normativo à luz do texto constitucional, operação hermenêutica que ocorre em plano distinto, conforme explicitou Jorge Reis Novaes, ao da definição do conteúdo dos acordos morais pelo Parlamento⁵⁶⁴.

O fundamento da (in)suficiência normativa (da visão tradicional) da separação de poderes – outro instituto catalisador de diversos preceitos fundamentais – não pode também, isoladamente, ancorar soluções alternativas em favor do primado do direito legislativo, sem modificação do desenho institucional, especialmente quando fundadas em arranjos da então hegemônica visão doutrinária norte-americana, a qual, como já exposto, encontra atualmente em Vermeule sua maior contradição em termos teóricos.

A falibilidade das instituições tampouco serve como justificativa para a revisão das decisões judiciais pelo parlamento, ao menos por meio da edição de simples lei ordinária, sob pena de consolidar-se a implementação de um necessário cotejo analítico, não previsto pelo legislador constituinte, acerca do grau de incorreção e desacertos entre o Parlamento e o Poder Judiciário, com predicados deliberativos completamente distintos das atividades de intérpretes do texto constitucional. Além disso, extravasar o âmbito da jurisdição constitucional para a casa legislativa não apenas desfigura a condição de “*veto player*”⁵⁶⁵ de juízes e Cortes, mas desnatura também os institutos da fiscalização de constitucionalidade e da força normativa dos precedentes, incentivos normativos, como visto, que não se esgotaram na obra do legislador constituinte de 1988.

⁵⁶³ Cf. VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, 2008; VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008; BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 5-12, 2009.

⁵⁶⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional*: resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014. p. 82-109.

⁵⁶⁵ Cf. TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto*: como funcionam as instituições. Trad. Micheline Christophe. Rio de Janeiro: FGV, 2009. Conrado Hubner aponta, outrossim, que “se a separação de poderes é uma cadeia decisória que distribui faculdades de vetar e de estatuir, caberia ao judiciário, quando dotado de um bom argumento, vetar decisões legislativas. Enriquece, assim, a interlocução institucional com novos argumentos. Esse veto se justifica não pelo seu conteúdo, que será necessariamente controverso, mas pela razão prudencial de acautelar o sistema político contra sobressaltos majoritários. O que ele faz, portanto, não é assegurar o mínimo ético do regime democrático, mas retardar o processo decisório, esperando que o tempo possa contribuir para uma decisão de maior densidade deliberativa” (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27).

De todo modo, ao contrário do regime político jurídico vigente nos países de *common law*, a jurisdição constitucional não implicará um arranjo institucional para impor à toda sociedade a interpretação constitucional que alguns poucos juízes entendem como correta. Isso porque, para além da previsão expressa no texto constitucional e do dinamismo da jurisdição constitucional, o legislador conserva em suas mãos instrumentos normativos e exógenos para reorientar eventual posição judicial⁵⁶⁶. Nesse contexto, John Hart Ely rememora que essa legitimação conferida ao Poder Judiciário se mostra democrática, porquanto deriva da própria vontade popular expressada na Constituição, segundo explica:

[M]as o interpretacionista toma seus valores diretamente da Constituição – e isso significa que, já que a própria Constituição foi avaliada e ratificada pelo povo, esses valores vêm, em última instância, do povo. Nessa hipótese, quem controla o povo não são os juízes, mas a Constituição – o que significa que, na verdade, o povo controla a si mesmo⁵⁶⁷.

A transformação institucional da jurisdição constitucional e do próprio STF a partir da Constituição de 1988, com o recrudescimento dos canais de acesso à jurisdição constitucional (ampliação dos atores legitimados) e o alargamento e a sobreposição de competência originária, recursal e de corte constitucional, elevou o Poder Judiciário à condição de um dos principais protagonistas no sistema constitucional vigente, especialmente no imaginário popular⁵⁶⁸. Todavia, apesar dos discursos realistas, pragmatistas e de teorias constitucionais contemporâneas – o que também será examinado em capítulo próprio deste ensaio –, e dos múltiplos incentivos legislativos, a função criativa do exercício da jurisdição constitucional e a discricionariedade judicial nunca encontraram terreno livre para florescer em terras brasileiras, ao menos de forma institucionalizada e consolidada como único padrão decisório.

Nesse sentido, a arena política, especialmente o parlamento, revela-se, por obra do constituinte originário, como mais um dos fóruns (quicá o mais importante) em que a autonomia moral e o autogoverno dos indivíduos se manifestam em sua dimensão pública. Nada obstante, a percepção contemporânea de democracia tampouco se esgota nisso. Com efeito, Dieter

⁵⁶⁶ Cite-se, por exemplo, a alteração do número dos membros dos Tribunais, a modificação das suas competências, a rejeição do magistrado indicado para integrar a Suprema Corte e, no limite, o *impeachment* dos juízes como retaliação ou para alinhamento às preferências políticas das maiorias..

⁵⁶⁷ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 13.

⁵⁶⁸ MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Orgs.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 55-57.

Grimm, magistrado que integrou o Tribunal Constitucional Alemão, consignou que a separação da política e do direito não torna esse último uma ciência apolítica⁵⁶⁹.

A opção política pela criação e o recrudescimento da jurisdição constitucional, como visto, não sofre de déficit de democracia no seu exercício, uma vez que os constituintes, insisto, não estavam obrigados a aplicá-la⁵⁷⁰, nem tampouco a conceder novos estímulos normativos ou a designar o Supremo, pela primeira vez, como o guardião principal da própria Constituição. Nesse sentido, ao refutar as críticas ao Tribunal Constitucional Português, Jorge Reis Novais assentou com precisão:

Os constituintes que aprovaram a Constituição podiam ter tomado outras opções, não estavam obrigados a consagrar os direitos sociais como direitos fundamentais, muitas outras Constituições não o fizeram. Várias outras Constituições referem-se a estes direitos, mas na simples qualidade de diretrizes e orientações programáticas que apelam a uma atuação, todavia livre, dos órgãos que exercem o poder político. Logo, eu posso não apreciar a opção feita pelos constituintes portugueses, posso discordar dela, mas, se quiser respeitar o funcionamento de um Estado de Direito constitucional, tenho que reconhecer que, enquanto Constituição estiver em vigor, ao Tribunal não cabe contestar essa decisão e que, ao invés, lhe cabe respeitá-la e, sobretudo aplicá-la⁵⁷¹.

Em outras palavras, as Constituições examinadas pela literatura estrangeira não foram tão generosas ao conceder expansivos poderes e garantias aos magistrados (tal como a brasileira de 1988). Ressalte-se, mais uma vez, que essas observações preliminares não têm o condão de estatuir panfletagem laudatória em favor da atuação dos juízes e da própria jurisdição constitucional, mas, antes, visam a apontar que a padronização e a categorização em termos de monopólio ou supremacia das decisões judiciais, ou até mesmo déficit de legitimidade, não encontram, ao menos no plano institucional, e principalmente no campo empírico (como se verá mais à frente), alicerce seguro no recorte temporal dos últimos trinta anos.

Convém refletir, outrossim, acerca da conhecida crítica da guardiania de Robert Dahl, mediante a qual indivíduos, incapazes de exercerem o autogoverno, delegam essa responsabilidade para pessoas mais bem preparadas tecnicamente. É verdade que o autor traz severas críticas quanto à possibilidade de reunião – por qualquer indivíduo – de conhecimentos

⁵⁶⁹ “Contudo, a separação entre direito e política no nível da aplicação do direito não significa que o procedimento de aplicação judicial do direito seja internamente apolítico, ou seja, não deixe espaço para nenhum tipo de decisões constitutivas ou não possa desenvolver nenhum efeito político que ultrapasse o efeito político das normas gerais” (GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 15).

⁵⁷⁰ E, como visto, os debates na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, na Assembleia Nacional Constituinte, sobre a natureza do Tribunal Constitucional, personificado no Supremo Tribunal Federal, foram exaustivos.

⁵⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 86.

instrumentais, científicos e de natureza moral para ser alçado a um legítimo guardião, embora o renomado autor não trate da questão alusiva à positivação expressa em texto constitucional por opção do legislador constituinte⁵⁷². Todavia, curiosamente, parece aceitar a revisão judicial, papel desempenhado por aqueles denominados de “quase guardiães”, voltada apenas à manutenção do processo democrático, e não para a defesa dos direitos e interesses constitucionais⁵⁷³. E o faz, contudo, mediante a exigência de um pesado ônus da prova no sentido de que o processo democrático se descortina insuficiente para considerar todos os interesses:

Devem-se exigir provas muito convincentes, portanto, para que o processo democrático possa ser substituído pela quase guardiania. E será necessário demonstrar que o processo democrático não conseguiu dar uma igual consideração aos interesses de alguns dos que estão sujeitos às suas leis; que os quase guardiães irão fazer isso; e que o dano causado ao direito à igual consideração supera o dano causado ao direito de um povo de governar-se⁵⁷⁴.

Naturalmente, juízes e cortes estão sujeitos aos limites jurídicos e à influência dos controles sociais, instrumentalizados pela pressão da sociedade e dos demais agentes políticos. Nesse sentido, Post e Siegel enfatizaram a relevância dos movimentos sociais na interpretação constitucional, de modo que, se a aplicação do direito pela Corte quanto à Constituição mostrar-se completamente insensível (“*unresponsive*”), as pessoas irão, com o tempo, encontrar mecanismos de oposição, bem como tentarão reverter as decisões judiciais, reputando-as ilegítimas. Para tanto, destacam o exemplo do feminismo de segunda geração como prova da mudança da orientação judicial⁵⁷⁵. A inserção dos magistrados em determinado reduto cultural influenciaria a atuação judicial frente à opinião pública⁵⁷⁶.

⁵⁷² DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 77-149.

⁵⁷³ DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 302.

⁵⁷⁴ DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 306.

⁵⁷⁵ “Até 1970, pensava-se que as distinções baseadas no gênero eram naturais e que o governo poderia razoavelmente reforçar os papéis tradicionais de cada sexo. A cláusula de igual proteção era interpretada de maneira a tolerar a discriminação de gênero. Mas conforme os movimentos se uniram às discussões quanto à legitimidade desses entendimentos tradicionais, o senso comum começou a evoluir. (...) A Corte, então, alterou o seu entendimento da cláusula da igual proteção, ainda que a ‘emenda de igualdade de direitos’ (*Equal Rights Amendment*), que propôs o uso dos procedimentos do artigo V para alterar a Constituição e proibir a discriminação com base no sexo, nunca tenha sido ratificada.” Cf. POST, Robert C.; SIEGEL, Reva. *O Constitucionalismo democrático*. Trad. Ana Beatriz Vanzoff Robalinho Cavalcante. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Orgs.). *Jurisdição Constitucional em 2020*. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 488-489.

⁵⁷⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 317-322.

Quanto aos limites normativos aos juízes, as “virtudes essenciais” da jurisdição, segundo a visão de Mauro Cappelletti, apontam mecanismos de contenção da “enfermidade do direito de criação judiciária”, como, v.g., o princípio de vinculação aos precedentes, a assistência judiciária aos menos privilegiados, a possibilidade de “objeção da retroatividade” das decisões judiciais em nome da segurança jurídica e a incompetência institucional. Todavia, o autor trouxe, em contrapartida, sólidos argumentos para rebater esse último argumento, dentre eles, a previsibilidade de o Poder Judiciário desenvolver um gradual processo de adaptação, com o propósito de responder às novas exigências e conflitos⁵⁷⁷. Tais instrumentos estão sobejamente previstos na CF/1988 e na legislação infraconstitucional.

Como se nota, a questão parece, ao final e ao cabo, ser mais de grau da atuação judicial e da forma de deliberação democrática do que de um genuíno déficit democrático. Veja-se: como sustentar que as suas respostas sejam provisórias, temporárias, precárias, quando não houve proibição ou limitações expressas do constituinte quanto ao exame judicial da constitucionalidade, abstrato ou difuso, das emendas constitucionais superadoras ou modificadoras da decisão exortada na jurisdição constitucional⁵⁷⁸? Nitidamente, o questionamento provocador já contempla resposta lógica. Isso não significa cogitar, contudo, de supremacia do Poder Judiciário, nem tampouco afirmar que esse não deva ter uma conduta redobrada de prudência democrática, e quiçá de deferência e alguma interação com os demais Poderes, no exame de fiscalização das leis e atos normativos.

De todo modo, se a emenda constitucional corretiva ou superadora dos precedentes da Suprema Corte modifica formalmente o texto magno, bem como o fundamento de validade último da legislação ordinária, o STF tem respeitado a vontade legislativa em caso de modificação do texto constitucional⁵⁷⁹, de sorte que sua invalidação só ocorrerá nas hipóteses

⁵⁷⁷ CAPPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 82-90.

⁵⁷⁸ Ademais, o §2º do art. 102 da CF 88, com nova redação conferida pela EC 45/2004, exclui o Poder Legislativo da declaração de inconstitucionalidade quanto aos efeitos das decisões de mérito: “§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

⁵⁷⁹ Nesse ponto, o Ministro Fux, relator da ADI 5105/DF, assentou na ementa: “(...) 3. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional. (...) 5. Consectariamente, a reversão legislativa da jurisprudência da Corte se revela legítima em linha de princípio, seja pela atuação do constituinte reformador (i.e., promulgação de emendas constitucionais), seja por inovação do legislador infraconstitucional (i.e., edição de leis ordinárias e complementares), circunstância que demanda providências distintas por parte deste Supremo Tribunal Federal. 5.1. A emenda constitucional corretiva da jurisprudência modifica formalmente o texto magno, bem como o fundamento de validade último da legislação ordinária, razão pela qual a sua invalidação deve ocorrer nas hipóteses

de descumprimento das limitações formais (CF, art. 60, *caput* e § 2º), das limitações circunstanciais (CF, art. 60, § 1º) ou materiais (CF, art. 60, §4º).

Voltando ao tema dos diálogos, a metáfora tem sido utilizada em sentidos distintos⁵⁸⁰, especialmente para descrever uma singular interação entre os Poderes do Estado, a fim de avaliar a sua atuação ao longo do tempo. E aqui encontro outras dificuldades na sua implementação⁵⁸¹. A primeira é a polissemia do vocábulo do diálogo, enquanto interação horizontal e sem condicionantes, para retratar com fidedignidade os processos de interação na interpretação e aplicação da Constituição. Isso porque, apesar de genuíno o lançamento de mensagens e signos entre juízes, especialmente da Suprema Corte, e o Parlamento – visando à persuasão e reação cognitiva de ambos os lados – tal fenômeno não conduzirá necessariamente a um consenso racional, especialmente no Brasil, onde a reversão expressa (“controle do controle”) da declaração de inconstitucionalidade das leis e atos normativos não foi positivada no Texto Constitucional.

Some-se a isso que a influência de fatores externos à atividade jurisdicional não consegue responder ao fato de que, em algum momento, a autonomia do direito poderá estar em risco, subordinando-se aos ditames da política, criadora do direito, mas não dotada de primazia para a sua interpretação à luz do texto constitucional. De todo modo, a sacralização

de descumprimento do art. 60 da CRFB/88 (i.e., limites formais, circunstanciais, temporais e materiais), encampando, neste particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais. 5.2. A legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (leis *in your face*) nasce com presunção *iuris tantum* de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico de mutação constitucional pela via legislativa. Nesse caso, a novel legislação se submete a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas. 6. O dever de fundamentação das decisões judiciais, inserto no art. 93 IX, da Constituição, impõe que o Supremo Tribunal Federal enfrente novamente a questão de fundo anteriormente equacionada sempre que o legislador lançar mão de novos fundamentos” (grifou-se).

⁵⁸⁰ CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 125-147.

⁵⁸¹ Recorde-se aqui a hipótese de uma suposta interação entre o Parlamento e o STF em relação ao disposto no art. 7º, XXI, da CF/88. O dispositivo previa a edição de lei complementar para disciplinar o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei. No julgamento do Mandado de Injunção 943/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Plenário sinalizou que iria estabelecer, por conta própria, o critério indenizatório, em razão da mora legislativa por mais de duas décadas. Houve adiamento do julgamento para conciliar as propostas apresentadas. Diante desse cenário, o Parlamento aprovou em tempo recorde a Lei 12.506/2011, nos termos delineados pelo STF. Confira, então, a ementa deste julgado: “Mandado de injunção. 2. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Art. 7º, XXI, da Constituição Federal. 3. Ausência de regulamentação. 4. Ação julgada procedente. 5. Indicação de adiamento com vistas a consolidar proposta conciliatória de concretização do direito ao aviso prévio proporcional. 6. Retomado o julgamento. 7. Advento da Lei 12.506/2011, que regulamentou o direito ao aviso prévio proporcional. 8. Aplicação judicial de parâmetros idênticos aos da referida legislação. 9. Autorização para que os ministros apliquem monocraticamente esse entendimento aos mandados de injunção pendentes de julgamento, desde que impetrados antes do advento da lei regulamentadora. 10. Mandado de injunção julgado procedente”.

da decisão deverá vir a termo nessa dimensão jurídica, não sendo possível cogitar de “última palavra provisória” quando há, no caso brasileiro, proscricções e limitações expressas na Constituição de 1988 quanto à própria “deliberação” legislativa⁵⁸².

Ao contrário do que é alegado por alguns teóricos, a fiscalização constitucional das leis não busca provocar ou usurpar, ao menos diretamente, uma resposta sobre desacordos morais de atribuições de outros departamentos estatais sobre determinada matéria, até porque não há garantia alguma sobre a obtenção de consenso. A jurisdição constitucional atua em outra dimensão em relação à atividade legiferante⁵⁸³. Nessa linha, a alegação de lugar exclusivo do STF, para além da confusão mística com o recrudescimento das suas atribuições, constitui, quando menos, uma tentativa sofisticada de dissimular a insatisfação com o controle de constitucionalidade das leis, além de imbricar e confundir, de forma intencional, a resolução de desinteligências previstas no texto constitucional. Trata-se do fenômeno de mutação constitucional doutrinária, formulado por fecundas e sofisticadas teorias constitucionais.

A tese dos diálogos entre os Poderes Judiciário encontra no Ministro Roberto Barroso, do STF, um dos seus maiores entusiastas na atualidade jurisdicional⁵⁸⁴, endossando uma transformação pela racionalidade jurídica discursiva das Cortes constitucionais. É o que se extrai, *v.g.*, do seu voto na Questão de Ordem na AP 606/MG585, acerca da (hoje superada) questão do foro por prerrogativa de função em razão do decidido na Questão de Ordem na Ação Penal 937/RJ, também de relatoria de Roberto Barroso. Assentou o ministro, na primeira ação penal, o seguinte:

8. Além disso, o Supremo Tribunal Federal deve ser um tribunal de teses jurídicas, e não de julgamento de fatos. Não só por não ser esta a sua vocação, como também por não estar aparelhado para conduzir ordinariamente a realização de interrogatórios, depoimentos, produção de provas periciais, etc. Ao lado dessas circunstâncias, o foro por prerrogativa de função alimenta a tentação permanente de manipulação da jurisdição pelos réus. Há os que procuram se eleger para mudar o órgão jurisdicional competente, passando do primeiro grau para o STF; há os que deixam de se candidatar à reeleição, com o mesmo propósito, só que invertido: passar a competência do STF para o

⁵⁸² Art. 60 (...) §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

⁵⁸³ NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional*: resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014. p. 82-109.

⁵⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEIZER, Rubens (Orgs.). *A razão e o voto*: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 25-77.

⁵⁸⁵ O Ministro propôs a como tese jurídica: “a partir do presente julgamento, se o parlamentar renunciar ao mandato após o recebimento da denúncia pelo Supremo Tribunal Federal, a competência para processar e julgar a ação penal não será afetada e continuará a ser do Supremo Tribunal Federal”.

órgão de primeiro grau. E há os que renunciam para produzir a baixa do processo no momento que mais lhes convêm.

9. Por todas essas razões, é boa hora para se renovar uma prática desejável de diálogo institucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo. Relembre-se que, recentemente, diante das dificuldades trazidas pelo texto constitucional com relação à perda de mandato pelo parlamentar condenado criminalmente, o Senado Federal, em boa hora, aprovou proposta de emenda constitucional superando o confuso tratamento que a Constituição dá à matéria.

No âmbito do constitucionalismo contemporâneo, a ideia de compartilhamento, de interação ou concertação entre as funções estatais, não deveria servir para justificar ou mitigar um modelo de jurisdição constitucional, mas, antes, seria mais coerente para compreender a evolução das relações estatais e o aprimoramento do dever de prestar contas (*accountability*), o que se defende nesta tese, na primeira hipótese, por meio da coordenação de interesses e da colaboração normativa. Todavia, a ilusão da metamorfose das relações entre os Poderes como “parte de um diálogo entre juízes e legisladores”⁵⁸⁶, ao prever a possibilidade de reversão discricionária das decisões jurisdicionais por leis ordinárias, constitui uma tentativa dissimulada, ao menos no contexto brasileiro, de restaurar a soberania do parlamento sob o verniz de uma interação prévia democrática.

Isso porque, insista-se, há limites normativos substanciais expressos no Texto Constitucional de 1988 para o exercício da atividade legislativa, tanto no regime de normalidade institucional (art. 60, §§4º e 5º, da CF/1988) quanto sob a égide do estado de defesa ou de sítio (Art. 60, §1º, da CF/1988). Ademais, novas rodadas procedimentais, por meio de emendas constitucionais⁵⁸⁷, pressupõem alteração do texto constitucional, sob pena de mutação constitucional da arquitetura democraticamente eleita e o retorno ao primado da soberania parlamentar.

Outra dificuldade para a implementação dos diálogos está centrada nas justas críticas sobre a forma de deliberação das decisões colegiadas da Suprema Corte, além da possível monocratização da jurisdição constitucional⁵⁸⁸. Ora, se a mensagem nem sempre é clara, porquanto o acórdão constitui, muitas vezes, resultado de uma soma das manifestações individuais, como viabilizar o diálogo sem uma uniformização de vontade da própria Corte

⁵⁸⁶ 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. 317-322.

⁵⁸⁷ O que não se confunde com a atividade legiferante para dirimir desacordo moral.

⁵⁸⁸ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, 2018.

Constitucional⁵⁸⁹? A crítica pode ser ampliada também às sinalizações dadas pelos parlamentos sobre o processamento de determinada proposição legislativa, maculada, às vezes, por signos e expressões incompatíveis com uma interação franca e saudável.

Nessa linha de ideias, a metáfora dos diálogos – que, na visão teórica, pressupõe que a decisão esteja aberta a reversão, modificação ou anulação legislativa⁵⁹⁰ – encontra também barreiras teóricas e empíricas na realização dos pressupostos aceitos de que os atores participantes estejam em condições de igualdade para o exercício da tarefa de interpretação da Constituição, além de uma disposição prévia para ser convencido ou persuadido por argumentos racionais. A hierarquia da interpretação do Supremo Tribunal Federal, “guardião” principal da Carta de Direitos de 1988, está ancorada expressamente no texto constitucional (art. 102 da CF/1988), por escolha legítima do constituinte, o que não impede a Corte de agir com deferência em relação aos demais poderes.

Por outro lado, a decisão judicial, compreendida num âmbito de conflito intersubjetivo ou na fiscalização abstrata das normas, não tem por fim imediato submeter-se a alguma espécie de concerto com o legislativo, sob pena de converter-se em uma terceira câmara legislativa⁵⁹¹, ao passo que o processo legislativo seria retomado, pela terceira vez, incorporando-se numa espécie de “tribunalização da política”.

Ademais, a força dos argumentos não impede o cumprimento da decisão judicial⁵⁹², de sorte que a sua compreensão como “mensagens” típicas de um diálogo visa, pela via oblíqua,

⁵⁸⁹ Fernando Leal assenta, nesse sentido: “Como, portanto, nem sempre é claro precisar o que a corte decidiu, por que e como o tribunal chegou a determinado resultado, não parece ser tão simples inferir da prática do Supremo a tentativa constante de estabelecer um diálogo com o Congresso que parte da instituição, e não de esforços isolados – ainda que louváveis – de alguns dos seus ministros” (LEAL, Fernando. Três desafios à aplicação da metáfora dos “diálogos institucionais” para a legitimação da jurisdição constitucional. *In*: LEAL, Fernando (Coord.). *Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 65-78).

⁵⁹⁰ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All). *Osgoode Hall LJ*, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997. Ainda, segundo José Rodriguez, a jurisdição brasileira é opinativa e personalista, tendo em vista que os tribunais julgam em função da agregação das opiniões de cada juiz e não com base em fundamentação sistemática e racional. Adverte também que se trata de justiça pouco transparente, porque suas razões para decidir não são claras. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 108.

⁵⁹¹ SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. New York: Oxford, 2000. p. 61-68.

⁵⁹² Fernando Leal diagnosticou com precisão: “[N]ada necessariamente leva a crer que a melhor leitura para o que acontece quando o Congresso reage a uma manifestação do Supremo é a de um diálogo entre as instituições, e não (i) de uma concessão excepcional feita pelo tribunal ou, no caso do Congresso, (ii) a de aquiescência decorrente de relações de subordinação ou mesmo de acatamento estratégico do resultado, seja por receio de posterior anulação de escolhas majoritária (quando, por exemplo, o Legislativo opta por adotar, em lei nova, a medida usada pelo tribunal para sustentar o caráter não necessário do meio escolhido na lei declarada inconstitucional após a realização de um exame de proporcionalidade) seja por receio das consequências que podem ser produzidas caso determinado assunto seja decidido definitivamente pelo tribunal constitucional (situação em que o Legislativo, por exemplo, atua quando a corte comunica uma omissão e opta por ainda não criar a regra constitucional aplicável ao problema levado a seu conhecimento antes de determinado prazo)” (LEAL, Fernando. Três desafios à aplicação da metáfora dos “diálogos institucionais” para a legitimação da jurisdição constitucional. *In*: LEAL, Fernando

desconstituir a natureza e (quicá) o próprio resultado da atividade jurisdicional, exceto quando a jurisdição constitucional invalidar atos normativos mediante declaração de algum vício formal em relação à adequação da espécie de ato normativo utilizada, à regularidade do procedimento adotado para a produção da legislação ou à suficiência da estrutura do ato normativo. Nesse caso, apesar de não se tratar de uma sinalização judicial imediata, verifica-se, em regra, ser possível a reanálise legislativa para a superação da mácula formal mediante edição de novo ato normativo⁵⁹³.

Some-se a isso a seletividade dos argumentos da “dificuldade contramajoritária” e da incapacidade institucional⁵⁹⁴, empregados para o exercício do controle de constitucionalidade das leis, em qualquer das suas modalidades, mas não em relação à delegação expressa de funções legislativas a órgãos técnicos externos ao Parlamento.

Desacordos sobre teorias normativas ou desinteligências quanto ao melhor órgão para dar a última palavra provisória ou, caso se prefira, para encerrar rodadas procedimentais, dificilmente encontrarão denominador comum. Não obstante, é possível que juízes e cortes estabeleçam diretrizes que poderão ser seguidas ou superadas por nova legislação, com o escopo de obter o resultado substancial pretendido com a edição da lei invalidada, mas isso não significa consolidar um comportamento dialógico linear obrigatório.

Ademais, o emprego da metáfora tem o potencial de causar erosão do poder do tribunal, retornando ao estado político vigente na história da república, e no questionamento de seu fundamento no direito. Isso não implica, contudo, negar que interações pontuais, inclusive nas deliberações internas do próprio Tribunal, não possam ocorrer, ao menos reflexamente no sentido de aperfeiçoar o provimento jurisdicional, conforme ocorreu no julgamento da ADI 3510/DF (Lei Biossegurança), em que foram ouvidos 22 especialistas em audiência pública, ocasião na qual os Ministros se utilizaram das razões e argumentos ali apresentados para fundamentar suas decisões, ainda que nem todos tenham feito referência expressa a eles⁵⁹⁵.

(Coord.). *Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 73-74).

⁵⁹³ É o que se extrai, v.g., de leis ordinárias aprovadas para superar o vício formal declarado na ADI 3369/DF, de relatoria do Ministro Carlos Velloso (Leis 11.169/2005 e 11.170/2005), voltadas aos reajustes da remuneração de servidores do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Tribunal de Contas da União. A ADI perdeu o objeto o em razão da aprovação das referidas leis. No mesmo sentido, superou-se vício formal declarado no RG RE 600885 – em que foi declarada a não-recepção da expressão “nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, do art. 10 da Lei n. 6.880/1980” – por meio da edição de leis ordinárias que estabeleceram os limites de idade para ingresso nos cursos das carreiras da Aeronáutica, da Marinha e do Exército.

⁵⁹⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 222.

⁵⁹⁵ O Ministro Gilmar Mendes assentou em seu voto que: “Muito se comentou a respeito do equívoco de um modelo que permite que juízes, influenciados por suas próprias convicções morais e religiosas, deem a última palavra a respeito de grandes questões filosóficas, como a de quando começa a vida. (...) Certamente, a alternativa da atitude

Curioso, no entanto, que a metáfora dos diálogos tenha ganhado mais adeptos no Brasil a partir da mudança de postura jurisdicional do STF nas soluções dadas nos Mandados de Injunção 670, 708, 712, para concretizar, naqueles casos, o direito de greve dos servidores públicos, com aplicação analógica da Lei Geral de Greve (Lei 7.783/1989), fato esse reforçado também pelo apoio do Parlamento por meio da edição da Lei do Mandado de Injunção (Lei 13.300/2016), autorizando o Poder Judiciário a estabelecer critérios normativos, em hipóteses singulares, para o exercício de liberdades fundamentais em caso de persistência da mora legislativa⁵⁹⁶.

De todo modo, a implementação do diálogo institucional, repise-se, à guisa do que ocorre com o modelo canadense, exigiria a positivação (e, portanto, modificação) do texto constitucional por meio de processo formal democrático (leia-se emenda constitucional), e não por mutação ou construção teórica. Entender o contrário encarnaria desejos inconfessáveis que ignoram o constitucionalismo da realidade, com todos os seus percalços e acomodações próprias de um curtíssimo período de normalidade constitucional.

Registre-se, ainda, a existência de pesquisas que descortinam que o STF, ao empregar as conhecidas técnicas decisórias previstas na legislação – interpretação conforme à Constituição, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e a modulação dos efeitos da decisão – buscou assegurar a manutenção da atividade legiferante do Congresso Nacional, restringindo os efeitos de suas decisões, o que indica, quando menos, uma conduta

passiva de *self restraint* – ou, em certos casos, de *greater restraint*, utilizando a expressão de García de Enterría – teriam sido mais prejudiciais ou menos benéficas para a nossa democracia. O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas”.

⁵⁹⁶ Cf. os arts. 8º e 9º, da Lei 13.300/2016: Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para: I – determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II – estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado. Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma. Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora. § 1º Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração. § 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

aperfeiçoadora e de coordenação limitada, que atenua o caráter contramajoritário das decisões do STF no controle de constitucionalidade⁵⁹⁷.

Nesse cenário, Thamy Pogrebinski, ao examinar as decisões definitivas em ações de controle concentrado no STF, com impugnação de atos normativos do Congresso Nacional no período de 1988 a 2009, identificou que somente 13,32% foram julgadas procedentes no todo ou em parte, correspondendo a 67 decisões do STF, que resultaram na contestação de apenas 47 atos normativos do Congresso Nacional, dos quais apenas três foram integralmente declarados inconstitucionais, em um universo de 12.749 atos normativos editados pelo Congresso Nacional entre 1988 e 2009⁵⁹⁸.

Segundo a pesquisa da citada autora, toda vez que a Suprema Corte brasileira julgou procedente tais ações diretas em face de ato normativo do Congresso Nacional (no período analisado), o parlamento respondeu posteriormente propondo uma média de 6,85 projetos de lei supervenientes sobre o mesmo assunto do ato normativo impugnado, seguindo-se em média 1,29 ato normativo promulgado pelo Congresso Nacional que tratava do mesmo tema sobre o qual o STF se manifestou⁵⁹⁹. Diante desse cenário, verificou-se que a Suprema Corte nunca constituiu ameaça à expressão da vontade majoritária, tampouco enfraquece o Parlamento, mas, antes, o impulsiona, fortalecendo a representação política e a democracia representativa no Brasil.

Em resumo, não se mostra possível falar em supremacia judicial ou governo dos juízes no caso brasileiro, sobretudo quando tais atores estão jungidos às regras procedimentais compulsórias que permeiam toda o exercício da jurisdição, além da observância compulsória ao dever exaustivo de fundamentação (art. 93, IX, da CF/1988).

Nesse sentido, Gustavo Zagrebelsky destaca, no seu celebrado trabalho sobre o direito dúctil, que a Constituição aposta, em meio a sociedades dotadas de grande pluralidade, na possibilidade de realizar as condições ali previstas, por meio da adoção simultânea de princípios. Daí porque, ancorado no arquétipo da dúvida, o autor conclui que a categoria de pensamento a ser observada, predominantemente em sede constitucional, há de ser o “pensamento do possível”, sendo aplicado o desenho institucional estabelecido à interação da atividade legiferante e da jurisdição estatal - no país em que o monopólio da criação do direito

⁵⁹⁷ POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?* Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 13 e 103.

⁵⁹⁸ POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?* Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 10-11 e 109.

⁵⁹⁹ POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?* Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 12-13 e 123.

não está mais apenas nas mãos do poder legislativo (em razão da sua abdicação intencional) - sem recorrer, contudo, a novas fórmulas do controle de constitucionalidade⁶⁰⁰. Veja-se:

Da revisão do conceito clássico de soberania (interna e externa), que é o preço a pagar pela integração do pluralismo em uma única unidade possível – uma unidade dúctil, como se afirmou – deriva também a exigência de que seja abandonada a soberania de um único princípio político dominante, de onde possam ser extraídas, dedutivamente, todas as execuções concretas sobre a base do princípio da exclusão do diferente, segundo a lógica do aut-aut, do “ou dentro ou fora”. A coerência “simples” que se obteria deste modo não poderia ser a lei fundamental intrínseca do direito constitucional atual, que é, precipuamente, a lógica do et-et e que contém por isso múltiplas promessas para o futuro. Neste sentido, fala-se com acerto de um “modo de pensar do possível” (*Möglichkeitsdenken*), como algo particularmente adequado ao direito do nosso tempo. Esta atitude mental “possibilista” representa para o pensamento o que a “concordância prática” representa para a ação⁶⁰¹.

Assim, ao contrário da conhecida máxima irrogada por um juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre o sentido e a aplicação da Carta de Direitos⁶⁰², juízes e ministros brasileiros, de uma maneira geral, não aderem ao narcisismo epistemológico ao atribuir para si o monopólio da interpretação constitucional, no sentido de que a Constituição passa a ser apenas o que dizem que ela é. Muito pelo contrário. Em que pesem os instrumentos e técnicas decisórias outorgados aos juízes e cortes após 1988, o STF já atuou defensivamente na fiscalização da constitucionalidade das leis, em nome de uma deferência protocolar e representada pela doutrina da questão *interna corporis*. É o que se vê, por exemplo, do julgamento definitivo da ADI 1805/DF, de relatoria da Ministra Rosa Weber, em que a Corte manteve a validade de EC 16/1997, que autorizou a possibilidade de reeleição para os detentores de mandato do Poder Executivo, introduzindo o instituto - pela primeira vez - em uma Constituição Brasileira⁶⁰³.

⁶⁰⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999. p. 13-17.

⁶⁰¹ “De la revisión del concepto clásico de soberanía (interna y externa), que es el precio a pagar por la integración del pluralismo en la única unidad posible – una unidad dúctil, como ya se ha dicho – deriva también la exigencia de abandonar la que podríamos llamar soberanía de un único principio político dominante del cual pueden extraerse deductivamente todas las ejecuciones concretas sobre la base del principio de exclusión de lo diferente, según la lógica de *aut-aut*, del ‘o dentro o fuera’. La coherencia ‘simple’ que se obtendría de este modo no podría ser la ley fundamental intrínseca del derecho constitucional actual, que es más bien la del *et-et* y que contiene por ello múltiples promesas para el futuro. En este sentido, se ha hablado con acierto de un <modo de pensar posibilista> o <de la posibilidad> (*Möglichkeitsdenken*), como algo particularmente adecuado al derecho de nuestro tiempo. Esta actitud mental posibilista representa para el pensamiento lo que la <concordancia práctica> representa para la acción” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Tradução: Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999. p. 17).

⁶⁰² Charles Evans Hughes: “We are under a Constitution, but the Constitution is what judges say it is”.

⁶⁰³ Constatou expressamente da ementa os seguintes trechos: “(...) 11. Adotado, sob o primado da constitucionalidade das leis, juízo de deferência às escolhas políticas do parlamento exercidas dentro das margens de conformação compatíveis com o texto constitucional. 12. Sem embargo da compreensão pela constitucionalidade do instituto,

E mais, a postura de deferência da Suprema Corte ocorre não apenas com o Parlamento, mas com os órgãos autônomos especializados em geral, especialmente aqueles aos quais a Constituição da República outorgou assento constitucional de competência técnica para determinadas matérias, como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e os Tribunais de Contas⁶⁰⁴.

Mas só agora, especialmente nos últimos vinte anos, os adeptos da doutrina da metáfora dos diálogos e do constitucionalismo popular se deram conta de que a criação da jurisdição e do Tribunal Constitucional no Brasil autoriza decidir, em caráter definitivo, questões jurídicas controversas, com resultados opostos a um pretenso sentimento popular? Não parece ser essa a realidade do constitucionalismo brasileiro. No fundo, o que se questiona, sem todas as cartas abertas, é a própria existência de uma jurisdição constitucional.

2.4. Nova leitura da cláusula da inafastabilidade da jurisdição

O direito de acesso à jurisdição apresenta também feições e significados distintos de acordo com o contexto político e o desenho institucional vigente, comportando múltiplas acepções para salvaguardar não apenas o simples acesso aos tribunais, canalizando uma genuína abertura de participação democrática, mas a um direito à tutela jurisdicional adequada, o que se aplica logicamente ao exercício da fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos.

Nesse sentido, Canotilho, ao vincular o devido processo legal ao direito à tutela jurisdicional, destaca que o Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais em Portugal (Lei 15/2002) traz a seguinte definição quanto ao tema:

[D]ireito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, cada pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar e de obter as providências cautelares destinadas a assegurar o efeito útil da decisão⁶⁰⁵.

Enfatiza o autor português que a imbricação do direito de acesso aos tribunais com os direitos fundamentais resulta em “dimensões inelimináveis do núcleo essencial da garantia

importante pontuar que o debate acerca da legitimidade político-jurídica da reeleição, bem como da necessidade ou não de desincompatibilização cabe ao Congresso Nacional, necessário o diálogo com o Poder Legislativo para aprimorar os mecanismos de proteção da democracia”.

⁶⁰⁴ Para além de inúmeros Mandados de Segurança julgados pela Corte nesse sentido, o STF, no julgamento da ADI 4412/DF, prestigiou as decisões do CNJ no que concerne às suas atribuições constitucionais, assentando a sua competência exclusiva para julgar ações ajuizadas contra atos daquele órgão. Por consequência, reafirmou a constitucionalidade do art. 106 do Regimento Interno do CNJ à luz da Constituição e da jurisprudência recente do STF.

⁶⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 495-496.

institucional da via judiciária”⁶⁰⁶, do que resulta tanto uma decisão adequada quanto a proteção jurídica eficaz e temporalmente escoreita⁶⁰⁷.

Sublinhe-se, ainda, que a preocupação com a efetividade de jurisdição encontra guarida em distintos documentos internacionais. Veja-se, por exemplo, o que consta no art. 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 1948 pelo Brasil e por outros países sob a égide da Organização das Nações Unidas: “Toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”⁶⁰⁸.

Examine-se, ainda, o art. 8º, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, igualmente incluído no ordenamento jurídico pátrio:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza⁶⁰⁹.

Repare-se, ainda, naquilo que contém o art. 2º, § 1º, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, no ano de 1966, e internalizado no País:

Os Estados-Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição⁶¹⁰.

⁶⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 495-502.

⁶⁰⁷ Sustenta, nessa linha de ideias, que as formulações de regras formais confusas podem violar o direito fundamental: “Pressupõe, porém, que a determinação legal da via judiciária adequada não se traduza, na prática, num jogo formal sistematicamente reconduzível à existência de formalidades e pressupostos processuais cuja ‘desatenção’ pelos particulares implica a ‘perda automática das causas’” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 498).

⁶⁰⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁶⁰⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica*. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁶¹⁰ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*. XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. 1966. Disponível em: http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2pidcp.html. Acesso em: 10 jul. 2019.

Lembre-se, porque oportuno, que no concerne aos tratados internacionais de direitos humanos, anteriores à Emenda Constitucional 45/2004, que inseriu o § 3º no art. 5º do Texto Magno, o Supremo Tribunal Federal conferiu-lhes *status* supralegal, ou seja, abaixo das disposições constitucionais, mas acima das leis infraconstitucionais⁶¹¹. Possuem, portanto, força normativa incontestada, inclusive superior às regras processuais.

No plano nacional, a garantia positivada pelo legislador constituinte no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988⁶¹², como explicitado, não possui limitações ou condições semânticas em sua redação⁶¹³, nem tampouco o legislador constituinte trouxe hipóteses de exclusão material apriorística de exame pelo Poder Judiciário, como ocorrera, como visto, em todas as constituições na República. Vale dizer, a doutrina dos “atos políticos”⁶¹⁴ e a proibição de sindicabilidade do mérito das decisões políticas pelo Poder Judiciário – que sempre estiveram presentes na vida institucional brasileira, seja por disposição expressa do texto constitucional (CFs 1934, 1946 e 1967), seja por dissuasão exógena dos governos de plantão ou de outros atores e intérpretes inquietos com a possível usurpação das funções – não têm, ao menos no sistema constitucional estatuído pela CF/1988, amparo normativo.

De todo modo, a redação atual do dispositivo não se esgota mais na simples proscrição de impedimentos ou entraves jurídicos, concepção negativa típica das revoluções e dos Estados liberais dos séculos XVII e XVIII. Reclama, pelo contrário, um novo papel do Estado-juiz na sua promoção e implantação⁶¹⁵. Compreende, ainda, nova roupagem analítica, constituindo genuíno direito subjetivo a uma resposta estatal célere e adequada ao conflito⁶¹⁶, tendo como destinatários imediatos, portanto, juízes, legisladores e os administradores públicos.

A consolidação desse desenho institucional e de fatores políticos exógenos ao Poder Judiciário, objetos de reflexão permanente nas decisões dos juízes e Cortes, repercute na

⁶¹¹ RE 466.343/SP, de relatoria do Ministro Cezar Peluso.

⁶¹² “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁶¹³ Não abriga mais apenas os direitos individuais, como faziam as constituições de 1934 e 1946, nem tampouco exclui o ato político, como fez a CF/37. Confirma-se o Art. 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁶¹⁴ Cf. HORBACH, Carlos Bastide. Controle judicial da atividade política: as questões políticas e os atos de governo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 182, p. 7-16, 2009.

⁶¹⁵ É preciso reconhecer, insista-se, que o legislador constituinte de 1988 repudiou a limitação do dispositivo previsto no art. 150, § 4º, da Carta de 1967 (“A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”), ou das restrições trazidas pelo Ato Institucional 5, e depois incorporadas nos arts. 181 e 182 da Carta de 1969, que excluía da apreciação do Poder Judiciário os atos praticados pelo comando da Revolução de 64 e outras hipóteses.

⁶¹⁶ Nelson Nery Júnior lembra que “Pelo princípio constitucional do direito de ação, todos têm direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio” (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 132-133).

mudança de comportamento e mentalidade dos magistrados brasileiros, com a introdução da fecunda ideia de desburocratizar canais de atendimento na pacificação dos conflitos e de transformar a cultura jurídica no Brasil.

E, nesse sentido, constitui também corolário lógico a ideia de que os direitos fundamentais hoje não são mais concebidos dentro de uma perspectiva individualista. Pelo contrário, reconhece-se a dimensão objetiva dos direitos fundamentais⁶¹⁷ que se liga à compreensão de que eles não só conferem aos particulares direitos subjetivos como constituem também as próprias bases jurídicas da ordem jurídica da sociedade⁶¹⁸, a denotar, a toda evidência, a necessidade de posturas jurisdicionais criativas para viabilizar a justa solução do caso em concreto, bem como um conjunto de iniciativas institucionais dos juízes e Cortes na promoção dos serviços públicos.

Some-se a isso a citada força normativa da Carta de Direitos, nas lições clássicas de Konrad Hesse, que pressupõe não só a verificação da natureza singular da realidade (elementos sociais, políticos e econômicos) e o plano normativo pactuado, mas, antes, a incorporação do “estado espiritual (*geistige Situation*) do seu tempo” para ordenar e conformar a realidade política e social e, por fim, a capacidade de se adaptar a uma eventual mudança dessas condicionantes⁶¹⁹. Evidente, portanto, a reverberação da dimensão substancial e a ampliação dos destinatários (ao cumprimento) desse comando assegurado pela CF/88.

Registre-se, também, a lição de Norberto Bobbio sobre a necessidade da “especificação” dos direitos fundamentais do homem, para que, ao final, não se tornem um conjunto de fórmulas vazias. Preconizou o autor italiano que, diante das inúmeras transformações sociais, econômicas, políticas e culturais, o aperfeiçoamento contínuo dos direitos constituiria sinal de avanço e de progresso da comunidade e dos seus indivíduos. A materialização e a especificação dos referidos direitos consistem em nada mais do que a “passagem gradual, porém, cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos”⁶²⁰.

Impõem-se rememorar também determinados aspectos referentes ao desenvolvimento epistemológico da concepção jurídico-política da inafastabilidade da jurisdição, porquanto

⁶¹⁷ Cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁶¹⁸ Neste contexto, retoma-se a lição de José Joaquim Gomes Canotilho no que denominou de “função de prestação social” e “função de não discriminação” das liberdades (direitos) fundamentais, que se traduzem no dever do Estado em assegurar e promover, em nome de bens jurídicos consolidados na Carta de Direitos, sobretudo no que concerne à igualdade dos cidadãos (última função), direitos e políticas sociais, bem como medidas capazes de materializar a propalada igualdade dos cidadãos (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 408-410).

⁶¹⁹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 20-21.

⁶²⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 58-59.

guardam vínculos indissolúveis com a evolução da própria atividade jurisdicional e, por consequência, com a efetiva materialização da tutela adequada.

Destacam-se na literatura jurídica, a propósito, as soluções (“ondas”) dos movimentos identificados por Mauro Cappelletti e Bryant Garth nas décadas de 1970 e 1980, as quais contribuíram para assegurar maior substância ao Direito em exame. Os referidos autores preconizaram as primeiras soluções ao acesso à Justiça: a ampliação da assistência judiciária aos mais pobres⁶²¹ e a representação jurídica aos interesses difusos⁶²², que têm, no caso do direito brasileiro – além da previsão da gratuidade no texto constitucional para aqueles que não podem arcar com as despesas do processo – instituições judiciais típicas para a complexidade das relações sociais, tanto na justiça constitucional quanto no microssistema da Justiça, conforme previsão positivada na CF/1988 (art. 98, I)⁶²³ e na legislação infraconstitucional, *ex vi* das Leis 9.099/95, 10.259/2001 e 12.153/2009.

A terceira “onda” apresenta, por seu turno, pontos convergentes com a implantação de políticas públicas, o que os autores denominaram de “um novo enfoque de acesso à Justiça”, compreendendo “sua atuação no conjunto geral das instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”⁶²⁴. Ao transportar a concepção dos autores para o exercício da jurisdição constitucional e da larga competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal, a materialização desse direito fundamental incorporará nova roupagem, constituindo genuíno direito objetivo a uma resposta estatal célere e adequada ao conflito normativo, dentro dos parâmetros de uma corte deliberativa⁶²⁵, e com utilização “*cum grano salis*” dos poderes para o exercício da

⁶²¹ Advertem os autores que não pode ser esse o único enfoque a ser dado às reformas da Justiça. “Existem limites sérios na tentativa de solução para a assistência judiciária. Antes de mais nada, para que o sistema seja eficiente, é necessário que haja um grande número de advogados, um número que pode exceder até a oferta, especialmente em países em desenvolvimento. Em segundo lugar, mesmo presumindo que haja advogados em número suficiente no país, é preciso que eles se tornem disponíveis para auxiliar aqueles que não podem pagar por seus serviços. Isso faz necessária grande dotação orçamentária, o que é problema básico dos esquemas de assistência judiciária (...). Em terceiro lugar, a assistência judiciária não pode, mesmo quando perfeita, solucionar o problema das pequenas causas individuais” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 47-48).

⁶²² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 49-66.

⁶²³ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

⁶²⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 67-68.

⁶²⁵ MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 54-73.

coordenação de interesses e de colaboração normativa, conforme será demonstrado nos próximos capítulos.

No caso brasileiro, a partir do recorte temporal da Constituição Federal de 1988, é perceptível o avanço incontestável de instrumentos político-normativos de eliminação ou mitigação de entraves burocráticos, financeiros e jurídicos, bem como a evolução desenvolvida para viabilizar o acesso direto aos órgãos e sistemas judiciários, em todos os níveis de atuação do Poder Judiciário, incluindo o recrudescimento do rol de legitimados para o exercício da jurisdição constitucional.

Como se vê, a inafastabilidade da jurisdição constitui um dos pilares do constitucionalismo moderno. De fato, os fundamentos políticos que permearam a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a partir da aprovação da Emenda Constitucional 45/04, e a sucessiva construção de metas administrativas para o julgamento de processos (programas de atuação do Estado Judiciário)⁶²⁶, mostram a desmedida preocupação com a agenda política do aprimoramento dos sistemas da Justiça, a exigir, por corolário lógico, a adoção de políticas públicas específicas em todos os níveis de atuação, sobretudo nos rearranjos institucionais entre instituições e órgãos do próprio Estado (v.g., convênios entre Judiciário, Defensoria Pública, Universidades e outros órgãos do Estado).

No que concerne ao tempo das decisões, muito embora as percepções subjetivas possam ser enganosas e alimentadas por casos específicos⁶²⁷, a preocupação com a adequação e a celeridade das decisões judiciais nunca esteve tão presente na órbita do legislador, quer do constituinte derivado, por meio da aprovação da EC 45/2004, que introduziu o direito fundamental à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (inc. LXXVIII, do art. 5º), quer do legislador infraconstitucional, conforme se depreende da leitura sistemática do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), que foi pródigo em estipular medidas e prazos para assegurar a cronologia e a celeridade dos julgamentos, em todos os multiníveis de atuação jurisdicional⁶²⁸. No plano da jurisdição constitucional, verifica-se que o Regimento Interno do STF também não se descurou em

⁶²⁶ Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sobre as metas*. 2021. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/sobre-as-metas>. Acesso em: 8 jan. 2021.

⁶²⁷ Lembra Claudio Weber Abramo que: “Embora se possa argumentar que, por serem subjetivas e desinformadas, percepções não devam exercer influência desmedida no traçado de políticas, o fato é que elas refletem a confiança do público no sistema – e confiança é um fator essencial na prestação dos serviços judiciais. Intervenções óbvias sobre as percepções incluem uma melhor prestação de informações, a eliminação dos casos muito antigos que alimentam o anedotário que circula na área e a correção de outros fatores associados a atrasos, como privilégios gozados por juízes” (ABRAMO, Claudio Weber. *Tempos de espera no Supremo Tribunal Federal*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 423-442, 2010).

⁶²⁸ Basta a leitura dos arts. 11 e 12, do CPC.

estabelecer certos parâmetros temporais, mas, como é de conhecimento geral, nem sempre respeitado⁶²⁹.

De todo modo, a introdução da fecunda ideia de desburocratizar canais de atendimento na pacificação dos conflitos tem levado à mudança de postura institucional do Poder Judiciário, especialmente da jurisdição constitucional – a qual será explicitado adiante – e transformou o comportamento e a mentalidade dos juízes e Cortes com impactos profundos, mas nem sempre positivos, na imagem transmitida pelos magistrados aos beneficiários diretos do sistema de Justiça.

⁶²⁹ É o que se extrai da leitura do art. 134 do Regimento Interno do STF.

3. REVISITAÇÃO À SEPARAÇÃO DE PODERES NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E ABDICAÇÃO LEGISLATIVA

O presente capítulo busca trazer algumas luzes teóricas e empíricas sobre o caráter dinâmico da cláusula de separação de poderes, mormente à luz da Constituição Federal de 1988, além de uma breve revisitação histórica pelas lentes da jurisdição constitucional. Não obstante, convém destacar, inicialmente, que a temática é catalisadora de outros importantes temas, de sorte que refoge ao escopo o aprofundamento vertical de todo aporte teórico deste fenômeno, uma tarefa multidisciplinar para distintas ciências humanas além do Direito (v.g., Ciência Política e Teoria do Estado).

Registre-se, desde logo, constituir verdadeiro truísmo a indicação da cláusula da separação de poderes como fundamento do edifício do constitucionalismo moderno⁶³⁰, voltada substancialmente para contenção do poder estruturante ou das forças reais de poder⁶³¹, forjando-se, por corolário, a essência do modelo do Estado de Direito. O oráculo multicitado por manuais⁶³², dissertações e teses é o trabalho de Charles-Louis de Secondat (Barão de Montesquieu)⁶³³, seguido também, muitas vezes, por menções honrosas às obras de John Locke⁶³⁴ e Aristóteles⁶³⁵.

⁶³⁰ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 122-123.

⁶³¹ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Trad. Walter Stonner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁶³² Cite-se, novamente, o trabalho de Nuno Piçarra, que enfatizou as conclusões paradoxais ancoradas da definição de separação de poderes partir do enfoque dado por Montesquieu: “No continente europeu, contudo, veio a prevalecer a ideia de que a história da separação de poderes começaria em Montesquieu, apenas se considerando os autores que anteriormente a tivessem exposto como meros ‘precursores’ do autor do Espírito das Leis. Esse enfoque histórico da separação dos poderes a partir da obra de Montesquieu e não, diretamente, da tradição e da constituição inglesas é, como se procurará demonstrar, um dos factores responsáveis por muita controvérsia, dos mal-entendidos e das perplexidades que se geraram, não só em torno da doutrina, como em torno do próprio princípio constitucional homónimo. E isto, basicamente, porque a versão de Montesquieu da doutrina da separação dos poderes constitui como que uma ‘síntese sincrética’ daquilo que se considerou serem as raízes remotas e as raízes próximas desta doutrina. Com efeito, no capítulo sobre a constituição de Inglaterra tanto pode ser lido um programa político que procura, num contexto monárquico-estamental, dar cumprimento ao ideal da constituição mista (distribuição do poder político pelas várias ‘partes constitutivas da sociedade’) como, na expressão sugestiva de Gwyn, se pode ler uma série de variações sobre o tema *da rule of law*” (PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 19-20).

⁶³³ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁶³⁴ O autor destacou que, se um único monarca for possuidor de todo o poder, não haveria nenhum magistrado nem apelo algum possível para qualquer pessoa, capaz de decidir com equidade, imparcialidade e autoridade, e de cuja decisão se possa esperar alívio e reparação por qualquer injúria ou inconveniência causadas pelo príncipe ou por sua ordem. Cf. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 461-462.

⁶³⁵ É conhecida a passagem na sua obra: “Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou

Curiosamente, frise-se, Aristóteles alinhavou interessante tipologia acerca de algumas funções dos tribunais e juízes, de acordo com as matérias a serem julgadas, e esses poderiam ser escolhidos entre a universalidade de cidadãos ou destacados de uma determinada classe. Os Tribunais seriam responsáveis, dentre as funções apontadas em “A Política”: (i) por zelar pela apreciação das contas e das condutas dos magistrados; (ii) pela análise das malversações financeiras; (iii) pelo exame dos crimes de Estado ou atentados contra a Constituição; (iv) pela análise e aplicação de multas; (v) pelos contratos entre particulares; (vi) pelos casos de homicídio, pelos negócios dos estrangeiros e os casos (gerais) mínimos⁶³⁶.

Como se vê, a natureza cambiante da atividade jurisdicional, ancorada também no dinamismo da cláusula da separação de poderes, não é fenômeno contemporâneo, próprio de um constitucionalismo liberal. Nesse sentido, diversos teóricos insistem em desvelar raízes do princípio já na Antiguidade, especialmente na Grécia e em Roma⁶³⁷, com sentido outro que não a contenção do poder. Nesse cenário, Loewenstein informa que o constitucionalismo da Antiguidade não estava ancorado na separação de poderes, na distribuição de funções e na proteção das liberdades fundamentais dos indivíduos, mas estava provavelmente centrado na questão da igualdade perante o Estado, o que o diferencia substancialmente do desenvolvimento do princípio projetado na teoria de Montesquieu e no âmbito das primeiras constituições escritas que o positivaram⁶³⁸.

Citem-se, ainda, as observações de Maquiavel, em sua clássica obra “O Príncipe”, sobre o modelo do governo francês, no sentido de que os príncipes não deveriam concentrar todas as atividades, especialmente quanto à execução das penas, que deveria ser incumbência realizada por terceiro, com o propósito de poupar o príncipe. Vale dizer, as funções não deveriam estar canalizadas apenas na pessoa do soberano⁶³⁹.

poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição” (ARISTÓTELES. *A política*. 3. ed. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 127).

⁶³⁶ ARISTÓTELES. *A política*. 3. ed. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 141-143.

⁶³⁷ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 31-40.

⁶³⁸ LOWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976. p. 56-57.

⁶³⁹ “Dentre os reinos bem governados e bem-ordenados de nossos tempos, conta-se a França, onde se encontram inúmeras constituições boas, das quais dependem a liberdade e a segurança do rei. A principal delas é o parlamento e sua autoridade, pois quem ordenou esse reino, conhecendo a ambição e a insolência dos poderosos e julgando necessário pôr-lhes um freio na boca para corrigi-los, além de, por outro lado, conhecer o ódio do universal contra os grandes, ódio este fundado no medo, e querer dar-lhe segurança, não quis que essa preocupação específica recaísse sobre o rei, a fim de poupá-lo de ser acusado pelos grandes de favorecer os populares e de ser acusado pelos populares de favorecer os grandes. Por isso, constituiu um terceiro juiz com a função de controlar os grandes e favorecer os pequenos sem ônus para o rei. (...) Disso se pode extrair outra coisa digna de nota: a de que os príncipes devem fazer os outros encarregar-se do que acarreta ônus e eles próprios do que acarreta boas graças.

Nessa linha de ideias, Manoel Gonçalves Ferreira Filho assentou:

O realismo da Antiguidade tem como uma de suas manifestações mais patentes o reconhecimento da divergência entre os estamentos sociais: ricos, pobres e classe média. Disto, extrai o pensamento antigo uma primeira consequência, observada no plano dos fatos, a de que ora um deles, ora outro, prevalece na organização política. E uma segunda, que é uma lição: a prevalência de uma classe sobre as outras acarreta graves inconvenientes. Tudo isso aparece claramente na obra de Aristóteles. Daí a proposta de atenuar o conflito, impedindo o abuso de um dos estamentos, por meio de um governo misto, que ensinasse um certo equilíbrio entre os três. (...) Tal forma de governo seria a melhor, em termos do possível⁶⁴⁰.

Nuno Piçarra aduz, por sua vez, que a doutrina da separação de poderes emergiu, pela primeira vez, no século XVII, na Inglaterra, associada à repartição dos poderes como pré-requisito à *rule of law*⁶⁴¹, que precede a própria existência do Estado de Direito, em contraponto ao Estado Absoluto, sendo que a legislação estava integrada à atividade jurisdicional. Em seguida, a teoria evoluiu e passou a estar intimamente vinculada às necessárias distinções legislativas e executivas, em que o rei integrava o próprio parlamento (*King in Parliament*)⁶⁴², reunindo a Câmara dos *Lords* (nobreza) e a Câmara dos Comuns, com a junção dos diversos estamentos ali então existentes.

Ademais, em defesa da formação do contrato social para conservação da propriedade e da segurança jurídica, John Locke não concebia os poderes do Estado apenas na visão binária do legislativo-executivo, mas, antes, alinhavou também a função de um poder federativo voltado para celebração de atos e tratados com autoridades estrangeiras⁶⁴³. De todo modo, ainda que dentro da limitação do cenário do *King of Parliament* na realidade inglesa, a doutrina da

Novamente concluo que um príncipe deve estimar os grandes, mas não se fazer odiar pelo povo” (MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Trad. Maria Júlia Goldwasser. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 92-93, grifou-se).

⁶⁴⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 13.

⁶⁴¹ Associada à embrionária ideia no sentido de que a aplicação imparcial das leis não ocorrerá por aqueles que a criaram.

⁶⁴² O autor português assenta: “Percebe-se facilmente que, neste contexto, a exigência de total separação orgânico-pessoal entre poder legislativo e poder executivo já extravasa a natureza exclusivamente jurídica que assumia no quadro de *rule of law*. Tal exigência é agora marcadamente política: do que se trata é de excluir o poder executivo (não já no sentido de poder judicial, como na anterior versão da doutrina da separação dos poderes, mas no sentido governativo), então identificado com o rei, da contitularidade do poder legislativo. Este apenas deve caber a uma assembleia de representantes eleitos, como corolário da ideia democrática de soberania popular” (PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 56-57).

⁶⁴³ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 514-528.

separação de poderes, em Locke, destacou-se pela supremacia do legislador no interior do Estado⁶⁴⁴, embora sujeito às limitações estabelecidas no contrato social.

Os diagnósticos possíveis até aqui repousam na dicotomia explicitada, em que parcela significativa da literatura especializada reafirmava a vinculação do princípio da separação de poderes com o governo sob a égide da Constituição mista, voltada para o equilíbrio e não necessariamente para a contenção do poder – fato esse que levaria ao desenvolvimento do conjunto analítico das ideias contemporâneas –, ao passo que o embrionário nascimento da separação efetiva das funções estatais ganhava corpo substancial na disputa entre os Poderes Legislativo e Executivo. Nesse sentido, é conhecida aceção encontrada no multicitado art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição”. Todavia, reconheço que nem todo o aporte teórico admite tal transição. Com efeito, ao refutar a identidade dessa forma de governo misto com uma das aceções do princípio da separação de poderes, Conrado Hübner Mendes assentou:

Na sua origem, a constituição mista corresponde à mescla das formas simples de governo (governo de um, de poucos e de muitos). Buscou promover um equilíbrio de forças que emergiam dos “impulsos da realeza, da aristocracia e do povo”. Dito de outro modo, surgiu como um ideal de equilíbrio de poderes entre diferentes grupos dentro de uma sociedade hierarquizada e estamental. Não estava associada, ainda, a um esquema de divisão de funções institucionais, ao modo dos ‘freios e contrapesos’. Pressupunha uma sociologia (uma certa organização social). Cada agência de poder, por isso, se definia pela ordem social que a dominava⁶⁴⁵.

Evidentemente que a intenção de lançar algumas luzes sobre a história do instituto não significa desnaturar sua principal compreensão hermenêutica na atualidade, mas, antes, procura-se apontar que tais feições jamais poderão ter caráter estático e universal, impondo-se, por corolário, seu exame analítico em harmonia com o aspecto temporal e, principalmente, com o contexto político-jurídico atual de cada país. Além disso, o desenho institucional de um Estado e o comportamento dos agentes políticos constituem ingredientes fundamentais ao exame do instituto.

⁶⁴⁴ Nesse sentido: “Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo. Pois o que pode legislar para outrem deve por força ser-lhe superior; e como o legislativo o é tão-somente pelo direito de elaborar leis para todas as partes e para cada membro da sociedade, prescrevendo regras para suas ações e concedendo poder de execução onde quer que sejam transgredidas, deve por força ser o poder supremo, e todos os demais poderes depositados em quaisquer membros ou parte da sociedade devem derivar dele ou ser-lhe subordinados” (LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. 2. ed. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 519).

⁶⁴⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 172-173.

Nesse sentido, relembre-se que a locução tem sido empregada em múltiplas acepções, algumas incompatíveis entre si, o que a torna um dos mais confusos termos do vocabulário do pensamento político e constitucional. Registre-se que, dentre os sentidos possíveis (já citados), Nuno Piçarra destaca: (i) distinção entre os conceitos de legislativo, executivo e judicial, para designar quer funções estatais distintas, quer os órgãos que respectivamente as exercem; (ii) independência ou imunidade de um órgão estatal, quanto ao(s) seu(s) titular(es) ou quanto aos seus atos, perante a ação ou interferência de outro; (iii) limitação ou controle do poder de um órgão estatal mediante o poder conferido a outro órgão de anular ou impedir a perfeição dos atos do primeiro, ou mediante a responsabilização de um perante o outro; (iv) participação de dois ou mais órgãos, independentes entre si, da mesma função estatal, em ordem à prática de um ato imputável a todos; (v) incompatibilidade de exercício simultâneo de cargos em diferentes órgãos⁶⁴⁶.

Não se pode perder de vista, igualmente, que, apesar de o desenvolvimento de algumas concepções – que inspiraram o constitucionalismo liberal do século XVIII – terem precedido a conhecida tese desenvolvida na obra *Espírito das Leis*, publicada no fim da metade do século XVIII (1748), Montesquieu foi reverenciado como o precursor da doutrina da separação de poderes, um dos alicerces do Estado de Direito⁶⁴⁷. O pano de fundo da obra era, sem dúvida alguma, a estruturação das instituições inglesas, conforme se extrai do próprio título do capítulo que conduz ao desenvolvimento da teoria (“Da Constituição da Inglaterra”), embora a

⁶⁴⁶ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional: um Contributo para o Estudo das Origens e Evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 12.

⁶⁴⁷ Danilo Zolo assentou: “Em termos mais analíticos, pode-se afirmar que o Estado de Direito é uma figura jurídico-institucional que resulta de um processo evolutivo secular que leva à afirmação, no interior das estruturas do Estado moderno europeu, de dois princípios fundamentais: o da ‘difusão do poder’ e os da ‘diferenciação do poder’. O ‘princípio da difusão’ tende a limitar, com vínculos explícitos, os poderes do Estado para dilatar o âmbito das liberdades individuais. Ele implica, por isso, uma definição dos poderes públicos e da sua relação com os poderes dos sujeitos individuais, também eles juridicamente definidos” (ZOLO, Danilo. *Teoria crítica do Estado do Direito*. Trad. Carlos Alberto Dastoli. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 30-31).

compreensão da sua doutrina seja relevante no contexto global da obra⁶⁴⁸, com todos os paradoxos e conjunturas na descrição de funcionamento das referidas instituições⁶⁴⁹.

Nesse sentido, para além de estatuir, logo no livro primeiro, uma tipologia das leis “quanto às suas relações para com os diversos seres”, em que demonstra um apreço maior pelas leis positivas – dentre elas o Direito das Gentes, Direito Político e o Direito Civil, que encarnam hoje, respetivamente, o direito internacional, o direito público e o próprio direito civil⁶⁵⁰ –, Montesquieu tratou, no segundo e terceiro livro, das distintas espécies de governo e das leis que regem cada um: o governo republicano, subdividido em democracias e aristocracias, o monárquico e o despótico, em que se debruça, de forma pormenorizada, acerca da conduta dos poderes entre si e a sua distribuição no âmbito dos diversos grupos sociais⁶⁵¹. Além disso, o pensador francês alardeou que a democracia poderia subsistir apenas nos pequenos territórios

⁶⁴⁸ Nuno Piçarra rememora: “Como se demonstrará, sem uma leitura integrada, alguma das ideias de Montesquieu sobre a separação dos poderes aparecerão como mais ou menos obscuros aforismos, que têm dado azo a tantas interpretações diversas quanto aos intérpretes. É fácil demonstrar que os pontos de partida de Montesquieu para a exposição do tema coincidem com algumas das mais consagradas ideias do pensamento político inglês. Desde logo, a ideia de natureza humana nas suas relações com o poder político, impregnada de um pessimismo antropológico que, de há muito, constituía lugar-comum em Inglaterra: «É uma experiência eterna que todo o homem que tem o poder é levado a abusar dele; vai até encontrar limites (...). Para que ninguém possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder»” (PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 89-90).

⁶⁴⁹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho consignou, de forma incisiva: “De duas, uma. Ou Montesquieu descreveu uma Constituição da Inglaterra desatualizada, e isso depõe contra a sua capacidade de observação, ou ele, tomando a Constituição inglesa como pretexto, procura ‘vender’ uma fórmula ou receita política, tendo em vista a renovação das instituições francesas, especialmente. Não faltam adeptos à segunda alternativa. De qualquer forma, como salientou Voltaire, o elogio da Constituição inglesa foi o que mais agradou na França” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 255).

⁶⁵⁰ “Estes dois tipos de estado de guerra fazem com que se estabeleçam leis entre os homens. Considerados como habitantes de um planeta tão grande, a ponto de ser necessária a existência de diferentes povos, existem leis na relação que estes povos possuem entre si; é o Direito das Gentes. Considerados como membros de uma sociedade que deve ser mantida, existem leis na relação entre aqueles que governam e aqueles que são governados; é o Direito Político. Elas existem ainda na relação que todos os cidadãos possuem entre si; e é o Direito Civil” (MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 15).

⁶⁵¹ “Existem três espécies de governo: O REPUBLICANO, O MONÁRQUICO E O DESPÓTICO. ‘(...) o governo republicano é aquele no qual o povo em seu conjunto, ou apenas uma parte do povo, possui o poder soberano; o monárquico, aquele onde um só governa, mas através de leis fixas e estabelecidas; ao passo que, no despótico, um só, sem leis e sem regra, impõe tudo por força da sua vontade e de seus caprichos.’ (...) Quando, na república, o povo em conjunto possui o poder soberano, trata-se de uma *Democracia*. Quando o poder soberano está nas mãos de uma parte do povo, chama-se uma *Aristocracia*” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das Leis*. 3. ed. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 19-20).

e, no momento em que reconhece a possibilidade de corrupção no modelo republicano, deixa evidente, nessa fase, a importância da adoção de uma separação de poderes⁶⁵².

Voltando ao tema específico da separação de poderes, é no livro XI do Espírito das Leis, capítulo VI, intitulado “Da Constituição da Inglaterra”, que Montesquieu vai se debruçar, de forma mais exaustiva, sobre o funcionamento do Parlamento Inglês e de cada uma das funções ali existentes⁶⁵³. E aqui pretende-se debruçar sobre aspectos poucos explorados pela literatura – para além da conhecida passagem sobre a inércia dos juízes, que é estranha, aliás, à realidade jurídica inglesa⁶⁵⁴, traduzida na conhecida locução “da boca que pronuncia as palavras da lei”, embora, ao final, o autor faça uma ressalva importante quanto ao resultado da interpretação do poder de julgar (“*la puissance de juger*”), ainda que realizada pelo corpo legislativo em sua atividade primária ou nas exceções contempladas pelo autor. Confira-se:

Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, rigorosa demais. Mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei: são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor. Assim, é a parte do corpo legislativo que acabamos de dizer ter sido, em outra oportunidade, um tribunal necessário que se mostra de novo necessária agora; sua autoridade suprema deve moderar a lei em favor da própria lei, sentenciando com menos rigor do que ela⁶⁵⁵.

Nessa linha de ideias, para além de não estar mais associada à aristocracia do Parlamento, o poder de julgar deveria ser exercido por pessoas extraídas da classe popular, em certas épocas do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que apenas durasse o tempo necessário⁶⁵⁶. Estranhamente, a inquietação do autor em conferir legitimidade popular a tal departamento não se voltava com a mesma atenção para os poderes legislativo, então

⁶⁵² MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 121-137.

⁶⁵³ “Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil” (MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 167-168).

⁶⁵⁴ Nuno Piçarra afirma: “Ora, são bem conhecidas quer a função inequivocamente criadora e constitutiva do Direito dos juízes ingleses quer a margem de autonomia decisória, no quadro do sistema de precedentes do *common law*. É igualmente certo que as ideias de Montesquieu já haviam sido ventiladas durante a guerra civil inglesa, em que se chegou a defender que, perante a lei, os juízes não fossem mais que ‘*cyphers to pronouce sentences*’ ou mesmo que o poder judicial fosse composto por jurados. O que importa aqui salientar é que esta concepção da função judicial exposta por Montesquieu está em total consonância com o programa iluminista e, em larga medida, em contradição com a sua concepção geral do Direito, que é, como se viu, de pendor mais historicista e empírico, e onde não cabe exactamente a ideia de lei que tal concepção da função judicial pressupõe” (PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 97-98).

⁶⁵⁵ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 175.

⁶⁵⁶ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 169.

expressão da vontade geral, e executivo, sendo que os julgamentos nunca deveriam ser “mais do que um texto preciso da lei”⁶⁵⁷.

Outro marco importante da obra do pensador francês, para além de associar determinados extratos sociais às funções distintas do poder⁶⁵⁸ e transformar a doutrina da separação de poderes em critério da existência do Estado Constitucional⁶⁵⁹, foi admitir a possibilidade de ingerência e simbiose nas funções estatais, ao menos entre os Poderes Legislativo e Executivo⁶⁶⁰, limitando-se, pois, a repudiar a concentração de todo o poder nas mãos de uma só pessoa, que caracterizaria a tirania⁶⁶¹. Nessa linha de ideias, como é de conhecimento geral, apesar de reconhecer a polissemia de significados, a liberdade em Montesquieu estava vinculada a fazer tudo aquilo que a lei permite⁶⁶².

Nesse sentido, as citadas faculdades “de estatuir” ou “de impedir”, clássicas expressões de Montesquieu⁶⁶³, ou modernamente *veto players*⁶⁶⁴ (ou, tradicionalmente, legislador negativo de Kelsen) – consubstanciadas, respectivamente, no poder-dever de corrigir e de anular os atos dos demais poderes para a mudança do *status quo* –, eram aplicáveis em desfavor dos poderes legislativo e executivo, e não em relação ao poder judiciário⁶⁶⁵. Assim, a separação de poderes estava condicionada à existência de instrumentos de limitação, mas não necessariamente foi imposta em densidade de igualdade a todos os ramos e departamentos estatais.

⁶⁵⁷ “Os outros dois poderes poderiam ser dados antes a magistrados ou a corpos permanentes, porque não são exercidos sobre nenhum particular, sendo um apenas a vontade geral do Estado e o outro a execução desta vontade geral. Mas, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos” (MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 169-170).

⁶⁵⁸ O autor chegou a afirmar que o poder legislativo seria confiado ao corpo dos nobres e ao conjunto dos eleitos para representar o povo, que terão cada um suas assembleias e suas deliberações separadamente, e opiniões e interesses separados (MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 171-178).

⁶⁵⁹ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 122-123.

⁶⁶⁰ Todavia, diferentemente de Locke, Montesquieu não concebe que uma função estatal pode ter dupla natureza, sendo necessário garantir que a edição de leis gerais e abstratas e a sua execução fiquem organicamente separadas.

⁶⁶¹ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 167-169.

⁶⁶² MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 166.

⁶⁶³ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 172-173.

⁶⁶⁴ Cf. TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto: como funcionam as instituições*. Trad. Micheline Christophe. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

⁶⁶⁵ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 173-175.

Curiosamente, os pais fundadores nutriam certa desconfiança política na própria democracia e na soberania dos legisladores⁶⁶⁶, a exemplo do que ocorrera com os constituintes nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, porquanto os congressistas estariam menos suscetíveis a alguma restrição, sendo mais robustos, por consequência, os seus poderes constitucionais para sobrestar qualquer tentativa de usurpação (em relação aos demais poderes). Outro alegado fator dessa hegemonia, segundo tal visão, repousa na posição privilegiada do Legislativo quanto ao poder de dispor sobre a remuneração dos servidores dos demais poderes⁶⁶⁷. Dito de outro modo, a soberania do parlamento não estava prevista no horizonte da Constituição norte-americana, mas, antes, apregoava-se à supremacia do texto constitucional, do que resulta na impossibilidade natural de os parlamentares serem “os juízes constitucionais dos seus próprios poderes e que a interpretação que eles decidirem seja obrigatória para os outros ramos do governo”⁶⁶⁸. Isso porque, de acordo com tal visão dogmática, não se pode esperar que o órgão responsável pela edição de leis inconstitucionais, passe, agora, a ter uma sincera disposição para ajustá-la ou mitigar seus efeitos⁶⁶⁹.

Para corroborar a sua tese, James Madison, sob o codinome *Publius*, cita um excerto das Notas sobre o Estado da Virgínia, em que aponta que o “despotismo eletivo” não foi a forma de governo eleita pelo povo e que, diferentemente de outros poderes, o Legislativo não encontraria barreiras caso decida assumir as funções dos demais poderes⁶⁷⁰. Todavia, estranhamente, a revisão constitucional não seria instrumento eficaz para evitar a usurpação das funções dos outros ramos do poder⁶⁷¹.

Diante desse cenário, a definição do “*locus*” da instituição representativa da soberania popular não parece ser tarefa fácil, seja num arquétipo alinhavado sem a previsão expressa do controle de constitucionalidade das leis, seja num ambicioso texto constitucional com cláusulas

⁶⁶⁶ James Madison apregoou: “Em uma república representativa, porém, em que a atuação do Executivo é cuidadosamente limitada, tanto na extensão como na duração de seu poder; onde o Legislativo é exercício por uma assembleia, credenciada por uma suposta influência sobre o povo e com uma absoluta confiança em seu poderio; sendo suficientemente numerosa para perceber as tendências que atuam sobre a massa, mas não tanto que se torne incapaz de perseguir os objetivos de suas ambições, utilizando os meios prescritos pela razão – é contra os abusos deste legislativo que o povo deve orientar suas suspeitas e concentrar todas as suas precauções” (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: pensamento político*. 3. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, Russel, 2010. n. 48, p. 315-316).

⁶⁶⁷ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: pensamento político*. 3. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, Russel, 2010. n. 48, p. 315-316.

⁶⁶⁸ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: pensamento político*. 3. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, Russel, 2010. p. 479-480.

⁶⁶⁹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: pensamento político*. 3. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, Russel, 2010. p. 479-480.

⁶⁷⁰ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: pensamento político*. 3. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, Russel, 2010. p. 315-319.

⁶⁷¹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: pensamento político*. 3. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, Russel, 2010. p. 329-331.

autorizadoras para a edição de atos de fiscalização e ingerência por outros órgãos exógenos à casa legislativa. Tal cenário institucional é substancialmente inquietante quando grandes estímulos legislativos asseguram canais permanentes de participação popular na tarefa de interpretação abstrata das normas, incorporando, desse modo, a sensibilidade democrática, a fim de viabilizar a tentativa de convencer e persuadir juízes e os demais atores jurídicos a adotarem orientações judiciais alternativas⁶⁷².

Note-se que, diante do temor da atuação das facções sociais em fazer prevalecer, no âmbito do governo, os seus interesses particulares, os pais federalistas passam a defender um projeto apoiado na representatividade, na federalização e no sistema de separação de poderes, não elegendo *prima facie* órgão representativo da soberania popular⁶⁷³. Com efeito, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário não possuem o monopólio ou a primazia da representação popular. Assim, a partir desse momento, verifica-se, de forma indene de dúvida, a autonomia obtida pelo princípio da separação de poderes, que se desvencilha dos laços pretéritos com a doutrina da Constituição Mista.

O Poder Judiciário, por sua vez, identificado pela citada metáfora da ausência da posse da espada e da bolsa, era visto como o mais fraco dos Poderes⁶⁷⁴, um poder nulo e invisível. Isso porque, segundo tal visão:

O Executivo dispõe não apenas das honrarias, mas também da espada. O Legislativo, além de manter os cordões da bolsa, prescreve as normas pelas quais cada cidadão deve regular seus direitos e deveres. O Judiciário, porém, não tem a menor influência sobre a espada nem sobre a bolsa; não participa da força nem da riqueza da sociedade e não toma resoluções de qualquer natureza. Na verdade, pode-se dizer que não tem força nem poderio, limitando-se simplesmente a julgar, dependendo até do auxílio do ramo executivo para a eficácia dos seus julgamentos⁶⁷⁵.

⁶⁷² POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. *Democratic Constitutionalism: The Constitution in 2020*. New York: Oxford University, 2009. p. 25-34.

⁶⁷³ “Uma república, que defino como um governo no qual o esquema de representação tem lugar, abre uma perspectiva diferente e promete a cura que estamos buscando. Examinemos os pontos nos quais ela difere da democracia pura e compreenderemos tanto a natureza da cura como as vantagens que devem resultar da União. Os dois grandes pontos de diferença entre uma democracia e uma república são: primeiro, nesta última o exercício do governo é delegado a um pequeno número de cidadãos eleitos pelos demais; segundo, são bem maiores o número de seus cidadãos e a área que ela pode abranger. (...) Assim, vê-se claramente que a mesma vantagem que uma república apresenta sobre uma democracia, em controlar os efeitos de facções, é desfrutada por uma grande república em relação a uma pequena – e, pois, desfrutada pela União sobre os estados-membros que a compõe” (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: pensamento político*. 3. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, Russel, 2010. n. 10, p. 79-81).

⁶⁷⁴ Nas palavras de Montesquieu, o poder de julgar era invisível e nulo. Cf. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 169.

⁶⁷⁵ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: pensamento político*. 3. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, Russel, 2010. n. 78, p. 478.

Nitidamente, importar de forma acrítica tal corrente doutrinária para o constitucionalismo brasileiro pós-1988, sem os devidos filtros epistemológicos, incorreria no mesmo equívoco de incorporar o dicotômico conflito entre democracia e constitucionalismo (no modelo forjado no exterior), com presciente menosprezo pelo desenho institucional e voltado apenas para o estudo da arte quanto ao comportamento beligerante dos atores do Estado, em sua redução maximalista, consubstanciada na permanente disputa entre o Parlamento e o STF. A açodada compreensão hermenêutica acaba, quando menos, por emular – como categorias estáticas e uniformes – os pressupostos e as funções das atividades legiferantes e jurisdicional.

Pode-se afirmar, como se nota, que o caráter estanque e uniforme não é, e talvez nunca tenha sido, predicado da cláusula da separação de poderes, isto é, não há absoluta desvinculação entre os poderes legislativo, executivo e judiciário. Em outras palavras, para além da singela e insuficiente declaração dos limites no texto constitucional, o instrumento encontrado na Constituição norte-americana foi, ao invés da separação total e absoluta dos poderes, a introdução do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*)⁶⁷⁶.

Diante desse panorama histórico, torna-se impróprio afirmar que a paternidade do princípio da separação de poderes, nos moldes forjados no pensamento contemporâneo, possa ser atribuída exclusivamente a Montesquieu. O *Black's Law Dictionary* traz, a propósito, a seguinte acepção da separação de poderes:

[A] divisão da autoridade governamental em três ramos do governo – legislativo, executivo e judiciário – cada um com deveres específicos sobre os quais nenhum dos outros ramos pode invadir; a doutrina constitucional de freios e contrapesos destinada a proteger o povo contra o tirano⁶⁷⁷.

A ideia de controle, fiscalização e coordenação recíprocos (sistema de freios e contrapesos)⁶⁷⁸, portanto, descortina-se uma das linhas mestras do princípio da separação de

⁶⁷⁶ Nesse sentido: “A que expediente, então, deveremos recorrer, a fim de assegurar na prática a necessária repartição de atribuições entre diferentes poderes, conforme prescreve a Constituição? A única resposta que pode ser dada é que, se todas essas medidas externas resultarem inadequadas, o defeito deve ser corrigido alterando-se a estrutura interna do governo, de modo que as diferentes partes constituintes possam, através de mútuas relações, ser os meios de conservar cada uma em seu devido lugar” (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*: pensamento político. 3. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, Russel, 2010. n. 51, p. 329-330).

⁶⁷⁷ BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 8. ed. St. Paul: West, 2005. p. 1134.

⁶⁷⁸ “Foi assinalado no artigo anterior que o aforismo político então analisado não exige que os ramos legislativo, executivo e judiciário sejam totalmente desconectados uns dos outros. (...) Em uma república representativa, porém, em que a atuação do Executivo é cuidadosamente limitada, tanto na extensão como na duração de seu poder; onde o Legislativo é exercido por uma assembleia, credenciada por uma suposta influência sobre o povo e com uma absoluta confiança em seu poderio; sendo suficientemente numerosa para perceber as tendências que atuam sobre a massa, mas não tanto que se torne incapaz de perseguir os objetivos de suas ambições, utilizando os meios prescritos pela razão – é contra os abusos deste legislativo que o povo deve orientar suas suspeitas e

poderes no Estado de Direito contemporâneo, mas não a única⁶⁷⁹. Vale dizer, exige-se que os centros de poder, em que gravitam os atos normativos, “possuam características diferenciadoras capazes de os contrapor ou de criar entre eles tensões”⁶⁸⁰, ancorado na inaceitável clivagem absoluta entre a criação do direito e a mera aplicação pelo órgão jurisdicional.

No mesmo sentido, Nuno Piçarra destaca que, dentre as hipóteses de controle existentes, o sistema jurídico constituiria o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes no Estado de Direito contemporâneo, afigurando-se, historicamente⁶⁸¹, como contrapoder da atividade política. Isso porque a natureza exclusivamente jurídica do poder dos magistrados, despido também “de qualquer compromisso ou intenção política conjuntural, visando apenas a salvaguarda e a actualização”⁶⁸² dos valores fundamentais, o torna o departamento estatal mais adequado para o exercício dessa tutela.

De todo modo, a criação de mecanismos para resistir à tentativa de invasão e usurpação dos poderes, com a repartição em diferentes ramos interligados, fenômeno que aparentemente renasceu com contornos mais específicos nos últimos anos, constitui o vetor atual do arquétipo norte-americano que tanto inspirou as primeiras constituições brasileiras republicanas, embora o aporte teórico daquele país indicasse, num primeiro momento, a impossibilidade de atribuir a cada um dos ramos governamentais uma capacidade igual de autodefesa⁶⁸³, sendo a simples

concentrar todas as suas precauções” (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: pensamento político*. 3. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, Russel, 2010. n. 48, p. 315-316).

⁶⁷⁹ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 265.

⁶⁸⁰ E arremata o mestre português sobre a tensão entre legislativo e o judiciário: “Entre o órgão legislativo e o órgão jurisdicional tais características não decorrem do facto de cada um deles representar forças político-sociais portadoras de interesses divergentes, mas, simplesmente, do facto de cada um deles exercer funções material e teleologicamente diferentes, entre as quais existe uma particular tensão” (PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 260).

⁶⁸¹ “Tendo em conta que a ideia de uma função jurisdicional (*jurisdictio*), distinta do <*imperium* geral do Estado> e mesmo contraposta à função política ou governativa (*gubernaculum*) remonta às origens da monarquia inglesa, sendo considerada um actuação histórica da separação de poderes, pode-se dizer que, no Estado de Direito contemporâneo, de alguma maneira se voltou à velha contraposição *gubernaculum-jurisdictio*, embora atenuada nas suas fronteiras, assim se actuando também a separação de poderes numa fundamental modalidade” (PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 259).

⁶⁸² PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional: um Contributo para o Estudo das Origens e Evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 260.

⁶⁸³ Nesse cenário: “Todavia, a grande segurança contra uma gradual concentração de vários poderes no mesmo ramo do governo consiste em dar aos que administram cada um deles os necessários meios constitucionais e motivações pessoais para que resistam às intromissões dos outros. As medidas para a defesa devem, neste como em todos os demais, ser compatíveis com as ameaças de ataque. A ambição será incentivada para enfrentar a ambição. Os interesses pessoais serão associados aos direitos constitucionais. Talvez seja um reflexo da natureza humana que tais expedientes tenham validade para o controle dos abusos do governo” (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: pensamento político*. 3. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, Russel, 2010. n. 51, p. 330).

positivação no texto constitucional claramente insuficiente para a observância dos limites constitucionais⁶⁸⁴.

E tal contenção, por vezes, exigirá novos instrumentos normativos diante do refinamento contemporâneo da usurpação ou mitigação de funções típicas de outros Poderes, no que foi denominado de “jogo duro constitucional”, termo cunhado por Mark Tushnet, que consiste, grosso modo, numa estratégica política racional, instrumentalizada por reivindicações e práticas políticas exercidas dentro dos limites da prática constitucional existente, mas que, por outro lado, reveste-se de desconformidade com os compromissos fundadores do texto constitucional, com a finalidade de garantir a hegemonia do controle político, incluindo o domínio dos tribunais e o enfraquecimento dos seus oponentes⁶⁸⁵. Sem prejuízo, a mistura parcial das atribuições mostrava-se perfeitamente lícita, conforme demonstrou James Madison ao analisar as Constituições dos diferentes Estados-membros, em que apontou o intercâmbio das funções dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário⁶⁸⁶.

Todavia, ao final do século XIX, com o recrudescimento do papel do Estado na intervenção em outros domínios, aliado à dessacralização das leis e à desconstrução mitificada da atuação do Legislador e, ainda, do aumento substancial da atividade legiferante e do aparelhamento do estado administrativo, além da inversão da preeminência do Parlamento, o Poder Judiciário passou a avançar sobre os sentidos indeterminados dos textos constitucionais, com a superação anacrônica do formalismo, modificando as fecundas raízes da clássica acepção da separação de poderes, instrumentalizado agora, dentre outras possibilidades, pela abdicação e delegação legislativa em favor dos magistrados e tribunais.

Como se verá nas próximas linhas, nem toda lei é fruto da atuação da instituição representativa majoritária, nem tampouco existe uma supremacia judicial na interpretação constitucional quanto aos desacordos morais consolidados no texto constitucional, malgrado a última palavra possa ser definitiva, em muitas ocasiões, por meio do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Se é certo, por um lado, que o insulamento político do Poder Judiciário e a capacidade institucional superior do parlamento são vetores

⁶⁸⁴ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: pensamento político*. 3. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, Russel, 2010. p. 318-319.

⁶⁸⁵ TUSHNET, Mark V. *Constitutional Hardball*. *John Marshall Law Review*, Chicago, v. 37, p. 523-553, 2004.

⁶⁸⁶ “É bastante óbvio que, em alguns casos, o princípio fundamental ora em consideração foi violado por uma excessiva mistura e até mesmo uma concentração de poderes diferentes; e que em nenhum exemplo se encontra uma provisão adequada para assegurar, na prática, a separação delineada no papel. O que pretendi salientar foi que a acusação lançada contra a Constituição proposta, de violar a sagrada máxima do governo livre, não tem apoio nem no verdadeiro significado da referida máxima, conforme seu próprio autor, nem na interpretação que lhe foi dada até agora na América” (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: pensamento político*. 3. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, Russel, 2010. p. 312-313).

atípicos na escolha na tomada de decisões coletivas, é preciso verificar, de outra banda, se os demais Poderes reconhecem tais assertivas à luz do ordenamento jurídico vigente. Tal interação, somada à existência de múltiplos instrumentos concedidos pelo Legislativo, revela, de todo modo, a acepção cambiante do princípio da separação de poderes, que pode resultar em arranjos contingentes e instáveis de acordo com o contexto político.

Nesse sentido, apesar de o dogma da separação de poderes ser historicamente relevante para a tutela de formas institucionais de governo, do procedimento democrático e dos direitos humanos⁶⁸⁷, o entendimento contemporâneo de tal princípio não mais reserva ao juiz e as Cortes um papel excessivamente tímido, nem tampouco assegura, por outro lado, a primazia a qualquer das instituições constitucionalmente reconhecidas⁶⁸⁸.

De fato, na esteira das premissas (citadas no capítulo anterior) de Waldron quanto ao resultado da interpretação⁶⁸⁹, caso se concorde que as variáveis de legitimidade da democracia não se esgotam nesse critério, mas abrangem também os procedimentos, além do contexto histórico e do desenho institucional construído, não há por que excluir do Poder Judiciário brasileiro a legitimidade para encerrar o debate do exame da constitucionalidade das leis e atos normativos, o que, repise-se, não se confunde com certa prudência na construção de soluções dos conflitos normativos. São planos hermenêuticos distintos, mas que podem interagir, de forma lateral, na produção de resultados⁶⁹⁰.

Fixadas essas considerações iniciais, a cláusula da separação de poderes foi alinhavada e positivada, de forma explícita, no texto de todas as Constituições Brasileiras, do período monárquico até a presente República, excetuando-se o texto de 1937, com enunciados nem sempre uniformes, a revelar, a toda evidência, que suas principais feições nunca foram rigorosamente observadas no constitucionalismo brasileiro.

A Constituição de 1824 foi outorgada num ambiente conturbado, em que Dom Pedro I, constatando que os seus poderes seriam limitados em favor do corpo legislativo, em 12 de novembro de 1823, determinou o cerco militar do prédio onde se encontravam os constituintes. O princípio da separação de poderes foi enunciado no art. 9º da Constituição de 1824, com a seguinte redação original: “A Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o princípio

⁶⁸⁷ ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitucionalismo. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 83, n. 4, 1997. p. 795-797.

⁶⁸⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 171-190.

⁶⁸⁹ WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review. Trad. Adauto Villela e Geraldo de Carvalho. In: ALPINO, Antonio Carlos; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 130-134.

⁶⁹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 82-109.

conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece”, ao passo que o dispositivo subsequente definia quais seriam tais Poderes (Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial).

Como se sabe, o Poder Moderador, “chave de toda organização política”⁶⁹¹ e competente para o exercício da soberania na figura da nação⁶⁹² (não sujeito a qualquer espécie de responsabilidade), ao dispor de competências para controlar e intervir nos três poderes⁶⁹³, acaba rompendo, no campo empírico, com a divisão e harmonia enunciados naquele texto constitucional, tornando o princípio da separação de poderes um simulacro normativo para a contenção do arbítrio.

Com o advento da República e da Constituição de 1891 (a que possui maior longevidade até a presente data), para além do abandono do Poder Moderador, assegurou-se, de forma inédita, a “harmonia e a independência” entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário⁶⁹⁴, fato esse que, ao lado do federalismo e da separação do Estado e da Igreja, descortinou-se incontestável avanço institucional, o que não significa dizer, em contrapartida, que o sistema de controle judicial de leis e atos normativos, inaugurado pelo Decreto 848, de 11 de outubro de 1890 (e confirmado no novo texto constitucional), gozasse, na prática, de autonomia suficiente para fazê-lo perante os demais Poderes. Muito pelo contrário. A inobservância das decisões judiciais, as constantes ameaças de dissolução do STF e a implementação de medidas de retaliação contra a Suprema Corte, conforme já exposto, floresceram nesse ambiente institucional.

A Constituição de 1934 manteve o controle de constitucionalidade difuso, incidental e repressivo, aos moldes do sistema americano. Ademais, incorporou expressamente a já citada

⁶⁹¹ Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.

⁶⁹² O próprio texto dispunha que os Poderes “são delegações da Nação”, embora delegasse a representação dessa nação apenas às figuras “do Imperador, e a Assembléa Geral” (arts. 11 e 12).

⁶⁹³ Paulo Bonavides rememora: “[S]alvo os aperfeiçoamentos de sistematização e linguagem, a Constituição outorgada não apresentava inovações substanciais, se cotejada com o Projeto da Constituinte, exceto a introdução da figura do Poder Moderador. Este, convém frisar, não constava do texto oferecido por Antônio Carlos. Efetivamente, sua extrema importância na história constitucional do Império não pode, em absoluto, ser desdenhada, se quisermos entender a forma como mecanismos de exercício e de poder funcionaram durante a fase monárquica. Foi talvez o tema – excluído o da escravidão – ao redor do qual os debates mais polêmicos e passionais da política imperial. Tais debates envolviam sobretudo o papel do Imperador, enquanto titular do Poder moderador, o sistema de partidos, a descentralização das províncias, a responsabilidade ministerial na forma rudimentar e *sui generis* de governo parlamentarista em gestação. Tratava-se de uma gravidez política que a república fez abortar com a introdução da forma presidencial de governo” (BONAVIDES, Paulo. *As nascentes do constitucionalismo luso-brasileiro, uma análise comparativa*. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Derecho constitucional: Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Ciudad de México: UNAM, 2004. p. 227. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1510/9.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021).

⁶⁹⁴ Art. 15. São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.

doutrina das questões políticas, dispondo, para tanto, ser “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas” (art. 68), bem como estatuiu, pela primeira vez no texto constitucional, a criação da Justiça Eleitoral e a incipiente representação interventiva, sujeita à competência originária do Supremo Tribunal Federal⁶⁹⁵.

Diferentemente das redações dos textos constitucionais que a precederam, a cláusula da separação de poderes trouxe uma curiosa redação, trazendo, pela primeira vez, a necessidade de coordenação normativa entre os poderes e a impossibilidade de delegação expressa das funções. Com efeito, ao rejeitar a fórmula tradicional, o legislador constituinte adotou uma redação que, *a contrario sensu*, permite a compreensão hermenêutica de que a cláusula geral prevista no art. 15 da CF/1891 (e na redação semelhante no art. 2º da CF/1988) permite a delegação de funções entre os poderes. Confira-se:

Art. 3º – São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.
 § 1º – É vedado aos Poderes constitucionais delegar suas atribuições.
 § 2º – O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro⁶⁹⁶.

A Carta outorgada de 1937, por sua vez, rompeu com a tradição de enunciar, tal como ocorrera com as Constituições brasileiras anteriores, o princípio da separação de poderes. Constituiu, portanto, “um visível retrocesso para a incipiente democracia brasileira”⁶⁹⁷, sendo o texto constitucional desrespeitado já a partir de sua promulgação diante da não submissão imediata ao plebiscito nacional, nos termos do art. 187 das Disposições Transitórias⁶⁹⁸.

A hipertrofia do Poder Executivo causou severos prejuízos ao exercício da atividade jurisdicional. Para além da manutenção da insindicabilidade judicial das questões

⁶⁹⁵ Art. 12 – A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: I – para manter a integridade nacional; II – para repelir invasão estrangeira, ou de um Estado em outro; III – para pôr termo à guerra civil; IV – para garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes Públicos estaduais; V – para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a a h*, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; VI – para reorganizar as finanças do Estado que, sem motivo de força maior, suspender, por mais de dois anos consecutivos, o serviço da sua dívida fundada; VII – para a execução de ordens e decisões dos Juízes e Tribunais federais. (...) § 2º – Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

⁶⁹⁶ Grifou-se.

⁶⁹⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 513.

⁶⁹⁸ Paulo Bonavides e Paes de Andrade destacam: “A primeira fraude constitucional estava precisamente no dispositivo que condiciona a manutenção da lei maior à manifestação plebiscitária da Nação. Esta jamais se efetivou. O compromisso constava do art. 187 das Disposições Transitórias que assim dispunha: ‘Art. 187. Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República’”. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 340-341.

exclusivamente políticas, assegurou-se ao Presidente da República – no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei pelo Supremo Tribunal Federal –, a faculdade institucional de submeter a questão novamente ao exame do Parlamento caso necessário ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta. Confirmada por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, a decisão do Tribunal ficaria sem efeito (art. 96, parágrafo único, em sua redação original)⁶⁹⁹.

A Constituição de 1946, influenciada pelo contexto internacional favorável, promoveu a reinserção da cláusula da separação de poderes tipificada na Constituição de 1934⁷⁰⁰, vedando novamente a delegação de atribuições, para consolidar predicados mínimos de um regime democrático⁷⁰¹.

Quanto ao regime de exceção instaurado a partir de 1964, registre-se que os principais aspectos – factuais e normativos – relacionados ao Poder Judiciário foram abordados no capítulo anterior. No que concerne ao princípio da separação de poderes, manteve-se formalmente a sua redação na Carta de 1967⁷⁰². Por outro lado, o Presidente estava autorizado a governar por meio de decretos-leis, na forma do art. 58 do texto constitucional, ao passo em que o Legislativo e Judiciário sofreram ruidosas investidas institucionais, sucedidas, pouco tempo depois, pelos múltiplos Atos Institucionais.

Com efeito, a hipertrofia e a hegemonia do Poder Executivo foram reafirmadas, com destaque para os diplomas normativos que consolidaram a suspensão dos direitos políticos e implementaram a exclusão de qualquer controle judicial quanto aos atos praticados pelo regime⁷⁰³. Declarada a vacância do cargo de Presidente da República, a junta militar que assumira o poder político⁷⁰⁴ outorgou em 17 de outubro de 1969, a Emenda Constitucional 1,

⁶⁹⁹ Art. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

⁷⁰⁰ Art. 36 – São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. § 1º – O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição. § 2º – É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

⁷⁰¹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. 409-423.

⁷⁰² Art. 6º – São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Parágrafo único – Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.

⁷⁰³ Cf. Art. 2º do AI 13: Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e Atos Complementares dele decorrentes, bem como os respectivos efeitos.

⁷⁰⁴ General Lira Tavares, o Almirante Rademaker e o Brigadeiro Márcio de Sousa e Mello.

que teoricamente veicula novo produto constituinte⁷⁰⁵, reproduzindo, outrossim, a fórmula da cláusula de separação de poderes prevista na Carta de 1967⁷⁰⁶.

Finalmente, com a abertura democrática, a Constituição da República de 1988 adotou uma concepção mais enxuta e concisa do princípio da separação de poderes⁷⁰⁷, além de estabelecer uma vedação absoluta de sua modificação por revisão constitucional (art. 60, §4º), infirmo, pois, a tradição dos últimos quatro textos constitucionais – tanto de caráter democrático como fruto da outorga pelo regime de força – que deliberavam sobre a proscrição de delegação de algumas atribuições dos Poderes.

Note-se, portanto, que a vedação não era desconhecida do legislador constituinte em 1988, nem tampouco constituía resultado exclusivo de um regime de exceção, de sorte que, independentemente da análise do comportamento proativo dos agentes políticos (juízes e legisladores em geral), convém não esquecer a cronologia histórica do desenho institucional desse fenômeno, a fim de compreender adequadamente a evolução da jurisdição constitucional.

Lembra Carl Schmitt, nesse sentido, que há duas perspectivas relacionadas à cláusula da separação de poderes, que incluem a clivagem rigorosa dos agentes responsáveis pelo seu exercício e, posteriormente, o estabelecimento de conexões, de influências recíprocas e o equilíbrio das autoridades desses poderes⁷⁰⁸. De todo modo, assentou, ao final, que a organização do princípio da separação de poderes pertence essencialmente ao Estado constitucional, constituindo seu direito eventual questionar se tal princípio terá primazia sobre mudanças e revisões no texto da constituição em razão dos significados fundamentais⁷⁰⁹.

Não se pretende com isso, num jogo de palavras retórico ou ancorado em teorias normativas anacrônicas, panfletar a livre atuação do Poder Judiciário, num solipsismo desenfreado, mas, antes, almeja-se apenas retomar a ideia de que a abdicação legislativa⁷¹⁰, pontual ou em momentos de crise, ao lado de uma miríade de incentivos do constituinte reformador, não foi expressamente vedada pelo legislador constituinte de 1988. Daí por que, acoplada a outras variáveis comportamentais de juízes e de legisladores, conferiu-se

⁷⁰⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 444-445.

⁷⁰⁶ Art. 6º. São Podêres da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Parágrafo único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Podêres delegar atribuições; quem fôr investido na função de um dêles não poderá exercer a de outro.

⁷⁰⁷ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁷⁰⁸ SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Trad. Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University, 2008. p. 223-224

⁷⁰⁹ SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Trad. Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University, 2008. p. 234.

⁷¹⁰ Cf. EPSTEIN, David; O'HALLORAN, Hharyn. *Delegating Powers: A Transaction Cost Politics Approach to Policy Making Under Separate Powers*. Cambridge: Cambridge University, 1999.

legitimidade para mudança institucional da jurisdição constitucional, sem implicar qualquer hegemonia ou supremacia dos tribunais.

Convém assentar, nesse sentido, que, ao examinar as decisões definitivas em ações de controle abstrato no STF, com impugnação de atos normativos do Congresso Nacional no período de 1988 a 2009, Thamy Pogrebinski identificou que, além de reforçar a vontade majoritária do Parlamento⁷¹¹, a atuação da Suprema Corte não enfraqueceu a Casa Legislativa sobrestando suas decisões às deliberações parlamentares. Pelo contrário, a produção legislativa não se deixou intimidar pelas decisões judiciais, conclusão que desmitifica, ao menos no plano quantitativo, qualquer alegação referente à hegemonia ou ao governo dos juízes.

3.1. A primeira, a última ou a derradeira palavra provisória?

A questão alusiva às dificuldades teóricas e empíricas sobre os diálogos institucionais foi abordada expressamente no capítulo anterior. Impõe-se analisar, com maior verticalidade, alguns vetores explorados pela literatura nacional acerca de singularidade desta suposta relação dialógica⁷¹², precisamente em relação ao início da produção e da interpretação constitucional das leis e atos normativos, além da cronologia das rodadas procedimentais e do desfecho, ou não, da interação entre os Poderes por meio da “última palavra provisória”⁷¹³. Salta aos olhos, desde logo, que tal mantra não poderá esconder o custo temporal, material e da segurança jurídica de novas interações entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Ademais, a depender da aceção dada pelo intérprete, constituir-se-á uma forma dissimulada, pela via oblíqua, de reescrever a soberania parlamentar por meio da mutação constitucional.

A despeito das alterações significativas da cláusula da separação de poderes e das múltiplas teorias de interpretação constitucional, é certo também que o poder constituinte –

⁷¹¹ “Em outras palavras, o STF também confirma a expressiva maioria das normas do Congresso Nacional ao negar provimento às ADIs e às ADPFs ajuizadas contra suas leis e atos normativos: de todas as impugnações de leis emanadas pelo Congresso nos últimos 21 anos decididas pelo STF, 74,35% foram indeferidas sem sequer ter seu mérito discutido. Isso significa que o STF considera que apenas um quarto, ou 25,65%, das ADIs e ADPFs que impugnam leis promulgadas pelo Poder Legislativo federal tem robustez para contestá-las” (POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 11).

⁷¹² Cf. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011; BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 5-12, 2009.

⁷¹³ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

originário e reformador – assegurou significativos instrumentos típicos de freios e contrapesos, ou de interação entre os poderes constituídos, por meio de exaustivo rol de competências⁷¹⁴.

Com efeito, destaque-se a previsão constitucional de um sistema de controles realizados pelo Poder Legislativo em relação ao Judiciário. Nessa linha de raciocínio, rememore-se, à guisa de ilustração, que compete ao Congresso Nacional legislar sobre organização judiciária (CF/88, arts. 48, IX, 113, 121 e 124, parágrafo único); aprovar a nomeação de ministros e juízes pelo Presidente da República (CF/88, art. 52); conceder anistia (CF/88, art. 48, VIII); realizar o processo e julgamento do Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do STF e o Procurador-Geral da República, por crimes de responsabilidade (CF/88, arts. 51, I, e 52, I e II); criar comissões parlamentares de inquérito com “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas” (CF/88, art. 58, § 3º).

Ademais, o sistema de freios e contrapesos confere também mecanismos de controle do Executivo sobre o Poder Judiciário, como, por exemplo, a livre escolha e nomeação dos Ministros do STF (CF/88, art. 101, parágrafo único); a escolha e nomeação dos Ministros do STJ (CF/88, art. 104, parágrafo único); além da possibilidade de concessão de graça, indulto ou comutação de penas (CF, art. 84, XII).

Tome-se, ainda, a questão das medidas provisórias – instrumentos legítimos de exercício de função atípica do Poder Executivo para a edição de atos normativos primários, que tem o condão de inovar a ordem jurídica em contexto de relevância e urgência (art. 62 da CF/1988) –, em que o controle legislativo é tão importante para o equilíbrio entre os poderes da República que a Constituição Federal estabeleceu uma única hipótese excepcional de suspensão do prazo decadencial de 120 dias, precisamente durante o recesso do Congresso Nacional (art. 62, §§3º e 4º, da CF/1988). A importância desse controle parlamentar foi prestigiada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, em tempos de crise sanitária, para autorizar a apresentação de parecer sobre as medidas provisórias diretamente em Plenário, por parlamentar designado na forma regimental⁷¹⁵.

⁷¹⁴ Cf. Arts. 48, 49, 51, 52, 84, todos da CF/1988.

⁷¹⁵ “CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). ATOS DAS MESAS DIRETORAS DO SENADO FEDERAL E DA CÂMARA DOS DEPUTADOS REGULAM O FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR DURANTE A EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA. PROCESSO LEGISLATIVO E SISTEMA DE DELIBERAÇÃO REMOTA. ALEGAÇÃO DE PREJUÍZO AO TRÂMITE DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO E SEPARAÇÃO DOS PODERES. ALEGADA CARACTERIZAÇÃO DE RECESSO PARLAMENTAR E SUSPENSÃO DO PRAZO DECADENCIAL DE VALIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA. (...) 2. As alterações no funcionamento regimental das Casas Legislativas, em virtude da pandemia da COVID-19, não caracterizam recesso parlamentar, pois o Congresso Nacional continuará a funcionar e exercer todas as suas competências constitucionais. 3. A Constituição Federal consagrou, juntamente com a necessidade de atuação harmônica do

Por outro lado, a reversão direta das decisões judiciais pelo Congresso Nacional não foi positivada no texto constitucional. Não por acaso, o próprio art. 52, X, da CF/1988, que autoriza ao Senado suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional, no controle difuso, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal⁷¹⁶; mostra-se manifestamente anacrônico com a ampliação do rol dos legitimados para a propositura de ações de controle abstrato e o reforço dos efeitos vinculantes das decisões proferidas pela jurisdição constitucional, a denotar, a toda evidência, que a interação horizontal entre os poderes, em matéria de controle de constitucionalidade, nunca esteve na órbita do ordenamento jurídico⁷¹⁷.

Vale dizer, a reversão parlamentar do produto da fiscalização de constitucionalidade das leis ou atos normativos por juízes e pelo STF, pela via concentrada ou difusa, não foi deliberadamente inserida no Texto Constitucional 1988 (ao contrário da previsão estabelecida na Carta de 1937). Ademais, ao incluir o instituto da repercussão geral aos recursos

Legislativo, Executivo e Judiciário, o respeito ao princípio da eficiência, como aquele que impõe a todos os poderes de Estado e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios constitucionais, legais e morais necessários para a maior rentabilidade social de suas atividades. 4. Mostra-se razoável, em tempos de estado de emergência decretado em face de grave pandemia, a possibilidade de o Congresso Nacional, temporariamente, estabelecer a apresentação de parecer sobre as medidas provisórias diretamente em Plenário, por parlamentar designado na forma regimental, em virtude da impossibilidade momentânea de atuação da comissão mista. Medida Cautelar referendada para autorizar que, durante a emergência em Saúde Pública decorrente da COVID-19, (a) as medidas provisórias sejam instruídas perante o Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ficando, excepcionalmente, autorizada a emissão de parecer, em substituição à Comissão Mista, por parlamentar de cada uma das Casas designado na forma regimental; (b) em deliberação nos Plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, operando por sessão remota, as emendas e requerimentos de destaque possam ser apresentados à Mesa, na forma e prazo definidos para funcionamento do Sistema de Deliberação Remota (SDR) em cada Casa” (ADPF 663/DF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moares).

⁷¹⁶ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

⁷¹⁷ Nessa linha de ideias, de acordo com o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto na Reclamação 4.335/AC, a decisão final do STF em controle difuso teria, isoladamente, eficácia geral e vinculante, cabendo ao Senado Federal editar resolução apenas para o fim de conferir maior publicidade à decisão. Apesar da edição superveniente da Súmula Vinculante 26, que confirmava a decisão individual quanto à inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime, a ação foi julgada procedente, com o reconhecimento do efeito *ultra partes* (mais brando) da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Confirma-se importante trecho do voto: “Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso. Esse conjunto de decisões judiciais e legislativas revela, em verdade, uma nova compreensão do texto constitucional no âmbito da Constituição de 1988. É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto. Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, da CF indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988. É possível que a configuração emprestada ao controle abstrato pela nova Constituição, com ênfase no modelo abstrato, tenha sido decisiva para a mudança verificada, uma vez que as decisões com eficácia *erga omnes* passaram a se generalizar. A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso – notória após 1988 – deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do aludido instituto”.

extraordinários, com efeito multiplicador e obrigatório para as demais instâncias judiciais (arts 927, III, 988, §5º e 1036, §5º, do Código de Processo Civil), e das súmulas vinculantes a partir da Emenda Constitucional 45/2004 –, o legislador constituinte reformador não indicou a possibilidade de um controle do tipo fraco⁷¹⁸ – “controle do controle” de constitucionalidade das leis e atos normativos –, o que não impede, numa dimensão normativa diversa, a aprovação de emendas constitucionais dentro de certas balizas normativas.

Não bastasse isso, para além da profusão de estímulos gerados pelas leis infraconstitucionais, os dados reunidos neste ensaio revelam o recrudescimento exponencial do acesso ao Supremo Tribunal Federal pelos agentes e órgãos dos demais Poderes e, em especial, pelos partidos políticos de todos os espectros, sobretudo nos últimos anos, não apenas para o exame de eventual inconstitucionalidade da legislação impugnada, mas como recurso estratégico na coordenação e solução de entraves institucionais. De todo modo, o Congresso Nacional não parece disposto a colocar um freio nessa evolução. É o que se extrai, *v.g.*, da rejeição expressa da Proposta de Emenda Constitucional 82/2019.

Ademais, o sistema constitucional tem apresentado uma tendência de valorização da função normativa da jurisprudência, sobremaneira porque, no campo da jurisdição constitucional, não é incomum, como visto, o recrudescimento da atribuição de efeitos vinculantes e *erga omnes* às decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais, especialmente no Brasil.

Nesse cenário, destaque-se que o Texto Constitucional de 1988 anunciou, em sua origem, a produção dos citados efeitos apenas para as decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade ou por omissão. Com a aprovação das ECs 3/1993 e 45/2004, e a edição das Leis 9.868/1999 e 9.882/1999, tem-se um novo patamar institucional voltado a assegurar, cada vez mais, uma força normativa estruturalmente *ultra partes* das decisões judiciais, instrumentalizada por meio das referidas ações, das súmulas vinculantes, da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo STF⁷¹⁹, e, por fim, por força da regulamentação do mecanismo da arguição de descumprimento de preceito

⁷¹⁸ “Weak-form systems of judicial review are systems of judicial review, thereby ensuring that the overall constitutional orders in which they are embedded satisfy the requirements of contemporary constitutionalism. But in weak-form systems, judicial interpretations of constitutional provisions can be revised in the relatively short term by a legislature using a decision rule not much different from the one used in the everyday legislative process” (TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. New Jersey: Princeton University, 2009. p. 24).

⁷¹⁹ Art. 27 da Lei 9868/1999: 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.

fundamental. Como exigir então uma postura minimalista dos juízes e Cortes diante de tantas ferramentas e incentivos legislativos? As virtudes passivas não seriam um propósito desrespeito ao Legislador e, por consequência, à própria cláusula de separação de poderes?

Feitas essas considerações iniciais, e antes da breve revisitação das emendas constitucionais como método da suposta revisão das decisões judiciais da Suprema Corte, propõe-se aqui algumas reflexões sobre as constantes transformações da atividade legiferante, advertindo-se, desde logo, que a análise não cairá na armadilha dicotômica epistemológica sobre qual seria a opção (arena política) mais legítima e democrática para resolver os desacordos morais, até porque, para além da internalização dos mecanismos judiciais para a arena política, a vontade do Poder Legislativo não tem sido coartada quantitativamente pela atuação do STF⁷²⁰, constatação que não foi esmorecida na atualidade, especialmente em tempos de crise sanitária, conforme será demonstrado no próximo capítulo.

A rodada inaugural da interpretação está associada geralmente à edição de atos normativos pela instituição de representação majoritária, em harmonia com o texto constitucional, típico de um governo democrático, por meio de um controle preventivo de constitucionalidade realizado pela casa legislativa. Mas tal assertiva constitui, quando menos, um retrato infiel da complexa realidade constitucional brasileira, em que se verifica a permanente diluição das fronteiras entre as funções do Legislativo, do Executivo e do Judiciário⁷²¹.

E aqui se faz referência expressa à abdicação e à delegação intencional do legislador em favor, em regra, de órgãos técnicos, burocratizados e especializados, e não sob o duvidoso argumento de uma (inexistente) incapacidade estrutural, estratégia teórico construído por força de múltiplas teorias normativas para infirmar a legitimidade democrática conferida ao STF. Aportes doutrinários apontam também para esse sentido, assentando que somente pelo estudo sistemático é que se poderá chegar a uma conclusão sobre as funções que verdadeiramente exercem cada um dos órgãos previstos constitucionalmente, “e que não se

⁷²⁰ POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?* Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

⁷²¹ Jorge Reis Novaes verificou também essa nova feição da separação de poderes no regime jurídico português: “Por um lado, há um aumento considerável da actividade legislativa dos Governos, o que se traduz, não só na sua crescente participação na iniciativa das leis que o Parlamento aprova, mas também na institucionalização de uma competência legislativa governamental própria ou delegada pelo Parlamento. Em contrapartida, os Parlamentos invadem a área tradicionalmente reservada aos Governos, na medida em que grande parte das leis aprovadas pelos Parlamentos perdem o seu anterior carácter geral e abstracto” (NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 34-35).

restringem mais a apenas três (assim ter-se-ia a função administrativa, a governativa ou política, a judicial, a administrativa, a de controle etc.)”⁷²².

Isso porque, para além da “desnacionalização do Direito”⁷²³ e da incidência de diversas ordens jurídicas de Estados distintos por força dos pactos e tratados internacionais, que podem se entrelaçar para dirimir conflitos constitucionais⁷²⁴, verifica-se justamente agora, no Parlamento, não mais uma crise de representatividade como palco das decisões políticas, mas uma delegação intencional a uma atuação mais refinada e sofisticada diante da complexidade das relações políticas, econômicas e sociais⁷²⁵, comportamento que implica, em maior ou menor grau, um deslocamento do poder normativo para outras instâncias. Curiosamente, o pano de fundo das críticas sobre a (in)capacidade institucional do Poder Judiciário não é suficientemente explorada na confissão subjacente dos parlamentares sobre a primazia de uma tecnocracia estatal, especialmente no que concerne aos órgãos técnicos vinculados ao Executivo.

É certo que a exortação desse fenômeno não está personalizada apenas na figura das agências reguladoras, mas a todos os órgãos a quem o parlamento, por escolha deliberada ou abdicação desesperada⁷²⁶, transfere o poder legislativo diante da impossibilidade regulatória em certos casos, o que parece não causar um espanto epistemológico. O paroxismo recente dessa delegação do Congresso Nacional está delineado na aprovação da Lei Complementar 179/2021, que – para além de definir os objetivos do Banco Central do Brasil, “autarquia de natureza especial caracterizada pela ausência de vinculação a Ministério, de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia técnica, operacional, administrativa e financeira” (art. 6º) – dispõe

⁷²² TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 776.

⁷²³ GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Piaget, 1996. p. 41-42.

⁷²⁴ Trata-se do fenômeno denominado transconstitucionalismo, o qual Uadi Lammêgo Bulos define como um constitucionalismo de múltiplos níveis: “Decerto, em vez de hierarquia, o que existe, na expressão de Anne-Marie Slaughter, é uma ‘fertilização constitucional cruzada’ (A New World Order, p. 69 e s.). Isto porque, em determinado órgão de cada Estado, a exemplo do Poder Judiciário, toma como base os trabalhos, os estudos, as técnicas de outros órgãos, para desse modo, demonstrar o acerto de suas teses. Um juiz, por exemplo, cita uma sentença de outro juiz; um deputado um projeto de lei de outro; um governador, uma experiência implantada noutra lugar, e assim por diante. Essa verdadeira troca de informações deve ser presente nos litígios globais, isto é, aqueles que envolvem conflitos de interesses entre vários Estados diferentes, exigindo que os magistrados, integrantes das estruturas judiciais específicas de seu respectivo país, recorram às duas palavrinhas mágicas, que devem nortear a vida do ser humano, do berço ao túmulo, e que constituem o cerne das negociações, inclusive as judiciais: bom senso” (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 90-91).

⁷²⁵ O autor Manoel Gonçalves Ferreira Filho assentou: “Ora a incapacidade dos Parlamentos conduz à sua abdicação. Cá e lá, a delegação do Poder Legislativo, ostensiva ou disfarçada, torna-se a regra comum, apesar das proibições constitucionais. A imaginação dos constitucionalistas desvela-se em encontrar caminhos para que o Executivo possa legislar enquanto aos magistrados olham para outro lado, a fim de não verem as violações à Constituição. Mais ainda, desistindo de remar contra a corrente, Constituições recentes, como a francesa de 1958, a brasileira de 1967, dão ao Executivo verdadeiro poder legislativo autônomo” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 15).

⁷²⁶ EPSTEIN, David; O’HALLORAN, Hharyn. *Delegating Powers: A Transaction Cost Politics Approach to Policy Making Under Separate Powers*. Cambridge: Cambridge University, 1999.

sobre sua autonomia, a nomeação e a exoneração de seu Presidente e de seus Diretores. Tal diploma estabelece, dentre outras regras, que tais agentes serão indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, para um mandato de quatro anos, após aprovação de seus nomes pelo Senado Federal.

Retome-se, então, no âmbito da jurisdição constitucional, a ideia da Ação Declaratória de Constitucionalidade, que foi criada pela EC/1993, conferindo nova redação ao art. 102, I, da Constituição Federal de 1988. Tal instrumento visava a assegurar os esforços políticos necessários ao ajuste fiscal vigente à época, evitando-se a judicialização excessiva nas instâncias de piso do Poder Judiciário, sendo o jurista Ives Gandra Martins o seu primeiro idealizador⁷²⁷. Uma das críticas mais contundentes, para além de subtração aos órgãos do Poder Judiciário da apreciação da lei (pela via difusa), repousava justamente na indevida transferência da atividade legiferante ao STF, porquanto submetia-se justamente à chancela do Tribunal Constitucional o pedido de declaração de constitucionalidade de lei aprovada pelo Parlamento⁷²⁸, tornando-o quase uma terceira câmara desse. Ademais, com a edição da Lei 9.882/1999, cai definitivamente por terra a impossibilidade de controle das leis editadas em data anterior à CF/1988.

Outro vetor importante (e recente neste debate) sobre a ausência definitiva da “primeira palavra”, está ancorado na edição da Lei 13.300/2016, que disciplinou o processo e o julgamento dos mandados de injunção. Trata-se, como é de conhecimento geral, de garantia constitucional voltada a suprir a mora legislativa nos casos em que se inviabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (arts. 12º e seguintes da CF/1988).

O referido diploma normativo demonstra uma interface conciliatória entre as funções legislativa e jurisdicional, autorizando, para tanto, que o Supremo Tribunal atue de forma normativa, com efeitos prospectivos. Isso porque, além de estabelecer prazo razoável para a edição da norma regulamentadora, a Lei 13.300/2016 (art. 8º) concede à Suprema Corte a faculdade de estipular as condições em que se dará o exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas reclamadas ou, ainda, as condições em que poderá o interessado promover ação

⁷²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 484-487

⁷²⁸ Lenio Luiz Streck reproduz as duras críticas exortadas por Marcelo Figueiredo: “A nova previsão desfigura a ideia e a função do Poder Legislativo, órgão naturalmente vocacionado a apreciar previamente a constitucionalidade. Em uma palavra, tal como vazada a ação declaratória, é autorizado o intérprete a obter a seguinte leitura global da ação: declarar a constitucionalidade, nos moldes previstos na ação, é, em última análise, legislar. Instaura-se uma espécie de ‘dependência’ entre Legislativo e Judiciário, pois o mesmo fará a lei sob condição; aguarda a chancela, o crivo do Judiciário” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 485-486).

própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado. Ademais, apesar do caráter subjetivo do mandado de injunção, a nova legislação prevê que poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração (art. 9º, parágrafo 1º).

Cite-se, v.g., o recente julgamento da ação direta de constitucionalidade por omissão (ADO) 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello, e o mandado de injunção (MI) 4733, relatado pelo Ministro Edson Fachin, em que o STF, ao reconhecer a omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, julgou procedente os pedidos para “aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero”.

Como se nota, o diploma normativo sob exame reafirma a legitimidade democrática conferida às decisões normativas do Poder Judiciário, especialmente do STF, instrumentalizado por renúncia parcial expressa do Parlamento brasileiro. Portanto, seria a delegação legislativa, nas hipóteses mencionadas acima, uma confissão *ex ante* no sentido de que a capacidade institucional não pode ser aprioristicamente presumida em favor do Legislativo? A resposta parece ser positiva, mas é evidente que a interação permanente com os agentes políticos constitui ingrediente fundamental a ser incorporado nesta análise.

Todo esse quadro normativo – que influencia a cultura política de um país e de todos os seus atores estatais, além de forçar o reexame analítico das relações entre o direito e a política – denota, a toda evidência, a percepção de que a soberania popular não se encontra situada apenas no corpo legislativo, sob pena de se reconhecer, por via reflexa, a ilegalidade das abdições laterais das instituições representativas em favor de órgãos técnicos e dos outros poderes, o que não parece estar no horizonte do poder constituinte de 1988.

Isso não implica dizer, por outro lado, que juízes e Cortes tenham passado a integrar novamente o parlamento⁷²⁹. Vale dizer, o conjunto de instrumentos e técnicas decisórias para manter o fenômeno jurídico em funcionamento precisa de empenho contínuo daqueles que fabricam tais regras e que foram regularmente eleitos para tanto. A coordenação entre os poderes, mais do que uma locução retórica, impõe-se como verdadeiro produto do regime democrático e é legitimamente exercida atualmente pelo Poder Judiciário.

⁷²⁹ SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. New York: Oxford, 2000. p. 61-68.

Curiosamente, Stuart Mill chegou a propugnar pela primazia da atuação pelo Poder Executivo, em sua clássica obra sobre governo representativo, além de estabelecer condições fundamentais para a sua existência⁷³⁰, incluindo a disposição do corpo representativo de cumprir as funções lhe foram impostas. Dito de outro modo, segundo tal visão, o processo eleitoral, isoladamente, não garantiria a representação majoritária. Veja-se:

Em qualquer país o executivo é o ramo do governo que exerce o poder imediato, ficando em contato direto com o povo; a ele, principalmente, dirigem-se as esperanças e os temores dos indivíduos e por meio dele encontram representação, benefícios, terrores e prestígio do governo aos olhos do público. Portanto, a menos que contem com opinião e sentimento eficazes no país as autoridades a quem incumbe o controle do executivo, este disporá sempre dos meios de afastá-las ou compeli-las à subserviência, podendo contar com a certeza de encontrar apoio nesse sentido⁷³¹.

Claramente, a impossibilidade de demarcação do início de uma interação horizontal entre os poderes não implica necessariamente a indefinição atemporal correspondente à última palavra, ao menos no plano jurídico, seja pelo ambicioso desenho institucional e a cultura política que o cerca em toda história republicana⁷³², seja, repita-se, pela atuação hermenêutica que ocorre em plano distinto ao da definição do conteúdo dos acordos morais por meio da aprovação de leis e emendas constitucionais pelo Parlamento⁷³³.

Convém assentar que tal constatação não está ancorada nas multicitadas deficiências da representação eleitoral, das regras da maioria, da eleição indireta pelos representados ou da expertise dos juízes e Cortes – argumentos utilizados para defender a atuação do Poder Judiciário⁷³⁴ – nem tampouco no pretense insulamento político do magistrado ou na posição do Legislador em condição privilegiada para conciliar interesses de forma a acomodá-los e evitar o aprofundamento de antagonismos⁷³⁵. Muito pelo contrário. No contexto brasileiro, a natureza cambiante da atividade jurisdicional está inspirada: (i) nos fenômenos exógenos e na atuação dos demais poderes; (ii) nos estímulos do desenho institucional; (iii) na incorporação dos

⁷³⁰ MILL, John Stuart. *O governo representativo*. 2. ed. Tradução: E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA, 1983. p. 50.

⁷³¹ MILL, John Stuart. *O governo representativo*. 2. ed. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA, 1983, p. 51.

⁷³² MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 170-181.

⁷³³ NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 82-109.

⁷³⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 71-82.

⁷³⁵ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

tratados internacionais (e o estudo da interconstitucionalidade⁷³⁶) e na delegação intencional do legislador; (iv) no crescimento da interação entre juízes e atores políticos na jurisdição constitucional. Vale dizer, constituem fatores legítimos da justiça procedimental voltada à coordenação das funções estatais. Não se trata, portanto, de canonizar a interpretação conferida pelos juízes e demonizar a atuação dos demais Poderes⁷³⁷.

Some-se a tudo isso o recrudescimento da produção legislativa para o aperfeiçoamento da jurisdição constitucional, quiçá para reafirmar um canal democrático da sociedade civil, especialmente quanto ao Supremo Tribunal Federal, no sentido de autorizar a coleta de informações das mais diversas fontes, a oitiva de especialistas e a promoção de coordenação, a fim de obter soluções consensuais no plano da jurisdição constitucional, inclusive antes da propositura da ação, constituindo, portanto, uma arena importante para resolver conflitos policêntricos⁷³⁸. Ademais, a ampliação da participação dos *amici curiae*⁷³⁹ nos casos de interesses coletivos e, agora também, nos processos em primeira instância, além da possível realização das audiências públicas no âmbito do STF – voltadas a fornecer argumentos consequencialistas por especialistas na matéria, não necessariamente jurídicos, numa rodada procedimental – contribuem muito para a desmistificação da melhor capacidade institucional.

Não se desconhecem, conforme já explicitado, as observações quanto à interação dialógica para garantir a resposta legislativa, ou seja, a última palavra do parlamento, ou os aportes teóricos que não aceitam a sua existência, situando-a numa rodada procedimental, além da constatação natural de uma última palavra provisória⁷⁴⁰. Destaque-se, no entanto, que as Constituições escritas brasileiras não apresentam, de forma expressa em seu texto, a possibilidade de superação da jurisprudência, com exceção da Carta de 1937, nem tampouco fixam o conjunto de orientações sobre como aquela deve ser interpretada, tanto pelo Legislativo quanto pelo Judiciário⁷⁴¹.

⁷³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1425-1430.

⁷³⁷ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from Courts*. Princeton: Princeton University, 2000. p. 154-165.

⁷³⁸ Abordar-se-ão os principais julgados nos capítulos seguintes.

⁷³⁹ O fenômeno da participação de atores especializados também foi assegurado pelo legislador para o exercício da jurisdição comum. É o que se extrai, *v.g.*, do art. 138, do CPC/15: 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.

⁷⁴⁰ Cf. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011; BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 5-12, 2009.

⁷⁴¹ TRIBE, Laurence H. *The Invisible Constitution*. New York: Oxford University, 2008. p. 78.

Assim, respondendo à provocação de Conrado Hübner sobre se a última palavra realmente importa⁷⁴², julga-se intuitivo afirmar que a resposta seja diversificada à luz do campo do estudo de atuação dos poderes. No campo jurídico (e da atuação jurisdicional), a segurança jurídica dos conflitos objetivos – em que há um pedido de declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade da lei, inclusive por omissão do Legislativo – impõe uma resposta definitiva em algum momento, o que não se confunde com a abstrata possibilidade de o legislador constituinte derivado, por meio das emendas constitucionais e dentro das balizas estabelecidas no texto constitucional (art. 60 da CF/88), atingir, de forma reflexa, o pano de fundo subjacente das decisões judiciais.

Relembre-se, nessa linha de ideias, que a fiscalização da constitucionalidade das leis não busca responder à maliciosa questão sobre quem tem competência para resolver desacordos morais – e que dissimulam, muitas vezes, a contrariedade da existência da própria jurisdição constitucional –, mas atua em plano distinto, a saber: verificar a efetiva violação dos direitos e garantias previstos na CF/1988⁷⁴³.

No que concerne à ciência política e às diferentes teses para o comportamento jurisdicional dos magistrados⁷⁴⁴, embora de fundamental importância para a compreensão da jurisdição constitucional, descortina-se indubitável o viés interligado com a política, em que os parlamentares, juízes e Cortes podem estimar o grau de aceitabilidade e o sentimento social⁷⁴⁵, utilizando-se como instrumento de reafirmação de suas atribuições, o que não tem o condão, por outro lado, de flexibilizar toda a dogmática constitucional – ancorada nos instrumentos e

⁷⁴² MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 170-181.

⁷⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 82-109.

⁷⁴⁴ Conrado Hübner traça a seguinte sistematização: “Registro apenas o mínimo que eles compartilham: (i) a corte é politicamente sensível e testa, de modo ininterrupto, o espaço que pode ocupar na separação de poderes a partir do cálculo da resposta potencial dos outros poderes às suas decisões, e de sua força e capacidade para resistir; (ii) a separação de poderes é um fenômeno dinâmico, e uma norma jurídica abstrata não tem como descrever ou capturar essa constante redistribuição de fronteiras; (iii) em paralelo a essa interação, a própria legitimidade de cada participante do jogo também oscila, e tal oscilação é responsável, inclusive, pelo espaço maior ou menor que o poder irá ocupar no arranjo de forças” (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 170-181).

⁷⁴⁵ Embora discorde da função representativa do Poder Judiciário defendida pelo Ministro Roberto Barroso, cumpre reproduzir o conhecido trecho da sua doutrina: “Cabe fazer duas observações adicionais. A primeira delas é de caráter terminológico. Se se admite a tese de que os órgãos representativos podem não refletir a vontade majoritária, decisão judicial que infirme um ato do Congresso pode não ser contramajoritária. O que ela será, invariavelmente, é contralegislativa, ou contracongressual ou contraparlamentar. A segunda observação é que o fato de não estarem sujeitas a certas vicissitudes que acometem os dois ramos políticos dos Poderes não é, naturalmente, garantia de que as supremas cortes se inclinarão em favor das posições majoritárias da sociedade. A verdade, no entanto, é que uma observação atenta da realidade revela que é isso mesmo o que acontece. Nos Estados Unidos, décadas de estudos empíricos demonstram o ponto” (BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 161-162).

técnicas decisórias plasmadas pelo legislador – acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo. De todo modo, salta aos olhos que o desenho constitucional impõe rigorosos limites processuais aos juízes.

Isso não significa, contudo, que o Poder Judiciário não possa errar, e o faz grosseiramente às vezes, ou que esteja isento da responsabilidade de proferir boas decisões ou de potencializar as formas mais democráticas de deliberação, nem tampouco que juízes e Cortes, a exemplo do legislador e do próprio Executivo, possam calibrar o seu grau de intervenção conforme o ambiente histórico e a expectativa social sobre seu papel, além de arcar com ônus da responsabilidade política⁷⁴⁶. O direito de errar por último foi, e continua sendo, uma escolha pragmática do legislador e, no caso brasileiro, a reafirmação tem sido constante à luz da separação de poderes.

Nesse cenário, não se ignora que um regime democrático prescinde de uma justiça constitucional para manter-se hígido, conforme o multicitado caso francês até 2008⁷⁴⁷, bem como viabiliza-se também com uma jurisdição “fraca”, subordinada a uma reversão ordinária das suas decisões pelo parlamento, como os também lembrados casos do Canadá⁷⁴⁸ e da Nova Zelândia. Todavia, uma vez criado (e incentivado) um sistema jurídico de controle de constitucionalidade mais forte, com amplo rol de legitimados, incluindo atores políticos e parlamentares, seguido de constantes estímulos legislativos (por emendas constitucionais e leis ordinárias), causa alguma espécie o questionamento teórico sobre a última palavra da jurisdição constitucional⁷⁴⁹, especialmente quando sobejam instrumentos legislativos para influenciar um certo voluntarismo jurisprudencial.

Ademais, a impossibilidade de mudança em horizonte próximo sobre o exercício e a forma da fiscalização da constitucionalidade das leis, instrumentos que não estão cobertos pelo

⁷⁴⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional*: resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014. p. 47-51.

⁷⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, 2009.

⁷⁴⁸ Lembra Stephen Breyer, Justice da Suprema Corte dos USA, que, se a Corte Canadense não pode ter a última palavra sobre a interpretação da legislação à luz da Carta de Direitos, poderá fazer uma “declaração de incompatibilidade”, mas sem invalidá-la. Caberá ao Parlamento alterá-la ou recusar a declaração da Suprema Corte (BREYER, Stephen. *Making Our Democracy Work: A Judge’s View*. New York: Vintage, 2010. p. 3-5).

⁷⁴⁹ Jorge Reis Novais assenta, com precisão: “Podemos rejeitar a proposta de criação de um tribunal constitucional e de uma justiça constitucional com base no argumento de que essas instituições comprimem significativamente as margens da decisão política dos governantes. É uma posição legítima, vários países recusaram a criação de um tribunal constitucional. O que não podemos é dizer que concordamos com a existência destas instituições, criá-las, atribuir-lhes competência de fiscalização e, a seguir, porque discordamos do sentido da jurisprudência constitucional, pretender privar o Tribunal Constitucional dessas competências ou, no mínimo, pretender inibi-los seriamente no respectivo exercício, mesmo quando as matérias em causa pertencem seguramente ao núcleo duro protegido pela Constituição, os direitos fundamentais, a que seguramente o legislador está vinculado” (NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional*: resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014. p. 91-92).

manto das cláusulas pétreas – o que contraria, frise-se, os legítimos e recentes estímulos legislativos – não implica contradição das instituições políticas. A atuação do Poder Judiciário pode e deve ser compatibilizada com a valorização e conformação com a atividade política, independentemente da controvérsia sobre capacidades institucionais e vantagens eventuais (e não necessariamente mais producentes) em relação a outros Poderes.

Bem por isso, refletir sobre condições que maximizem a legitimidade dos juízes e supremas cortes é estratégia legítima, especialmente da Ciência Política e da Teoria do Estado (deixando de lado um imobilismo epistemológico), mas caem por terra quando atuam sob um déficit normativo. Vale dizer, é preciso combinar e exigir do legislativo uma posição clara e sem ambiguidade, no sentido de que poderá conter eventuais abusos do poder de julgar por meio de reversões legislativas das decisões. Ademais, os membros do Poder Judiciário também deveriam ser rigorosamente fiscalizados pelo Congresso Nacional, especialmente no momento da investidura, conforme aporte teórico abrigado no modelo norte-americano:

A inferência será ainda fortalecida se considerarmos o importante freio constitucional representado pelo poder que tem o Legislativo, uma das suas casas apresentando denúncias e a outra julgando os impedimentos dos membros do Judiciário⁷⁵⁰.

Kelsen, ao justificar a criação de um tribunal constitucional, sustentava que a jurisdição constitucional representa um elemento do sistema de medidas que têm por fim garantir as funções estatais, considerando que a Constituição tem a função política de estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Nesse cenário, os juízes seriam responsáveis por criar a norma individual (sentença), pois estariam respaldados por uma norma fundamental⁷⁵¹.

Quanto ao modelo típico de superação de decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal pelo Congresso Nacional, impõem-se algumas breves considerações. A primeira é que constitui truísmo apontar que o parlamento poderá aprovar emendas constitucionais que, de forma lateral e pela via reflexa, possam reverter o teor da decisão judicial em controle de constitucionalidade (*legislative override*), mas isso não corresponde, por outro lado, a revisão imediata do conteúdo da atividade jurisdicional, mas apenas, quando muito, da alteração ou supressão, quando possível e muitas vezes sob a influência de outras variáveis, da norma constitucional, paradigma do controle de constitucionalidade anterior.

⁷⁵⁰ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: pensamento político*. 3. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, Russel, 2010. n. 81, p. 498.

⁷⁵¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2. ed. Tradução: Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Veja-se, a propósito, que, em relação ao Poder Executivo, o constituinte assegurou expressamente ao Congresso Nacional o poder de sustar os atos normativos daquele Poder que exorbitem o poder de regulamentar (art. 49, V, da CF/1988), além de rejeitar o veto presidencial, por maioria absoluta dos deputados e senadores, em escrutínio secreto (art. 66, §4º, da CF/1988), mecanismos de controle que, por sua vez, não encontram parâmetro em desfavor do STF. A noção de igualdade de interpretação constitucional entre os poderes constituídos, portanto, é incompatível com o desenho institucional da jurisdição constitucional adotado pelo constitucionalismo brasileiro.

Como se vê, diferentemente do modelo canadense, o parlamento brasileiro não opera diretamente para reverter as decisões judiciais proferidas na jurisdição constitucional, mas, antes, faz uma opção legítima de alterar o texto constitucional, influenciado ou não pela declaração de inconstitucionalidade da norma (que pode ser apenas formal, o que admite a manutenção do texto integral da lei com a supressão da mácula), ou ainda por outras variáveis importantes. Ademais, o poder de emenda da constitucional tem limites expressos no próprio texto constitucional, especialmente quanto às cláusulas pétreas e demais restrições fixadas no art. 60 da CF/1988.

Some-se a tudo isso que o constituinte originário não vedou a possibilidade do controle de constitucionalidade dos atos normativos que modificam o texto constitucional. É o que se extrai, *v.g.*, da ADI 939/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, em que a Suprema Corte assentou, pela primeira vez, a sua competência para declarar inconstitucional dispositivos insertos em emenda constitucional regularmente aprovadas pelo Congresso Nacional⁷⁵².

Mas não é só. Ainda em processo de deliberação parlamentar, as propostas de emendas constitucionais são sindicáveis judicialmente pelo STF, à luz das balizas estabelecidas no texto constitucional (CF/88, art. 60, §§ 4º e 5º). A Corte poderá solapá-las do ordenamento jurídico, circunstância que reafirma, em vez de infirmar, a propensão por modelo juriscêntrico de hermenêutica constitucional. E, apesar de o efeito vinculante das decisões de inconstitucionalidade não atingir diretamente o legislador, que também é intérprete autêntico da Constituição, a aprovação de emenda constitucional não constitui, ao menos no campo da dogmática constitucional, instrumento voltado substancialmente para a reversão das decisões

⁷⁵² No caso, o Tribunal julgou procedente, em parte, a ADI, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “o art. 150, III, B e VI”, contida no parágrafo 2º, do art. 2º, da Emenda Constitucional 03/1993, que excluía a aplicação da regra da anterioridade tributária (art. 150, III, a), ao imposto provisório sobre movimentação financeira (IPMF).

judiciais, uma vez que se opera em plano hermenêutico distinto do controle de constitucionalidade.

Como é possível notar, tais vetores normativos (emendas constitucionais) denotam a possível existência de uma interação qualificada entre o Tribunal Constitucional e o Parlamento, mas não de um diálogo horizontal sem condicionantes ou restrito à proteção de direitos fundamentais⁷⁵³, numa visão romantizada da casa legislativa, já que a superação de um precedente acerca da interpretação por simples edição de lei ordinária, possível em tese⁷⁵⁴, nasce, segundo o Ministro Luiz Fux, no voto condutor na ADI 5105⁷⁵⁵, “com presunção de inconstitucionalidade, de sorte que caberá ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se afigura legítima”.

Não se quer afirmar, com isso, que a postura da jurisdição constitucional deva menosprezar a prudência judicial, ou não possa ser legitimamente contida por regras procedimentais mais rigorosas aprovadas pelo legislador, ou quiçá possa adotar, em determinados momentos, aspectos das virtudes passivas de Bickel⁷⁵⁶. Muito pelo contrário. Juízes e Cortes devem preservar uma modéstia constitucional quando lidam com realidades técnicas complexas ou sujeitas à deflagração de consequências sistêmicas, mas não podem ser coarctados previamente desse exame sem autorização expressa do legislador constituinte reformador.

De todo modo, a influência e a interação entre as instituições revelaram-se incontestes no terreno da criação das emendas constitucionais⁷⁵⁷. É o caso, *v.g.*, da EC 39/2002, que instituiu a “contribuição para o custeio da iluminação pública”⁷⁵⁸ em contraponto às inúmeras

⁷⁵³ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 406-408.

⁷⁵⁴ O Supremo Tribunal Constitucional, na ADI 3.772/DF, reconheceu a constitucionalidade da Lei federal 11.301/2006, que frontalmente colidia com a jurisprudência remansosa do Tribunal acerca do sentido da expressão “funções de magistério”, para fins de cômputo de tempo da aposentadoria especial, nos termos do art. 40, § 5º, da Constituição. Em precedentes anteriores, o Supremo Tribunal Federal afirmou, encampando interpretação estrita, que a docência caracterizar-se-ia pelo exercício de função em sala de aula, entendimento cristalizado, inclusive, na Súmula nº 726. Assim, a Suprema Corte Tribunal, ao reconhecer a validade da Lei 11.301/2006, aquiescera com a possibilidade de correção legislativa de sua jurisprudência, ainda quando veiculada pelo legislador ordinário, em comportamento institucional mais aberto.

⁷⁵⁵ Tratava-se de ação direta de inconstitucionalidade com impugnação das disposições previstas na Lei 12.875/2013. O diploma normativo, dentre outras restrições, subtraía dos partidos novos, criados após a eleição para a Câmara dos Deputados, o direito de antena e o acesso ao Fundo Partidário.

⁷⁵⁶ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986. p. 187-188.

⁷⁵⁷ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 357-370.

⁷⁵⁸ Art. 149-A da CF/1988: Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III. Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica.

decisões do STF que julgaram inconstitucionais leis municipais que criaram as “taxas de iluminação pública”, já que não havia remuneração por serviço público e divisível.

Verifique-se, ainda, a edição da EC 19/1998, que, dentre as várias disposições, introduziu as vantagens de caráter pessoal no cômputo do teto remuneratório⁷⁵⁹, em contrariedade aos precedentes do STF. A Suprema Corte, em sessão administrativa ocorrida em 24/6/1998, decidiu

deliberar, por 7 votos a 4, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão, que não são autoaplicáveis as normas do art. 37, XI, e 39, § 4º, da Constituição, na redação que lhes deram os arts. 3º e 5º, respectivamente, da Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998, porque a fixação do subsídio mensal, em espécie, de Ministro do Supremo Tribunal Federal – que servirá de teto –, nos termos do art. 48, XV, da Constituição, na redação do art. 7º da referida Emenda Constitucional 19, depende de lei formal, de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal.

A resposta legislativa veio cinco anos depois, com a aprovação da EC 41/2003, que manteve a inclusão das citadas vantagens no cômputo do teto, com a rejeição dos argumentos contrários.

Cabe, ainda, uma menção honrosa à ADI 5728/DF, ainda pendente de julgamento, proposta pelo Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal, em que se pugna pela declaração da inconstitucionalidade da EC 96/2017, que ficou popularmente conhecida durante a sua tramitação no Congresso Nacional como a “PEC da Vaquejada”. Tal diploma normativo, que alterou o art. 225 da CF, nele inserindo um novo parágrafo (§7º)⁷⁶⁰, fora aprovado pelo Congresso Nacional em aparente resposta à decisão do STF no julgamento da ADI 4983/CE, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, que reconheceu a inconstitucionalidade da Lei 15.299/2013 do Estado do Ceará, a qual regulamentava a “vaquejada” como prática desportiva e cultural no âmbito daquela unidade federativa.

Sob essa ótica é que, atuando dentro de suas atribuições constitucionais e respeitando o arranjo institucional de controle recíproco em que estão inseridos, é possível uma interação entre Parlamento e juízes e Tribunais, com rodadas sucessivas, mas sem a caracterização de um

⁷⁵⁹ Art. 37, XI, do STF: a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

⁷⁶⁰ Art. 225, § 7º, da CF/1988: Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

diálogo horizontal, sendo que estes atuarão, em última instância, para avaliar, de forma racional e fundamentada, eventual descumprimento de compromissos constitucionais por parte dos demais Poderes. De todo modo, impõe-se também – em relação à jurisdição constitucional, numa democracia deliberativa⁷⁶¹ – uma distinção acerca da sua importantíssima missão de guardião e intérprete da Constituição Federal em relação ao denominado “poder de apreciação”⁷⁶², que reserva os subjetivismos inerentes à edição de atos normativos aos poderes competentes, desde que compatíveis com as balizas constitucionais.

Tendo este cenário de pano de fundo, a revisão judicial sempre lançará o Judiciário para a arena política, aqui compreendida de forma ampla, especialmente diante da delegação conferida pelos congressistas e da ruptura do monismo estatal. Tensões e crises integram naturalmente o princípio da separação de poderes, o que não dispensa juízes e Cortes de agir com equilíbrio e prudência, além da necessidade permanente de aprimoramento da forma de deliberação, prestigiando-se a colegialidade e a manifestação única da Corte.

3.2. Supremacia, protagonismo ou disruptura histórica da sobreposição dos demais poderes?

A teoria clássica da separação dos poderes, construída, como visto, com a finalidade de implodir a concepção hierárquica do sistema político inglês, busca agora garantir, em harmonia com a sua natureza cambiante, uma progressiva mitigação da fronteira entre política e direito, regulando a legitimidade da influência política tanto no governo e no Legislativo, que se torna totalmente aceitável, e, em grau menor, no Poder Judiciário, dentro dos quadros normativos positivados no Estado de direito.

Nos capítulos anteriores, buscou-se demonstrar que o desenho institucional e os sucessivos estímulos legislativos conduzem o Poder Judiciário a um patamar *prima facie* distinto no que concerne à interpretação constitucional de leis e atos normativos, bem como se apontou que as emendas constitucionais são instrumentos legítimos de interação entre as instituições legislativa e judiciária, mas que não implicam a construção de diálogo horizontal e sem condicionantes. Além disso, a ruptura da fragilidade institucional do Poder Judiciário, identificada em todo o período republicano, integra a permanente evolução da cláusula de separação de poderes.

⁷⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁷⁶² RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Luís Couceiro Feio. Lisboa: Paget, 1997. p. 291.

Como é cediço, supremacia corresponde a preeminência, a hegemonia do poder supremo. Toma-se aqui como verdadeiro sinônimo de monopólio judicial e, no caso deste ensaio, na interpretação constitucional exclusiva por algum órgão ou departamento estatal, ao passo que o protagonismo judicial confere apenas certa primazia, sob certas circunstâncias delimitadas na lei, para dar a última palavra, de forma racional e motivada, sobre conflitos normativos à luz dos direitos fundamentais catalogados no texto constitucional, sem prejuízo das possibilidades de interações prévias e simultâneas com os outros atores políticos.

Resta saber, a partir de tais premissas, se a atuação jurisdicional pós-1988, em especial a da jurisdição constitucional, ganhou então contornos de supremacia ou de ator principal na solução dos conflitos normativos. E a resposta, por óbvio, é negativa. A dinâmica da atuação judicial – por meio de sofisticadas teorias de interpretação constitucional – operou, quando muito, uma verdadeira distopia com o seu passado republicano, em que a timidez dos juízes, para utilizar o melhor dos eufemismos, imperava por forças exógenas.

Diversos autores identificam, no processo de interpretação constitucional, a observância vinculante da força da realidade – Lassalle⁷⁶³ e Konrad Hess⁷⁶⁴ –, ao passo em que outros dão primazia aos órgãos legislativos (Tushnet, Waldron, Vermeule⁷⁶⁵) ou atribuem a todos os “órgãos estatais” e “potências públicas” a vinculação à hermenêutica constitucional, não sendo possível, desse modo, estabelecer-se um *numerus clausus* de intérpretes da Constituição, porquanto “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por cointerpretá-la”⁷⁶⁶.

Nesse contexto, o aporte doutrinário cunhou as expressões “juristocracia”⁷⁶⁷, “supremocracia”⁷⁶⁸ e, mais recentemente “ministocracia”⁷⁶⁹ para descortinar o denominador comum – não obstante os distintos métodos e enfoques da abordagem e dos dados coletados – consubstanciado no recrudescimento substancial da atuação judicial (judicialização) em setores que lhe eram naturalmente imunes, e em especial dos ministros do STF nos últimos anos (com alocação desses poderes descentralizados), permitindo, respectivamente, o enfraquecimento, segundo tal visão, em duas frentes: (i) dos demais poderes estatais; (ii) e da força deliberativa da decisão colegiada como mecanismo estratégico dos julgadores.

⁷⁶³ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Trad. Walter Stonner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁷⁶⁴ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

⁷⁶⁵ Reporta-se à abordagem sobre cada um dos autores realizada no capítulo anterior.

⁷⁶⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 13.

⁷⁶⁷ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2007. p. 1.

⁷⁶⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

⁷⁶⁹ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, 2018.

Entrelaça-se nesse debate, ainda, o fenômeno denominado “ativismo judicial” compreendido aqui como “escolha de um método específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”⁷⁷⁰ na concretização dos valores e fins constitucionais, e não como o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos expressamente pelo próprio ordenamento jurídico⁷⁷¹.

Não se pode perder de vista, no entanto, que a expressão cunhada no século passado, em sistema jurídico divergente e sob o influxo de distintas e singulares condições históricas, acaba limitando o âmbito da aplicação do direito. Tal banalização conceitual serve, quando menos, para infirmar o pensamento crítico sobre a verdadeira natureza dos conflitos, além de desconstruir a confiança das forças sociais legítimas no direito – com a dissimulada acusação de instrumento de dominação do Poder Judiciário –, impedindo a evolução para um regramento ainda mais democrático. Ou, indaga-se, deve-se ripristinar o domínio autoritário dos demais Poderes ao longo de toda história republicana, sob a frágil assertiva de serem catalisadores da vontade popular?

Fixadas essas considerações iniciais, registre-se que a supremacia pressupõe, em planos distintos, a ausência de mecanismos de reação dos demais poderes diante da atuação ilimitada ou excessivamente proativa de um departamento estatal. A hegemonia busca garantir – tanto no campo jurídico quanto na dimensão política – o domínio e o controle político dos ramos estatais, conduzindo, por consequência, à debilidade dos seus oponentes. Já vimos que a emenda constitucional, fruto do legislador constituinte, tem o condão exclusivo de orientar e atingir, pela via indireta, a mudança de comportamento jurisprudencial.

Resta verificar se há e quais são os outros mecanismos, dentro e fora do direito, de autocontenção ou restrição judicial por agente externo no contexto, figurando o *Court Packing Plan* de Franklin Roosevelt como arquétipo mais citado na literatura. Convém rememorar que, na história republicana nacional, como é de conhecimento geral, não faltaram exemplos de investidas institucionais contra o Poder Judiciário, especialmente em desfavor do STF e de seus ministros, e também no plano da própria jurisdição, por meio do descumprimento de decisões judiciais ou ameaça de fazê-lo. Reporta-se aqui, *v.g.*, à conduta e aos atos normativos advindos dos governos de Floriano Peixoto, Getúlio Vargas e o regime militar pós-1964, já suficientemente explorados nos capítulos anteriores.

⁷⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 48-49.

⁷⁷¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 112-140.

No que concerne ao período constitucional contemporâneo, especialmente dos últimos vinte anos, uma das soluções possíveis para o exercício do controle interno e da autocontenção, para além da evolução acerca do debate deliberativos das Cortes⁷⁷² e das limitações procedimentais imanentes ao direito (v.g., inércia judicial, dever de exaustiva fundamentação⁷⁷³ etc.), repousa na adoção da chamada “reserva institucional”, propugnada por Steven Levitsky e Daniel Ziblatt como uma das regras não escritas da sociedade americana para a manutenção da democracia. Tal ação consiste na subutilização das prerrogativas institucionais, deixando, no caso em exame, os representantes políticos e os integrantes do Poder Judiciário de utilizá-las em sua potência máxima, mesmo que tenham o direito de fazê-lo (por autorização legislativa expressa), pois isso poria em risco o próprio sistema democrático existente⁷⁷⁴.

Nesse sentido, em que pesem as questões sensíveis julgadas nos últimos anos, o STF, ao menos quantitativamente, tem prestigiado a interpretação conferida pelas casas legislativas na edição das leis. Com efeito, a partir de 2000 até 12/7/2021, colhe-se que apenas 24,09% das ações diretas de inconstitucionalidade foram julgadas⁷⁷⁵, de forma colegiada, integralmente procedentes (no total de 1.224 acórdãos), ao passo que 8,60% foram parcialmente procedentes⁷⁷⁶, o que representa um pouco mais de 30% no universo dessa modalidade de fiscalização de constitucionalidade. Ademais, em relação as ADCs, verifica-se que um pouco menos 10% delas foram julgadas totalmente improcedentes, com destaque, de forma imediata, para as decisões que reconheceram a constitucionalidade da política de cotas raciais em universidades públicas⁷⁷⁷ e a higidez da Lei de Biossegurança⁷⁷⁸.

Quanto às reações externas, apesar da autonomia de elaborar suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias (art. 99, §1º, da CF/1988), o Congresso Nacional pode aprovar orçamento menor (art. 166 da CF/1988). Ademais, as investidas dos juízes dos Tribunais Superiores pela indicação do Presidente, após a sabatina pelo Senado, também são elementos

⁷⁷² MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Orgs.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 55-57.

⁷⁷³ Trata-se de fundada preocupação do legislador representada agora pelas disposições previstas no art. 489, do Código de Processo Civil de 2015.

⁷⁷⁴ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 107.

⁷⁷⁵ O sistema de estatísticas do STF descortina a existência de 5.080 acórdãos com decisões colegiadas até 12 de julho de 2021. Conferir em <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 12 jul. 2021.

⁷⁷⁶ No total de 437 acórdãos. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 02 jul. 2021.

⁷⁷⁷ ADPF 186, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

⁷⁷⁸ ADI 3510, de relatoria do Ministro Ayres Britto.

conformadores democráticos da escolha de determinada interpretação constitucional, embora não se desconheçam as críticas sobre o caráter meramente protocolar desta atribuição conferida ao parlamento⁷⁷⁹.

Retomem-se, novamente, os resultados da pesquisa empírica de Thamy Pogrebinski, no período de 1988 e 2009, em que afastou qualquer possibilidade de inoperância do Congresso Nacional quanto a possíveis interações com as decisões da Suprema Corte pátria. Veja-se:

A Tabela 3.8 indica a média de projetos e normas anteriores aos 48 casos de inconstitucionalidade analisados. Assim, tem-se que, entre 1988 e 2009, nos momentos em que o STF declarava a inconstitucionalidade de um ato do Congresso Nacional, havia uma média de 11,75 projetos em tramitação nas casas do Poder Legislativo federal. No que tange às normas que disciplinam os mesmos temas dos atos declarados inconstitucionais, embora eventualmente o façam de um modo um pouco diverso daquele da legislação invalidada, observa-se uma média de 2,60 em vigor no momento em que o STF profere a decisão de inconstitucionalidade. Considerando-se o total de proposições legislativas (e desconsiderando-se o fato que o número absoluto de projetos compreende as normas promulgadas), ter-se-ia uma média de 14,35 para cada decisão de inconstitucionalidade do STF⁷⁸⁰.

Como se vê, não há, e quiçá nunca houve, tanto no plano teórico quanto na dimensão empírica da jurisdição, monopólio ou supremacia judicial. O protagonismo judicial é, em essência, um fenômeno cambiante e reativo, forjado a partir da conjunção entre desenho institucional ambicioso, delegação legislativa perene, múltiplas interações com os agentes políticos e uma dose de confusão epistemológica nas atitudes hermenêuticas dos juízes ao adotarem critérios e teorias de interpretação díspares, muitas vezes, reconheça-se, para alterar o sentido do próprio texto constitucional⁷⁸¹.

Por outro lado, as críticas sobre a forma de deliberação na jurisdição constitucional, precisamente no âmbito do STF, seja em razão da aglutinação de votos isolados no acórdão (muitas vezes, sem a demonstração da *ratio decidendi*), seja pela “monocratização” das decisões, descortinam-se razoavelmente justas. Lembram Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro, igualmente, que a modulação do *timing* das decisões na jurisdição constitucional poderá afetar o resultado do julgamento de três maneiras: (i) alteração do contexto político da tomada de decisão, mitigando a reação ou retaliação dos derrotados; (ii) interação com os mecanismos de indicação para o Tribunal, fazendo com que nova composição

⁷⁷⁹ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 327-329.

⁷⁸⁰ POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?* Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p.123.

⁷⁸¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 2. ed. Osasco: EDIFIEO, 2015.

venha a decidir a questão; e (iii) por meio do silêncio judicial, produzindo fatos consumados e aumentando os custos de uma decisão judicial futura que contrarie esses fatos⁷⁸².

A questão central consiste em saber se tal fenômeno é suficiente para a desconstrução de legitimidade da jurisdição constitucional e, por consequência, na consolidação, ainda que metaforicamente, de um “governo dos juízes”. E a resposta, mais uma vez, é negativa, porque o exercício da jurisdição nunca será estático e uniforme. Muito pelo contrário, instrumentos e técnicas decisórias sofreram constantes rearranjos, não apenas pelos incentivos legislativos, mas influenciados sobretudo pelo contexto da realidade política. E mais: para além dos meios de reação já explicitados, a interposição de recursos processuais é medida apta – mas nem sempre suficiente, reconhece-se – para a correção de rumos, como, v.g., no caso da decisão liminar proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, no Mandado de Segurança 34.070, que suspendeu a nomeação do ex-Presidente Lula como ministro chefe da Casa Civil da ex-presidente Dilma. Posteriormente, em decisão de cinco linhas, sobreveio decisão monocrática julgando a perda do objeto⁷⁸³.

Registre-se, ainda, que recentes propostas ao Regimento Interno do STF, que é dotado de força de lei material, têm sido estudadas e acolhidas para dar racionalidade à jurisdição constitucional⁷⁸⁴, incluindo a ampliação do plenário virtual para o julgamento das ações de controle concentrado. É o que se extrai, por exemplo, da Emenda Regimental 54/2020, que, dentre as alterações importantes, determinou: (i) a fixação do prazo de 30 dias para a devolução de vista, contado da data da publicação da ata de julgamento (art. 134 do RISTF); (ii) a competência do Plenário para “apreciar, *ad referendum*, decisão do relator sobre pedido de tutela de urgência, quando o objeto de questionamento for ato do Presidente da República, do Presidente da Câmara dos Deputados, do Presidente do Senado Federal e do Presidente do Supremo Tribunal Federal” (art. 5, XII, do STF); (iii) o recrudescimento da implementação de sessões extraordinárias no Plenário Virtual do STF, com duração célere para julgamento.

⁷⁸² ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 1, 2018. p. 18-19.

⁷⁸³ “Tendo em vista a publicação, no Diário Oficial da União de 12.5.2016 (Seção 2, p. 1), da exoneração do Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, está prejudicada a presente ação mandamental, em razão da perda superveniente de seu objeto (art. 21, IX, do RISTF). Revogada a medida liminar anteriormente deferida (eDOC 20)”.

⁷⁸⁴ Veja-se, por exemplo, a Emenda Regimental 57/2020, que transferiu para o Plenário do STF a competência para julgar “nos crimes comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, os Deputados e Senadores, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, e nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, da Constituição Federal, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente, bem como apreciar pedidos de arquivamento por atipicidade da conduta”.

Some-se a isso a existência de propostas legislativas para a alteração da forma de deliberação do processo constitucional. Confira-se, nesse sentido, a criação pela Câmara dos Deputados da comissão de juristas para avaliar a sistematização das normas de processo constitucional, sob a presidência do Ministro Gilmar Mendes⁷⁸⁵.

Por outro lado, os poderes individuais dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – compreendidos, dentre as possibilidades regimentais, na escolha discricionária do julgamento de determinado tema, habilitando ou impedindo decisões judiciais em certo momento, ancorados na premissa que juízes são atores estratégicos, que modularão seu comportamento a partir de informações de comportamento futuro dos outros atores políticos⁷⁸⁶ –, não são ilegítimos em sua origem. Isso porque, além de disciplinados no ordenamento jurídico e no RISTF, refletem instrumentos políticos importantes para a interação com os demais poderes, a revelar, a toda evidência, a necessidade de uma fecunda reflexão para o saudável aperfeiçoamento democrático destes mecanismos.

Portanto, a ideia de supremacia da jurisdição constitucional, em especial do STF, falha ao deixar de levar a sério os instrumentos legislativos de incentivos e de controle, internos e externos, efetivamente utilizados nos últimos anos, além de ignorar a natureza dinâmica da atuação judicial, incorrendo, por consequência, no mesmo equívoco epistemológico – no outro lado da moeda – daqueles que criticam o Poder Legislativo com fundamento apenas numa suposta desídia no cumprimento da sua função primordial.

Some-se a isso que a expressão “poder”, em sua concepção mais abrangente, pode ser definida como “a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos. Tanto pode ser referida a indivíduos e a grupos humanos como a objetos ou a fenômenos naturais”⁷⁸⁷. Por outro lado, a definição de poder ou atividade jurisdicional não constitui uma categoria estática, quer no campo da Ciência Política como no próprio campo da Hermenêutica Jurídica ou da Filosofia Política, mas reproduz, estreme de dúvida, uma faceta institucional do poder político do Estado, sobretudo porque a positivação do Direito pela Política⁷⁸⁸ constitui, a despeito da linguagem

⁷⁸⁵ Cf. AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. *Câmara cria comissão de juristas para avaliar legislação sobre processo constitucional*, Brasília, 26 nov. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/710651-camara-cria-comissao-de-juristas-para-avaliar-legislacao-sobre-processo-constitucional/>. Acesso em: 17 jan. 2021.

⁷⁸⁶ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. *Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 1, 2018. p. 18.

⁷⁸⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 2000. p. 933.

⁷⁸⁸ Lembra Dieter Grimm: “Por positivação entenda-se o processo histórico no qual o direito passou de validade tradicional ou transcendente para validade decisionista. O resultado desse processo, o direito positivo, é caracterizado por sua realização por meio de uma legislação humana consciente e sua validade por força da decisão. Essa decisão não ocorre no sistema jurídico, mas, sim, no político. O que vale juridicamente é determinado

metafísica dos jusnaturalistas, pressuposto não apenas de existência dos textos normativos e da sua aplicação, mas instrumento de vinculação da própria atividade legiferante.

Assinala, a propósito, Dalmo de Abreu Dallari, que é possível conceber o poder judicial de forma mais abrangente, uma vez que os magistrados atuam como detentores de uma parcela do poder político, de modo que a “socialidade” inerente ao direito e da própria atividade jurisdicional constitui autorização para aplicá-lo no Estado contemporâneo, por meio de estrutura e metodologias internas à Ciência Jurídica, acrescido da capacidade de modificar a sociedade:

O reconhecimento da politicidade do direito nada tem a ver com opções partidárias nem tira, por si só, a autenticidade e a legitimidade das decisões judiciais. Bem ao contrário disso, o juiz consciente dessa politicidade fará um esforço a mais para conhecer e interpretar o direito, considerando sua inserção necessária num contexto social, procurando distingui-lo do direito abstrato ou do que é criado artificialmente para garantir privilégios, proporcionar vantagens injustas ou impor sofrimentos a outros com base exclusivamente numa discriminação social⁷⁸⁹.

De todo modo, independentemente da teoria normativa de interpretação escolhida pelo intérprete – que pode conduzir, ou não, a excessos judiciais – o “meter-se na política”⁷⁹⁰ é função essencial da própria jurisdição constitucional, uma vez que a lei é a política em sua forma mais pura, isto é, expressão das opções e dos programas políticos advindos do legislador democrático. E nem por isso a decisão judicial passou a ser incluída no chamado bloco de constitucionalidade. Mas, repise-se, a jurisdição contitucional, por definição, é necessariamente controversa, sujeita a desacordos políticos e perturbações políticas, o que não significa qualquer fratura no tecido social ou que não esteja sujeita a erros e desacertos graves, conforme já explicitado.

Tal observação, no cenário brasileiro, ficou perceptível pela ampliação do rol de legitimados para a propositura das ações de controle abstrato – inaugurada pela CF/1998 e ampliada pelas ECs 3/1993 e 45/2004 –, que contempla expressamente a possibilidade de os órgãos dos Poderes Legislativos e Executivo, além dos partidos políticos, de participarem da deliberação interna no âmbito do Supremo Tribunal Federal, por meio de petições (memoriais),

politicamente. Nesse caso, a política está subordinada ao direito” (GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006. p. 3).

⁷⁸⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 96.

⁷⁹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 82.

audiências com ministros, além de sustentações orais. E a Corte tem sinalizado a possibilidade de ampliar o rol previsto no art. 103, da CF/1988⁷⁹¹.

Ademais, apesar de a tensão e a desarmonia pontual serem predicados de uma fiscalização de constitucionalidade realizada por órgão externo ao Legislativo, é possível, no entanto, que o citado instrumento de controle sirva justamente ao propósito oposto, isto é, para alcançar uma determinada finalidade, sob certas condições, que albergue interesses comuns de todos os poderes e da própria sociedade. É o que ocorreu, *v.g.*, na flexibilização dos dispositivos legais da Lei de Responsabilidade Fiscal, a pedido do Poder Executivo, diante do contexto da pandemia (ADI 6357/DF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes)⁷⁹².

Propugna Dieter Grimm, magistrado que integrou o Tribunal Constitucional Alemão, pela necessidade de separação entre o Direito e a Política no campo de aplicação dos textos legais, o que não significa, em contrapartida, que o procedimento de aplicação judicial do Direito também seja internamente apolítico ou que não possa desenvolver efeitos políticos que ultrapassem as consequências previstas nas normas gerais:

Tal despolitização interna da aplicação do direito pressuporia que as normas jurídicas deliberadas pelo legislador pudessem determinar por completo a decisão de todos os fatos isolados, mas isso só seria o caso se na legislação estivessem previstos todos os casos possíveis de ocorrer e estes fossem regulamentados por lei. Só esta listagem já basta para deixar claro que não se pode contar com uma ordem jurídica assim. (...) Consequentemente, em todo ato de aplicação judicial do direito, elementos cognitivos e volitivos contraem uma ligação indissolúvel. As influências subjetivas assim vinculadas ficam delimitadas pelo método jurídico. Todavia, não existe nenhum método interpretativo obrigatório e nem o legislador pode prescrever para o aplicador um determinado método⁷⁹³.

Sem prejuízo, é lícito especular que o Direito continue progressivamente se estruturando e expandindo seus efeitos em todos os domínios da vida pública, desencadeando, muitas vezes, crises sistemáticas do próprio Estado. Desafia, ademais, respostas para soluções decorrentes da ausência de um total descolamento das grades que separam o sistema de Justiça por limites

⁷⁹¹ O Plenário do STF, em sessão na ADPF 709 (na data de 5/8/2020), de relatoria do Ministro Roberto Barroso - ao deliberar liminarmente sobre a criação de barreiras sanitárias, a instalação de sala de situação, a retirada de invasores das terras indígenas, o acesso de todos os indígenas ao Subsistema Indígena de Saúde e a elaboração de plano para enfrentamento e monitoramento da COVID-19 - reconheceu a legitimidade da “Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB” para propor ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, sem o preenchimento dos requisitos previstos no texto constitucional.

⁷⁹² Embora o Plenário do STF tenha reconhecido a perda do objeto diante da edição da Emenda Constitucional 106/2020, o relator havia concedido liminar, para “afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação de COVID-19”. Diante dos debates no Plenário, é muito provável que o STF ratificasse a liminar, caso a EC 106/2020 não tivesse sido promulgada.

⁷⁹³ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 15.

demarcados em relação ao universo da Política. Nesse sentido, para Bodo Pieroth e Bernhard Schlink:

Os direitos fundamentais são, enquanto parte do direito público e do direito constitucional, direitos políticos e estão sujeitos à mudança das ordens políticas. Mas os direitos fundamentais são também, simultaneamente, uma resposta à questão fundamental invariável da relação entre liberdade individual e a ordem política⁷⁹⁴.

A história recente dos últimos anos descortina, outrossim, que a tensão e a alternância do protagonismo da Política e do Direito na tomada das decisões importantes para a sociedade, sem a consolidação perpétua e estável de qualquer dos poderes, têm algum marco institucional civilizatório, por meio de decisões judiciais que se sobrepuseram à inaptidão pontual da política, conquanto tenham flertado, em algumas oportunidades, com o retrocesso em matéria de direitos humanos.

Destacam-se, neste primeiro grupo, as conhecidas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, presidida por Earl Warren e Warren Burger, como a disciplina que garantiu regime jurídico penal menos rigoroso aos jornalistas, a exemplo do que deliberou a Suprema Corte dos Estados Unidos no famoso caso *New York Times v. Sullivan* (376 US 254-1964)⁷⁹⁵, ou no reconhecimento indevido da segregação racial nas escolas em *Brown v. Board of Education* (1854). Por outro lado, a decisão prolatada em *Dred Scott v. Sandford* (1857) solapa qualquer dúvida de que a intervenção descurada do Poder Judiciário, sem ônus argumentativo substancial e devidamente comprovado, pode conduzir à barbárie institucional⁷⁹⁶.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, sobressaem igualmente decisões no plano dos direitos humanos e na tutela da democracia procedimental, dentre elas: (i) ADPF 130, de relatoria do Ministro Ayres Britto, julgada em 30 de abril de 2009, em que foi declarada a não recepção de todos os dispositivos da antiga Lei de Imprensa (Lei 5.250/67); (ii) ADPF 186 (já citada), de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que declarou a constitucionalidade da política de cotas raciais em universidades públicas; (iii) ADI 4277, de relatoria do Ministro Ayres Britto, que reconheceu a existência de união estável entre casais homoafetivos.

⁷⁹⁴ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 37.

⁷⁹⁵ Nesse caso, foi assentado que as pessoas “públicas” só poderão receber indenização por calúnia ou difamação se comprovarem que é falso não só o que foi publicado, mas também que foi prolapado com malícia efetiva (*reckless disregard*), ou seja, com ciência de que a informação era falsa ou com temerária desconsideração pela sua veracidade. O propósito da liberdade de imprensa era promover robusto, aberto e livre debate público.

⁷⁹⁶ A Suprema Corte dos Estados Unidos julgou improcedente o pedido do escravo que propugnava pela sua libertação em decorrência da sua passagem por territórios livres, em atenção ao diploma do *Missouri Compromise*, sob um dos argumentos de que o texto normativo, sem observar o devido processo legal, atingia o direito de propriedade do dono do escravo.

De todo modo, cumpre reforçar que a autonomia do Parlamento e da soberania popular, na condição de instrumentos da materialização da atividade política, estão garantidas por um feixe de direitos previstos na Carta de Direitos de 1988⁷⁹⁷.

Por outro lado, a atividade jurisdicional não pode ficar limitada à aplicação dedutiva dos fatos ao emaranhado de regras e de princípios harmônicos, a partir de decisão de um juiz imparcial e apolítico, que interpretaria e aplicaria as soluções adequadas aos problemas estando livre de influências externas. Lembrava Mauro Cappelletti, já no final do século passado, que o crescimento do papel do Estado na intervenção em outros domínios, acompanhado pelo aumento substancial da aprovação de leis e o aparelhamento do “estado administrativo”, bem como a superação do formalismo, acentuou o caráter criativo das decisões judiciais:

Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. (...) E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma ‘neutra’⁷⁹⁸.

Quanto ao tema, Antoine Garapon, magistrado e pensador francês, além de fazer referência à classificação de judicialização de Vallinder⁷⁹⁹, qualificando-a como duas maneiras de “colonização do político pela justiça”, identifica a extensão da atuação dos juizes como deferência concedida pelo próprio Estado, e não como uma mudança dos titulares da soberania, “mas antes uma evolução da referência da ação política, e não tanto uma rivalidade, mas sim uma *influência recíproca*”. E complementa: “as reivindicações políticas exprimem-se mais facilmente em termos jurídicos do que em termos ideológicos, os direitos individuais e formais suplantando, assim, os direitos colectivos e substanciais”⁸⁰⁰.

A abdicação do legislador, como se vê, pode ser sentida em múltiplos textos normativos brasileiros – campo próprio da hermenêutica – e na delegação expressa para a tomada da

⁷⁹⁷ É o caso do sufrágio universal, com idêntico valor de voto para todos os cidadãos, instrumentalizado pelos direitos políticos discriminados no art. 14, *caput*, da Lei Fundamental de 1988, insuscetíveis, portanto, de modificação pelo poder constituinte reformador. Sobejam, ainda, inúmeros outros direitos públicos (subjetivos) na Carta de Direitos, relacionados à participação política, como, v.g., o direito de propor ação popular (inc. LXXIII, do art. 5º) e o direito ao pluripartidarismo (art. 17). E, por seu turno, o núcleo mínimo de preservação da independência do poder judicial está protegido pela Carta de Direitos de 1988, especialmente no art. 95, *caput*, e parágrafo único, que disciplinam o regime jurídico dos magistrados brasileiros com garantias e proscricções necessárias para emitir juízos com independência, imparcialidade, equilíbrio e serenidade.

⁷⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 33.

⁷⁹⁹ Aqui compreendida não apenas como a transferência das decisões de outras arenas ao Poder Judiciário, mas também a expansão dos procedimentos e métodos próprios dos Tribunais para os campos da política.

⁸⁰⁰ GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Piaget, 1996. p. 41-44 (grifo do autor).

construção de soluções legislativas (por força, v.g., da Lei 13.300/2016), fatores que, somados à mitigação do Estado nacional na produção do direito, identificam o crescimento do grau da atuação criativa dos juízes.

Convém assentar, no entanto, que a interpretação dos magistrados deve guardar vinculação mínima às normas do texto constitucional, sem deixar de antever, quando possível, as prováveis consequências da sua atuação, conforme prescreve, por exemplo, o citado art. 27 da Lei 9.868/1999.

Assim, reconhece-se o acoplamento mínimo entre Direito e Política no exercício da jurisdição, sem cair na tentação de atribuir uma função iluminista civilizatória ao papel dos magistrados⁸⁰¹. Em outras palavras, pode-se afirmar que a concepção tradicional sobre a atividade jurisdicional dos magistrados não se limita à simples pacificação social na resolução do conflito por meio da interpretação do sentido, alcance e aplicação das normas postas, proposição típica liberal do século XVIII, mas atua com lastro em incentivos e estímulos legislativos para garantir a higidez das leis e atos normativos à luz do texto constitucional, e passa agora a incorporar novas funções de coordenação de interesses e de colaboração normativa, que pretendo desenvolver nos próximos capítulos.

É lícito concluir, portanto, a partir de certos eventos e contextos históricos, que a atividade primária dos magistrados – no exercício da jurisdição constitucional - permanece em constante evolução jurídica e política, mas não hegemônica, firmando, para tanto, sólidos e inéditos contornos dogmáticos constitucionais.

Nesse cenário, com todas as ressalvas aos distintos regimes jurídicos, destaca-se a famosa declaração da (então) *Justice O'Connor*, no caso *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004)⁸⁰², em que questionava a detenção permanente de cidadão americano em Guantánamo, rechaçando o papel de simples carimbador das políticas de guerra pelo Poder Judiciário.

⁸⁰¹ Expressão utilizada por Luís Roberto Barroso ao se referir a um dos papéis da Suprema Corte (BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 165-177).

⁸⁰² Por seis votos a três, a Suprema Corte deliberou que o governo não poderia impedir um cidadão americano de questionar a sua prisão numa Corte Federal. O'Connor assentou: “A pretensão de que as Cortes devem renunciar a qualquer exame de caso individual e focar exclusivamente na legalidade do amplo esquema de detenção não pode ser exigido por nenhuma visão razoável da separação dos poderes, visto que essa abordagem serve apenas para condensar o poder em um setor do governo. Há muito tempo, nós deixamos claro que o estado de Guerra não é um cheque em branco para Presidente quando se trata dos direitos dos cidadãos da Nação” (TOOBIN, Jeffrey. *Os nove*: por dentro do mundo secreto da Suprema Corte. Trad. Paulo André Vieira Ramos Arantes. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 273-274).

3.3. A jurisdição constitucional pressupõe um caráter democrático?

O título deste subcapítulo testa a provocação realizada por Stephen Breyer, *Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, em sua obra *Making Our Democracy Work*, sobre a revisão judicial como anomalia democrática⁸⁰³. Ressalta o autor, desde logo, que a Constituição americana nada dispõe sobre a possibilidade de o Poder Judiciário declarar a invalidade das leis aprovadas pelo Parlamento. A atuação histórica da Suprema Corte, porém, trouxe parâmetros normativos em julgamentos conhecidos para a limitação dos atos de governo, a fim de fomentar o debate público e garantir a viabilidade do próprio regime democrático⁸⁰⁴.

Não obstante algumas inquietações sobre a reação dos demais poderes, o referido magistrado aduz que, para além do caráter antidemocrático de algumas decisões judiciais (v.g., o julgamento criminal de um réu impopular), o regime democrático nunca foi puramente majoritário, encontrando limites na estrutura constitucional e nos direitos individuais. Além disso, a constante delegação do poder, típica dos governos modernos, e voltada para a tomada de decisão ancorada no maior conhecimento possível, nem sempre coincide com a visão do eleitorado⁸⁰⁵.

Ademais, a fragmentação dos poderes em múltiplos departamentos, a funcionalidade do sistema democrático e a proteção dos direitos fundamentais consubstanciarão fontes da legitimidade da atuação do Poder Judiciário. Assegura-se, por consequência, a viabilidade do regime democrático, da tutela dos direitos da minoria e da estabilidade das decisões políticas prolatadas pelos tribunais, em oposição à incompatibilidade de mudança frequente de humor na tomada de decisões pelo Parlamento, bem como da necessidade de delegação de certas decisões para aqueles que detêm o conhecimento técnico (*expertise*)⁸⁰⁶.

Apesar de recordar as lições dos federalistas e questionar as razões pelas quais o público deveria aceitar a revisão judicial contrária aos seus desígnios⁸⁰⁷, o magistrado sustenta que a Suprema Corte precisa agir para manter a confiança das pessoas na sua legitimidade, e o faz por meio da conservação da aplicabilidade dos dispositivos constitucionais, isto é, a interpretação em favor dos cidadãos. Para tanto, apregoa que tanto a efetividade da Constituição, por meio de decisões motivadas e com previsão mínima das suas consequências (sem recair num pragmatismo irresponsável) quanto o respeito pelas funções dos outros poderes

⁸⁰³ BREYER, Stephen. *Making Our Democracy Work: A Judge's View*. New York: Vintage, 2010. p. 3-5.

⁸⁰⁴ BREYER, Stephen. *Making Our Democracy Work: A Judge's View*. New York: Vintage, 2010. p. 3-5.

⁸⁰⁵ BREYER, Stephen. *Making Our Democracy Work: A Judge's View*. New York: Vintage, 2010. p. 3-5.

⁸⁰⁶ BREYER, Stephen. *Making Our Democracy Work: A Judge's View*. New York: Vintage, 2010. p. 3-5.

⁸⁰⁷ BREYER, Stephen. *Making Our Democracy Work: A Judge's View*. New York: Vintage, 2010. p. 6-11.

contribuirão para alcançar a legitimidade democrática⁸⁰⁸. No campo da interpretação constitucional, rejeita qualquer ideia sobre o originalismo, devendo o Tribunal aplicar os valores fundamentais à luz das circunstâncias do caso concreto⁸⁰⁹.

A necessidade de manutenção da confiança das pessoas como forma de legitimação judicial guarda alguma relação com o constitucionalismo democrático proposto por Robert C. Post e Reva B. Siegel, que, conforme já explicitado, busca reunir a autoridade da constituição na aplicação das decisões com a chamada sensibilidade democrática para que os cidadãos tenham a chance de persuadir uns aos outros a adotar entendimentos constitucionais alternativos⁸¹⁰.

No constitucionalismo brasileiro, tomando-se a acepção formal de democracia – no sentido da observância das regras do jogo⁸¹¹ –, indubitoso que as múltiplas regras constitucionais e os incentivos legislativos conferem uma legitimidade aos juízes e às Cortes para atuarem na fiscalização da constitucionalidade das leis, dentro de certas balizas, sendo perfeitamente lícito, de outra banda, exigir a previsibilidade mínima (e legal) dos efeitos das decisões como fator condicionante da manutenção dessa legitimidade.

Na dimensão material, a discussão sobre o caráter democrático guarda maior complexidade, porquanto vinculada a elementos estranhos aos conceitos analíticos do direito, constituindo objeto de matérias interdisciplinares, mas que não poderão, ao mesmo tempo, menosprezar ou conferir um peso menor aos alicerces da dogmática jurídica, utilizando-se, para tanto, de teses anacrônicas como a teoria crítica do direito ou movimentos puramente utilitaristas em determinadas ciências humanas, a fim de questionar a lei como uma razão de ideal público⁸¹². Por outro lado, a confiança na funcionalidade do sistema jurídico não se

⁸⁰⁸ BREYER, Stephen. *Making Our Democracy Work: A Judge's View*. New York: Vintage, 2010. p. 73-87.

⁸⁰⁹ BREYER, Stephen. *Making Our Democracy Work: A Judge's View*. New York: Vintage, 2010. p. 73-87.

⁸¹⁰ POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. *Democratic Constitutionalism: The Constitution in 2020*. New York: Oxford University, 2009. p. 25-34.

⁸¹¹ Norberto Bobbio enfatiza: “Naturalmente, todo este discurso vale apenas se nos atemos àquela que chamei de definição mínima de democracia, segundo a qual por regime democrático entende-se primariamente um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível. Sei bem que tal definição procedimental, ou formal, ou, em sentido pejorativo, formalística, parece muito pobre para os movimentos que se proclamam de esquerda. Porém, a verdade é que não existe outra definição igualmente clara e esta é a única capaz de nos oferecer um critério infalível para introduzir uma primeira grande distinção (independentemente de qualquer juízo de valor) entre dois tipos ideais opostos de formas de governo” (BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 11. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 22).

⁸¹² Owen Fiss assentou, nesse sentido, que: “Law has been threatened by the disintegration of public values in the larger society, and its future can only be assured by the reversal of those social processes. In order to save the law, we must look beyond the law. We will never be able to respond fully to the negativism of Critical Legal Studies or the crude instrumentalism of Law and Economics until a regenerative process takes hold, until the broad social processes that fed and nourished those movements are reversed. The analytic arguments wholly internal to the law can take us only so far. There must be something more—a belief in public values and the willingness to act on them”

confunde com a obtenção de apoio popular para a tomada de decisões, muito embora tal elemento cognitivo esteja dentro das previsibilidades da eficácia das decisões.

A concepção de democracia deliberativa⁸¹³, por sua vez, apesar de fincar raízes nos debates racionais no espaço público presentes no desenho institucional, a fim de que nenhum poder esteja imune às exigências desse discurso, não autoriza conferir aos juízes e Cortes uma legitimidade representativa⁸¹⁴ justamente porque subtraem dos cidadãos tal escolha, além do déficit acerca da *accountability* perante os eleitores, seja por opção do legislador constituinte originário, seja pela fórmula de investidura anômala conferida, em regra, aos juízes, nos termos do art. 93, I, da CF/1988.

Mas o que sobra, então? Para além da autorização democrática concedida pelo legislador constituinte, impõe-se aos juízes e às Cortes a construção permanente da legitimidade no plano empírico, não só por meio da escolha da teoria da interpretação constitucional que privilegie a previsibilidade e segurança, a motivação idônea e o respeito *prima facie* às atuações dos demais poderes, mas também por meio do reforço de uma coerência epistemológica, uma dinâmica (heterodoxa) nas suas funções e da adesão aos precedentes, evitando, assim, oscilações hermenêuticas bruscas que, malgrado possam revelar uma correção de rumos, são incompreendidas pelo corpo social. Ao mesmo tempo, a viabilidade do convencimento e da persuasão racional dos cidadãos para modificação da orientação jurisprudencial, por meio dos instrumentos previstos no desenho institucional, é medida oportuna para o bom funcionamento da jurisdição constitucional.

Evidentemente, essas são as balizas centrais e cada área do direito tem suas singularidades e especificidades quanto à atuação judicial, especialmente no campo da fiscalização das leis e na persecução criminal engendrada pelo Estado, correspondendo, portanto, o apoio popular no funcionamento da Corte um vetor lateral para o exercício da jurisdição, sob pena de, em alguns casos, afigurar-se como violação à essência do papel de árbitro dos juízes e Cortes.

(FISS, Owen M. *The Death of Law? In: FISS, Owen. The Law as It Could Be.* New York: New York University, 2003. p. 205-207).

⁸¹³ Trabalho aqui com a definição trazida pelo Ministro Roberto Barroso: “A democracia já não se limita ao momento do voto periódico, mas é feita de um debate público contínuo que deve acompanhar as decisões políticas. Participam desse debate todas as instâncias da sociedade (...). A democracia deliberativa significa a troca de argumentos, o oferecimento de razões e a justificação das decisões que afetem a coletividade. A motivação, a argumentação e o oferecimento de razões suficientes e adequadas constituem, também, a matéria-prima da atuação judicial e fonte de legitimação de suas decisões” (BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal.* Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 18-19).

⁸¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal.* Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 158-165.

Ademais, o dever de fundamentar as decisões e a presença de um canal direto para que o corpo social possa influir diretamente o processo decisório, conforme dispõe o sistema híbrido de constitucionalidade (difuso e concentrado), constituem elementos da sacralização da democracia participativa. A magistratura integra o sistema político e não pode ser destrinchada à margem dos parâmetros institucionais de relacionamento com os demais Poderes⁸¹⁵, o que implica, em última análise, que a concessão democrática subjaz a atividade jurisdicional.

De todo modo, estímulos legislativos têm reverberado, ao menos em tese, a viabilidade da maior participação e compreensão popular sobre a atuação jurisdicional, instrumentalizados por meio da aprovação da Lei 9.868/1999 e da EC 45/2004, que estatuíram, respectivamente, a figura do *amicus curiae*⁸¹⁶, da audiência pública, das súmulas vinculantes e da repercussão geral, além de reafirmarem a publicidade dos atos processuais, por meio da criação do canal de televisão “TV Justiça” e televisionamento real das sessões das Turmas e do Plenário do STF.

Em resumo, conforme já demonstrado, nem todo ato primário do legislativo é representativo da vontade popular, especialmente quando abdica deliberadamente do poder de legislar que lhe foi outorgado, delegando-o a órgãos técnicos, nem tampouco a jurisdição constitucional atua apenas de forma contramajoritária. Antes, incorpora agora outras funções inéditas (que se pretende demonstrar adiante) - como a coordenadoria de interesses para a mediação e conciliação dos conflitos -, a evidenciar, portanto, que o dinamismo das funções jurisdicionais constitui um elemento natural ao próprio constitucionalismo brasileiro e ao regime democrático.

⁸¹⁵ Campilongo complementa: “Se, nos chamados ‘casos difíceis’, o juiz é obrigado a fazer escolhas políticas – muitas vezes por delegação do próprio legislador – essa criatividade é exercida nos limites da legitimidade legal-racional. O legislador pode rever a delegação ou fixar a opção política. Entretanto, até que isso aconteça, a determinação de uma linha política por parte do juiz – desde que em conformidade com os valores fundamentais positivados pelo ordenamento – não significa, necessariamente, um comportamento antidemocrático, contrário à divisão de poderes ou ofensivo ao Estado de Direito” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48-49).

⁸¹⁶ É certo que já existia regramento sobre atuação semelhante em algumas áreas específicas, como, v.g., no art. 32 da Lei 4.726/1965 (Junta Comercial) e no art. 31 da Lei 6.385/1976 da CVM. Finalmente, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, tal instrumento democrático passou a ser incorporado definitivamente ao sistema de justiça (art. 138).

4. INTERPRETAÇÃO CRIATIVA DAS LEIS NO POSITIVISMO CONTEMPORÂNEO

A questão central que inspira o presente capítulo está relacionada à análise da potencialidade hermenêutica do positivismo contemporâneo – ancorado nos alicerces teóricos edificados nas obras de Kelsen – na jurisdição constitucional e a tentativa de alinhar os novos vetores de atuação. Impõe-se, para tanto, a adequada compreensão dogmática da Teoria Pura do Direito, muitas vezes difundida injustamente como o centro de depósito de todas as mazelas na interpretação e aplicação do Direito. Isso porque as categorias normativas e modelos de instituições, delineados por Hans Kelsen e por outros estudiosos que integraram a denominada Escola Jurídica de Viena⁸¹⁷ ainda influenciam de forma decisiva a atuação dos magistrados brasileiros⁸¹⁸, muito embora o aprisionamento hermenêutico de aspectos laterais da teoria pode, em determinadas situações diante da realidade concreta, constituir um anacronismo prejudicial⁸¹⁹.

Convém destacar, inicialmente, que Kelsen, juspublicista (Direito Público e Direito Constitucional), com obras de destaque no Direito Internacional⁸²⁰, foi um dos autores do anteprojeto da Constituição austríaca de 1920⁸²¹ e passou a integrar a Suprema Corte local até 1929, quando, ao assegurar a autonomia do direito em relação à política (no caso das dispensas matrimoniais), deixou o cargo em contrariedade à reforma constitucional e à dissolução da

⁸¹⁷ Aqui se destacam Adolf Julius Merkel (1890-1970), publicista e professor nas Universidades de Viena (1920 a 1965) e Alfred Verdross (KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. 2. ed. Trad. Gabriel Nogueira Dias e José Inácio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. XXXI).

⁸¹⁸ KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. 2. ed. Trad. Gabriel Nogueira Dias e José Inácio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. XVI.

⁸¹⁹ Refiro-me aqui que à dicotomia do ser e do dever de mantida por Kelsen, que cai em desuso atualmente no processo de interpretação moderno, uma vez que passa a considerar a norma como uma noção composta pela realidade. Nas palavras de Paulo Bonavides sobre o fenômeno, ancorado na teoria estruturante de Muller: “Compreende ele a norma jurídica como algo mais que o texto de uma regra normativa. De sorte que a interpretação ou concretização de uma norma transcende a interpretação de texto, ao contrário portanto do que acontece com os processos hermenêuticos tradicionais no campo jurídico” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 499).

⁸²⁰ KELSEN, Hans. La transformation du droit international en droit intern. *Revue générale de droit international public*, Paris, v. 43, n. 1/4, p. 5-49, 1936).

⁸²¹ Lembra Virgílio Afonso da Silva, no entanto, que: “No caso do controle de tipo europeu, a Constituição austríaca nem mesmo foi a primeira a prevê-lo, tendo sido antecipada em alguns meses pela Constituição da Tchecoslováquia. O próprio Kelsen sempre deixou claras as suas fontes inspiradoras, sobretudo uma obra pouco divulgada de Georg Jellinek, sugestivamente intitulada ‘*Um Tribunal Constitucional para a Áustria*’, publicada em 1885. Ainda no plano das ideias, um embrião daquilo que mais tarde tomou a forma de tribunal constitucional pode ser encontrado na tentativa de Sieyès de implantação de um *Jury Constitutionnaire*, rejeitada pela Assembleia Constituinte de 1795. A despeito desses – e de quaisquer outros – antecedentes, foi a obra de Marshall e Kelsen que perdurou no tempo” (SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-200, 2009).

antiga Corte Constitucional austríaca⁸²². Registre-se, ainda, que a sua produção científica remonta há mais de um século⁸²³ e o seu modelo de jurisdição constitucional permanece irradiando efeitos em inúmeros países até os dias atuais.

Importante desmitificar, também, os anátemas lançados em desfavor da referida obra, precisamente no sentido de que a pureza metodológica teria proscrito qualquer desvinculação dos magistrados a outros valores éticos e jurídicos na interpretação e aplicação do Direito. Pelo contrário, o esforço central da teoria buscou conferir autonomia e cientificidade ao Direito, o que não se confunde, em qualquer contexto histórico, com a negação da própria realidade na aplicação dos textos legais.

Em outras palavras, a compreensão hermenêutica adequada da Teoria Pura do Direito traz fecunda base epistemológica ao exercício da jurisdição atual, dispensando, por consequência, os discursos narrativos com linguagem fluída trazidos a lume por novas escolas de interpretação (em especial os neoconstitucionalistas). Tem, ademais, o mérito de viabilizar o aperfeiçoamento na efetividade da jurisdição constitucional, por meio da interpretação referente às alternativas concebidas no interior da moldura normativa.

Rememore-se, ainda, que a Teoria Pura do Direito, obra editada como instrumento para iluminar a autonomia do Direito, não é fruto exclusivo e acabado do mestre nascido em Praga⁸²⁴. Antes, pelo contrário, publicada em 1934 (*Reine Rechtslehre*), contou com a contribuição decisiva de Adolf Julius Merkel⁸²⁵ e sofreu alterações substanciais por Kelsen ao longo da sua vida, incluindo uma segunda edição (1960), quando o autor já estava radicado em Berkeley, na Califórnia (EUA). Lembra Matthias Jestaedt, nesse sentido, que:

[O] fato de que a teoria pura de Kelsen não é produto atemporal de uma única ideia genial que dali em diante se conservaria inalterada e inalterável. Muito pelo contrário, a teoria pura do direito passou – desconsiderando-se totalmente o fato de que Kelsen é, certamente, seu fundador e principal defensor, mas de modo algum o seu único protagonista – por numerosos e profundos desenvolvimentos ao longo de décadas⁸²⁶.

⁸²² KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. 2. ed. Trad. Gabriel Nogueira Dias e José Inácio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 78-81.

⁸²³ A primeira publicação de destaque de Kelsen ocorreu em 1911, consubstanciada na sua tese de livre-docência sobre os “Principais problemas da teoria de direito público, desenvolvidos a partir da teoria da norma jurídica” (KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*. Tübingen: Mohr, 1911).

⁸²⁴ KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. 2. ed. Trad. Gabriel Nogueira Dias e José Inácio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. XXXVIII-XIII.

⁸²⁵ A contribuição e o mérito foram reconhecidos pelo próprio Kelsen (KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. 2. ed. Trad. Gabriel Nogueira Dias e José Inácio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 28).

⁸²⁶ E arremata: “A bem da verdade, até o fim da sua vida, Kelsen não atinge o ponto em que declararia a teoria pura do direito ‘pronta’ ou em que a consideraria perfeita. Como comprova de modo impressionante sua obra no final da vida, a *Allgemeine Theorie der Normen*, editada postumamente em 1979, o nonagenário – que trabalhava com

Também não passaram despercebidas as polêmicas manifestações acadêmicas enfrentadas por Kelsen, como a acusação de plágio por um dos seus alunos (Fritz Sander)⁸²⁷ e o recrudescimento das críticas sofridas a partir do revigoração acadêmico da Sociologia e outras Ciências Humanas, assim como o surgimento de outras escolas de interpretação, fundadas, em boa medida, nos conceitos indeterminados dos princípios, mas incapazes de eliminar os sólidos alicerces construídos (na Teoria Pura) para a aplicação do Direito.

Voltando ao tema deste capítulo, registre-se que a Teoria Pura propôs delimitar o campo da validade do Direito em relação aos valores subjacentes à norma (princípio basilar), sem eliminar, contudo, toda e qualquer consideração ética do Direito. Pelo contrário, tais “normas de justiça” têm por destinatários os agentes responsáveis pela criação do direito positivo (legisladores e magistrados)⁸²⁸. Nesse sentido, Kelsen enfatiza que

a justiça e a injustiça, que são afirmadas como qualidades de uma norma jurídica positiva cuja validade é independente desta sua justiça ou injustiça, não são ou não são imediatamente, pelo menos – qualidades desta norma, mas qualidades do ato pelo qual ela é posta, do ato de que ela é o sentido⁸²⁹.

Ademais, ao considerar que a produção da Teoria Pura é atemporal e não fruto exclusivo da produção acadêmica de Kelsen, conforme já explicitado, é possível conceber passagens em sua obra que exprimem uma fecunda reflexão sobre a mudança de alicerces (da ausência) referente ao campo da validade da ciência jurídica. É o que se denota, *v.g.*, do trecho da sua “Autobiografia”, produzida em 1947 (quando Kelsen esteve radicado em Berkeley, Califórnia), ao mencionar que, segundo o autor, as faculdades de direitos locais não tinham interesse particular por uma teoria científica do Direito e que, por isso, “talvez o direito como objeto de conhecimento científico pertença realmente mais a uma faculdade filosófica, histórica ou de ciências sociais”⁸³⁰.

Em outras palavras, a pureza da citada teoria não reproduz o entendimento de um direito apolítico, tampouco constitui fenômeno normativo indiferente ao aspecto factual (ser),

escrúpulo inabalado – ainda empreendia extensas modificações e acréscimos substanciais na sua teoria” (KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. 2. ed. Trad. Gabriel Nogueira Dias e José Inácio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 4-5).

⁸²⁷ KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. 2. ed. Trad. Gabriel Nogueira Dias e José Inácio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 73-79.

⁸²⁸ KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 3-8.

⁸²⁹ KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 9.

⁸³⁰ KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. 2. ed. Trad. Gabriel Nogueira Dias e José Inácio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 108.

conforme a sua interpretação dinâmica⁸³¹. Ao revés, de acordo com Matthias Jestaedt, em palestra ministrada em 25 de setembro de 2018 na Universidade de Freiburg⁸³², o mérito da Teoria Pura repousa justamente na análise e descrição realista, precisa e desviesada tanto quanto possível do funcionamento do direito positivo moderno, estruturado a partir da distribuição funcional de competências. A teoria não descarta, como se nota, da existência de uma passagem de compreensão estática para uma visão dinâmica do modo de realização do Direito, instrumentalizada, ainda, pela possibilidade de criação e aplicação em todos os níveis da estrutura escalonada. Nesse sentido, Kelsen assentou:

Se admitirmos que a lei é todo o direito, regularidade equivale a legalidade, e então não é evidente que se possa ampliar ainda mais a noção de regularidade. Mas essa concepção de relação entre legislação e execução é inexata. Essas duas funções não se opõem de maneira absoluta, como a criação à aplicação do direito, mas de maneira puramente relativa. Examinando-as melhor, vê-se que cada uma delas se apresenta, na verdade, ao mesmo tempo como um ato de criação e de aplicação do direito. Legislação e execução não são duas funções estatais coordenadas, mas duas etapas hierarquizadas do processo de criação do direito, e duas etapas intermediárias⁸³³.

Vale dizer, a relação de determinação ou vinculação de uma norma superior nunca será integral e automática. Muito pelo contrário, a indeterminação do Direito posto (ato jurídico) pode ser consequência não intencional da edição da própria regra jurídica a ser interpretada e aplicada pelo magistrado ao caso em concreto⁸³⁴. Nessa linha, Kelsen, ao entender a interpretação do objeto como a fixação via cognoscitiva de sentido, assentou que “o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das possibilidades que dentro desta moldura existem”⁸³⁵. Nesse contexto, rememora que:

A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos), o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma de escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por

⁸³¹ KELSSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 387-398.

⁸³² Palestra realizada na disciplina “A Teoria Pura do Direito e seus reflexos sobre o Direito Administrativo Brasileiro” (DES5877), da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

⁸³³ KELSSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2. ed. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 124-125.

⁸³⁴ KELSSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 389-390.

⁸³⁵ KELSSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 390.

este ato. Mesmo uma ordem a mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer⁸³⁶.

Muito embora a provável intenção de Kelsen não tenha sido conferir legitimidade a um solipsismo ou voluntarismo autoritário dos juízes na interpretação e na aplicação do Direito, é certo que a junção do ato de conhecimento para a fixação das balizas das possibilidades de interpretação da lei na moldura jurídica, com o ato de vontade do aplicador do Direito (e que refoge, num primeiro momento, às preocupações do Direito Positivo) na escolha dessas possibilidades ao caso concreto, permitiu aos magistrados observar outros horizontes para a construção da norma individual no caso concreto, expurgando os malefícios do formalismo anacrônico. Como se vê, conquanto descreva o Direito como norma, a relação entre o conteúdo de ordenamento jurídico válido aplicado e o teor do ato social (que lhe corresponde) não era ignorada por Kelsen⁸³⁷, *in verbis*:

Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto um poder que dá a função judiciária o mesmo caráter ‘político’ que possui – ainda que em maior medida – a legislação. Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa. Se fosse da natureza da jurisdição não ser política, então seria impossível uma jurisdição internacional; ou melhor: a decisão, segundo as normas do direito internacional, de controvérsias entre Estados, que só se distinguem dos conflitos internos porque aparecem mais claramente como conflitos de poder, deveria receber outra denominação⁸³⁸.

A normatividade deixa de ser analisada como simples texto de lei e passa a ser vista como um processo real de construção individual. Como se vê, a evolução do positivismo contemporâneo do século XX, com o advento do protagonismo nuclear das Cartas de Direitos, passou a exigir uma nova postura hermenêutica dos magistrados, não apenas para desvelar o sentido e o alcance do texto, nas clássicas lições de Maximiliano⁸³⁹, ou fincar raízes nos

⁸³⁶ Kelsen preconizou ainda: “O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro do qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito, todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em sentido possível!” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 390).

⁸³⁷ Conforme expressamente reconhecido por ele em sua autobiografia (KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. 2. ed. Trad. Gabriel Nogueira Dias e José Inácio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 30).

⁸³⁸ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2. ed. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 251-252.

⁸³⁹ O autor sustenta que: “As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o

métodos tradicionais de interpretação de Friedrich Carl von Savigny⁸⁴⁰, mas deverá buscar avaliar as consequências da sua decisão. Com efeito, após avaliação cognitiva prévia sobre as possibilidades fixadas na moldura normativa, incumbe-lhes escolher motivadamente entre uma dessas opções possíveis em consonância com a linguagem do texto e dos valores constitucionais, especialmente à luz do mosaico fático em concreto, sem desbordar, contudo, em qualquer voluntarismo ou idiosincrasias judiciais.

Isso não significa, insista-se, contrapor-se integralmente à Teoria Pura do Direito, mas, sim, introduzir valores constitucionais expressos para promover, de maneira fundamentada, a melhor escolha dentre as possibilidades contidas no texto da lei, que concede, num primeiro momento, uma extensão razoável das alternativas ao intérprete na construção da norma material ao caso individual.

Daí porque o positivismo kelseniano, obra atemporal e inacabada, apresenta várias feições evolutivas, suscetíveis de novas compreensões hermenêuticas pelos intérpretes, sem cair num realismo ou pragmatismo jurídico. Tal evidência, ademais, não se confunde com a busca de uma releitura do formalismo proposta por Adrian Vermeule, conforme já explicitado no capítulo anterior, que prescreve aos magistrados a obediência ao sentido inequívoco e “específico” dos textos normativos, sem remeter a fontes laterais, a fim de que adotem uma postura de deferência em relação aos processos hermenêuticos apresentados pelo Parlamento e pelas agências do Poder Executivo⁸⁴¹.

Lenio Streck diagnosticou com precisão:

A partir dessa nova posição teórica, a normatividade deixa de ser analisada como uma virtude da codificação e passa a ser vista como resultado de um processo real de construção. Com isso, a dualidade do ser e do dever-ser, mantida pelo positivismo kelseniano, perde a razão de sua existência, e a norma jurídica passa a ser considerada enquanto uma noção composta, ficando

que na mesma contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 1).

⁸⁴⁰ Karl Larenz, com base nas lições de Friedrich Carl von Savigny, afirma: “O intérprete precisa de <se colocar na posição de legislador e deixar que se formem, por esse artifício, os respetivos ditames>. Para esse fim, a interpretação precisa de três elementos: um elemento lógico, um elemento gramatical e um elemento histórico (pag. 9). Para que se <possa atingir o pensamento da lei>, têm de tomar-se em consideração as circunstâncias históricas do seu aparecimento; além disso, a interpretação necessita conhecer tanto as particularidades como o significado de cada texto para o conjunto, pois a legislação só se exprime ao nível de um todo (pag. 25) e o ‘todo’ do Direito só em sistema é reconhecível” (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1983. p. 10 -11).

⁸⁴¹ VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University, 2006. p. 11.

impossibilitada a existência de um dever-ser puro, como estava presente *na Teoria Pura do Direito*⁸⁴².

A releitura do positivismo jurídico, nos moldes discriminados acima, constitui a verdadeira interface entre as chamadas teorias interpretativistas e não interpretativistas⁸⁴³. A primeira está claramente voltada, em apertada síntese, a condicionar e restringir o processo hermenêutico ao cumprimento das normas explícitas ou comprovadamente implícitas do texto constitucional, evitando, desse modo, que os juízes ocupem a função política na edição das normas que disciplinam o Estado de Direito⁸⁴⁴. A interpretação não interpretativista, por sua vez, indica a possibilidade de interpretação e aplicação de valores que não se encontram claramente indicados na linguagem do texto constitucional⁸⁴⁵, encontrando em Dworkin – na sua busca pela melhor interpretação possível por meio da integridade⁸⁴⁶ – um porto razoavelmente seguro.

De todo modo, o ordenamento jurídico se consubstancia num complexo lógico de regras e princípios aptos à criação da norma individual. Logo, é possível reconhecer o acoplamento mínimo (discricionariedade para a desvinculação à norma superior) entre direito e política no exercício da jurisdição, sem cair, no entanto, na tentação de atribuir uma função iluminista civilizatória ao papel dos magistrados⁸⁴⁷. Como se nota, há uma pequena diferença não

⁸⁴² STRECK, Lenio Luiz. A Questão Interpretativa que Permeia a Relação Texto e Norma. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (org.). *Ontem, os códigos! Hoje, as constituições Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 126.

⁸⁴³ John Hart Ely assentou com precisão: “Podemos admitir que não é possível atribuir um conteúdo inteligível a certas frases constitucionais apenas com base em sua linguagem e na história legislativa em que estão inseridas, e que de fato algumas delas parecem precisar de uma injeção de conteúdo vindo de fora do próprio dispositivo; mas podemos, ao mesmo tempo, postular que a teoria que empregamos para suprir esse conteúdo deve ser derivada dos temas gerais do documento constitucional e não de alguma fonte completamente externa ao texto do documento. (...) Pois a Constituição em si, a Bíblia do interpretacionista, contém vários dispositivos que nos convidam a ir além de seu sentido literal – ou caso o leitor prefira, que nos convidam a nos tornamos, pelo menos até certo ponto, adeptos do não interpretacionismo; e esse é um fato que não pode ser simplesmente ignorado” (ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 16-17).

⁸⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1195-1196.

⁸⁴⁵ Gomes Canotilho, traçar os pontos de partida desta forma de interpretação, enfatizou: “(3) de resto, a interpretação substancial da constituição deve perspectivar-se em moldes diferentes dos proclamados pelas teorias interpretativistas: o direito não é apenas o <conteúdo> de regras jurídicas concretas, é também formado constitucionalmente por princípios jurídicos abertos como justiça, imparcialidade, igualdade, liberdade” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1196).

⁸⁴⁶ “Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 305).

⁸⁴⁷ Expressão utilizada por Luís Roberto Barroso ao se referir a um dos papéis da Suprema Corte (BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 165-177).

estrutural, mas perspectivista, entre a interpretação e a aplicação do Direito, malgrado constituam operação única, com o alargamento da extensão do conceito da norma jurídica para incorporar não apenas o texto de lei, mas também decisões judiciais, atos administrativos e contratos em geral à luz da realidade fática. Nesse sentido, Eros Grau diz:

O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso [Gadamer]. A interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação (Gadamer). Assim, existe uma equação entre interpretação e a aplicação; não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação (Mari). Interpretação e aplicação consubstanciam um processo unitário (Gadamer), superpondo-se⁸⁴⁸.

Por outro lado, a construção de sentidos do texto, às vezes por diferentes métodos da hermenêutica, não implica tornar letra morta significados mínimos do texto, ou seja, uma desqualificação da pré-compreensão da linguagem prevista nas regras positivadas na lei⁸⁴⁹. O positivismo de Kelsen confere um poder de escolha (leia-se discricionariedade) com balizas razoavelmente flexíveis, uma vez que o texto legal pode incorporar de antemão distintas possibilidades de sentidos.

Tal constatação não elimina, como visto, alguma dose de subjetivismo de juízes e Cortes, dentro da citada moldura normativa, sem que tal construção hermenêutica possa ter como fonte um ato de vontade autoritário dos intérpretes ou que recaia no pragmatismo ou realismo. A linguagem do texto é parte fundamental na interpretação e aplicação do direito, do que resulta, por corolário, que o positivismo contemporâneo e a construção da norma individual têm campo fértil como ferramentas hermenêuticas destinadas aos juízes e Cortes.

4.1. Novos vetores (coordenadoria de interesses e colaboração normativa)

Diante do cenário apresentado, passa-se a apresentar os novos vetores da jurisdição constitucional. A função de colaboração normativa para a resolução de conflitos, além de recrudescer o grau de criatividade regrada dos juízes por meio da compreensão hermenêutica, especialmente para examinar e adotar as consequências mais adequadas e previsíveis⁸⁵⁰ –

⁸⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 47.

⁸⁴⁹ Ao fazerem menção aos jogos de linguagem de Wittgenstein, Clémerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto assentaram: “A gramática, para Wittgenstein, não se situa no plano abstrato, substanciando, antes, uma atividade humana regular em que jogos da linguagem são interligados, os quais enfatizam o fato de que a linguagem é uma atividade, faz parte de uma forma de vida. Nesse sentido, a tarefa hermenêutica não conforma uma produção unilateral de sentidos, mas reafirma uma semântica que já se encontra em operação em uma comunidade discursiva, apresentando-se como fruto de convenções sociais” (CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 91).

⁸⁵⁰ CAPPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

superando, por vezes, obstáculos processuais de natureza relativa, em cooperação com o próprio legislador – procura assegurar a funcionalidade do regime democrático e a tomada de decisões adequadas ao caso concreto⁸⁵¹. Tal feição buscará soluções heterodoxas - em relação à jurisdição constitucional tradicional – em casos de “lacunas de regulação”⁸⁵², inseridas no contexto e limites da interpretação sistemática da legislação, o que denomino de colaborador negativo⁸⁵³. Nas palavras do mestre português, Gomes Canotilho, “[a] mediação judicial concretizadora” de normas e princípios “é tarefa indeclinável dos juízes”⁸⁵⁴.

No plano da jurisdição constitucional, o emprego dessa nova função tem sido utilizada – especialmente, com ineditismo, no campo dos processos de índole objetiva⁸⁵⁵ – com alguma cautela pelo STF, como se verá no próximo capítulo, em duas situações específicas: (i) por meio da modulação heterodoxa (e não apenas restrição temporal ou da eficácia do *decisum*⁸⁵⁶) acerca das consequências e efeitos – sobretudo do quadro fático subjacente ao conflito – decorrentes do reconhecimento inconstitucionalidade das leis e atos normativos nas ações de controle abstrato de constitucionalidade⁸⁵⁷; (ii) nas decisões que estabeleceram parâmetros de conduta não apenas para incorporar situações consideradas carecedoras ou insuficientes de disciplina específica em diferentes áreas do Direito, a partir da interpretação e aplicação sistemática de outros diplomas normativos ou da aplicação direta do texto constitucional, mas também aquelas que adotaram soluções anômalas compelidas pela força normativa da realidade⁸⁵⁸, para

⁸⁵¹ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁸⁵² Faz-se referência à proposição formulada por Karl Larenz: “Na maioria dos casos em que falamos de uma lacuna da lei, não está incompleta uma norma jurídica particular, mas uma determinada regulação em conjunto, quer dizer: esta não contém nenhuma regra para uma certa questão que, segundo a intenção reguladora subjacente, precisa de uma regulação. (...) Não se trata de que aqui a lei, se se quiser aplicar sem uma complementação, não possibilite uma resposta em absoluto; a resposta teria de ser que justamente a questão não está regulada e que, por isso, a situação de facto correspondente fica sem consequência jurídica”. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1983. p. 450-451.

⁸⁵³ Evidentemente, a expressão está ancorada na expressão “legislador negativo” de Kelsen, para justificar o controle de constitucionalidade, em que o Tribunal não produz, mas elimina a norma maculada. Cf. KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2. ed. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 261-262.

⁸⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1196.

⁸⁵⁵ Faz-se referência às ações de controle abstrato de constitucionalidade.

⁸⁵⁶ Faz-se referência às possibilidades tipificadas nos art. 27 da Lei 9868/1999, no art. 11 da Lei 9882/1999 e no art. 927, §3º do CPC.

⁸⁵⁷ Denominar-se-á modulação especial, porquanto não está, ao menos no plano analítico, em perfeita harmonia com as balizas previstas no art. 27 da Lei 9868/1999, e busca substancialmente disciplinar o quadro fático subjacente porventura existente.

⁸⁵⁸ O contexto da pandemia atual e a proliferação de atos normativos, de todas as matizes, descortinam que a atuação do Poder Judiciário, para além da tradicional salvaguarda e controle de constitucional da validade das regras legais, tem atuado em parceria com os demais Poderes, no sentido de promover ajustes na legislação e, até mesmo, flexibilizando temporariamente direitos fundamentais diante do ambiente de instabilidade, como, v.g., na hipótese do indeferimento da medida cautelar na ADI 6363, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, proposta pelo Partido Rede Sustentabilidade, em face da Medida Provisória 936/2020, especificamente no tocante ao dispositivo

expandir os limites objetivos⁸⁵⁹ ou subjetivos dos instrumentos processuais ou deliberar acerca de aspectos subjacentes relevantes ou, ainda, regulamentar situações concretas que permeiam a aplicação da norma impugnada⁸⁶⁰.

Tais posturas são influenciadas por um ambiente político e social singular, que autorizam infirmar, por vezes, a natureza jurídica tradicional dos institutos ou, temporariamente, flexibilizar a vigência de regras positivadas⁸⁶¹, e que eventualmente possam contribuir como fontes primárias para futuras proposições legislativas ou a revisitação das leis pelo Congresso Nacional.

De todo modo, adota-se aqui a acepção da expressão “regular”, dentre as perspectivas analíticas possíveis⁸⁶², como a capacidade de integrar o processo normativo, em que a norma é fruto da interpretação e aplicação do texto legal acompanhado da força da realidade, além da possibilidade de criação, em regra, de normas individuais ou coletivas em casos excepcionais e de forma exaustivamente motivada. Vale dizer, a preocupação contemporânea da jurisdição constitucional repousa em avaliar, no maior grau possível, a previsibilidade e as consequências

que estabelecia a possibilidade de ajuste consensual da redução proporcional da jornada de trabalho e de salário de seus empregados, por até noventa dias, observados os requisitos estabelecidos na referida medida provisória. A Corte rejeitou, por maioria, a concessão da medida cautelar, em aparente violação à literalidade do disposto nos incisos VI e XIII, da CF/1988.

⁸⁵⁹ É o caso dos *Habeas Corpus* 143.988/ES, de relatoria do Ministro Edson Fachin; 165.704/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes; e 143.641/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, os quais serão examinados nos próximos capítulos.

⁸⁶⁰ É o que ocorreu na ADPF 663, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. Diante de um possível conflito entre infirmar o poder de edição das medidas provisórias do Presidente da República – porque é necessário aguardar a reunião da Comissão Mista de Deputados e Senadores, nos termos do art. 62, §9º da CF/1988 – ou afastar o poder de deliberação do Congresso Nacional em razão da prorrogação indeterminada das medidas provisórias, a Corte, ao referendar a medida cautelar deferida pelo relator, construiu uma solução normativa que, muito embora aparentemente viole o texto do referido dispositivo constitucional, contorna uma grave disputa institucional entre os Poderes Legislativo e Executivo durante a crise sanitária decorrente da Covid-19. Isso porque autorizou-se, “nos termos pleiteados pelas Mesas das Casas Legislativas, que, durante a emergência em Saúde Pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente da COVID-19, as medidas provisórias sejam instruídas perante o Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ficando, excepcionalmente, autorizada a emissão de parecer, em substituição à Comissão Mista, por parlamentar de cada uma das Casas designado na forma regimental”. Além disso, deferiu também que, “em deliberação nos Plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, operando por sessão remota, as emendas e requerimentos de destaque possam ser apresentados à Mesa, na forma e prazo definidos para funcionamento do Sistema de Deliberação Remota (SDR) em cada Casa, sem prejuízo da possibilidade de as Casas Legislativas regulamentarem a complementação desse procedimento legislativo regimental”.

⁸⁶¹ É o caso do julgamento da ADI 6357/DF, ajuizada pelo Presidente da República, em que a Corte deferiu a medida liminar para afastar, de forma excepcional, a incidência dos artigos 14, 16, 17 e 24 da LRF e 114, *caput, in fine*, e § 14, da LDO/2020, durante o estado de calamidade pública e para fins exclusivos de combate integral da pandemia da COVID-19.

⁸⁶² Antonio Enrique Pérez Luño alinhou também outros sentidos: (i) criação do direito como demiurgia, pelo qual somente os juízes criam os direitos; (ii) criação do direito como manifestação do arbítrio estatal em casos controvertidos; (iii) a atuação do juiz ancorado na primazia do direito natural ou na natureza das coisas; (iv) criação do direito como integridade, lastrada em outras fontes; (v) criação do direito para escolher o significado normativo (LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Trad. Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 67-71).

das decisões, que passaram a nortear o centro da prática jurisdicional⁸⁶³, bem como em adotar institutos e atos típicos da jurisdição comum ordinária.

Nas lições de Karl Larenz, encontram-se algumas raízes deste novo vetor no alegado desenvolvimento judicial do Direito como continuação da interpretação:

É, portanto, um desiderato importante da Jurisprudência pôr à disposição do juiz métodos com ajuda dos quais ele possa cumprir esta tarefa de modo materialmente adequado e conclusivo. Mas, por vezes, não se trata só no desenvolvimento judicial do Direito de colmatar lacunas da lei, mas da adopção e conformação ulterior de novas ideias jurídicas que, em todo o caso, se tinham insinuado na própria lei, e cuja realização pela jurisprudência vai para além do plano originário da lei e o modifica em maior ou menor grau. Compreende-se que também um tal desenvolvimento do Direito «superador da lei» só deva ter lugar em consonância com os princípios directivos da ordem jurídica no seu conjunto; mais: muitas vezes será motivado precisamente pela aspiração a fazer valer estes princípios em maior escala do que aconteceu na lei⁸⁶⁴.

Não se trata, contudo, apenas de simples incorporação de decisões manipulativas aditivas ou substitutivas⁸⁶⁵, compreendidas, respectivamente, como: (i) tentativa de adequação da Carta de Direto com o diploma legislativo parcialmente impugnado, em razão de uma omissão apriorística, visando ampliar o âmbito de incidência da norma, como, v.g., o recrudescimento das causas de excludente de ilicitude em caso de interrupção da gravidez de feto anencéfalo⁸⁶⁶; (ii) a substituição da parte do diploma inconstitucional por outra disciplina de escolha do intérprete. Antes, pelo contrário, a feição de colaboração normativa na jurisdição constitucional vai além da importação desses institutos, contemplando, ainda, a possibilidade de regramento e alteração de sentido dos próprios instrumentos normativos e das normas constitucionais originárias à luz do contexto fático, servindo como fonte para a produção e a revisitação das leis pelo Congresso Nacional⁸⁶⁷.

Não por acaso, com o advento da nova ordem constitucional, aos órgãos do Judiciário foram destinados dois campos de atuação legislativa em situações atípicas: (i) o de definição de seus regimentos internos e (ii) o de iniciativa de leis que disponham sobre sua autonomia

⁸⁶³ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4. ed. Navarra: Aranzadi, 2006. p. 192-193.

⁸⁶⁴ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1983. p. 450-451.

⁸⁶⁵ TASCETTO, Fernando Maicon Prado. *As sentenças aditivas e as sentenças substitutivas: direito italiano e brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2016.

⁸⁶⁶ ADPF 54, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

⁸⁶⁷ Não por acaso, o atual paradigma processual contempla um dever geral de efetividade da jurisdição, na medida em que ao magistrado incumbe “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”, nos termos do art. 139, IV, do CPC.

orgânico-político-administrativa (arts. 96 e 99 da CF/1988). Em outras palavras, ao conferir aos Tribunais a competência privativa para elaborar seus regimentos internos, assim como para iniciar processo legislativo de sua proposta orçamentária, o sistema constitucional vigente destinou ao Judiciário a reserva constitucional de lei (art. 96, I, a, da CF/1988).

No plano infraconstitucional, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, reafirmada com nova roupagem pela Lei 13.655/2018, impõe aos intérpretes jurisdicionais, em seu art. 20⁸⁶⁸, o dever de obediência às prescrições emanadas do consequencialismo jurídico como decorrência lógica do princípio da segurança jurídica e do interesse social. De acordo com Floriano de Azevedo Marques e Rafael Vêras de Freiras:

A prescrição é um tanto mais sofisticada. Estabelece um devido processo legal decisório, mais interessado nos fatos, por intermédio do qual os decisores terão de explicitar se: (i) dispõem de capacidade institucional para tanto, ou se, excepcionalmente, estão exercendo uma função que lhe é atípica, mas por uma necessidade pragmática, porém controlável; (ii) a decisão que será proferida é a mais adequada, considerando as possíveis alternativas e o seu viés intrusivo; e (iii) se as consequenciais de suas decisões são predadoras de medidas compensadoras, ou de um regime transição. Cuida-se de uma motivação para além da exigida pelo disposto no artigo 50 da Lei 9.784/1999. Não se trata de um dever de utilização de uma “retórica das consequências”, como já se cogitou, nem, tampouco, tem o propósito de tornar o controle mais lasso. Quem exerce o controle não pode descurar o seu autocontrole.

Na verdade, trata-se de dispositivo que visa estabilizar e a conferir exequibilidade às decisões do controlador. E, de outro bordo, estabelecer parâmetros a partir dos quais tais decisões poderão ser controladas. Assim é que, caso se trate de decisão na esfera administrativa, a inobservância dessa exigência poderá importar na sua invalidação, por ausência de motivos, como determina o disposto no artigo 2º, d e parágrafo único, d, ambos da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular). De outro lado, caso tal inobservância seja observada em provimento jurisdicional, tratar-se-á de decisão considerada sem fundamentação, nos termos do artigo 489, parágrafo 1º, do CPC 2015, o que pode ensejar a sua nulidade (nos termos do artigo 1.013, parágrafo 3º, I, do CPC 2015). O dispositivo, portanto, não só é compatível com sistema normativo já vigente como, de resto, com ordenamento constitucional brasileiro⁸⁶⁹.

⁸⁶⁸ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

⁸⁶⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo existencial. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 18 mai. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>. Acesso em: 10 abr. 2021.

Ademais, o art. 927, §3º, do CPC/2015⁸⁷⁰, solapa, de forma definitiva, as fronteiras existentes entre a jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária, ao permitir a modulação dos efeitos em processos subjetivos em razão da mudança de jurisprudência. Como se nota, o caráter inovador dessa nova feição confere aos juízes e Tribunais a possibilidade hermenêutica eventual, ancorada nas mudanças fáticas substanciais, de modificação acerca da compreensão do sentido das regras jurídicas, inclusive dos institutos e regras previstos nos textos legais, sem que, com isso, no entanto, seja possível cogitar de genuína mutação constitucional – na acepção clássica do instituto – em razão das variáveis do positivismo jurídico. A alteração substancial do panorama fático (força normativa do meio social⁸⁷¹) autoriza aos juízes e Cortes emprestar uma distinta leitura dos sentidos das leis e da própria Constituição, de forma motivada e com fundamento nos alicerces teóricos de Kelsen, para a adequação aos complexos dilemas jurídicos, a fim de evitar resultados desastrosos imprevisíveis, sob pena de constituir verdadeira mora judicial.

Faz-se menção, por ora, a três julgamentos paradigmáticos recentes na nossa Suprema Corte, que ilustram, a toda evidência, essa nova feição da jurisdição constitucional, aqui compreendida em sentido amplo, e sem prejuízo de um exame mais aprofundado no próximo capítulo. O primeiro caso é o já citado *Habeas Corpus* 143.641/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em que a Segunda Turma, ao constatar a exagerada e desarrazoada imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, concedeu a ordem, em remédio heroico tradicionalmente subjetivo, para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça. No mesmo sentido, no HC 165704/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a Segunda Turma determinou a substituição da prisão cautelar dos pais e responsáveis por crianças menores e pessoas com deficiência, desde que observadas as condicionantes fixadas no acórdão, como será demonstrado no próximo capítulo.

⁸⁷⁰ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

⁸⁷¹ Expressão utilizada por Paulo Bonavides, porquanto a realidade, os meios sociais transformam e rejuvenescem a Carta de Direitos. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 186.

A compreensão hermenêutica expansiva desse remédio heroico, aliado ao regramento singular adotado no julgamento⁸⁷², desvela, de forma indene de dúvida, a função de colaboração dos juízes para a solução de impasses gerados pela facticidade. Ademais, a partir dos referidos precedentes, para além de o primeiro caso constituir verdadeira fonte normativa para a edição da Lei 13.769/2018⁸⁷³ (ao incluir os arts. 318-A e 318-B no Código de Processo Penal), foi instaurado no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Portaria 107/2021, a Comissão Permanente Interinstitucional para o acompanhamento e sistematização, em nível nacional, dos dados referentes ao cumprimento das ordens coletivas dos referidos *habeas corpus*, e da implementação das demais medidas previstas na Resolução 369/2021.

O terceiro caso foi proferido no julgamento da ADPF 663/DF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, no contexto da pandemia da Covid-19 e a pedido da Presidência da República. Isso porque a decisão permitiu a alteração, por ato conjunto das mesas da Câmara e Senado, do rito constitucional de edição e aprovação de medidas provisórias. Vale dizer, em caráter manifestamente precário, o STF construiu uma solução aparentemente violadora da literalidade dos dispositivos do Texto Constitucional de 1988⁸⁷⁴ em razão dos desdobramentos da atual crise sanitária, a saber:

a) as medidas provisórias sejam instruídas perante o Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ficando, excepcionalmente, autorizada a emissão de parecer, em substituição à Comissão Mista, por parlamentar de cada uma das Casas designado na forma regimental; (b) em deliberação nos Plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, operando por sessão remota, as emendas e requerimentos de destaque possam ser apresentados à Mesa, na forma e prazo definidos para funcionamento do Sistema de Deliberação Remota (SDR) em cada Casa.

Portanto, a feição colaborativa está em harmonia com os limites e valores previstos no ordenamento jurídico, que, em sua sistemática atual, outorga um catálogo expansivo de possibilidades ao exercício da jurisdição constitucional⁸⁷⁵. Vale dizer, as respostas devem estar compreendidas no interior do marco traçado pelo texto normativo. É o que se verifica nos casos

⁸⁷² Conforme será explicitado no próximo capítulo.

⁸⁷³ De acordo com o Parecer proferido em Plenário da Câmara dos Deputados pela Relatora, Deputada Keiko Ota (PSB-SP), que concluiu pela “constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa”.

⁸⁷⁴ Especialmente o disposto no §9º, do art. 62 (Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional).

⁸⁷⁵ “Do ponto de vista dessa ‘realização’ do Direito Constitucional, como assinalou F. Müller, a “norma” não pode ser isolada da ‘realidade’; pelo contrário, a “realidade” em suas circunstâncias (o “âmbito normativo”), as quais são afetadas pelo mandato da norma (o “programa normativo”), é parte integrante e constitutiva da norma mesma.” HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. Trad. Inocência Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 160.

apontados, na medida em que as referidas decisões da Suprema Corte visaram assegurar, respectivamente, a liberdade de locomoção em favor de uma categoria de pessoas diante da constatação de um estado de coisas inconstitucional⁸⁷⁶ e a higidez do processo legislativo durante a atual crise sanitária, valores esses igualmente previstos no texto constitucional.

Some-se a tudo isso que a delegação legislativa ao Supremo Tribunal Federal, por meio da edição do já citado art. 27 da Lei 9.868/1999⁸⁷⁷ – inspirado no disposto na Constituição Portuguesa (art. 282.1) – ocasionou uma revolução silenciosa sobre as novas feições da jurisdição constitucional. Isso porque, a pretexto de evitar consequências desastrosas nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade (nulidade *ab initio*), além de regular eventuais efeitos repristinatórios das normas revogadas pelas leis reputadas de inconstitucionais, ficou autorizado ao Tribunal, em caráter excepcional, estabelecer balizas para a aplicação da própria decisão, e não apenas dos seus efeitos, diante do quadro fático que permeia o julgamento. Dito de outro modo, se é verdade que não deveria existir uma “inconstitucionalidade útil”, nas palavras do Ministro Marco Aurélio⁸⁷⁸, na sua conhecida posição em não modular os efeitos da inconstitucionalidade, a colaboração normativa está abrigada no instituto processual, sobretudo para conferir uma dose de consequentialismo às decisões proferidas pelo STF, o que se espalhou, frise-se, aos processos de índole subjetiva, conforme explicitado no também citado art. 927, §3º, do CPC/2015.

Além disso, a despeito de pontuais abusos ou excesso em sua utilização, o emprego do referido vetor, dotado de critérios rígidos e incentivado pelo legislador, tem sido usado com certa temperança pelo STF nos últimos anos, conforme será exposto no próximo capítulo. Não é necessário, portanto, apelar para critérios subjetivos para alcançar soluções adequadas a certos problemas, viabilizando a construção da norma, já que não é possível isolá-la do mundo dos fenômenos⁸⁷⁹.

As soluções tradicionais da jurisdição constitucional, para além de ignorarem a realidade prática e as frequentes reformas constitucionais, acabam por menosprezar o fato de que as

⁸⁷⁶ Reconhecida pelo STF no julgamento da ADPF 347/MC.

⁸⁷⁷ Art. 27. 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.

⁸⁷⁸ ADIs 6624 e 6144, ambos de relatoria do Ministro Dias Toffoli.

⁸⁷⁹ Paulo Bonavides assenta, com razão: “(...) a prescrição jurídica positiva é tão-somente a cabeça do iceberg. No seio da montanha de gelo, na parte mais baixa, recôndida e profunda, porém invisível, é que se deve procurar a essência da normalidade, feita dos fatos e relações de natureza política e social.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 499.

cláusulas constitucionais não são apenas questões jurídicas, mas, sim, questões políticas⁸⁸⁰. Daí porque é possível a construção da atividade jurisdicional comprometida com a dinâmica das relações sociais e políticas; e reconheça-se que já não é nenhuma novidade a tentativa de superação de um direito positivo mal compreendido⁸⁸¹. Isso não significa, repisa-se, apregoar a ausência de limites para a jurisdição constitucional. Nesse sentido, Clèmerson Merlin Clève, ao reproduzir lições estrangeiras, consignou:

Essa teorização não transita pela ontologia jurídica. Não propõe uma teoria do ser jurídico alternativa ao direito tal como aparece nesta ou naquela dimensão espaço-temporal. Propõe, isso sim, alargar os espaços libertários do direito praticado nesta ou naquela sociedade. Por isso, o uso alternativo do direito é deferente para com o aparato normativo oficial. Procura alargar seus espaços democráticos. Trata-se, então, segundo Modesto Saavedra López, de manejar o direito e os instrumentos jurídicos postos à disposição do cidadão, mas orientando-os para uma direção emancipadora.

Consiste, para Saavedra López, em “projetar uma cultura e uma prática jurídicas alternativas à cultura e prática dominantes a fim de, sem romper a legalidade estabelecida, privilegiar no plano jurídico – especialmente no plano judicial – um determinado interesse ou uma determinada prática social: os interesses e a prática daqueles ‘sujeitos jurídicos’ que se encontram submetidos por relações sociais de dominação”⁸⁸².

A calibragem da potencialidade da evolução da jurisdição constitucional poderá ser revisitada pelo Congresso Nacional, especialmente para aprimorar o processo constitucional, revogando, se necessário, os múltiplos incentivos legislativos⁸⁸³, bem como para aprovar dispositivos legais com redação menos vaga e indeterminada. Evidentemente, não se trata de tarefa fácil, na medida em que os agentes políticos enxergam, a cada dia mais, a arena judicial – em especial, do STF – como legítima instância para o exercício do debate político e a resolução consensual dos impasses, conforme pretende-se demonstrar no próximo capítulo, fenômeno correspondente à autonomia conferida a outros órgãos técnicos para a produção

⁸⁸⁰ HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. Tradução: Inocêncio Mártires Coelho. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Tradução: Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁸⁸¹ Clèmerson Merlin Clève rememora, com precisão: “Não cabe confundir positivismo, enquanto método de conhecimento aplicado ao direito e saber, com o ‘positivo’ que qualifica o direito de determinado tempo histórico; isto é, enquanto realidade e prática produtora e reprodutora do direito contemporâneo. (...) Enquanto o primeiro refere-se ao saber, o segundo diz respeito a um fenômeno social e político.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. Para uma dogmática constitucional antecipatória. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 60.

⁸⁸² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional antecipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 66.

⁸⁸³ A Câmara dos Deputados instituiu a comissão de juristas para avaliar a sistematização das normas de processo constitucional, sob a presidência do Ministro Gilmar Mendes. Cf. CÂMARA cria comissão de juristas para avaliar legislação sobre processo constitucional. *Câmara dos Deputados*, Política e Administração Pública, 26 nov. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/710651-camara-cria-comissao-de-juristas-para-avaliar-legislacao-sobre-processo-constitucional/>. Acesso em: 15 jan. 2021.

legislativa, como, *v.g.*, a aprovação da Lei Complementar 179/2021, que consolidou a autonomia “técnica, operacional, administrativa e financeira” do Banco Central do Brasil.

Por sua vez, o papel de coordenador aqui atribuído aos juízes e Cortes, que não constitui novidade na história republicana senão em relação ao seu titular⁸⁸⁴, decorre logicamente do desenho institucional democraticamente escolhido pelo legislador constituinte, secundado agora pelos múltiplos (e já citados) incentivos concedidos pelo Congresso Nacional, e busca conciliar não apenas aspectos incidentais em ações diretas de inconstitucionalidade⁸⁸⁵, mas o próprio conflito normativo, por meio de instrumentos típicos da jurisdição ordinária consensual.

Tal função – outorgada ao *player* designado democraticamente para a realização da jurisdição constitucional – harmoniza-se perfeitamente com a Carta de 1988, conforme será demonstrado no próximo capítulo. E tal fenômeno ostenta como causas principais: (i) a utilização da jurisdição constitucional como mecanismo para fomentar a participação do Judiciário na busca de soluções consensuais (por meio da conciliação e mediação) aos díspares impasses e conflitos políticos⁸⁸⁶; (ii) o crescimento substancial de partidos políticos como demandantes nas ações de controle concentrado de constitucionalidade; (iii) o convite reiterado a juízes, ministros e a atores que integram a jurisdição constitucional aos debates dos anteprojetos legislativos⁸⁸⁷.

Faz-se breves referências, por ora, a algumas hipóteses verificadas recentemente no âmbito do STF: (i) na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 25, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, homologada em decisão plenária de 20/5/2020, em que foi ajustada, em data anterior, a criação de comissão especial, intermediada por representante da Suprema Corte, com a participação de representantes da União, dos Estados, Distrito Federal e

⁸⁸⁴ A Constituição de 1934, em seu art. 88, dispunha que: “Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência”.

⁸⁸⁵ Essa foi a fundamentação utilizada pelo relator, Ministro Ricardo Lewandowski, na homologação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do acordo extrajudicial assinado entre poupadores e bancos relativamente aos processos relacionados aos expurgos inflacionários dos planos econômicos (ADPF 165/DF, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski,

⁸⁸⁶ Rememore-se, mais uma vez, a flexibilização dos dispositivos legais da Lei de Responsabilidade Fiscal, a pedido do Poder Executivo, diante do contexto da pandemia (ADI 6357/DF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes).

⁸⁸⁷ É o caso, por exemplo, da Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, presidida pelo Ministro Luiz Fux, e integrada também por integrantes do Poder Judiciário. Cf. SENADO FEDERAL. *Anteprojeto do novo Código de processo civil*. Brasília: Senado Federal (Subsecretaria de Edições Técnicas), 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>. Acesso em: 15 jan. 2021. No mesmo sentido, a Câmara dos Deputados instituiu a comissão de juristas para avaliar a sistematização das normas de processo constitucional, sob a presidência do Ministro Gilmar Mendes. Cf. AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. *Câmara cria comissão de juristas para avaliar legislação sobre processo constitucional*, Brasília, 26 nov. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/710651-camara-cria-comissao-de-juristas-para-avaliar-legislacao-sobre-processo-constitucional/>. Acesso em: 17 jan. 2021.

do Tribunal de Contas da União (TCU), tendo a citada comissão, por unanimidade, aprovado o encaminhamento de valores e de projeto de lei complementar ao Congresso Nacional com dois objetos: regulamentação do artigo 91 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e a criação de nova forma de transferência dos recursos federais. Vale dizer, a coordenação (prévia) de medidas consensuais foi estimulada e autorizada por todos os órgãos políticos, resultando, ao final, na aprovação da Lei Complementar 176/2020 pelo Congresso Nacional; e (ii) na criação do Centro de Mediação e Conciliação (CMC), por meio da Resolução 697, de 6 de agosto de 2020, órgão responsável pela busca e implementação de soluções consensuais no Supremo Tribunal Federal, tanto para os conflitos pré-processuais como para questões processuais sujeitas à competência da Corte “por sua natureza, a lei permita a solução pacífica”. Nesse sentido, conforme será desenvolvido no próximo capítulo, para além da figura do Coordenador responsável por “adotar as medidas administrativas necessárias ao bom funcionamento do CMC”, ancorado na Lei 13.140/2015, tal ato normativo, na redação parágrafo único do art. 3º, desvela cabalmente uma das novas vertentes da jurisdição constitucional, *in verbis*:

Art. 2º O CMC deverá atuar nas seguintes atividades segmentadas:

I – solução de conflitos pré-processuais;

II – soluções de conflitos processuais.

Parágrafo único. Ao CMC compete buscar, mediante mediação ou conciliação, a solução de questões jurídicas sujeitas à competência do STF que, por sua natureza, a lei permita a solução pacífica.

Art. 3º A tentativa de conciliação poderá ocorrer nas hipóteses regimentais de competência da Presidência ou a critério do relator, em qualquer fase processual.

Parágrafo único. Os interessados poderão peticionar à Presidência do STF para solicitar a atuação do CMC em situações que poderiam deflagrar conflitos de competência originária do Supremo Tribunal Federal, de modo a viabilizar a solução pacífica da controvérsia antes da judicialização⁸⁸⁸.

Sem prejuízo, registre-se que a preocupação com a adequada fundamentação das decisões judiciais nunca esteve tão presente na órbita do legislador e dos magistrados, especialmente para evitar voluntarismos judiciais autoritários, conforme se depreende das disposições do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), que foi pródigo em estipular medidas e prazos para assegurar a necessária fundamentação das decisões. Com efeito, o art. 489, § 1º, estabelece, em síntese, que não considera fundamentada a sentença, dentre as possíveis máculas, com o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso. No mesmo sentido, a Lei 13.655/2018 alterou a Lei

⁸⁸⁸ Grifou-se.

de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a fim de incluir regras cogentes sobre a previsibilidade, segurança jurídica e eficiência na aplicação do direito.

Não se pretende, com tudo isso, ingressar na discussão sociológica do papel da jurisdição constitucional no corpo social, mas, antes, enfatizar a possibilidade de constante revisitação da interpretação judicial nos parâmetros delineados pela Teoria Pura de Kelsen, por meio de atividade cognitiva prévia (ato de conhecimento) e com a adoção de valores constitucionais nas escolhas legítimas previstas, sem, contudo, desbordar em ativismo ou voluntarismo judicial. Cuida-se, em resumo, do espaço criativo do texto legal conferido ao juiz, a fim de dar a melhor solução possível diante das complexas questões, sendo lícita a mudança da compreensão hermenêutica do alcance e sentido da norma para assegurar uma tutela jurisdicional adequada ao contexto subjacente.

A conclusão possível até aqui retrata a viabilidade da evolução e do aperfeiçoamento da jurisdição constitucional, especialmente quanto à sua forma de prover a tutela judicial (sem cair na tentação do solipsismo ou realismo jurídico), por meio da regulamentação normativa no caso em concreto (que adquire peso maior no processo hermenêutico) ou a coordenação de interesses contrapostos no plano normativo, mediante decisões autocompositivas nos processos de índole objetiva, com o beneplácito dos atores processuais, observando-se, para tanto, os parâmetros e a linguagem do texto legal. É certo, nesse cenário, que equívocos judiciais poderão ocorrer, mas o retrocesso vinculado a uma aplicação do Direito desprovida de qualquer preocupação com a realidade subjacente ou apenas com os cânones de uma ciência jurídica estruturada, ou até mesmo o míope positivismo exegético, mostra-se muito mais nocivo ao equilíbrio dos poderes constituídos.

5. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS DECISÕES DA SUPREMA CORTE COMO CATALISADORES DOS NOVOS VETORES: METODOLOGIA ADOTADA

Este capítulo apresenta a pesquisa empírica realizada com o objetivo de compreender como têm ocorrido as mudanças no âmbito da jurisdição constitucional, especialmente no campo da fiscalização de constitucionalidade das leis no STF. Ancora-se, para tanto, nas definições e contribuições apresentadas nos dois últimos capítulos. Todavia, embora chegue-se a conclusões relevantes, tal verificação não pretende afastar a necessidade de novos estudos, com metodologia semelhante ou não, a fim de avançar na compreensão do objeto e de refinar suas conclusões.

A presente exposição inicia-se com uma breve reafirmação da conhecida origem da jurisdição constitucional, seguida da apresentação dos dados coligidos referentes às novas feições para a resolução dos conflitos, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Buscou-se, então, registrar as mudanças de padrões decisórios da jurisdição constitucional.

A seleção das decisões do STF observou os critérios e filtros que serão indicados a seguir. Saliente-se, no entanto, que o apontamento da chamada *ratio decidendi* (grosso modo, das razões para decidir) revela-se difícil na Suprema Corte brasileira em razão do controverso método deliberativo empregado para a convergência no resultado do julgamento, que autoriza a tomada de decisões, ainda que com emprego de fundamentos distintos pelos Ministros⁸⁸⁹. De todo modo, não parece haver outro modo de se conhecer o dinamismo desses novos vetores senão pela leitura das decisões (colegiadas e monocráticas), na tentativa de identificar os fundamentos e as soluções empregadas pela jurisdição constitucional.

Como se verá adiante, adotou-se a metodologia que combina abordagem quantitativa e qualitativa. Nessa perspectiva, foram coletadas as decisões colegiadas proferidas pelo STF⁸⁹⁰ em processos de índole objetiva⁸⁹¹, com a indicação, em caráter lateral, da possível atuação

⁸⁸⁹ Cf. MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Orgs.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 54-73.

⁸⁹⁰ E aqui não se ingressa na controvérsia sobre decisões colegiadas que possivelmente não reflitam a genuína interação entre os Ministros, especialmente no âmbito do plenário virtual, disciplinado inicialmente pela Resolução 642/2019, que, no entanto, foi alterada, de forma substancial, por sucessivas modificações para abarcar a possibilidade de apreciação de novos feitos por tal sistema, além de disciplinar novas regras de julgamento (Resolução 669/2020). Também não se faz distinção em relação aos processos julgados em “listas” (em conjunto com outros processos).

⁸⁹¹ Assim classificados porque não há, ao menos num primeiro momento, litigantes em busca de direitos subjetivos. Todavia, para além dos grandes conflitos políticos, sociais e econômicos, mostram-se presentes interesses individuais subjacentes e, não raro, são objeto de exame vertical pelo STF. É o que ocorreu, por exemplo, na ADPF 165/DF, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, com a homologação do acordo coletivo firmado pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC, pela Frente Brasileira pelos Poupadores – FEBRAPO e por outras entidades representantes dos poupadores, de um lado, e pela Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN

individual dos ministros (quando necessária a demonstração das novas funções). Para além da disponibilização no sistema interno de pesquisa da jurisprudência do STF, os elementos informativos reunidos foram também abastecidos pela Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação (SAE) e da Secretaria de Gestão Estratégica (SGE) da Suprema Corte.

Privilegiou-se, ainda, as decisões proferidas em sede de controle concentrado – por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e da Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão (ADO) –, e qualitativamente das chamadas Ações Originárias (AOs)⁸⁹². A razão para tanto é a de que, para além de movidas por outros agentes responsáveis pela formação da vontade estatal (inclusive integrantes dos demais Poderes), tais ações constituem, por sua natureza, indicadores válidos da utilização do STF como instância principal catalisadora da manifestação política, mas certamente não os únicos, conforme se verá no exame lateral das classes dos Mandados de Segurança e *Habeas Corpus*⁸⁹³. Dito de outro modo, subsistem outros instrumentos relevantes pelos quais a jurisdição constitucional pode manifestar as novas feições do processo decisório, ampliando o acesso ao tribunal para além das ADIs, ADPFs, ADCs e ADOs⁸⁹⁴.

Nesse cenário, coletaram-se também, de forma qualitativa, decisões do STF proferidas em sede de mandado de injunção, mandados de segurança, *habeas corpus* e de outras classes processuais⁸⁹⁵ – em sua origem, de índole subjetiva, mas que foram acometidas de importantes transformações em sua natureza jurídica⁸⁹⁶ ou repercutiram diretamente para a criação ou revisão de proposições legislativas no Congresso Nacional –, a partir também do sistema de pesquisa interno do STF, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Então, delineia-se quadro contendo os resultados da análise dos dados coletados.

e pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF, com a mediação realizada pela Advocacia-Geral da União – AGU, de outro, conforme se verá adiante.

⁸⁹² A pesquisa foi realizada nas seguintes bases de dados: (i) enunciados da Súmula do STF; (ii) acórdãos publicados; (iii) decisões monocráticas publicadas; e (iv) julgamentos recentes divulgados no Informativo STF, além do auxílio indispensável dos citados órgãos técnicos da Suprema Corte.

⁸⁹³ A seleção dessas classes não ocorre de forma aleatória, mas decorrem, respectivamente, da percepção do recrudescimento da utilização dos primeiros pelos agentes estatais, especialmente partidos políticos, e da mutação da natureza jurídica do principal instituto de política judiciária criminal, mormente no caso do *Habeas Corpus*.

⁸⁹⁴ Registre-se, ainda, que a Suprema Corte utiliza sua própria nomenclatura de processos, de acordo com ramos e sub-ramos do Direito e, dentro dos sub-ramos, tópicos, matérias ou institutos jurídicos específicos. A classificação dos processos distribuídos dentro dessas categorias temáticas é feita pela secretaria do tribunal.

⁸⁹⁵ Atualmente há 42 classes de ações no STF, além de uma classe genérica (PET), incorporando aqui todas as suas atribuições conferidas pela CF/1988 (corte constitucional, instância recursal e detentor de competência original).

⁸⁹⁶ Conferindo-se verdadeiramente índole objetiva. São os casos, por exemplo, dos *Habeas Corpus* 143.641/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, e 165704/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, conforme se demonstrará adiante.

Ademais, foram enfatizadas as decisões formalmente colegiadas⁸⁹⁷ nas ações de controle concentrado, sem prejuízo, no entanto, do apontamento das decisões monocráticas individuais (eventualmente necessárias à demonstração de tais feições), uma vez que o foco da pesquisa é a análise dos provimentos jurisdicionais que reflitam os novos vetores a partir do posicionamento institucional do STF, independentemente da relevante discussão acadêmica sobre a existência de uma genuína deliberação do colegiado⁸⁹⁸.

Na coleta das referidas decisões, houve aplicação de um indispensável filtro temporal, sem prejuízo da análise pontual de outras decisões que se reputaram importantes. Sobreveio, portanto, a coleta de pronunciamentos jurisdicionais – precipuamente – entre 2010 até o dia 12/7/2021. Essa data de corte foi selecionada por se tratar do momento em que se operou a sistematização do material de pesquisa, com início de sua análise, e especialmente porque há razoável produção empírica antes deste período⁸⁹⁹.

A aplicação de todos esses filtros encontra sua justificativa em outras razões relevantes. Primeiro, porque permite focar o estudo na análise dos novos padrões e efeitos das decisões do

⁸⁹⁷ Também não se ignoram os interessantes resultados obtidos no relatório produzido por Thomaz Pereira, Diego Werneck Arguelhes, Guilherme de Franca Couto Fernandes de Almeida, em que procuraram categorizar processos a partir de uma perspectiva não binária de decisões (colegiadas e monocráticas), esmiuçando diferentes formas de deliberação. Assentaram, em seguida, os seguintes resultados: “1. Processos que recebem decisões presenciais (e não virtuais) e com análise específica (e não “em lista”) são extremamente raros, configurando apenas 1% do total. Em contraste, pouco mais de 16% dos processos receberam decisões colegiadas em julgamentos virtuais ou ‘em lista’ (o que significa, na nossa classificação, que o processo foi julgado pelo órgão colegiado no mesmo dia em que pelo menos 20 outros processos foram julgados pelo mesmo órgão). 2. A prevalência de processos decididos de forma presencial e com análise específica é muito maior nos processos do controle concentrado de constitucionalidade, onde representam 24,4% do total. Em contraste, apenas 0,36% dos recursos recebem uma decisão deste tipo. 3. Parece haver relação entre o número de processos devolvidos pelo regime da repercussão geral (processos de tipo 0, segundo nossa classificação) e processos decididos monocraticamente (processos de tipo 1), de forma que o crescimento de processos de um tipo gera uma redução no número de processos do outro tipo. 4. Também parece haver relação semelhante entre decisões de órgãos virtuais e decisões tomadas em lote, com o crescimento da primeira categoria sendo acompanhado por uma redução na segunda. 5. O maior grau de atenção dispensado aos processos tem reflexos em sua taxa de procedência. Nos processos que recebem análise específica e presencial, a taxa de sucesso das partes ativas tende a ser maior do que ocorre nos processos classificados nos outros tipos” (PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de. VIII Relatório Supremo em Números: Quem decide no Supremo? Tipos de decisão colegiada no tribunal (1988-2018). Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020. p. 6-8. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29679>. Acesso em: 15 set. 2021). Todavia, algumas premissas fáticas poderiam contribuir para novas reflexões, e quiçá nos resultados empíricos, a saber: (i) o conhecimento orgânico de funcionamento dos gabinetes e comunicações entre os Ministros parece não ter sido levado em conta na classificação de que os processos em sessão virtual ou em “lote” expressam “engajamento” distinto; (ii) indeterminação do grau de atenção para aferir o caráter formal, ou não, da deliberação colegiada.

⁸⁹⁸ Cf. MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Orgs.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 54-73.

⁸⁹⁹ Conforme já mencionado anteriormente, ao examinar as decisões definitivas em ações de controle concentrado no STF, com impugnação de atos normativos do Congresso Nacional no período de 1988 a 2009, Thamy Pogrebinski identificou que, além de reforçar a vontade majoritária do Parlamento, a atuação da Suprema Corte não enfraqueceu a Casa Legislativa sobrestando suas decisões às deliberações parlamentares. Cf. POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?* Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 11-12.

STF. Esse foco torna possível maior aprofundamento da análise, ao diminuir a heterogeneidade do universo da jurisdição constitucional. Segundo, por abranger todas as decisões do STF identificadas que atendem aos parâmetros investigados, o que permite a coleta de informações suficientes para uma abordagem quantitativa que retrate os padrões dos julgamentos do Tribunal sobre o campo examinado.

Para se chegar aos resultados, para além do citado auxílio prestado pelos citados órgãos técnicos do STF, foi utilizado o mecanismo de indexação (de decisões) produzido pela própria Corte, bem como realizou-se seleção criteriosa de feitos que se amoldem as hipóteses testadas. A partir da escolha desses critérios, foi possível examinar com maior profundidade um conjunto de casos, que abrigaram não só a análise do acórdão e dos votos dos Ministros, como também as petições iniciais, as informações prestadas pelas autoridades e pelos órgãos legiferantes. Destarte, conseguiu-se identificar não só a interpretação que a Corte emprestou a esses dispositivos constitucionais, bem como as soluções heterodoxas inovadoras de uma jurisdição constitucional dinâmica à luz dos seus elementos dogmáticos estruturais.

Sem prejuízo, reputou-se importante tecer breves reflexões sobre os maiores litigantes no exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, que reafirmam, à toda evidência, ao lado da profusão de estímulos legislativos, uma desmitificação do alegado déficit democrático de juízes e Cortes por meio das diferentes formas de acesso e de mobilização da Suprema Corte.

Fixadas essas premissas iniciais, a jurisdição constitucional revela-se hoje um lugar privilegiado da convergência entre a prática e a teoria da interpretação constitucional, em busca de soluções eficazes aos complexos conflitos e disputa entre Poderes (e certamente no plano federativo), a exigir, por consequência, uma nova reflexão crítica acerca de seu figurino constitutivo e de seu potencial espaço de transformação. Para além da preocupação com a realização das diretrizes do programa constitucional e da fiscalização da validade das leis, a jurisdição constitucional deverá, em caráter simultâneo, veicular justificação e fundamentação no exercício do seu mister, bem como levar em conta a força do quadro fático da realidade que se impõe⁹⁰⁰.

⁹⁰⁰ Como se sabe, todo diploma normativo é editado para a produção de efeitos concretos na realidade, de sorte que a análise não deverá ocorrer apenas no plano teórico, razão pela qual os problemas concretos decorrentes da incidência da lei e da própria jurisdição constitucional são objeto de fecunda preocupação dos magistrados. Assim, a tipologia acerca da modulação dos efeitos da decisão do STF, um dos vetores da colaboração normativa, passa a ganhar contornos significativos. Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1983. p. 396.

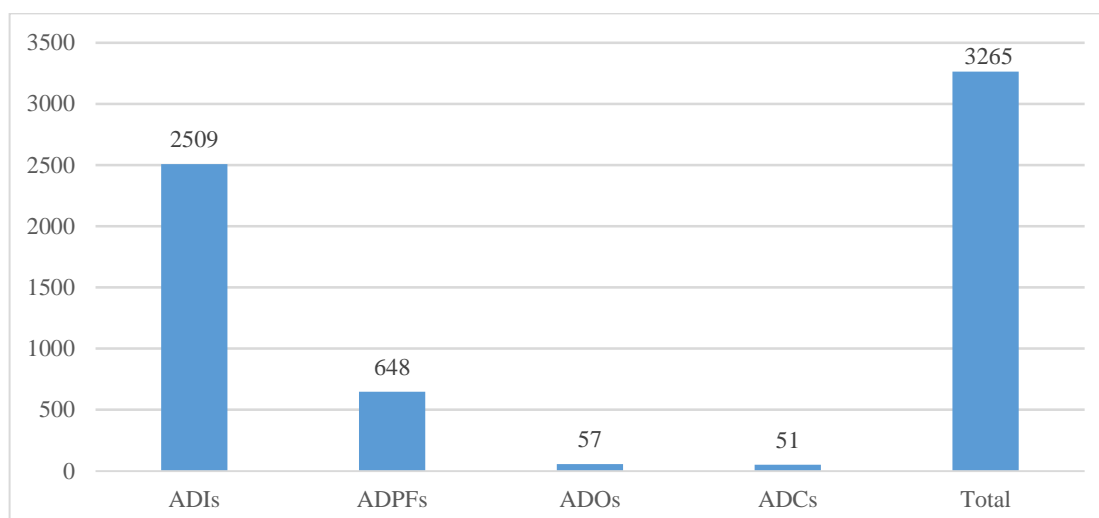
Veja-se, de saída, que, segundo dados de uma pesquisa levada a cabo em maio de 2000, desde a vigência da Carta de Direito de 1988 até aquela data, 2.212 ações diretas de inconstitucionalidade haviam sido ajuizadas perante a Suprema Corte⁹⁰¹. Por outro lado, ainda que o cenário institucional tenha se agravado a partir de 2020⁹⁰², os dados disponibilizados pelo STF⁹⁰³ descortinam, nos últimos onze anos, a distribuição e a autuação de 3.265 novas ações de controle abstrato constitucionalidade das leis (incluindo aqui as ADPFs) até 19 de julho de 2021, além do recrudescimento da distribuição em todas as classes nos últimos anos. Confira-se:

⁹⁰¹ COELHO, Inocêncio Mártires. Constitucionalidade/Inconstitucionalidade: uma questão política? *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 13, n., jun. 2000. p 3. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1020>. Acesso em: 08 set. 2021.

⁹⁰² Em razão da crise sanitária decorrente da Covid-19.

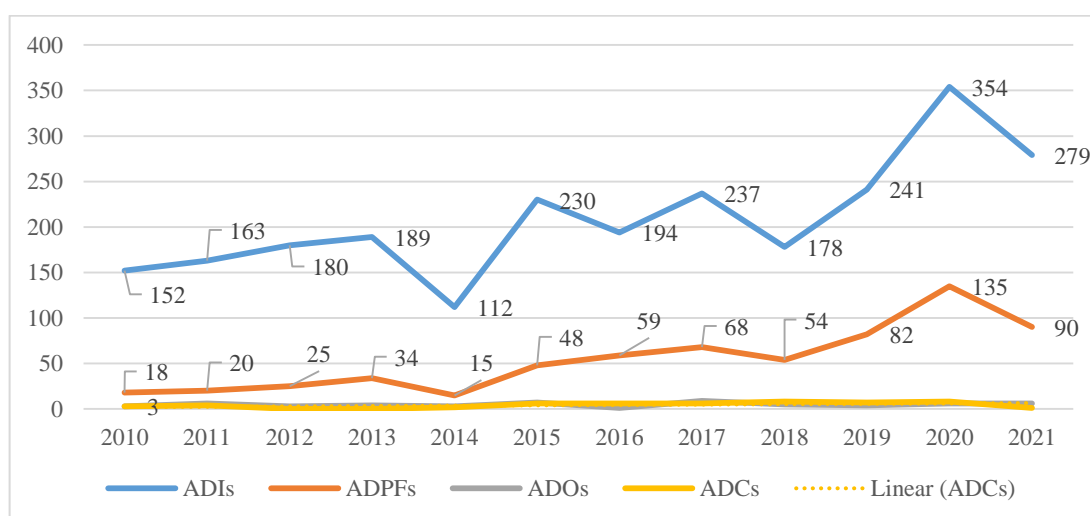
⁹⁰³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 19 jul. 2021.

Gráfico 1 – Classe: controle concentrado. Autuação a partir de 2010



Fonte: Elaborado pelo autor (2021) com base nos dados constantes em Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 19 jul. 2021.

Gráfico 2 – Evolução da distribuição dos processos de controle concentrado



Fonte: Elaborado pelo autor (2021) com base nos dados constantes em Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 19 jul. 2021

Como se nota, excetuando-se os anos de 2014 e 2018, a propositura de ADIs e ADPFs apresentou crescimento substancial, especialmente nos últimos dois anos⁹⁰⁴, ao passo em que as ADOs e ADCs não apresentaram oscilações significativas, ao menos em termos absolutos.

⁹⁰⁴ Período que compreende, para além da crise sanitária decorrente da Covid-19, o exercício do governo do Presidente da República Jair Bolsonaro.

Mas não é só. Os dados iniciais coletados também revelam: (i) o julgamento definitivo de 1.786 ações de controle abstrato de fiscalização das leis e atos normativos (incluindo novamente as ADPFs), sendo 773 ações julgadas de forma colegiada definitivamente pelo Plenário nesse período e 1013 extintas monocraticamente até julho de 2021⁹⁰⁵; (ii) o recrudescimento das decisões colegiadas, ancorado sobretudo na ampliação das classes de ações sujeitas ao julgamento no plenário virtual – a partir da alteração do art. 21-B do Regimento Interno do STF pela Emenda Regimental 53/2020⁹⁰⁶ – tem reduzido nos últimos três anos a prolação das decisões monocráticas em geral⁹⁰⁷, tendência decisória que, ao lado dos julgamentos extraordinários no plenário virtual⁹⁰⁸, minimiza⁹⁰⁹ (mas não elimina) as críticas sobre a forma de deliberação da Suprema Corte, na medida em que a individualização das decisões, segundo a literatura especializada, é substituída pelos “julgamentos formalmente colegiados, mas pouco deliberativos, com possível uso opaco e resultados decididos pelo voto do relator por ampla maioria”⁹¹⁰.

⁹⁰⁵ Considerou-se a data do último andamento no grupo “Decisão Final”, dentre os processos que não possuem recurso interno pendente. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 02 jul. 2021.

⁹⁰⁶ Tal emenda modificou os dispositivos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal para ampliar as hipóteses de julgamento por meio eletrônico, além de prever a realização de sustentação oral em ambiente virtual.

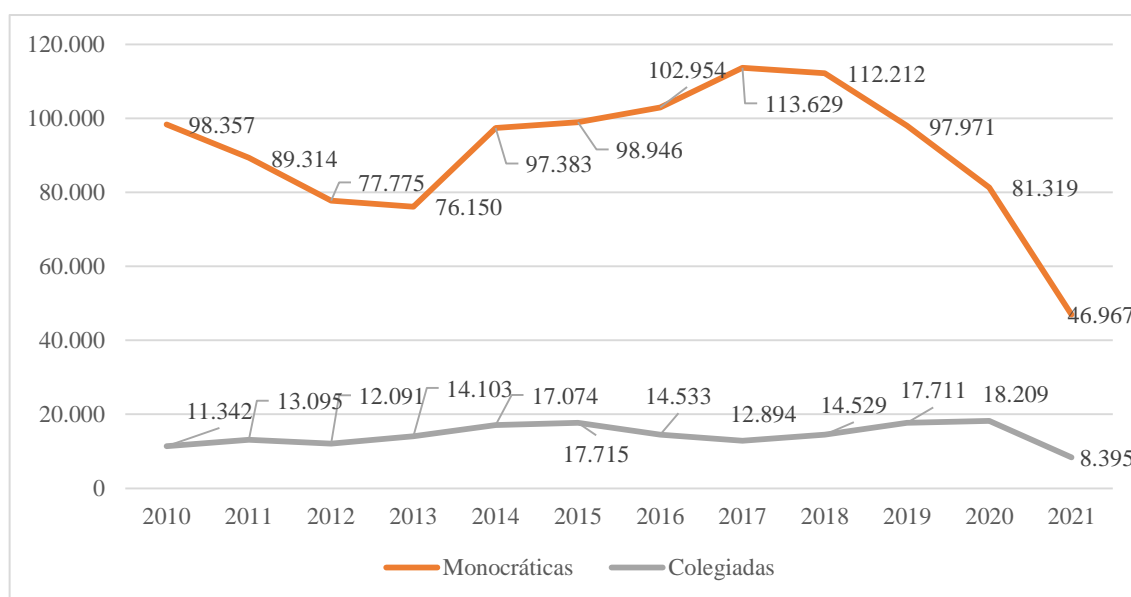
⁹⁰⁷ A redução, no entanto, ainda não se verifica nas ações de controle concentrado. Em discurso realizado no Plenário de 1º de julho de 2021, o Ministro Luiz Fux apresentou um balanço dos trabalhos da Corte do primeiro semestre do ano e apontou a tendência da Corte no aumento do número de decisões colegiadas e de redução das decisões monocráticas na Corte. Em seu pronunciamento, assentou também que: “No primeiro semestre de 2021, o STF julgou colegiadamente um total de 8.384 processos. O Plenário, tanto nas sessões síncronas por videoconferência como nas sessões virtuais, julgou 2.647 processos. Por sua vez, a Primeira Turma, em 32 sessões, julgou 3.229 processos; a Segunda Turma, em 41 sessões, julgou 2.514 processos. Esses números são animadores, na medida em que acentuam a tendência, já observada nos últimos anos, de aumento do número de decisões colegiadas e de redução do número de decisões monocráticas nesta Corte. Por meio de um esforço coletivo louvável de todos os pares – cujo trabalho louvo e parabenizo – vivemos um movimento sem precedentes de desmonocratização do Supremo Tribunal Federal, em muito impulsionado pela consolidação da prática de julgamentos no Plenário Virtual, inclusive por meio de sessões extraordinárias. Temos, assim, a tecnologia incentivando a formação da voz da Corte, em tempo célere para os problemas urgentes da contemporaneidade”.

⁹⁰⁸ Foram julgados em sessão extraordinária no plenário virtual, até 19 de julho de 2021, os seguintes feitos: (i) Sétima Tutela Provisória Incidental na ADPF 756, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em conjunto com a ADPF 849 e MS 37933, ambos de relatoria da Ministra Cármen Lúcia – o ponto convergente entre os feitos consistia no impasse sobre a realização, ou não, da Copa América (futebol) no Brasil; (ii) ADI 6841/DF, de relatoria do Ministro Nunes Marques, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, buscando a declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 3º-B do Código de Processo Penal; (iii) Reclamação (RCL) 47470, de relatoria do Ministro Edson Fachin, para examinar pedido de suspensão da prova do concurso para provimento de cargos na Polícia Federal, marcada para o domingo subsequente. A Corte indeferiu, por maioria, o pedido cautelar.

⁹⁰⁹ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. *Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, 2018.

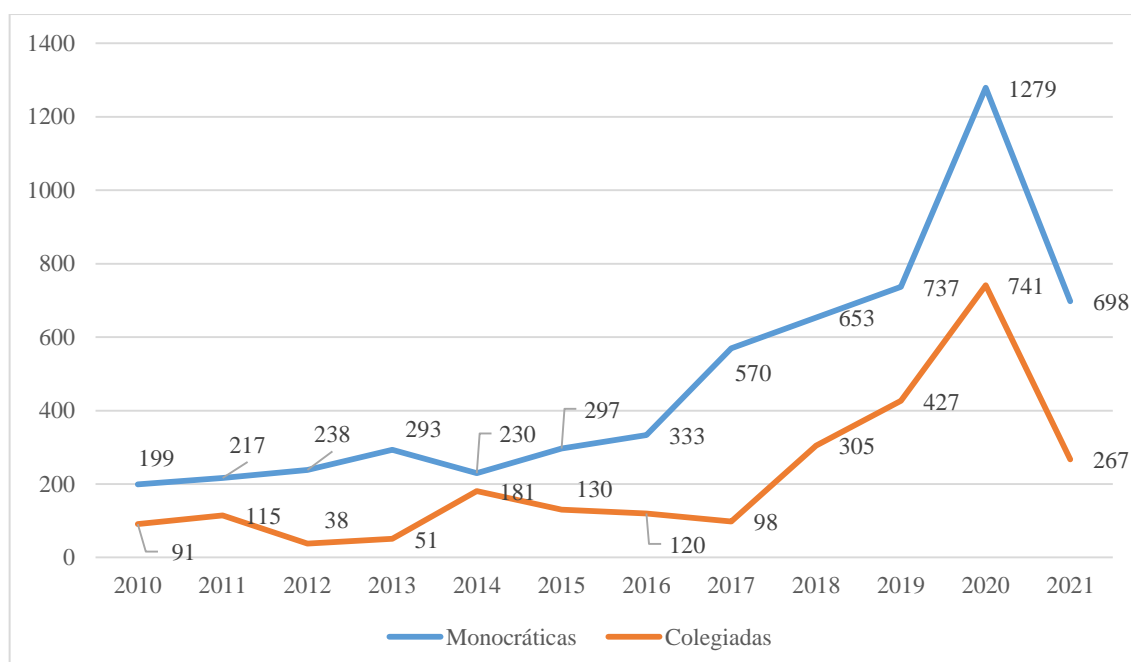
⁹¹⁰ GODOY, Migual Gualano de; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. O plenário virtual no STF: individualismo, vazão e outras tendências. O que os números revelam sobre o plenário virtual do Supremo? *Jota*, 20 ago. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-plenario-virtual-no-stf-individualismo-vazao-e-outras-tendencias-20082020>. Acesso: 06 set. 2021.

Gráfico 3 – Decisões por ano: Grupo de Classes (Controle Concentrado, Criminais, Demais Originárias e Recursal)



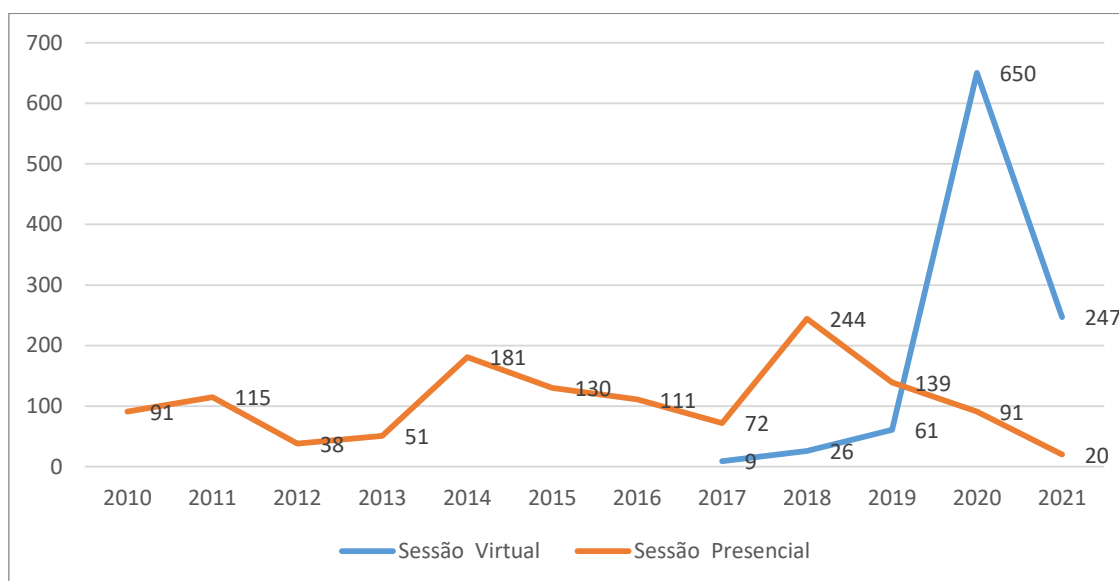
Fonte: Elaborado pelo autor (2021) com base nos dados constantes em Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 19 jul. 2021.

Gráfico 4 – Decisões por ano da classe Controle Concentrado



Fonte: Elaborado pelo autor (2021) com base nos dados constantes em Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 19 jul. 2021.

Gráfico 5 – Decisões Colegiadas (Controle Concentrado): Ambiente da Decisão



Fonte: Elaborado pelo autor (2021) com base nos dados constantes em Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 19 jul. 2021.

Como se vê, o crescimento do julgamento das ADIs, ADOs, ADPFs e ADCs em ambiente virtual revela-se proporcional ao aumento de decisões colegiadas, malgrado ainda não se possa cogitar de algum decréscimo das decisões monocráticas proferida nessa classe de ações de controle concentrado.

Convém rememorar, outrossim, que jurisdição constitucional ganhou contornos significativos somente a partir da Constituição de 1988, operando uma ruptura com os diferentes modelos adotados ao longo da história republicana. A sua origem pode ser atribuída ao Decreto 510/1890, sob a inequívoca influência do direito norte-americano⁹¹¹, o qual fixou os poderes e atribuições devidos aos respectivos órgãos jurisdicionais⁹¹² (ampliados, na sequência, pelo Decreto 848, de 11 de outubro de 1890) e incluiu, pela primeira vez, o controle de constitucionalidade difusa das leis contrárias no Texto Constitucional de 1891. E, como já visto nos capítulos anteriores, tal Carta de Direitos reafirmou as competências previstas nos atos normativos pretéritos, com o acréscimo determinado pela EC 3/1926⁹¹³. Ademais, o genuíno instrumento de controle de constitucionalidade das leis foi introduzido pela EC

⁹¹¹ É o que se extrai, outrossim, da jurisprudência do STF da época. Confirmam-se, a propósito, trechos do voto do Ministro Pedro Lessa (vencido), no HC 3.539 em que se discutia a controvertida questão da constitucionalidade da decretação do estado de sítio e a liberdade de imprensa. Cf. HORBACH, Carlos Bastide. *Ministro Pedro Lessa: memória Jurisprudencial*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. p. 99-101.

⁹¹² Cf. Arts. 58 a 61.

⁹¹³ Art. 60, §1º, a e b.

16/1965, curiosamente sob a égide do regime de direito anômalo, numa perspectiva mais restritiva.

No cenário pós-1988, para além de genuína função catalisadora de diversos assuntos centrais – como a organização e atuação dos juízes, interpretação constitucional, separação de poderes e os direitos fundamentais – a jurisdição constitucional é forjada a partir da interface da combinação de uma miríade de diplomas normativos e da atuação dos demais agentes políticos, conforme se pretende demonstrar adiante. Cite-se, mais uma vez, a edição da EC 3/1993 e da Lei 9.882/1999, que, respectivamente, estatuíram a ação direta de constitucionalidade e o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal, possibilitando, assim, não apenas a fiscalização da constitucionalidade de leis municipais e do direito pré-constitucional (no último caso), mas a expansão da própria jurisdição⁹¹⁴, em busca do “melhor Direito possível”⁹¹⁵.

Assinale-se, ainda, que os já citados art. 27 da Lei 9.868/1999⁹¹⁶, art. 11 da Lei 9882/1999 e, mais recentemente, o art. 927, §3º, do CPC/2015⁹¹⁷ rompem, de forma definitiva, as fronteiras existentes entre a jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária, ao permitir a modulação dos efeitos, em razão dos valores abstratos da segurança jurídica, do excepcional interesse social e, agora, em virtude da alteração da própria jurisprudência. Tal delegação legislativa viabiliza o recrudescimento das possibilidades de deliberação não apenas quanto ao tempo da eficácia das decisões, mas também traduz substancialmente uma autorização do

⁹¹⁴ Thomas da Rosa Bustamante e Rafael Dilly Patrus assentaram com precisão: “Percebe-se que, além de estender a possibilidade de controle para a totalidade dos atos dos Poderes Públicos, na hipótese de lesão a preceito fundamental (que consiste em conceito indeterminado, vazio de sentido, a ser preenchido pela própria jurisdição constitucional), o estatuto processual constitucional de 1999 tratou de ampliar o universo das pretensões judicializáveis perante o Supremo Tribunal Federal, no sentido de incluir as leis e os atos normativos municipais e pré-constitucionais. O alargamento do espaço de prerrogativas do Tribunal é, a essa luz, evidente” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; PATRUS, Rafael Dilly. *Do governo dos cenáculos ao governo do povo: a jurisdição constitucional nos vinte e cinco anos da constituição da república*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Coords.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 800).

⁹¹⁵ Pablo Lucas Verdú ensina que, na interpretação constitucional, é preciso ter em conta, para além do bloco de constitucionalidade, o que ele denomina de Constituição substancial, que preexiste ao próprio texto constitucional, servindo-lhe de fundamento, bem como a fórmula política da Constituição, enquanto expressão ideológica de uma estrutura social. Cf. VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 125-126.

⁹¹⁶ Art. 27. 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.

⁹¹⁷ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Congresso Nacional para um regramento normativo em caso de “lacuna de regulação”⁹¹⁸. Tal feição normativa é um dos sinais dessa evolução da jurisdição constitucional e, diferentemente do que se pode imaginar, conforme será visto adiante, tem sido utilizada *cum grano salis* pelo STF, ao menos quantitativamente, nos últimos onze anos.

De todo modo, mais do que a anuência dos demais Poderes, o Congresso Nacional não está disposto a colocar um freio imediato ao recrudescimento dos vetores da jurisdição constitucional. É o que se extrai, *v.g.*, da rejeição expressa da Proposta de Emenda Constitucional 82/2019. Tal proposição legislativa – que limitava a concessão de medidas cautelares e impedia o seu deferimento de forma monocrática em procedimento de controle concentrado de constitucionalidade, além de restringir a extensão do pedido de vista – foi expressamente rejeitada pelo Plenário do Senado Federal⁹¹⁹. Cite-se, ainda, a rejeição dos Projetos de Leis (PLs) 4754/2016 e 1182/2019, que tipificavam crime de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal a alegada usurpação de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo⁹²⁰.

Não bastasse isso, são conhecidos na história republicana os instrumentos que os demais Poderes utilizaram para exortar inconformismo com a orientação jurisprudencial⁹²¹. Nesse sentido, Tsebelis assentou:

⁹¹⁸ Faz-se referência, mais uma vez, à proposição formulada por Karl Larenz: “Na maioria dos casos em que falamos de uma lacuna da lei não está incompleta uma norma jurídica particular, mas uma determinada regulação em conjunto, quer dizer: esta não contém nenhuma regra para uma certa questão que, segundo a intenção reguladora subjacente, precisa de uma regulação. (...) Não se trata de que aqui a lei, se se quiser aplicar sem uma complementação, não possibilite uma resposta em absoluto; a resposta teria de ser que justamente a questão não está regulada e que, por isso, a situação de facto correspondente fica sem consequência jurídica”. Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1983. p. 450-451.

⁹¹⁹ Proposições semelhantes foram anteriormente rejeitadas. É o caso, por exemplo, da PEC 33/2011, que visava atingir três modificações importantes: (i) aumento do quórum para a declaração de inconstitucionalidade das leis, que passaria a ser de 4/5; (ii) submissão da proposição das súmulas vinculantes e os seus efeitos ao crivo do Congresso Nacional; (iii) mecanismo de reversão das decisões do STF que declarem a inconstitucionalidade de Emenda Constitucional.

⁹²⁰ Rejeitado o parecer da Deputada Federal Chris Tonietto (PSL-RJ) na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC) pelo placar apertado de 33 e 32, prevalecendo o entendimento de que o projeto era flagrantemente inconstitucional, nos termos do parecer do Deputado Pompeo de Mattos (PDT/RS). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079700>. Acesso em: 15 jul. 2021.

⁹²¹ Cite-se, por exemplo, a alteração do número dos integrantes dos Tribunais, o poder sobre o orçamento do Poder Judiciário, a modificação das suas competências, a rejeição do magistrado indicado para integrar a Suprema Corte e, no limite, o *impeachment* dos juízes como retaliação ou para alinhamento às preferências políticas das maiorias e a própria desobediência civil às decisões judiciais. Com exceção da denominada EC 88/2015, que alterou a idade para a aposentadoria compulsória dos Ministros do STF – em que o ex-Presidente da Câmara dos Deputados declarou que a motivação foi evitar que o Partido dos Trabalhadores indicasse novos ministros à Suprema Corte (Cf. Cunha diz que votou PEC da Bengala para impedir novas indicações do PT para o Supremo. *O Antagonista*, São Paulo, 17 mai. 2021. Disponível em: <https://www.antonista.com/brasil/cunha-diz-que-votou-pec-da-bengala-para-impedir-novas-indicacoes-do-pt-para-o-supremo/>. Acesso em: 15 set. 2021) –, não houve retaliações exógenas aos trabalhos da jurisdição constitucional nos últimos anos, muito embora reconheça-se a existência de uma tensão própria capitalizada pelas novas funções outorgadas ao STF.

Na introdução, associei o jogo legislativo e a capacidade dos atores políticos de mudarem *o status quo* à independência e relevância do Poder Judiciário e das burocracias de um país. O raciocínio é simples: tanto o Judiciário (ao fazer interpretações estatutárias) quanto as burocracias podem ser legislativamente sobrestados se fizerem escolhas das quais os atores (legislativos) com poder de veto discordem, de modo que eles tendem a evitar tais escolhas. De fato, tanto o Judiciário quanto as burocracias tentarão interpretar a lei de acordo com seu ponto de vista (ou talvez seus interesses), eliminando ao mesmo tempo a possibilidade de serem invalidados. Assim, maior estabilidade decisória proporciona maior poder de arbítrio para burocratas e juízes⁹²².

Por outro lado, o desenho institucional não é, e talvez nunca tenha sido no caso brasileiro, a única fonte de legitimação e atuação da jurisdição constitucional em razão do seu componente político (o já citado “meter-se na política”⁹²³), sendo lícito destacar que a conjuntura política tem o condão de influenciar diretamente a tomada das decisões colegiadas em ações de controle concentrado, conforme se extrai do crescimento da propositura das referidas ações a partir de 2019, assim como das decisões tomadas pelo STF no contexto da crise sanitária decorrente da Covid-19⁹²⁴.

Ademais, o simples controle de constitucionalidade das leis não esgota o objeto da jurisdição constitucional, voltada agora para a busca de soluções que prestigiem a previsibilidade e as consequências na interpretação e aplicação das leis, por força de determinação constitucional⁹²⁵ e legislativa. Assim, passa a incorporar novos vetores – de coordenação de interesses e colaboração normativa –, por força de determinação de um constitucionalismo vigente.

Não por acaso, na sessão plenária do STF de 24/3/2021⁹²⁶, o Ministro Luiz Fux, Presidente do STF, prestou esclarecimentos sobre a reunião realizada, naquele mesmo dia, entre

⁹²² TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto: como funcionam as instituições*. Trad. Micheline Christophe. Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 311.

⁹²³ NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 82.

⁹²⁴ Se forem computadas todas as classes de ações, incluindo os feitos criminais, o STF proferiu mais de 11.600 vinculadas, direta ou indiretamente, a crise sanitária decorrente da Covid-19. Cf. <http://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=615fc495-804d-409f-9b08-fb436a455451&sheet=260e1cae-f9aa-44bb-bbc4-9d8b9f2244d5>. Acesso em: jul. 2021.

⁹²⁵ A Constituição Federal é pródiga em estabelecer dispositivos referentes a previsibilidade e a segurança jurídica das leis, como parâmetros de atuação de todos os agentes estatais. É o que se extrai, *v.g.*, do art. 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

⁹²⁶ PLENO – Importa medicação sem registro sanitário – AUDIODESCRIÇÃO, 2021. 1 vídeo (1h, 53’, 49’’). Publicado pelo canal STF. Disponível em:

os chefes dos Poderes da União, Ministros de Estados e seis Governadores de Estados, na qual o STF, autorizado pelo Plenário, foi instado a contribuir (mas não a participar diretamente) das soluções para combate a pandemia da Covid-19, especialmente para minimizar a judicialização exacerbada neste período, exercendo, de acordo com o discurso do Ministro Fux, “um controle prévio dessas medidas para dar mais segurança a esse comitê. Porque na realidade, as soluções são urgentes, no Brasil está morrendo gente todo dia em número dobrado. (...) Então, é preciso que haja uma agilidade”, além de emprestar celeridade aos julgamentos. O Ministro Dias Toffoli sugeriu, na sequência, a participação direta do CNJ visando à orientação aos juízes e Tribunais sobre temas sensíveis no contexto da atual crise sanitária⁹²⁷.

Como se nota, a jurisdição constitucional passa a ganhar novos significados analíticos, para incorporar não apenas ferramentas e técnicas decisórias para resolução das disputas sociais e políticas à luz das determinações ambiciosas do Texto Constitucional de 1988, mas também abrigar institutos e técnicas hermenêuticas típicas de uma jurisdição ordinária consensual, as quais poderão contribuir para exortar uma solução mais condizente com uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e apta a resolver graves conflitos e disputas normativas entre os Poderes e também com os entes federativos. Nesse sentido, Glauco Salomão Leite e Marcelo Casseb Continentino, ao mencionarem decisão de Tribunal Constitucional espanhol, proferida em 5/5/1984, assentaram:

Como ressaltado pelo Tribunal Constitucional espanhol, em decisão de 05 de maio de 1984, nem a jurisdição ordinária pode, ao interpretar e aplicar a lei, olvidar a existência da Constituição, nem pode a jurisdição constitucional dispensar a análise crítica da aplicação da jurisdição ordinária faz da lei, quando tal análise for necessária para determinar se foi vulnerado ou não algum dos direitos fundamentais ou liberdades públicas cuja salvaguarda lhe está atribuída⁹²⁸.

https://www.youtube.com/watch?v=8wy8LHV4GdI&list=PLippyY19Z47v_v9wd3ms9-TBPgLzdBzVs. Acesso em: 19 jul. 2021.

⁹²⁷ Todavia, alguns Ministros assentaram a impossibilidade de uma efetiva fiscalização prévia de constitucionalidade, o que nem sempre se mostrou incompatível com a prática jurisdicional, conforme se verá adiante.

⁹²⁸ LEITE, Glauco Salomão; CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Desafios da Jurisdição Constitucional brasileira contemporânea. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Ontem, os códigos! Hoje, as constituições!* Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 147.

5.1. Facetas da coordenação de interesses e supervisão dos demais poderes nas decisões do Supremo Tribunal Federal

Como visto no capítulo anterior, a função de coordenador, ao menos numa dimensão teórica, não constitui novidade na história republicana senão em relação ao seu titular⁹²⁹, e decorre logicamente do desenho institucional escolhido pelo legislador constituinte, secundado também pelos múltiplos incentivos legislativos concedidos pelo órgão legiferante⁹³⁰. Ademais, descortina-se lícito especular outros fatores de justificação para a sua implementação, a saber: (i) a utilização deliberada da jurisdição constitucional como mecanismo para fomentar a participação do Judiciário na busca de soluções consensuais aos impasses travados entre os demais poderes⁹³¹; (ii) o crescimento substancial de partidos políticos como participantes nas ações de controle concentrado, conforme será visto nos próximos capítulos; e também (iii) o convite reiterado a juízes, ministros e aos demais atores, que exercem a jurisdição constitucional, para participar dos debates dos anteprojetos legislativos⁹³².

Diante desse cenário, contempla-se agora uma jurisdição constitucional multifacetária, que passa a dispor de uma série de legítimas opções e métodos normativos consensuais, sem descurar das inquietações próprias da pré-compreensão mínima da linguagem do texto, para resolver tanto o conflito intersubjetivo quanto a própria fiscalização da constitucionalidade das leis, por meio de instrumentos típicos da jurisdição ordinária, dentre eles a mediação e a conciliação⁹³³. Assim, juízes e ministros passam a atuar como genuínos coordenadores de interesses contrapostos em jogo no âmbito da jurisdição constitucional, dentro de certas balizadas normativas, na busca de uma solução adequada ao conflito – com a participação

⁹²⁹ A Constituição de 1934, em seu art. 88, previa que: Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência.

⁹³⁰ É o que se extrai da aprovação do disposto no art. 927, §3º, do CPC, que admite, nas hipóteses de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, a modulação dos efeitos da alteração em atendimento ao interesse social e da segurança jurídica.

⁹³¹ Cite-se, por exemplo, o pedido de atuação do STF pelo Ministro da Economia, Paulo Guedes, para a mediação da Corte no que concerne ao relevante valor de precatórios que deverão ser pagos em 2022: um total de R\$ 89 bilhões. O Ministro Presidente, Luiz Fux, informou que vai atuar na conciliação das dívidas da União reconhecidas pela Corte e que devem ser pagas em precatórios (Fux diz a Lira que STF só se pronuncia sobre precatórios depois Congresso. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 24 ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-24/fux-lira-stf-ainda-nao-pronunciar-precatorios>. Acesso em: 25 ago. 2021).

⁹³² É o caso, por exemplo, da Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, presidida pelo Ministro Luiz Fux, e integrada também por integrantes do Poder Judiciário. Ou, ainda, a designação do Ministro Gilmar Mendes – pela Câmara dos Deputados – como presidente da comissão de juristas para avaliar a sistematização das normas de processo constitucional.

⁹³³ É a hipótese paradigmática da ADO 25/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, conforme se verá adiante.

obrigatória dos demais agentes políticos – e que não resultará necessariamente na perda do objeto das ações de controle abstrato de constitucionalidade, conforme será explicitado adiante.

Registre-se, desde logo, que a criação do Centro de Mediação e Conciliação (CMC) no STF, por meio da Resolução 697, de 6 de agosto de 2020 – órgão responsável pela busca e implementação de soluções consensuais no âmbito da Suprema Corte, tanto para os conflitos pré-processuais como para questões processuais sujeitas à competência da Corte “por sua natureza, a lei permita a solução pacífica” – é um incontestável sintoma da evolução da jurisdição constitucional como instância mediadora dos conflitos normativos. Nesse sentido, ancorado na Lei 13.140/2015, tal ato normativo, na redação do parágrafo único do art. 2º, desvela cabalmente uma das suas novas vertentes, *in verbis*:

Art. 1º Fica criado o Centro de Mediação e Conciliação (CMC), que será responsável pela realização de acordos no Supremo Tribunal Federal (STF). Parágrafo único. O CMC estará subordinado diretamente à Presidência do Tribunal, cabendo a esta a implantação, respeitadas as disponibilidades orçamentárias e financeira.

Art. 2º O CMC deverá atuar nas seguintes atividades segmentadas:

I – solução de conflitos pré-processuais;

II – soluções de conflitos processuais.

Parágrafo único. Ao CMC compete buscar, mediante mediação ou conciliação, a solução de questões jurídicas sujeitas à competência do STF que, por sua natureza, a lei permita a solução pacífica.

Art. 3º A tentativa de conciliação poderá ocorrer nas hipóteses regimentais de competência da Presidência ou a critério do relator, em qualquer fase processual.

Parágrafo único. Os interessados poderão peticionar à Presidência do STF para solicitar a atuação do CMC em situações que poderiam deflagrar conflitos de competência originária do Supremo Tribunal Federal, de modo a viabilizar a solução pacífica da controvérsia antes da judicialização.

Art. 4º Os relatores terão a faculdade de encaminhar os autos ao CMC, a qualquer tempo, de ofício ou mediante provocação das partes.

§ 1º A utilização do CMC como meio para solução de litígio não prejudica tentativa de conciliação pelo relator do feito.

§ 2º O CMC, a pedido do relator, prestará o apoio necessário aos gabinetes nas tentativas de conciliação realizadas diretamente pelos relatores.

Art. 5º Caberá ao Coordenador adotar as medidas administrativas necessárias ao bom funcionamento do CMC, garantindo atendimento cordial e adequado aos jurisdicionados. Parágrafo único. Caberá ao Coordenador o controle estatístico das atividades do CMC, enviando os dados à Presidência da Corte, que os divulgará.

Art. 6º O CMC será coordenado por juiz auxiliar da Presidência.

§ 1º A estrutura física e o quantitativo de colaboradores deverá ser proporcional à demanda existente.

§ 2º Os Ministros poderão indicar à Presidência servidores e juízes auxiliares e instrutores de seus gabinetes para atuarem nas atividades conciliatórias nos processos de sua relatoria.

Art. 7º Poderão atuar como mediadores e/conciliadores, de forma voluntária e não remunerada: I – Ministros aposentados; II – magistrados, membros do Ministério Público, advogados e defensores públicos aposentados; III – servidores do Poder Judiciário; IV – advogados.

§ 1º Todos os mediadores e/ou conciliadores firmarão termo de ausência de conflito de interesse e compromisso de bem desenvolver suas atividades, na forma da Lei 9.608, de 18 de fevereiro de 1998, sob as penas da lei.

§ 2º As atividades de mediação ou conciliação não constituirão vínculo empregatício e não acarretarão despesas ao STF.

§ 3º O exercício das atribuições de mediador e conciliador será transitório e considerado como relevante função pública.

§ 4º Os mediadores e conciliadores atuarão sob a orientação do Coordenador e demais servidores envolvidos com as atividades do CMC, objetivando sempre o aprimoramento da tutela jurisdicional voluntária e pacífica.

Art. 8º O coordenador, o mediador, o conciliador, as partes, seus advogados, membros do Ministério Público e Defensoria Pública, assistentes técnicos e demais envolvidos, direta ou indiretamente, nas atividades conciliatórias, encontram-se submetidos à cláusula de confidencialidade, devendo guardar sigilo a respeito do que for dito, exibido ou debatido na sessão, de modo a não permitir que tais ocorrências sejam consideradas para outros fins que não os da tentativa de conciliação.

Art. 9º Cabe à Presidência do STF expedir atos necessários ao perfeito funcionamento das atividades do CMC.

Tal ato normativo foi inspirado: (i) “na existência de potencial propensão de realização de acordos em processos de competência originária ou recursal em trâmite nesta Corte”⁹³⁴; (ii) na Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – que introduziu a conciliação e a mediação como políticas judiciárias em nível nacional –, e (iii) no regramento e princípios norteadores do Código de Processo Civil⁹³⁵.

⁹³⁴ Referência expressamente consignada nos “considerandos” da Resolução 697/2020.

⁹³⁵ Para além de uma exaustiva disciplina normativa e valorativa sobre conciliação e mediação (arts. 165 a 175, do CPC) e da sua imposição aos magistrados após a distribuição da ação, nos termos do art. 334, do referido diploma processual, destaque-se também trechos da exposição de motivos ao projeto que desvelam os novos sentidos epistemológicos da própria jurisdição: “(...) 2. Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz. Como regra, deve realizar-se audiência em que, ainda antes de ser apresentada contestação, se tentará fazer com que autor e réu cheguem a acordo. Dessa audiência poderão participar conciliador e mediador, e o réu deve comparecer, sob pena de se qualificar sua ausência injustificada como ato atentatório à dignidade da justiça. Não se chegando a acordo, terá início o prazo para a contestação”. Cf. SENADO FEDERAL. *Código de processo civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

Mas não é só. A edição da Lei 13.655/2018⁹³⁶, que promoveu alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e da Lei 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias no âmbito da administração pública, reforçou definitivamente a intenção legislativa voltada à mudança dos vetores da jurisdição constitucional. E, recentemente, a nova Lei de Licitação (Lei 14.133/2021) estabeleceu, de forma inédita, a possibilidade da implementação de diferentes formas de resolução das controvérsias, incluindo a própria arbitragem⁹³⁷.

Atualmente, segundo informações do Centro de Mediação e Conciliação do STF⁹³⁸, desvela-se a existência, até maio de 2021, de sete processos no Centro de Mediação e Conciliação, a saber: (i) Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1266095/RJ, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; (ii) Reclamação 43.697/RJ, Relator Ministro Luiz Fux; (iii) Ações Cíveis Originárias (ACOs) 3303 e 3306, de relatoria do Ministro Edson Fachin; (iv) ACO 3438, Relator Ministro Alexandre de Moraes; (v) ACO 3494/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski; (vi) e a ADPF 829/RS, também de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

Diante da confidencialidade que deve reger a sua realização (art. 166 da Lei 13.105/2015, art. 2º, VII, da Lei 13.140/2015 e art. 8º da Resolução STF 697/2020), não é possível acessar a forma de negociação e mediação realizada, ou ainda pendente de concretização, mas pode-se afirmar o seguinte: (i) com exceção do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) 1266095/RJ, que tem como controvérsia a declaração de nulidade parcial de registro no INPI quanto à exclusividade sobre o termo “IPHONE” envolvendo interesse de

⁹³⁶ O art. 26 da Lei 13.655/2018 dispõe que: Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no *caput* deste artigo: I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; (...) III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

⁹³⁷ Veja-se: Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no *caput* deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações. Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade. Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias. Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

⁹³⁸ Tal número não compreende a totalidade das audiências realizadas no âmbito do STF, conforme se verá adiante.

distintas pessoas jurídicas privadas⁹³⁹, e da Reclamação 43.697/RJ⁹⁴⁰, que foi proposta contra decisão da Presidência do Superior Tribunal de Justiça na Suspensão de Liminar e Sentença (SLS) 2.792, pela qual foi determinada a suspensão de decisões provisórias proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que impediam a encampação da Linha Amarela naquele Estado, os demais feitos envolvem diretamente conflitos ou disputas federativas, alvos e fenômenos típicos de exame pela jurisdição constitucional⁹⁴¹; (ii) alguns feitos estão com tratativas de conciliação ou mediação avançadas, com a realização de mais de uma audiência com ampla representatividade (v.g., Reclamação 43.467/RJ)⁹⁴², e dotadas de propostas de acordos provisórios com homologação judicial do calendário apresentado pelas partes (Documento Eletrônico 107 – Reclamação 43.467/RJ); (iii) o genuíno empenho das partes e dos entes federativos para a resolução do conflitos por métodos alternativos à tradicional jurisdição constitucional.

Ademais, nos autos da Ação Civil Originária (ACO) 3438/MA, o Estado do Maranhão requereu que a União se abstinhasse de executar a contragarantia vinculada ao contrato de empréstimo e garantia (ROF TA652763), referente à parcela de julho de 2020, abstando-se de promover qualquer ato de bloqueio ou transferência das receitas próprias ou das decorrentes de repartição constitucional obrigatória. Após a concessão da liminar, as partes solicitaram a remessa dos autos ao CMC. Foram realizadas as audiências de conciliação, presididas pelo

⁹³⁹ A controvérsia envolvia as empresas IGB Eletrônica S.A e APPLE INC. Foram realizadas mais de duas dezenas de audiências de mediação (conjuntas ou unilaterais), presididas pela Ministra Ellen Gracie (aposentada), de acordo com o cronograma estabelecidos entre as partes, e com a participação de representantes do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI). Apesar do insucesso na tentativa da realização do acordo, a Ministra consignou o esforço genuíno das partes “em ceder o quanto possível” (Documento Eletrônico 59).

⁹⁴⁰ De acordo com a petição inicial, a reclamante propôs, na origem, a Representação de Inconstitucionalidade, buscando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar 213/2019, que autorizou a encampação da concessão para exploração e manutenção da Linha Amarela, via expressa entre as zonas norte e oeste do Município do Rio de Janeiro, suprimindo o direito da concessionária à indenização prévia, garantida pelo artigo 5º, XXIV, da Constituição Federal. O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro concedeu a liminar pleiteada para sustar os efeitos da Lei Complementar 213/2019, que determinou a encampação da Linha Amarela. Todavia, a decisão impugnada, proferida pela Presidência do STJ nos autos da Suspensão de Liminar e Sentença 2.792, suspendeu os efeitos da referida liminar, bem como de outras liminares proferidas nos autos dos processos 0267825-08.2019.8.19.0001 e 0272141- 64.2019.8.19.0001, que impediam a encampação da Linha Amarela.

⁹⁴¹ Com efeito, nas ACOs 3306 e 3303, o Estado da Bahia pugnou pela sua exclusão do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI) por controvérsias sobre a devolução de valores firmados em Convênios. Consta ainda que, após a concessão da liminar, foi determinada a remessa dos autos ao Centro de Mediação e Conciliação (CMC), para envidar a solução consensual da controvérsia. No primeiro caso (ACO 3306/BA), a União e o Estado da Bahia “transigiram pela exclusão das inscrições administrativas nos cadastros de inadimplência, até a Tomada de Contas Especial pelo Tribunal de Contas da União, relativamente aos convênios objetos dos processos, nos termos do que decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no Tema nº 327 da repercussão geral e já afirmado no Comunicado Conjunto SEGES/STN Nº 63/2020”. O relator, Ministro Edson Fachin, homologou o acordo e julgou extinto o processo.

⁹⁴² Participaram da audiência realizada em 5 de abril de 2021: (i) o Subprocurador-Geral da República; (ii) representantes da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovia (ABCR); (iii) representantes da Linha Amarela S/A; (iv) representantes do Município do Rio de Janeiro (Documento Eletrônico 84).

então Secretário-Geral do Conselho Nacional de Justiça⁹⁴³, designado como mediador, sem que as partes, contudo, tenham chegado a um desfecho positivo⁹⁴⁴. Os autos foram remetidos ao gabinete do relator, Ministro Alexandre de Moraes.

Na ACO 3494/DF, o Estado de Santa Catarina ajuizou ação civil pública originária contra a União e a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, em que propugnava, em caráter liminar, pela concessão de tutela provisória de urgência para sustar parcialmente a realização do processo administrativo de concessão decorrente do Edital de Leilão ANAC 01/2020, envolvendo atividades aeroportuárias no referido Estado. Indeferida a liminar pelo Ministro Ricardo Lewandowski, foi designada audiência de conciliação, com o apoio do Centro de Mediação e Conciliação do STF⁹⁴⁵. Em seguida, as partes solicitaram a suspensão do processo por sessenta dias, tendo em vista a possibilidade de criação de comissão mista⁹⁴⁶ voltada “ao acompanhamento da performance da demanda de cargas e passageiros e do desenvolvimento do programa de melhoria da infraestrutura do Aeroporto de Navegantes”⁹⁴⁷. O relator deferiu o pedido formulado pelos litigantes.

Destaca-se, ainda, a ADPF 829/RS, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul em face de atos praticados pela União, na elaboração do Plano de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 e na definição da ordem de vacinação dos grupos prioritários. O relator, Ministro Ricardo Lewandowski, instado pelo requerente, designou audiência de conciliação, coordenada por uma Juíza Auxiliar do seu gabinete, oportunidade em que o referido Estado e a União chegaram a um acordo⁹⁴⁸. Em seguida, foi homologado o acordo e, por consequência, o processo foi extinto com resolução de mérito, com fulcro no art. 487, III, b, do Código de Processo Civil de 2015.

Mas não é só. A escolha pelas soluções de caráter consensual na jurisdição constitucional – antes da implementação da referida Resolução, seja na fase pré-decisional ou na deliberação final da Corte –, já ganhava contornos embrionários significativos no âmbito do Supremo Tribunal, em diversas classes de ações. A grande novidade é o enfoque dado (dessas medidas)

⁹⁴³ Valter Shuenquener de Araújo.

⁹⁴⁴ Documentos Eletrônicos 100 e 103.

⁹⁴⁵ Documento Eletrônico 56.

⁹⁴⁶ Integrada por representantes do poder público estadual (SIE), entidades da sociedade civil da área de influência do aeroporto, e dos demais representantes dos entes da Federação.

⁹⁴⁷ Documento Eletrônico 140.

⁹⁴⁸ Ficou consignado no termo que: “A União, dentro do seu respectivo arco de competências, compromete-se a promover a regular e gradativa disponibilização de doses para o segmento dos trabalhadores em educação no planejamento do PNO, nos termos declarados na Nota 717, ressalvada a necessidade de reajustes futuros, a serem motivados em eventuais repactuações. Compromete-se, ainda, a enviar um percentual de doses de forma regular aos trabalhadores de educação de acordo com os quantitativos recebidos para a distribuição. Essa ação inicia-se na próxima remessa a ser enviada a partir de 02 de junho de 2021” (Documento Eletrônico 57).

nas ações de controle concentrado de constitucionalidade das leis, voltado, num primeiro momento, à resolução dos conflitos ou situações específicas subjacentes decorrentes do ato impugnado, o que resultará, muitas vezes, na prejudicialidade da própria ação⁹⁴⁹. Todavia, a fórmula da composição poderá atingir o próprio conflito normativo, conforme pretende-se demonstrar adiante.

Confira-se, inicialmente, o julgamento do denominado auxílio-moradia a certos agentes políticos, com o exame conjunto da ADI 5.645/DF – proposta contra a Resolução 117/1014, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), editada com a finalidade de disciplinar a ajuda de custo para moradia aos integrantes das carreiras do Ministério Público – e das cinco ações originárias (AOs 1946, 1773, 1776, 1975 e ACO 2511). Buscava-se, em apertada síntese, o reconhecimento do direito à ajuda de custo aos magistrados para os fins previstos no art. 65, II, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN (Lei Complementar 35/1979).

Após o deferimento da tutela de urgência nas Ações Originárias (AO) 1946, 1773 e na ACO 2511⁹⁵⁰, o relator, Ministro Luiz Fux, com anuência expressa da Advocacia-Geral da União (AGU), remeteu todos os autos à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, a fim de alcançar solução consensual para as disputas e controvérsias nelas versada, sob os seguintes fundamentos:

A determinação constitucional de prestação de uma tutela jurisdicional célere e efetiva impõe a busca de novas formas para a composição dos conflitos sociais (art. 5º, XXXV e LXXVIII, da Constituição). Deveras, incumbe ao Estado fomentar a consensualidade como meio adequado de solução das controvérsias, em que as partes, de comum acordo e por iniciativa própria, constroem a melhor forma composição da lide.

Com efeito, o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) incumbe ao juiz a promoção da autocomposição a qualquer tempo (art. 139, V), inclusive no âmbito dos Tribunais (art. 932, I), sob o pálio da norma fundamental que estabelece o dever de o Estado promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º). Destaca-se que a busca da autocomposição tem ensejado excelentes resultados, como recentemente demonstrado pela homologação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal de acordo extrajudicial assinado entre poupadores e bancos relativamente aos processos relacionados aos expurgos inflacionários dos planos econômicos

⁹⁴⁹ O que não significa desistência, uma vez que, como se sabe, é expressamente proibida pelo art. 5º da Lei 9.868/1999.

⁹⁵⁰ Foi deferida a tutela de urgência, “a fim de que todos os juízes federais brasileiros tenham o direito de receber a parcela de caráter indenizatório prevista no artigo 65, inciso II, da LC nº 35/79, aplicando-se como regra aplicável para a concessão da referida vantagem: i) o artigo 65 da LOMAN ora referido, que, apenas, veda o pagamento da parcela se, na localidade em que atua o magistrado, houver residência oficial à sua disposição; ii) os valores pagos pelo STF a título de auxílio-moradia a seus magistrados”.

(ADPF 165, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 01/03/2018).

A mesma *ratio* é também adotada pela Lei n. 13.140/2015, que dispõe inclusive sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Deveras, seu art. 16 prevê a possibilidade de que as partes se submetam à mediação mesmo quando já corrente processo judicial, “hipótese em que requererão ao juiz (...) a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio”. (...)

Nesse sentido, havendo concordância mútua para que a presente lide seja submetida à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, deve o Poder Judiciário respeitar e respaldar a autonomia de cada uma das partes processuais, liberando-as para que se utilizem dos canais institucionais adequados para o alcance de solução juridicamente válida para a controvérsia em discussão.

Por outro lado, havendo identidade e/ou prejudicialidade de objetos entre a presente ação (AO 1946) e a Ação Originária 1773, a Ação Originária 1776, a Ação Originária 1975, a Ação Cível Originária 2511 e à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5645 – todas de minha relatoria –, a demandar resultado único para os referidos casos, entendo que a decisão aqui exposta deve se estender a todos esses processos⁹⁵¹.

É certo, outrossim, que a tentativa de composição restou infrutífera e que a ADI 5645/DF acabou extinta sem julgamento do mérito – em razão da prejudicialidade ocasionada pela revogação integral da Resolução 117/14, do CNMP –, nos termos do art. 21, inc. IX, do Regimento Interno do STF⁹⁵². Além disso, as tutelas antecipadas foram revogadas nas ações originárias em virtude da aprovação das leis de revisão dos subsídios dos Ministros do STF e do Procurador-Geral da República, afastando-se, por fim, qualquer pretensão de ressarcimento pretérito ao erário. Como se nota, não obstante o Plenário da Corte não tenha analisado a questão de fundo, salta aos olhos a manifestação favorável da União quanto aos novos métodos para a resolução do objeto central da fiscalização de constitucionalidade dos atos normativos.

A questão não é estranha ao sistema de controle de constitucionalidade e, por consequência, depreende-se possível a coordenação de diferentes interesses pela jurisdição constitucional, voltada especialmente para a busca de soluções adequadas e tempestivas como interface natural entre o Direito e a Política. Na ADPF 165/DF⁹⁵³, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, o Plenário da Corte se posicionou favoravelmente – quando da análise da viabilidade do acordo entabulado (e posteriormente do seu aditivo) para o pagamento das

⁹⁵¹ Documento Eletrônico 115 da ADI 5645.

⁹⁵² A decisão foi proferida, no entanto, pelo Ministro Dias Toffoli em 5/3/2021.

⁹⁵³ A requerente Confederação do Sistema Financeiro – CONSIF, ajuizou a ação para obter a declaração de validade constitucional dos Planos Econômicos denominados Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e Collor II. Existem também Recursos Extraordinários com repercussão geral por fatos semelhantes, alguns ainda pendentes de julgamento.

diferenças relativas aos conhecidos planos econômicos⁹⁵⁴ apresentado naqueles autos – à homologação dos acordos coletivos em processos de índole objetiva, inclusive com a participação ativa da Advocacia-Geral da União naquela assentada. Ao promover a homologação do ajuste e, posteriormente, do seu aditivo, o STF assentou que não estava corroborando nenhuma interpretação peculiar dada à lei, nem se vinculando ao sentido pretendido pelas partes para o julgamento de mérito. O relator, Ministro Ricardo Lewandowski, ao votar pela homologação do primeiro acordo, consignou os seguintes fundamentos:

Sendo assim, inicio meu voto pela análise da viabilidade do acordo num processo de índole objetiva como a ADPF. Nesse aspecto, esclareço que há, subjacente ao presente feito, um notável conflito intersubjetivo, o qual comporta uma solução amigável por meio do acordo apresentado para homologação. Assim, ao homologá-lo, o Supremo Tribunal Federal não estará chancelando nenhuma interpretação peculiar dada à lei. Pelo contrário, não obstante o ajuste proposto veicule diversas teses jurídicas, a homologação não as alcança, nem as legitima, abrangendo tão somente as disposições patrimoniais firmadas no âmbito da disponibilidade das partes.

Em outras palavras, a homologação estará apenas resolvendo um incidente processual, com vistas a conferir maior efetividade à prestação jurisdicional, extraindo desse importante instrumento previsto no art. 102, § 1º, da Constituição, e regulamentado pela Lei 9.882/1999, todas as suas potencialidades, de forma coerente com imperativos do Direito contemporâneo.

Impende ainda abordar a viabilidade do acordo ante a inexistência de previsão legal específica para que avenças coletivas sejam firmadas por legitimados coletivos privados, como são as associações que representam os poupadores, diferentemente do que ocorre com os entes públicos (ver art. 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública).

Nesse ponto, esclareço que a ausência de disposição expressa não afasta a viabilidade do acordo. No meu entendimento, a existência de previsão explícita unicamente quanto aos entes públicos diz respeito ao fato de que somente podem fazer o que a lei determina, ao passo que aos entes privados é dado fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, segundo preconiza o princípio da legalidade. Não faria sentido prever um modelo que autoriza a justiciabilidade privada de direitos e, simultaneamente, deixar de conferir aos entes privados as mais comezinhas faculdades processuais, tais como a de firmar acordos. (...)

Contudo, em se tratando de acordos coletivos, é necessário que o Supremo Tribunal Federal se debruce com maior cuidado sobre as cláusulas acordadas, mormente em caso como o presente, consistente no maior episódio de litigiosidade repetitiva de nossa história. Com efeito, deve o Poder Judiciário, no escrutínio dos acordos coletivos, valer-se de salvaguardas voltadas a preservar o interesse da coletividade representada nos autos.

⁹⁵⁴ Ajuste firmado “pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC, pela Frente Brasileira pelos Poupadores – FEBRAPO e por outras entidades representantes dos poupadores, de um lado, e pela Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN e pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF de outro, em que afirmam ter alcançado, por meio de concessões recíprocas e mediação realizada pela Advocacia-Geral da União – AGU, um denominador comum para concretizar o pagamento das diferenças relativas aos Planos Econômicos Bresser, Verão e Collor II”.

Foi o que fiz quando determinei que fosse dada ampla publicidade ao acordo firmado, valendo-me, por analogia, do disposto no art. 94 do Código de Defesa do Consumidor. Com base nessa transparência, têm sido veiculadas nos autos, assim como na imprensa, manifestações de interessados, apresentando subsídios que pretendo levar em consideração na presente decisão. (...)

Feitas essas necessárias observações, entendo que as circunstâncias fáticas recomendam que o Plenário desta Corte homologue a avença, como, aliás, já o fizeram os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes quanto aos processos sob sua relatoria.

Apesar da existente controvérsia sobre a justiça do acordo, penso que, na medida em que persiste a incerteza sobre o resultado final do litígio no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o qual tem competência constitucional para proferir a última palavra sobre ele, e considerando a já mencionada existência de todas as salvaguardas necessárias para a higidez do acordo, afigura-se, a meu ver, recomendável a homologação da avença, possibilitando aos interessados aderirem ou não a este, conforme a conveniência de cada um. (...)

Diante da disseminação das lides repetitivas no cenário jurídico nacional atual, e da possibilidade de sua solução por meio de processos coletivos, a decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal assume o caráter de marco histórico na configuração do processo coletivo brasileiro. Ao decidir este acordo, esta Casa estabelecerá parâmetros importantes para os inúmeros casos análogos, passados, presentes e futuros, que se apresentam e se apresentarão perante juízes que tomarão esta decisão como referência ao homologar acordos coletivos, bem assim ao deixar de fazê-lo.

Ressalto que já é hora de tais parâmetros serem estabelecidos, porque é assim, conferindo maior previsibilidade ao processo coletivo, que o Supremo Tribunal Federal o fortalecerá, como também o ideal de acesso à Justiça.

Acesso à Justiça é garantia constitucional de primeira grandeza, de que os direitos que constam do texto da Constituição poderão ser exigidos de quem cabe provê-los. Em última análise, é a existência de acesso à Justiça que assegura à cidadania que os direitos constitucionais são verdadeiramente direitos, e não meras aspirações. (...)

Por tudo o que foi exposto, o acordo deve ser homologado, tal como proposto, de maneira a pacificar a controvérsia espelhada nestes autos, que há décadas se arrasta irresolvida nos distintos foros do País, sem que isso implique, todavia, qualquer comprometimento desta Suprema Corte com as teses jurídicas nele veiculadas, especialmente aquelas que pretendam, explícita ou implicitamente, vincular terceiras pessoas ou futuras decisões do Poder Judiciário. Nesses termos, homologo o acordo, com fulcro no art. 487, III, do Código de Processo Civil, *ad referendum* do Plenário desta Suprema Corte⁹⁵⁵.

Nessa perspectiva, de acordo com dados da Secretaria Judiciária do Supremo Tribunal Federal, nos últimos cinco anos (até 30/4/2021), foram realizadas, quando menos, 31 audiências cíveis com apoio do Gabinete da Secretaria Judiciária do Tribunal⁹⁵⁶, número que certamente

⁹⁵⁵ Documento Eletrônico 48 (grifou-se).

⁹⁵⁶ Além dos listados neste capítulo, constam os seguintes feitos: (i) Suspensão de Liminar (SL) 1245, ajuizada pelo Estado do Rio Grande do Sul contra decisão proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça local, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 0221955-35.2019.8.21.7000, que determinou a suspensão da “vigência do artigo 17, e seus parágrafos, da Lei Estadual n.º 15.304/19” (Lei de Diretrizes Orçamentárias do Estado do Rio

se mostra subestimado, já que cada gabinete da Suprema Corte pode realizar audiências de forma autônoma, sem o apoio burocrático estrutural da Secretaria Judiciária do STF, o que impede um exame por amostragem mais preciso, além daquelas possíveis no âmbito criminal.

Destacam-se, a propósito: (i) Ação Civil Originária (ACO) 3462⁹⁵⁷, agora de relatoria do Ministro Nunes Marques. Após a concessão da liminar em favor do Estado do Rio Grande do Norte⁹⁵⁸, a União trouxe elementos informativos para uma composição, viabilizando adesão

Grande Sul – Exercício de 2020). As partes envolvidas – Chefes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul – firmaram transação no processo de origem, sendo o processo extinto sem o julgamento do mérito; (ii) Suspensão de Tutela Provisória (STP) 109, SL 1197 e SL 1218, em que foram realizadas duas audiências em relação a todos os feitos. A questão central envolvia o exame da reintegração de posse de terras de ocupação indígena. No ato realizado em 7/8/2019, as partes ajustaram consultar a União para indicar quais órgãos técnicos podem contribuir para as formas de solução propostas “tanto no que respeita à demarcação da área objeto de litígio quanto no que respeita às condicionantes para a eventual permanência dos indígenas no local, observada em todo caso a questão da preservação ambiental”. O Ministro Dias Toffoli concedeu a liminar para sobrestar a reintegração de posse nos autos da STP 109 (Documento Eletrônico 98); (iii) STP 105, Suspensão de Segurança (SS) 5115 e 5290, em que restou infrutífera a tentativa conjunta de conciliação. A questão central envolvia a paralisação determinada pelo juiz de origem das atividades de exploração mineral do empreendimento Onça Puma, no Estado do Pará, bem como a fixação do pagamento de um salário-mínimo a cada integrante das aldeias Xikrin e Kayapó, a título de compensação pelos supostos danos a si ocasionados pelo empreendimento; (iv) ACO 1100, de relatoria atual do Ministro Edson Fachin. Trata-se de ação cível ordinária movida por Faustino Feliciano e outros em face da União e a Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Os autores ajuizaram, na origem, a ação de anulação de atos administrativos com pedido de antecipação parcial dos efeitos da tutela, perante o Juízo Federal de Joinville, Santa Catarina, a fim de ver declarada a nulidade da Portaria nº 1.128 de 13 de agosto de 2003, do Ministro da Justiça, e demais atos administrativos tendentes a modificar, ampliar ou e qualquer forma alterar a área e os limites da Terra Indígena Ibirama-La Klano, da etnia Xokleng. Por força da decisão proferida nos autos da Reclamação 3205, os autos da referida ação foram remetidos ao STF. Consta, ainda, que, em 29 de abril de 2019, realizou-se audiência de conciliação de diálogo, na qual, à mingua da possibilidade de composição, saíram intimadas as partes para promover a juntada de documentos ali especificados; (v) Ação Cautelar 3637, Relator Ministro Edson Fachin. Apesar de julgado improcedente o pedido, realizaram-se duas audiências de conciliação e, ao acolher os embargos de declaração, diante da realidade concreta apurada ao longo do processo, o relator autorizou o parcelamento judicial em 24 parcelas do valor devido pelo Estado de Rondônia à União com referência ao período em que vigorou medida liminar na ação; (vi) ARE 1071456, de relatoria do Ministro Edson Fachin, em que, após a realização da primeira audiência de tentativa de conciliação, a recorrente noticiou a celebração de acordo no juízo de origem, sendo homologado o pedido de desistência do recurso (e-doc. 58); (vii) ACO 1602/PE, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Trata-se de ação de imissão na posse ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), em face do Governo do Estado de Pernambuco. Não obstante a designação das audiências para a tentativa de conciliação no âmbito do STF e de tratativas concretas para a solução do impasse (cf. audiência realizada em 22/8/2017, por Juiz Auxiliar do Gabinete do Ministro Gilmar Mendes), as negociações restaram infrutíferas. A ação foi julgada procedente em parte, com determinação ao Estado de Pernambuco para escolher as obrigações ali determinadas (Documento Eletrônico 62). Em agravo regimental, o Plenário do STF manteve a decisão impugnada.

⁹⁵⁷ Trata-se de cível originária ajuizada pelo Estado do Rio Grande do Norte em face da União, na qual requereu a concessão liminar “para suspender os efeitos do artigo 8º-A da Portaria MF 501/2017, com a redação dada pela Portaria ME 393, de 25 de novembro de 2020, e determinar a União que se abstenha de utilizar as decisões judiciais proferidas no bojo da ACO 3280 ou quaisquer outras como impeditivo para a concessão de seu aval nas operações de crédito externo e interno do requerente e, considerando que esta é a única objeção por parte do ente federal, que seja imposta também obrigação de fazer, para que a requerida, por meio de seus órgãos administrativos competentes, conceda a garantia federal à prorrogação do Contrato de Empréstimo externo nº 8276-BR, viabilizando, assim, a celebração da avença, conforme já pactuado entre o suplicante e o BANCO MUNDIAL”.

⁹⁵⁸ Concedida para determinar que a União que se abstivesse de utilizar a decisão judicial proferida nos autos da ACO 3.280 em prejuízo ao Estado, precisamente no que toca à avaliação do pedido de prorrogação da garantia federal ao Contrato de Empréstimo Externo 8276-BR, sendo ressalvada, no entanto, a competência para verificação dos demais requisitos normativos aplicáveis para tanto.

do referido Estado ao procedimento do art. 23 da LC 178/2021. A questão ainda está pendente de análise; (ii) ACOs 3473, 3474, 3475, 3478 e 3483, de relatoria da Ministra Rosa Weber, em que o Plenário do STF referendou a liminar concedida para impor à União a análise dos pedidos de habilitação de novos leitos de UTI formulados pelo Estados do Maranhão⁹⁵⁹, de São Paulo⁹⁶⁰, da Bahia⁹⁶¹, do Piauí⁹⁶² e do Rio Grande do Sul⁹⁶³, bem como determinou o restabelecimento imediato, de forma proporcional, dos leitos de UTI destinados ao tratamento da Covid-19 nos Estados que estavam habilitados. Ficou determinado, ainda, que a União Federal prestasse suporte técnico e financeiro para a expansão da rede de UTIs no Estado requerente, de forma proporcional às outras unidades federativas, em caso de evolução da pandemia. Designada uma primeira audiência de conciliação em 8/4/2021 (para todos os feitos), Estados e a União se comprometeram, no prazo de trinta dias, a apresentar proposta de aperfeiçoamento da Portaria que trata dos mecanismos de habilitação de leitos emergenciais de UTI, a ser discutida por grupos técnicos do Ministério da Saúde. Foi realizada nova audiência de conciliação, ocasião em que a União informou a edição da Portaria CONASS 829/2021 para equacionar os pedidos formulados pelos entes da federação. Foi concedido prazo de dez dias para que os Estados apresentassem manifestações escritas; (iii) ACO 3.363⁹⁶⁴, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. Após o deferimento da liminar “para determinar a suspensão por 180 (cento e oitenta dias) do pagamento das parcelas relativas ao Contrato de Consolidação, Assunção e Refinanciamento da dívida pública firmado entre o Estado autor e a União”⁹⁶⁵, foi designada audiência de conciliação, oportunidade em que o Advogado-Geral da União apresentou proposta inicial de acordo, denominado “Plano Nacional de Negociação – FUNDEF”. Todavia, diante da aprovação da Lei Complementar 173, de 27 de maio de 2020, que instituiu o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus, estabelecendo, dentre outras medidas, a suspensão dos pagamentos das dívidas contratadas entre a União e os Estados, foi homologada a renúncia ofertada pelo Estado de São Paulo.

⁹⁵⁹ Documento Eletrônico 71 da ACO 3473

⁹⁶⁰ Documento Eletrônico 80 da ACO 3474

⁹⁶¹ Documento Eletrônico 47 da ACO 3475

⁹⁶² Documento Eletrônico 41 da ACO 3478

⁹⁶³ Documento Eletrônico 47 da ACO 3483.

⁹⁶⁴ Trata-se de Ação Cível Originária proposta pelo Estado de São Paulo em face da União, com pedido de provimento liminar para que a ré se abstenha de adotar quaisquer medidas de cobrança e constrição patrimonial contra o Estado (tais como débitos, retenções ou bloqueios de recursos do Tesouro Estadual existentes em contas bancárias, além de vedação de transferências financeiras federais) em decorrência do não pagamento da dívida com a União decorrente do contrato de refinanciamento da dívida do Estado firmado entre as partes em 1997.

⁹⁶⁵ Ficou consignado, no entanto, que o Estado de São Paulo deveria comprovar que os valores estão sendo aplicados integralmente na Secretaria da Saúde para o custeio das ações de prevenção e combate à pandemia da Covid-19.

Ademais, cite-se, outrossim, o Mandado de Segurança 35.648/PB, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. O *mandamus* foi impetrado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba – TJPB, contra ato do Governador daquela unidade da Federação, uma vez que deixou de repassar “integralmente, até o dia 20 de cada mês, os valores integrais dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias”. Após o deferimento parcial da tutela de urgência⁹⁶⁶, foi designada audiência de conciliação entre as partes, ocasião em que “deliberaram constituir uma comissão mediadora para discussão do objeto”⁹⁶⁷. Ato contínuo, as partes apresentaram acordo sobre os repasses dos valores, dentre outras obrigações, o qual foi devidamente homologado e o processo extinto pelo Ministro Ricardo Lewandowski⁹⁶⁸.

O crescimento dessa nova vertente da jurisdição constitucional – coordenadora de interesses contrapostos mediante adoção de instrumentos ortodoxos à jurisdição comum (conciliação e mediação) – está também perfeitamente delineada nas ações de controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos. Nesse cenário, foram realizadas audiências, com apoio institucional da Gabinete da Secretaria Judiciária do STF, na busca de soluções consensuais nestas ações, a saber: (i) ADO 58, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; e (ii) ADO 25, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

No primeiro caso, a ação foi proposta pelo Partido Democratas e a Frente Nacional de Prefeitos (FNP), em que alegavam a omissão inconstitucional quanto à ausência de lei regulamentadora do art. 101, § 4º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da CF/1988⁹⁶⁹. O Relator determinou a criação de grupo técnico de trabalho para dar

⁹⁶⁶ O relator determinou ao Governador do Estado da Paraíba, no estrito cumprimento do art. 168 da Constituição Federal, que efetuasse o imediato repasse da plena integralidade do valor do duodécimo do mês de abril de 2018, bem como dos valores integrais dos duodécimos referentes aos meses restantes do ano em curso (Documento Eletrônico 24).

⁹⁶⁷ Documento Eletrônico 113.

⁹⁶⁸ O Ministro assentou na decisão: “Pois bem. Levando-se em consideração a inevitabilidade de atuação em colaboração de dois órgãos estatais integrantes do mesmo ente político, bem como a disposição para realizar a composição demonstrada por quem produziu o ato aqui reclamado, impende reconhecer a viabilidade do acordo. Por tudo o que foi exposto, o acordo pode ser homologado, tal como proposto, de maneira a pacificar a controvérsia espelhada nestes autos, sem que isso implique, todavia, qualquer comprometimento desta Suprema Corte com as teses jurídicas nele veiculadas, especialmente aquelas que pretendam, explícita ou implicitamente, vincular terceiros pessoas ou futuras decisões do Poder Judiciário. Nesses termos, homologo o convencionado e, por conseguinte, julgo extinto o processo com resolução de mérito, com fulcro no art. 487, III, b, do Código de Processo Civil” (Documento Eletrônico 151).

⁹⁶⁹ O dispositivo tinha a seguinte redação: § 4º No prazo de até seis meses contados da entrada em vigor do regime especial a que se refere este artigo, a União, diretamente, ou por intermédio das instituições financeiras oficiais sob seu controle, disponibilizará aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como às respectivas autarquias, fundações e empresas estatais dependentes, linha de crédito especial para pagamento dos precatórios submetidos ao regime especial de pagamento de que trata este artigo, observadas as seguintes condições: I – no financiamento dos saldos remanescentes de precatórios a pagar a que se refere este parágrafo serão adotados os índices e critérios de atualização que incidem sobre o pagamento de precatórios, nos termos do § 12 do art. 100 da Constituição Federal; II – o financiamento dos saldos remanescentes de precatórios a pagar a que se refere este parágrafo será feito em parcelas mensais suficientes à satisfação da dívida assim constituída; III – o valor de cada

seguimento às tratativas para a obtenção de acordo entre os autores e os requeridos. O referido grupo foi formado por um representante e um suplente de cada um dos seguintes órgãos e entidades⁹⁷⁰: (i) Frente Nacional dos Prefeitos; (ii) Colégio Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal; (iii) Advocacia-Geral da União; (iv) Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; (v) Ministério da Economia; (vi) Congresso Nacional; (vii) Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); e (viii) da Procuradoria-Geral da República. Todavia, com o advento da EC 109/2021, que revogou expressamente o dispositivo em análise, foi reconhecida a perda superveniente do objeto e o processo extinto sem o julgamento do mérito⁹⁷¹.

O paradigmático caso da ADO 25-QO/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, merece fecundas reflexões sobre tal vetor da jurisdição constitucional. Impugnou-se, naquela assentada, a omissão do Parlamento em relação à edição da lei complementar prevista no *caput* do artigo 91 do ADCT⁹⁷², à qual cabia definir o montante dos recursos que a União deveria entregar aos Estados e ao Distrito Federal, por força da Emenda Constitucional 42/2003, assim como os critérios, os prazos e as condições que deveriam ser observadas. Inicialmente, em 30/11/2016, o STF julgou procedente a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, tendo em vista a mora do Parlamento em não aprovar a referida lei complementar, sendo concedido o prazo de doze meses para que fosse sanada a omissão, com a seguinte advertência:

Na hipótese de transcorrer *in albis* o mencionado prazo, o Tribunal, por maioria, deliberou que caberá ao Tribunal de Contas da União: a) fixar o valor do

parcela a que se refere o inciso II deste parágrafo será calculado percentualmente sobre a receita corrente líquida, respectivamente, do Estado, do Distrito Federal e do Município, no segundo mês anterior ao pagamento, em percentual equivalente à média do comprometimento percentual mensal de 2012 até o final do período referido no *caput* deste artigo, considerados para esse fim somente os recursos próprios de cada ente da Federação aplicados no pagamento de precatórios; IV – nos empréstimos a que se refere este parágrafo não se aplicam os limites de endividamento de que tratam os incisos VI e VII do *caput* do art. 52 da Constituição Federal e quaisquer outros limites de endividamento previstos em lei.

⁹⁷⁰ Documento Eletrônico 135.

⁹⁷¹ Documento Eletrônico 199.

⁹⁷² Foi revogado pela EC 109/2021. A sua redação era a seguinte: Art. 91. A União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o montante definido em lei complementar, de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo considerar as exportações para o exterior de produtos primários e semi-elaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, a. § 1º Do montante de recursos que cabe a cada Estado, setenta e cinco por cento pertencem ao próprio Estado, e vinte e cinco por cento, aos seus Municípios, distribuídos segundo os critérios a que se refere o art. 158, parágrafo único, da Constituição. § 2º A entrega de recursos prevista neste artigo perdurará, conforme definido em lei complementar, até que o imposto a que se refere o art. 155, II, tenha o produto de sua arrecadação destinado predominantemente, em proporção não inferior a oitenta por cento, ao Estado onde ocorrer o consumo das mercadorias, bens ou serviços. § 3º Enquanto não for editada a lei complementar de que trata o *caput*, em substituição ao sistema de entrega de recursos nele previsto, permanecerá vigente o sistema de entrega de recursos previsto no art. 31 e Anexo da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, com a redação dada pela Lei Complementar nº 115, de 26 de dezembro de 2002. § 4º Os Estados e o Distrito Federal deverão apresentar à União, nos termos das instruções baixadas pelo Ministério da Fazenda, as informações relativas ao imposto de que trata o art. 155, II, declaradas pelos contribuintes que realizarem operações ou prestações com destino ao exterior.

montante total a ser transferido aos Estados-membros e ao DF, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT para fixação do montante a ser transferido anualmente, a saber, as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, a, do texto constitucional; b) calcular o valor das quotas a que cada um deles fará jus, considerando os entendimentos entre os Estados-membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ; e que se comunique ao Tribunal de Contas da União, ao Ministério da Fazenda, para os fins do disposto no § 4º do art. 91 do ADCT, e ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, para adoção dos procedimentos orçamentários necessários para o cumprimento da presente decisão, notadamente no que se refere à oportuna inclusão dos montes definidos pelo TCU na proposta de lei orçamentária anual da União, nos termos do voto do relator, Ministro Gilmar Mendes⁹⁷³.

Diante da inobservância dos prazos assinalados⁹⁷⁴, aliada à incomum beligerância decorrente dos valores substanciais envolvidos (na casa dos bilhões de reais), instituiu-se, na primeira audiência de tentativa de conciliação (realizada em 5/8/2019) uma comissão especial, no âmbito do STF, para viabilizar soluções aos entraves diagnosticados, com debates e proposição distintas. Tal comissão foi integrada por representantes dos 27 entes federativos estaduais e da União, mediante supervisão do juiz instrutor do gabinete do Ministro Gilmar Mendes⁹⁷⁵, seguida da apresentação de relatórios parciais das atividades. Realizadas algumas audiências com todos os atores envolvidos, foram obtidos progressivos ajustes entre as partes, incluindo o encaminhamento de projeto de lei complementar ao Congresso Nacional para a regulamentação do art. 91 do ADCT e a criação de nova forma de transferência de recursos federais, para alcançar ao final uma composição. Confirmam-se, a propósito, trechos do relatório do voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, que é autoexplicativo sobre as tratativas para composição:

Em 30.9.2019, as partes deliberaram acerca da proposta apresentada pela União, tendo os Estados solicitado prazo para o encaminhamento daquela aos Governadores. Após deliberações, ficou agendada nova reunião para o dia 8.10.2019 (eDOC 283). No dia e no horário agendados, as partes deliberaram acerca da contraproposta apresentada pelos Estados, tendo a União solicitado prazo para encaminhamento daquela ao Ministro de Estado da Economia. Após deliberações, ficou agendada nova reunião. (eDOC 284) Em 14.10.2019, o Governador do Distrito Federal, na condição de Coordenador Nacional do

⁹⁷³ Documentos Eletrônicos 54 e 72.

⁹⁷⁴ O prazo inicial foi prorrogado por força de decisão monocrática, posteriormente referendada pelo Plenário (Documentos eletrônicos 101 e 417).

⁹⁷⁵ Documento Eletrônico 158.

Fórum de Governadores, enviou ofício, informando que, por ocasião do VII Fórum Nacional de Governadores, realizado último dia 8.10.2019, na capital federal, os Chefes do Poder Executivo presentes na reunião manifestaram apoio unânime à contraproposta dos Estados e do Distrito Federal, apresentada pelo Governador do Estado do Pará, Hélder Barbalho, concernente à regulamentação dos repasses dos recursos da União em decorrência da desoneração das exportações, com valor total de R\$ 139 bilhões, no período de 2020 a 2036, conforme demonstrado no documento anexo (eDOC 287). (...)

Em seguida, a União ofereceu mais R\$ 12 bilhões de reais da sua proposta inicial, totalizando R\$ 58 bilhões de reais, além de estender o pagamento de valor fixo pelo prazo de mais 3 (três) anos. (...)

Na última audiência, após as discussões entre as partes, por maioria, aprovou-se a proposta encaminhada pela União, com posição contrária do Estado do Pará e abstenção dos Estados do Espírito Santo, Paraná e Pernambuco. A Comissão Especial deliberou, por unanimidade, a sugestão de encaminhamento de Anteprojeto de Lei Complementar ao Congresso Nacional, com dois objetos, quais sejam: i) a regulamentação do caput do art. 91 do ADCT e ii) a criação de nova forma de transferência da União para os entes federados, como forma de exceção ao art. 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Do mesmo modo, deliberou-se que seria encaminhada minuta de acordo, contemplando as discussões dessa assentada com os termos do acordo (eDOC 290). (...)

Considerando o bom termo das discussões na Comissão Especial, no sentido da possibilidade de transação, conforme manifestado pela maioria dos Estados ali representados (eDOC 289), foi designada audiência para deliberação daqueles encaminhamentos conciliatórios, para o dia 3.12.2019, às 9h30, na Sala de Sessões da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Foram convidados a comparecer os representantes de todos os Entes estaduais e da União (Ministério da Economia e Advocacia-Geral da União), além dos Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, por se tratar de encaminhamentos que deverão passar necessariamente pela análise do Poder Legislativo Federal (eDOC 295) (...) Após deliberações, os Estados entraram em consenso sobre os termos mínimos do provável acordo, remetendo à Comissão Especial a redação deste, observadas suas balizas, quais sejam: proposta de inclusão do ano de 2019, no valor de R\$ 4 bilhões, os quais devem ser somados aos R\$ 58 bilhões (2020 a 2037), com possibilidade de acréscimo de R\$ 3,6 bilhões nos três anos posteriores à aprovação da PEC do Pacto Federativo, proposta que foi estudada pela União e encaminhada aos Governadores previamente, para deliberação mediante o Fórum de Governadores. (...)

Em 21.2.2020, o Estado do Pará requereu a juntada do Ofício 08/2020, de 14.2.2020, no qual o Governador do Distrito Federal, na qualidade de Coordenador Nacional do Fórum de Governadores, comunica a concordância da maioria dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal quanto à necessidade de nova prorrogação do prazo, não inferior a 90 (noventa) dias, para que o Congresso Nacional edite lei regulamentando o art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (eDOC 142), tendo em vista a expiração do prazo de prorrogação atual, e a necessidade de finalização dos já avançados termos do acordo para cumprimento do acórdão objeto desta ADO (eDOC 412). (...)

Após os trâmites finais unicamente quanto à redação das cláusulas do acordo, realizados por meio de grupo em rede social (Whatsapp), sob condução do juiz auxiliar convocado para atuar neste gabinete, devidamente autorizado por mim, sobreveio notícia nos autos da aquiescência de todos os Estados e o Distrito Federal com os termos propostos pela União (...).

A União prontamente aquiesceu com o ofício dos Estados e do Distrito Federal⁹⁷⁶.

Tal modelo de composição da jurisdição constitucional – de negociação e de resolução do conflito entre União, Estados e o Distrito, que perdurava mais de vinte anos – foi referendado pelo Plenário do STF em 20/5/2020, ocasião em que, além da confirmação das sucessivas dilações de prazo, a Corte homologou os termos do acordo firmado entre os entes da Federação, com a salvaguarda natural da parcela constitucionalmente reservada aos municípios, autorizando o encaminhamento ao Congresso Nacional para as providências cabíveis⁹⁷⁷.

Frise-se, ainda, que o Advogado-Geral da União noticiou nos autos⁹⁷⁸, em atendimento aos termos do referido ajuste, que o Poder Executivo “oficiou ao Congresso Nacional, comunicando seu apoio ao Projeto de Lei Complementar 133, de 2020, de autoria do Senador Wellington Fagundes, o qual reflete os termos do acordo por essa Suprema Corte na presente ação direta”. O projeto foi aprovado no Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República em 29/12/2020, publicando-se, em edição extra do Diário Oficial da União, a Lei Complementar 176/2020, sem qualquer veto.

Como se vê, a feição de coordenação e mediação da jurisdição constitucional tem um caminho promissor para a solução tanto de aspectos subjacentes quanto do próprio conflito normativo – eliminando porventura a própria incompatibilidade (a mora legislativa) com o texto constitucional – com ampla e direta participação dos demais Poderes, a demonstrar, a toda evidência, a ausência de qualquer entrave teórico à consensualidade possível nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, rechaçando definitivamente, pois, a importação de um aparente antagonismo, ao menos no plano nacional, entre predicados da democracia e do constitucionalismo contemporâneo.

Para além dos casos já explicitados, destaca-se, ainda, a existência de tentativa de autocomposição promovida, sem o auxílio institucional da Secretaria Judiciária do STF, nos seguintes casos: (i) ADI 4598/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em que a Associação dos Magistrados Brasileiro impugnou o art. 1º da Resolução 130/2011 do Conselho Nacional de

⁹⁷⁶ Documento Eletrônico 431.

⁹⁷⁷ Documento Eletrônico 433.

⁹⁷⁸ Documento Eletrônico 440.

Justiça, que havia acrescentado ao art. 1º da Resolução 88, também do CNJ, duas novas regras sobre o horário de atendimento ao público. Em 2/10/2019, foi realizada audiência de conciliação, ocasião em que o relator determinou que a parte autora consolidasse,

no prazo de 30 dias, proposta dos Tribunais quanto ao horário de expediente de seus órgãos jurisdicionais para atendimento ao público, em período não inferior a seis horas diárias, atendidas as peculiaridades locais, mediante manifestação da OAB e do Ministério Público, e, preferencialmente, coincidente com a jornada de trabalho dos servidores, observada as legislações locais e federal aplicáveis e excluída a Justiça Eleitoral do âmbito de incidência da Resolução impugnada⁹⁷⁹.

Cumprida a determinação anterior, o Ministro Luiz Fux determinou a expedição de ofício ao CNJ para

que informe sobre a possibilidade de edição de nova Resolução sobre o expediente dos órgãos jurisdicionais para atendimento ao público, à luz das peculiaridades e restrições apresentadas nos documentos acostados aos autos pela Associação dos Magistrados Brasileiros (documentos eletrônicos 1620/1621), ou, eventualmente, de revogação da Resolução n. 130/2011 do Conselho Nacional de Justiça⁹⁸⁰.

O referido órgão de controle do Poder Judiciário informou que os dispositivos impugnados foram revogados pela Resolução CNJ 340, de 8 de setembro de 2020⁹⁸¹; (ii) ADIs 5956, 5959 e 5964, também de relatoria do Ministro Luiz Fux, as quais tinham por objeto a Medida Provisória 832/2018⁹⁸², que estabelecia, por sua vez, a política de preços mínimos do transporte rodoviário de cargas. Tal ato normativo, como se sabe, foi regulamentado pela Resolução 5820, de 30 de maio de 2018, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Foi realizada audiência de conciliação⁹⁸³ – antes do exame da tutela provisória de urgência –, precedida, ainda, da determinação de suspensão de todos os processos, em todo o território nacional, que envolvessem a inconstitucionalidade ou suspensão de eficácia da referida Medida Provisória ou da Resolução 5820, da referida agência reguladora⁹⁸⁴.

É preciso pontuar, ainda, a realização de audiência pública em 27/8/2018, com a presença dos Ministros Luiz Fux e Alexandre de Moraes, e da ex-Ministra Grace Mendonça, então Advogada-Geral da União e do Ministro dos Transportes, a evidenciar, portanto, uma

⁹⁷⁹ Documentos Eletrônicos 1585 e 1586.

⁹⁸⁰ Documento Eletrônico 1636.

⁹⁸¹ Documentos Eletrônicos 1646 e 1647. Não foi proferida, até presente data (julho de 2021), nova decisão.

⁹⁸² Posteriormente convertida na Lei 13.703, de 8 de agosto de 2018, que “Institui a Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas”.

⁹⁸³ Formalizada na ADI 5956/DF.

⁹⁸⁴ Documento Eletrônico 26 da ADI 5956.

clara tentativa de reforçar a coordenação dos interesses em conflito⁹⁸⁵. Consta, ainda, que diante do grave impacto na economia nacional decorrente do aludido tabelamento de fretes, o Ministro Luiz Fux concedeu nova liminar para

suspender a aplicação das medidas administrativas, coercitivas e punitivas previstas no § 6º do artigo 5º da Lei 13.703/2018, por consequência, os efeitos da Resolução da Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT) 5.833/2018, que estabelece a aplicação de multas em caso de inobservância da tabela vinculativa instituída pela Resolução ANTT 5.820/2018, bem como das indenizações respectivas⁹⁸⁶.

Por fim, realizada nova audiência de conciliação em 10/3/2020, as partes “se comprometeram a avaliar as propostas de solução consensual apresentadas e a comparecerem a nova audiência”⁹⁸⁷, a ser oportunamente remarcada diante do cenário da pandemia da Covid-19.

Merecem destaque, também, outras ações constitucionais de índole objetiva, as quais exortam tais facetas da jurisdição constitucional. É o que depreende, *v.g.*, da ADPF 504/MT, de relatoria da Ministra Rosa Weber, ajuizada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP em razão de suposto ato lesivo a preceito fundamental (art. 134, §2º, e art. 168, ambos da Constituição de 1988). Isso porque, de acordo com a peça inicial, o referido Estado havia deixado de repassar as dotações (obrigatórias) orçamentárias da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso, configuradas na parcela dos duodécimos, até o dia vinte do mês correspondente. Em data posterior, o Governador do Estado de Mato Grosso noticiou a celebração de acordo extrajudicial entre o Estado, a Defensoria Pública e a Associação dos Defensores Públicos de Mato Grosso, após amplo e franco diálogo⁹⁸⁸. Cumprido o acordo, a relatora declarou a perda do objeto quanto ao pedido específico⁹⁸⁹.

⁹⁸⁵ Segundo o pronunciamento inicial do Ministro Luiz Fux: “Nós procuramos, dentro de uma ponderação e de equilíbrio, trazer aqui as partes interessadas, para nós entendermos aquele movimento que houve no Brasil. Talvez, conhecermos alguma explicação racional para que um País tão miserável, como nosso, quando tanta gente passa fome, assistirmos, perplexos, o derrame de mercadorias e de alimentos. Pararam o Brasil! Tudo isso incomoda muitíssimo porque o Tribunal tem como missão suprema garantir a governabilidade do País. E o País entrou em verdadeiro estado de caos, no momento que já não era mais, digamos assim, indicado esse tipo de estratégia. Então, marcamos essa audiência pública - até ouvimos algumas críticas, porque marcamos audiência pública, mas a verdade é que a marcamos porque o juiz tem de ter, acima de tudo, humildade judicial em saber que algumas matérias podem escapar ao seu conhecimento. E a nossa decisão tem que ser a mais aproximada possível da realidade social e da realidade econômica. Não nos incomoda porque a crítica faz parte da nossa atividade”.

⁹⁸⁶ Documento Eletrônico 316 da ADI 5956/DF.

⁹⁸⁷ Documento Eletrônico 509 da ADI 5956/DF.

⁹⁸⁸ De acordo com os termos do ajuste, a obrigação estava limitada “ao planejamento de como será implementado o pagamento dos duodécimos vencidos e reconhecidos do ano 2017 e do ano 2018, bem como a efetivação do repasse dos duodécimos vindouros, consoante os limites materiais do Tesouro do Estado, por intermédio do Poder Executivo estadual”.

⁹⁸⁹ Ao final, o Plenário do STF julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental para determinar que o Poder Executivo do Estado de Mato Grosso repassasse os recursos correspondentes às dotações

Outro caso importante dessa atuação anômala da jurisdição constitucional materializou-se na ADPF 4917/RJ, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia. A ação foi proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro contra “as novas regras de distribuição dos royalties e participações especiais devidos pela exploração do petróleo, introduzidas pela Lei Federal n. 12.734/2012”. Após a concessão da liminar, e instado por pedidos de alguns Governadores, “com vistas à proposição de uma audiência de conciliação entre os Estados e o Distrito Federal, no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, conciliação esta estimulada pelo atual Código de Processo Civil, na forma do seu art. 3º, parágrafos 2º e 3º, e art. 139, inciso V”, o processo foi retirado de pauta por 120 (cento e vinte) dias⁹⁹⁰.

Como se nota, apesar da tradicional compreensão mais restritiva do Ministro Marco Aurélio⁹⁹¹, os resultados dos julgamentos mencionados acima, corroborados pela nova compreensão hermenêutica dos atuais integrantes do STF, revelam que a celebração de acordos nos processos de índoles objetivas excede a simples resolução de questões incidentais, atingindo, por vezes, o próprio objeto das ações de controle concentrado. Ademais, registre-se que tal postura encontra abrigo (e, portanto, legitimidade), em grande parte, na manifestação de vontade das partes, incluindo os demais Poderes e os entes da Federação.

Bem por isso, o papel de coordenador dos juízes e Cortes Constitucionais, que, repise-se, não constitui novidade na história republicana senão em relação ao seu titular⁹⁹², decorre logicamente da combinação entre o desenho institucional democraticamente escolhido, da abdicação legislativa e da genuína vontade dos litigantes (agentes políticos) manifestada em juízo, reduzindo-se, por coerência, o alegado déficit de legitimidade da jurisdição constitucional. Daí porque a atividade jurisdicional pressupõe também, nessas hipóteses, para além do controle de constitucionalidade das leis, a possibilidade de dirimir conflitos e tensões constitucionais por meio de novos expedientes no processo constitucional.

Em outras palavras, o recrudescimento da centralidade dessa nova faceta nos últimos anos, secundado por meio da profusão das citadas leis e atos normativos, ou seja, por delegação

orçamentárias da Defensoria Pública estadual, sob a forma de duodécimos, até o dia vinte de cada mês, de acordo com a norma inferida do art. 168 da Constituição Federal, nos termos do voto da Relatora e por maioria de votos, vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava parcialmente procedente o pedido.

⁹⁹⁰ Documento Eletrônico 229.

⁹⁹¹ O Ministro assentou no voto proferido ADI 6368/AGR, que: “A celebração de acordo na via do controle concentrado não alcança o fundo, a legitimar qualquer das teses veiculadas, mas busca resolver incidente processual. Esse foi o entendimento adotado pelo Tribunal na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 165, relator ministro Ricardo Lewandowski, por ocasião da homologação de ajuste firmado entre bancos e poupadores, destinado ao pagamento das diferenças de expurgos inflacionários relativos aos planos econômicos Bresser, Verão e Collor II”.

⁹⁹² A Constituição de 1934, em seu art. 88, dispunha que: Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência.

legislativa do Congresso Nacional – que autorizam a consensualidade das decisões na jurisdição constitucional e na adoção de instrumentos típicos da jurisdição ordinária –, está ancorado também nos pedidos (dos integrantes da relação processual) por uma composição a ser coordenada pelo Poder Judiciário, o que evidencia, quando menos, um reconhecimento, ainda que aparentemente informal, acerca da viabilidade da obtenção de um consenso normativo nas ações de controle concentrado de constitucionalidade e, por consequência lógica, da capacidade técnica do Poder Judiciário.

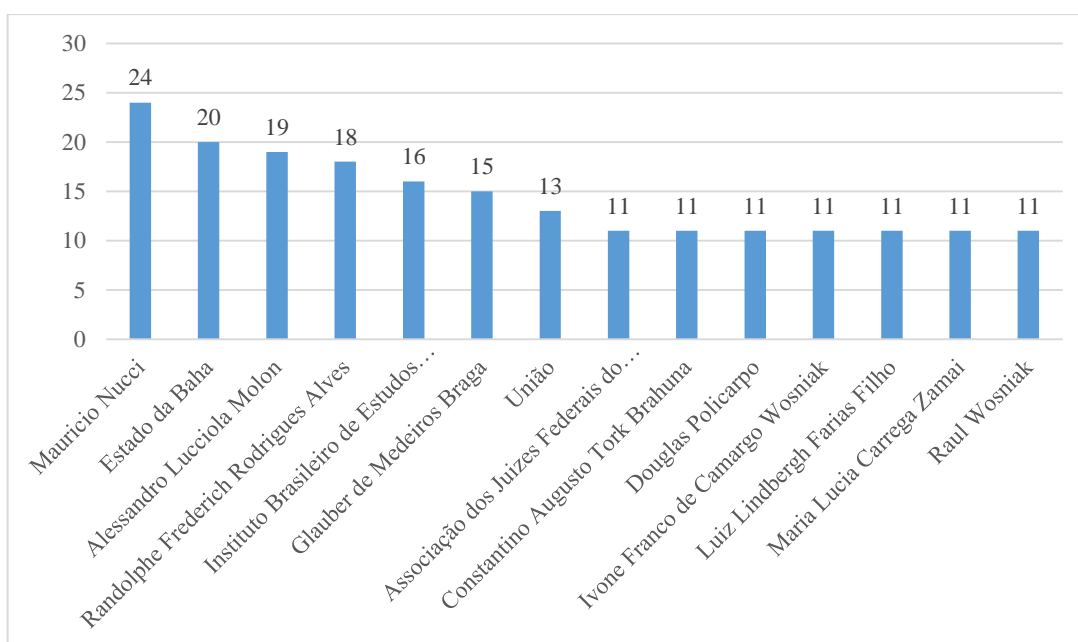
Outro vetor institucionalizado dessa faceta consiste no controle preventivo de constitucionalidade de leis e atos normativos. Isso porque, para além da autorização prevista no art. 2º da Resolução 697, de 6 de agosto de 2020, que instituiu o citado Centro de Mediação e Conciliação (CMC), permitindo, quando possível, a convergência e mediação prévia de interesses normativos (incluindo pré-processuais), é conhecida na literatura a existência da impetração de mandados de segurança no STF, por atores coletivos ou parlamentares individuais, de maneira mais complexa do que a alardeada pelos teóricos.

É evidente que caberia um aprofundamento empírico singular desse vetor da coordenação, com uma amostragem mais substancial da referida classe processual, mas o presente ensaio buscou enfatizar a utilização e o aperfeiçoamento da mediação e conciliação como principal faceta de coordenação no exercício tradicional da jurisdição constitucional, seja em razão do ineditismo do crescimento substancial a partir da última década⁹⁹³, seja porque há bons estudos e pesquisas sobre a atuação preventiva da jurisdição constitucional.

Confirmam-se, no entanto, alguns dados fornecidos pela Secretaria de Gestão Estratégica – SGE da Suprema Corte, com recorte temporal a partir de 2010, quanto a essa classe processual (e independentemente, num primeiro momento, da natureza da causa de pedir):

⁹⁹³ Ao menos na forma demonstrada acima.

Gráfico 6 – Mandado de Segurança: Maiores litigantes (Polo Ativo)

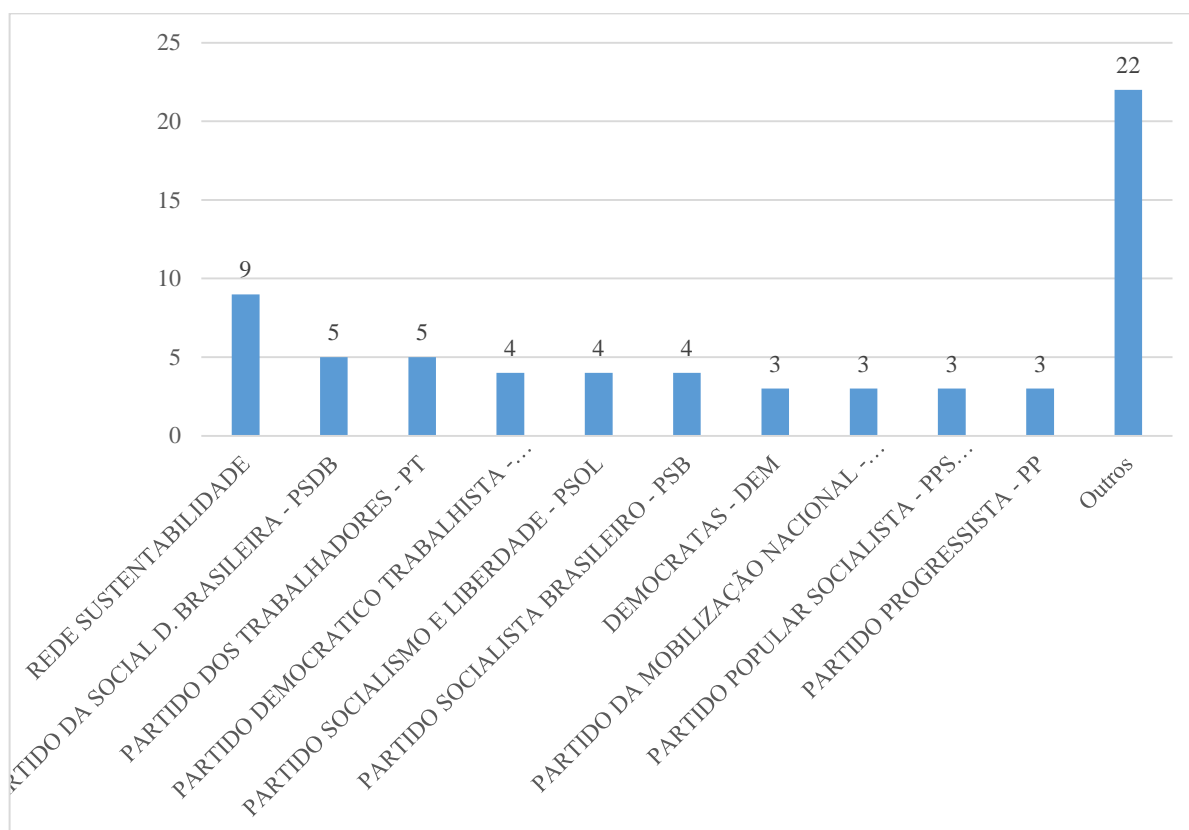


Fonte: Elaborado pelo autor (2021) com base nos dados constantes em Supremo Tribunal Federal.

Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 19 jul. 2021

Nota: Foram localizados 10.185 feitos nesta classe, sem distinção entre mandados individuais ou coletivos, ou repressivos e preventivos. Faço, ainda, algumas ressalvas importantes: (i) é possível que mais de uma parte figure como coautor em outros processos dessa natureza; (ii) na autuação, às vezes, pode acontecer de o lançamento do nome não seguir a um padrão uniforme, o que pode indicar alguma pequena imprecisão nos números indicados acima; (iii) a indicação pormenorizada da natureza de cada mandado de segurança – isto é, se atende o tema do controle preventivo de constitucionalidade – será feita apenas em relação aos agentes políticos selecionados adiante, por razões óbvias.

Gráfico 7 – Mandado de Segurança: Partidos Políticos/Litigantes



Fonte: Elaborado pelo autor (2021) com base nos dados constantes em Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 19 jul. 2021.

Nota: Foram localizados 66 processos impetrados por partidos políticos nesta classe. Faço novamente duas ressalvas importantes: (i) é possível que uma parte figure como coautor em outros processos dessa natureza; (ii) na autuação, às vezes, pode acontecer de o lançamento do nome não seguir a um padrão uniforme, o que pode indicar alguma pequena imprecisão nos números indicados acima; (iii) não considere a natureza jurídica e a causa de pedir do *mandamus* (preventivo ou repressivo); (iv) apesar da indexação do sistema interno de pesquisa do STF, a União não figura como parte impetrante em seis Mandados de Segurança, a saber: MSs 31028, 31072, 33922, 34216, 34877 e 32900.

Em relação à temática do controle preventivo movida pelos maiores litigantes congressistas, os dados coligidos também revelam o seguinte: (i) o Deputado Federal Alessandro Lucciola Molon (PSB)⁹⁹⁴ impetrou 19 mandados de segurança no período de 2012 a 2020⁹⁹⁵ – durante, portanto, os governos Dilma, Temer e Bolsonaro –, sendo quase a

⁹⁹⁴ O Congressista integrou os quadros do Partido dos Trabalhadores e da Rede Sustentabilidade anteriormente.

⁹⁹⁵ O Deputado também figura em muitos processos como co-impetrante. Confira-se a totalidade das impetrações: (i) MS 31816, de relatoria do Ministro Luiz Fux, autuado em 31/12/2012; (ii) MS 31944, de relatoria do Ministro Luiz Fux, autuado em 8/3/2013; (iii) MS 32262, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, autuado em 8/8/2013, (iv) MS 33557, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, autuado em 8/4/2015; (v) MS 33630, de relatoria da Ministra Rosa Weber, autuado em 30/5/2015; (vi) MS 33697, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, autuado em 9/7/2015; (vii) MS 34711, de relatoria do (então) Ministro Celso de Mello, autuado em 27/3/2017; (viii) MS 34908, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, autuado em 12/6/2017; (ix) MS 34970, de relatoria do Ministro

totalidade⁹⁹⁶ para questionar máculas de diferentes aspectos do processo legislativo do Congresso Nacional⁹⁹⁷. Nesse universo, os ministros relatores, de forma monocrática, julgaram prejudicadas, negaram seguimento⁹⁹⁸ ou extinguíram sem julgamento do mérito⁹⁹⁹ em dezesseis dessas impetrações, com autorização, em grande parte, no art. 21, §1º do Regimento Interno do STF¹⁰⁰⁰, ao passo em que, no que concerne aos mandados de segurança ainda em tramitação, o relator, Ministro Roberto Barroso, negou a concessão das medidas liminares (MSs 32.262, 37915 e 37916); (ii) o Senador da República Randolph Frederich Rodrigues Alves (REDE) impetrou¹⁰⁰¹, por sua vez, dezoito mandados de segurança¹⁰⁰² no período de 2013 a 2021, sendo

Alexandre de Moraes, autuado em 29/6/2017; (x) MS 34994, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, autuado 8/7/2017; (xi) MS 35008, de relatoria do Ministro Edson Fachin, autuado em 12/7/2017; (xii) MS 35059, de relatoria da Ministra Rosa Weber, autuado em 2/8/2017; (xiii) MS 35289, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, autuado em 25/10/2017; (xiv) MS 36439, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, autuado em 25/4/2019; (xv) MS 36442, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, autuado em 25/4/2019; (xvi) MS 37109, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, autuado em 4/5/2020; (xvii) MS-37183, de relatoria do Ministro Marco Aurélio; (xviii) MSs 37915 e 37916, de relatoria do Ministro Roberto Barroso.

⁹⁹⁶ Excetuam-se os casos dos MSs 37183 e 37109, em que o Presidente da República foi apontado como autoridade coatora. A última impetração versa acerca da suposta ilegalidade da autoridade coatora em editar, em 29/4/2020, o Decreto que tornou sem efeito o Decreto de 27/4/2020, “referente à nomeação de Alexandre Ramagem para exercer o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal do Ministério da Justiça e Segurança Pública e à exoneração do cargo de Diretor-Geral da Agência Brasileira de Inteligência”. Foi denegada a segurança, sob a alegação de inexistência de direito líquido e certo. O Plenário do STF confirmou a decisão monocrática.

⁹⁹⁷ Toma-se aqui o processo legislativo em sentido amplo, na medida em que as impugnações compreendem atos normativos distintos, dentre eles: (i) ato da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, que colocou em votação a Emenda Aglutinativa, incluída após a rejeição de proposição anterior (MS 33630); (ii) ato do Presidente do Senado Federal, no exercício da Presidência da Mesa do Congresso Nacional, que convocou Sessão do Congresso para 6/3/2013 destinada à apreciação do Veto Parcial 38/2012, aposto ao PLS 448/2011 (MS 31816); (iii) ato do Presidente da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados com a finalidade de obstar a inclusão em pauta e a votação do Requerimento 159/2007 (MS 34908); (iv) decisão proferida pelo Presidente da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, que teria indeferido diversos requerimentos e uma questão de ordem, formulados pelo impetrante no âmbito da Solicitação para Instauração de Processo (SIP) 1/2017, deixando de submeter tais postulações à deliberação daquela comissão (MS 34994).

⁹⁹⁸ No caso do MS 34970, impetrou-se o remédio constitucional contra omissão atribuída ao Presidente da Câmara dos Deputados, que teria deixado de dar prosseguimento a denúncia formulada por crime de responsabilidade em face do então Presidente Michel Temer, o Plenário do STF julgou prejudicado o agravo regimental interposto contra a decisão monocrática que negava seguimento ao pedido.

⁹⁹⁹ No MS 35008, apesar de ter sido analisado o mérito da impetração pela Ministra Cármen Lúcia, a parte dispositiva incluiu a expressão “indefiro este mandado de segurança”, causando alguma confusão na classificação proposta, ao passo em que nos MSs 35059 e 33357 sobreveio claramente o indeferimento da peça exordial. No MS 35289, o parlamentar manifestou a ausência de interesse na continuidade do processo.

¹⁰⁰⁰ Art. 21. (...) § 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 repute competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil (Redação dada pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007).

¹⁰⁰¹ As impetrações ocorreram isolada ou conjuntamente com outros parlamentares, inclusive ao lado do Deputado Federal Alessandro Lucciola Molon (PSB).

¹⁰⁰² MS 32070, de relatoria do Ministro Celso de Mello; MS 32885, de relatoria da Ministra Rosa Weber, MS 33705, de relatoria do Ministro Celso de Mello; MS 33908, de relatoria do Ministro Edson Fachin; MS 33925, de relatoria do Ministro Marco Aurélio; MS 34711, de relatoria do Ministro Celso de Mello; MS 34826, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; MS 34837, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; MS 34908, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes; MS 35204, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; MS 35265, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes; MS 36530, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia; MSs 36536, 36824 e 37040, todos de relatoria do

quatro impetrações direcionadas a atos normativos editados pelo Presidente da República¹⁰⁰³. E, a exemplo dos resultados identificados acima, sobreveio o reconhecimento de decisão terminativa (perda do objeto, negado seguimento e outras formas de extinção) em quase a totalidade dos mandados de segurança, exceto no MS 37109 (em que foi denegada a segurança).

Não obstante, merecem destaques as liminares concedidas nos MSs 32885, de relatoria da Ministra Rosa Weber, e 35265, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes¹⁰⁰⁴. No primeiro caso, a relatora, ao suspender o ato impugnado, determinou a instauração da Comissão Parlamentar de Inquérito “com o objeto restrito proposto no RQS nº 302, de 2014, de que signatários os impetrantes”¹⁰⁰⁵. No último caso, impugnava-se o ato a ser praticado pelo Presidente do Senado Federal, que, segundo a peça inicial, deixaria de observar o art. 53, § 2º, da Constituição da República, ao deliberar, por votação secreta, sobre o relaxamento das cautelares impostas ao então Senador Aécio Neves. O relator, Ministro Alexandre de Moraes, reconheceu, em caráter liminar, a não recepção do art. 291, I, ‘c’, da Resolução do Senado Federal 93, de 1970, e determinou ao Presidente do Senado a integral aplicação do § 2º, do artigo 53 da Constituição da República Federativa do Brasil, com a realização de votação aberta, ostensiva e nominal em relação as medidas cautelares aplicadas pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal¹⁰⁰⁶. Embora sejam juridicamente questionáveis as decisões terminativas (ulteriores) nesses casos, na medida em que foram acolhidas as razões para o deferimento das liminares (efetivamente cumpridas), o STF optou pela resolução processual acima mencionada (perda do objeto) por deferência ao Congresso Nacional.

Nessa reduzida amostragem, apesar de a intervenção do STF ser quantitativamente irrisória no processo legislativo no período, a demonstrar, ainda, a manutenção do prestígio das teses referentes aos atos *interna corporis* e a ausência do controle jurisdicional quanto à interpretação de normas regimentais das Casas Legislativas, salta aos olhos que a Corte já interveio em procedimentos legislativos de grande repercussão social. É o caso do MS 34530,

Ministro Celso de Mello; MS 37109, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes; MSs 37183, 37488 e 37688, os três de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

¹⁰⁰³ MSs 36530, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia; 36536, de relatoria do Ministro Celso de Mello, 36824, de relatoria do Ministro Celso de Mello; e 37183, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

¹⁰⁰⁴ “Diante de todo o exposto, presentes os requisitos essenciais do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, decreto a NÃO RECEPÇÃO do artigo 291, I, ‘c’, da Resolução do Senado Federal 93, de 1970, e, LIMINARMENTE, determino ao Presidente do Senado Federal a integral aplicação do § 2º, do artigo 53 da Constituição da República Federativa do Brasil, com a realização de votação aberta, ostensiva e nominal em relação as medidas cautelares aplicadas pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal ao Senador da República Aécio Neves.”

¹⁰⁰⁵ Diante do superveniente encerramento dos trabalhos da CPI, em consequência do decurso do prazo determinado para o seu funcionamento, a relatora julgou prejudicado o mandado de segurança, por perda superveniente do seu objeto, extinguindo o processo sem resolução do mérito.

¹⁰⁰⁶ Posteriormente, sobreveio a deliberação na sessão Plenária do Senado Federal, com a designação de votação aberta, ostensiva e nominal.

de relatoria do Ministro Luiz Fux, que, instado pelo Deputado Federal Eduardo Bolsonaro acerca de supostas irregularidades no procedimento legislativo e da desvirtuação (por emendas e substitutivos) do projeto de iniciativa popular (decorrente do movimento “10 medidas de combate à corrupção”), determinou monocraticamente a suspensão dos

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.

Curiosamente, o relator, após o recebimento dos ofícios dos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal acerca do cumprimento da liminar, deliberou também, em decisão de cinco linhas, pela extinção do processo em razão do “atendimento da pretensão do impetrante”¹⁰⁰⁷, solução normativa que, embora tecnicamente equivocada, evitou o agravamento da tensão com o Congresso Nacional.

Diante desse cenário, é possível assentar, com as ressalvas delimitadas acima, algumas observações promissoras nessa classe processual: (i) os congressistas de diferentes matizes partidárias¹⁰⁰⁸ figuram dentre os maiores litigantes individuais e impetraram mandado de segurança em períodos desvinculados ao exercício de um determinado governo ou de uma legislatura; (ii) os partidos políticos com grandes e pequenas bancadas figuram indistintamente, nessa categoria¹⁰⁰⁹, a evidenciar, quando menos, dificuldades teóricas para sustentar que apenas minorias partidárias utilizam, de forma preferencial, a jurisdição constitucional. E aqui, diferentemente do que se verificará com as ações de controle abstrato de inconstitucionalidade, não houve a preocupação com exame da categorização de partidos da oposição aos governos de plantão (Lula, Dilma, Temer e Bolsonaro), no recorte temporal selecionado e na perspectiva da impetração dessa classe processual (mandado de segurança).

¹⁰⁰⁷ Documento Eletrônico 34.

¹⁰⁰⁸ São eles: Deputados Federais Alessandro Lucciola Molon (PSB), Glauber de Medeiros Braga (PSOL), Luiz Paulo Teixeira Filho (PT), o Senador da República Randolph Frederich Rodrigues Alves (REDE) e o ex-Senador Luiz Lindbergh Farias Filho.

¹⁰⁰⁹ Cf. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Bancada dos partidos*. 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/Internet/Deputado/bancada.asp>. Acesso em: 18 jul. 2021.

5.2. Função de colaboração normativa: uma realidade inquietante

Ao lado das soluções consensuais possíveis e heterodoxas à dogmática da jurisdição constitucional secular, outra função em destaque do Poder Judiciário é a de colaborador normativo, voltada para a busca de soluções adequadas, fundamentadas e, diga-se de passagem, também pouco ortodoxas à luz dos tradicionais vetores da jurisdição constitucional, a fim de combinar uma proteção eficiente da funcionalidade democrática diante da força da realidade contingente e uma necessária justificação de caráter utilitarista para regulamentação (e não apenas de restrição) da situação em concreto, sem descurar, por óbvio, de uma compreensão hermenêutica prévia (mínima) e sistemática do ordenamento jurídico, em atenção ao prognóstico dos efeitos da decisão. Nesse sentido, cumpre rememorar as lições de Karl Larenz:

Mas nas resoluções de grande alcance político para o futuro da comunidade, estes meios não são suficientes. Ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento. Não pode proceder segundo a máxima: *fiat justitia, pereat res publica*. Nenhum juiz constitucional procederá assim na prática. Aqui a ponderação das consequências é, portanto, de todo modo irrenunciável, e neste ponto tem Kriele razão. (...) No que se refere à avaliação das consequências previsíveis, esta avaliação só pode estar orientada à ideia de «bem comum», especialmente à manutenção ou aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado de Direito. É, nesse sentido, uma avaliação política (...)¹⁰¹⁰.

Pretende-se demonstrar que essa nova função tem sido utilizada – especialmente no campo dos processos de índoles objetivas – com alguma cautela pelo STF em duas situações especiais: (i) por meio da modulação heterodoxa (e não apenas restrição temporal ou da eficácia do *decisum*¹⁰¹¹) acerca das consequências e efeitos – sobretudo, mas não só, do quadro fático subjacente ao conflito – decorrentes do reconhecimento da inconstitucionalidade das leis e atos normativos (modulação) nas ações de controle abstrato¹⁰¹²; (ii) decisões que estabeleceram parâmetros de conduta não apenas para incorporar situações consideradas carecedoras ou insuficientes de disciplina específica em diferentes áreas do Direito, a partir da interpretação e aplicação sistemática de outros diplomas normativos ou da aplicação direta do texto constitucional, mas também aquelas que adotaram soluções anômalas compelidas pela força

¹⁰¹⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983. p. 441.

¹⁰¹¹ Faz-se referência às possibilidades contadas nos art. 27 da Lei 9868/1999, no art. 11 da Lei 9882/1999 e no 927 §3º do CPC.

¹⁰¹² Denominar-se-á de modulação especial, porquanto não está, ao menos no plano analítico, em perfeita harmonia com as balizas previstas no art. 27 da Lei 9868/1999, e busca substancialmente disciplinar o quadro fático subjacente porventura existente.

normativa da realidade, para expandir os limites objetivos¹⁰¹³ ou subjetivos dos processos, ou por fim, para regulamentar situações concretas que permeiam a aplicação da norma impugnada¹⁰¹⁴.

Trata-se, portanto, de um vetor que não está vinculado tão somente às decisões aditivas e substitutivas¹⁰¹⁵. Naturalmente, cada área do direito possui singularidades e limitações próprias, mas a atuação da jurisdição constitucional, especialmente do Supremo Tribunal Federal – com todos os percalços e equívocos –, tem sido estimulada por atores de todas as matizes, especialmente nos últimos dez anos, em maior ou menor grau, a exigir, portanto, soluções que margeiam os limites do texto legal, com o propósito de assegurar uma resposta eficiente aos conflitos normativos e aos efeitos deles decorrentes, sem prejuízo da comprovação de um ônus argumentativo mais elevado para a justificação das decisões.

Tais decisões são influenciadas, em regra, por um estado subjacente de coisas singular ou ambiente político, econômico ou social agravado por fatores exógenos, que autorizem infirmar ou expandir, por vezes, a natureza jurídica tradicional dos institutos, ou, ainda, rechaçar temporariamente regras positivadas¹⁰¹⁶. Ademais, como visto até aqui, eventualmente

¹⁰¹³ É o caso dos *Habeas Corpus* 143.988/ES, de relatoria do Ministro Edson Fachin; 165.704/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes; e 143.641/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que serão examinados nos próximos capítulos.

¹⁰¹⁴ É o que ocorreu na ADPF 663, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. Diante de um possível conflito entre infirmar o poder de edição das medidas provisórias do Presidente da República – porque é necessário aguardar a reunião da Comissão Mista de Deputados e Senadores, nos termos do art. 62, §9º da CF/19881014 –, ou afastar o poder de deliberação do Congresso Nacional em razão da desejada prorrogação indeterminada das medidas provisórias, a Corte, ao referendar a medida cautelar deferida pelo relator, construiu uma solução normativa que, muito embora aparentemente viole o texto do referido dispositivo constitucional, contorna uma grave disputa institucional entre os Poderes Legislativo e Executivo durante a crise sanitária decorrente da Covid-19. Sim, porque autorizou-se, “nos termos pleiteados pelas Mesas das Casas Legislativas, que, durante a emergência em Saúde Pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente da COVID-19, as medidas provisórias sejam instruídas perante o Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ficando, excepcionalmente, autorizada a emissão de parecer, em substituição à Comissão Mista, por parlamentar de cada uma das Casas designado na forma regimental”. Além disso, deferiu-se também que, “em deliberação nos Plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, operando por sessão remota, as emendas e requerimentos de destaque possam ser apresentados à Mesa, na forma e prazo definidos para funcionamento do Sistema de Deliberação Remota (SDR) em cada Casa, sem prejuízo da possibilidade de as Casas Legislativas regulamentarem a complementação desse procedimento legislativo regimental”.

¹⁰¹⁵ Aqui compreendidas, grosso modo, como aquelas que, em caso de omissão, poderão implicar a adição de um conteúdo à norma a partir da Constituição, ou, na hipótese de violação, compreendem a substituição por disciplina inconstitucional análoga. Cf. TASCETTO, Fernando Maicon Prado. *As sentenças aditivas e as sentenças substitutivas: direito italiano e brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2016; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática na doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

¹⁰¹⁶ É o caso, por exemplo, do que se verificou na ADI 6.625/DF, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em que o Plenário deu uma “sobrevida” à Lei 13.979/2020 ao referendar a liminar para conferir interpretação conforme ao art. 8º da Lei 13.979/2020 (que limitava a sua vigência enquanto vigorasse o decreto que reconheceu o estado de emergência internacional pelo coronavírus responsável pelo surto de 2019) a fim de excluir de seu âmbito de aplicação as medidas extraordinárias previstas nos arts. 3º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, 3º-G, 3º-H e 3º-J (incluindo respectivos parágrafos, incisos e alíneas).

contribuem como fontes primárias para futuras proposições legislativas ou revisitação das leis pelo Congresso Nacional.

Gustavo Binjenbojm assentou acerca da temática:

Os conceitos e institutos jurídicos são criados para conformar a realidade; em inúmeras situações, todavia, os fatos derrotam as normas, obrigando o jurista a reavaliar suas noções teóricas, de modo a adequá-las às novas necessidades e aspirações sociais. A flexibilização dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade é uma dessas imposições da experiência à lógica jurídica. Inobstante, como mitigação do princípio da constitucionalidade em determinado lapso de tempo, deve ser encarada como medida excepcional — jamais como regra —, utilizável apenas para a preservação de outros valores e princípios constitucionais que seriam colocados em risco pela pronúncia da nulidade da lei inconstitucional¹⁰¹⁷.

Convém realizar, antes, duas ressalvas importantes acerca da metodologia. A primeira consideração é que as hipóteses testadas não ingressam na controvérsia teórica acerca das consequências da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado perante a Suprema Corte, razão pela qual adota-se como premissa a orientação jurisprudencial predominante que considera revestir-se de nulidade, desde o seu nascimento (eficácia *ex tunc*), a manifestação normativa do Poder Público em situação de conflito com a Carta de Direitos de 1988, sobretudo porque abrigada na jurisprudência do STF¹⁰¹⁸. Dito de outro modo, recusa-se, em princípio, qualquer carga de eficácia jurídica das leis ou atos normativos impugnados em caso de procedência, integral ou parcial, dos pedidos formulados nas ações de controle abstrato de constitucionalidade¹⁰¹⁹. Daí porque a pesquisa também não incorporou, ao menos como enfoque principal, as decisões em que ocorreu a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto ou a interpretação conforme, mormente porque estão claramente tipificados em lei¹⁰²⁰. Por outro lado, a declaração de inconstitucionalidade sem o pronunciamento da nulidade (e a com apelo ao legislador) foi incorporada numa das espécies da tipologia propostas neste ensaio¹⁰²¹.

¹⁰¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 222.

¹⁰¹⁸ Basta uma simples consulta no campo de jurisprudência disponibilizados pelo STF. É o caso, v.g., da ADI 2736 ED, de relatoria do Ministro Cezar Peluso.

¹⁰¹⁹ Há farta literatura sobre o assunto. Cf. BUZAID, Alfredo. Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. 55, n. 179, p. 14-37, set./out. 1958; MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 265-267.

¹⁰²⁰ Dispõe o parágrafo único do art. 28, da Lei 9.868/1999: Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

¹⁰²¹ É o caso, por exemplo, do julgamento das ADIs 1.987/DF, ADI 875/DF, ADI 2.727/DF e ADI 3.243/MT, todas de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Impugnava-se a omissão e a própria validade da Lei Complementar 62, de 1989, a qual estabelecia normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos do Fundo de

A segunda ressalva é que os dados coletados não abrigam, de forma quantitativa, conforme já explicitado, as decisões proferidas no âmbito dos recursos extraordinários – que, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderão agora ser moduladas (art. 927, §3º do CPC) – uma vez que os instrumentos decisórios em processos de índole subjetiva sempre tiveram contornos mais flexíveis e multifacetados.

A primeira etapa será abordada preferencialmente de forma quantitativa com o recorte de julgamento nos últimos dez anos¹⁰²², sem prejuízo de breves considerações sobre a sua incidência em casos singulares. Para se chegar a essa amostra, conforme já explicado, para além de uma pesquisa manual (individual), foi utilizada a indexação das decisões solicitadas à Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação (SAE)¹⁰²³ e à Secretaria de Gestão Estratégica (SGE) do STF, em busca pelos termos “modulação” *ex nunc*, *ex tunc* e “prospecção” combinados. A partir desse recorte, foi possível examinar com maior verticalidade esse conjunto de casos, num total de 78 acórdãos¹⁰²⁴, em que ocorreram

Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE), previstos no artigo 159, inciso I, alíneas “a” e “b”, em conformidade com o art. 161, incisos II e III, da Constituição Federal. A Corte julgou procedente os pedidos para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012. O Ministro Gilmar Mendes assentou em seu voto o seguinte: “A declaração de inconstitucionalidade e, portanto, da nulidade da lei definidora de critérios para o rateio dos Fundos de Participação dos Estados e do Distrito Federal, constitui mais um entre os casos em que as consequências da decisão tomada pela Corte podem gerar um verdadeiro caos jurídico”.

¹⁰²² São consideradas as datas de autuação das ADIs a partir de 2010.

¹⁰²³ O órgão informou que a pesquisa utilizou as mesmas ferramentas de busca disponibilizadas no Portal do Supremo Tribunal Federal (STF). Ela é realizada nas seguintes bases de dados: (i) enunciados da Súmula do STF; (ii) acórdãos publicados; (iii) decisões monocráticas publicadas; e (iv) julgamentos recentes divulgados no Informativo STF.

¹⁰²⁴ São eles: (1) ADI 3550, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; (2) ADI 5535, de relatoria do Ministro Roberto Barroso; (3) ADI 5011, de relatoria do Ministro Edson Fachin; (4) ADI 4884 ED, de relatoria da Ministra Rosa Weber; (5) ADI 3775 ED, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia; (6) ADI 1241, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; (7) ADI 2682 ED, de relatoria da Ministra Rosa Weber; (8) ADI 5817 ED, de relatoria da Ministra Rosa Weber; (9) ADI 5717 ED, de relatoria da Ministra Rosa Weber; (10) ADI 5716 ED, de relatoria da Ministra Rosa Weber; (11) ADI 5709 ED, de relatoria da Ministra Rosa Weber; (12) ADI 5727 ED, de relatoria da Ministra Rosa Weber; (13) ADI 3601 ED, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; (14) ADI 4788 AGR-ED, de relatoria do Ministro Edson Fachin; (15) ADI 6337, de relatoria da Ministra Rosa Weber; (16) ADI 5441 ED-SEG, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes; (17) ADI 3984, de relatoria do Ministro Luiz Fux; (18) ADI 4425 QO, de relatoria do Ministro Luiz Fux; (19) ADI 4870, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; (20) ADI 3609, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; (21) ADI 4868, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes; (22) ADI 4867, de relatoria do Ministro Roberto Barroso; (23) ADI 5111, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; (24) ADI 1251, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; (25) ADI 3792, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; (26) ADI 3666, de relatoria do Ministro Roberto Barroso; (27) ADI 4876, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; (28) ADI 5353, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes; (29) ADI 4142, de relatoria do Ministro Roberto Barroso; (30) ADI 4233, de relatoria da Ministra Rosa Weber (redator para acórdão Ministro Alexandre de Moraes); (31) ADI 5467, de relatoria do Ministro Luiz Fux; (32) ADI 4167-ED, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa; (33) ADI 3106 ED, de relatoria do Ministro Luiz Fux; (34) ADI 6019, de relatoria do Ministro Maro Aurélio (redator para acórdão Ministro Roberto Barroso); (35) ADI 4029, de relatoria do Ministro Luiz Fux; (36) ADI 4601 ED, de relatoria do Ministro Luiz Fux; (37) ADI 5469, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; (38) ADI 2501, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa; (39) ADI 3628, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; (40) ADI 4140, de relatoria do Ministro Ellen Gracie; (41) ADI 6397 MC-REF, de relatoria do Ministro Roberto Barroso; (42) ADI 1842, de relatoria do Ministro Luiz Fux (redator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes); (43) ADI 4414, de relatoria do Ministro Luiz

modulações distintas da regra geral (eficácia *ex tunc*) no campo das ADIs¹⁰²⁵. A segunda dimensão de análise consiste na amostragem e seleção qualitativa de acórdãos do STF – em capítulo temático mais adiante –, em cotejo com o novo vetor da jurisdição constitucional.

Rememore-se, de saída, que, a partir de 2000 até 12/7/2021, apenas 24,09% das ações diretas de inconstitucionalidade foram julgadas¹⁰²⁶ integralmente procedentes (no total de 1.224 acórdãos), ao passo que 8,60% foram parcialmente procedentes¹⁰²⁷, o que representa um pouco mais de 30% no universo dessa modalidade de fiscalização de constitucionalidade. Ademais, em relação as ADCs, verifica-se que pouco menos de 10% delas foram julgadas totalmente improcedentes. Quanto às ações de descumprimento de preceito fundamental, constata-se a procedência dos pedidos formulados apenas em 8,97% das ações propostas, ao passo que o acolhimento em parte representa 3,82% do universo total. Por outro lado, parte substancial dessas ações sequer reuniu os elementos intrínsecos para o conhecimento e o julgamento do mérito. Confirmam-se os números combinados das ADIs, ADCs, ADPFs, ADOs:

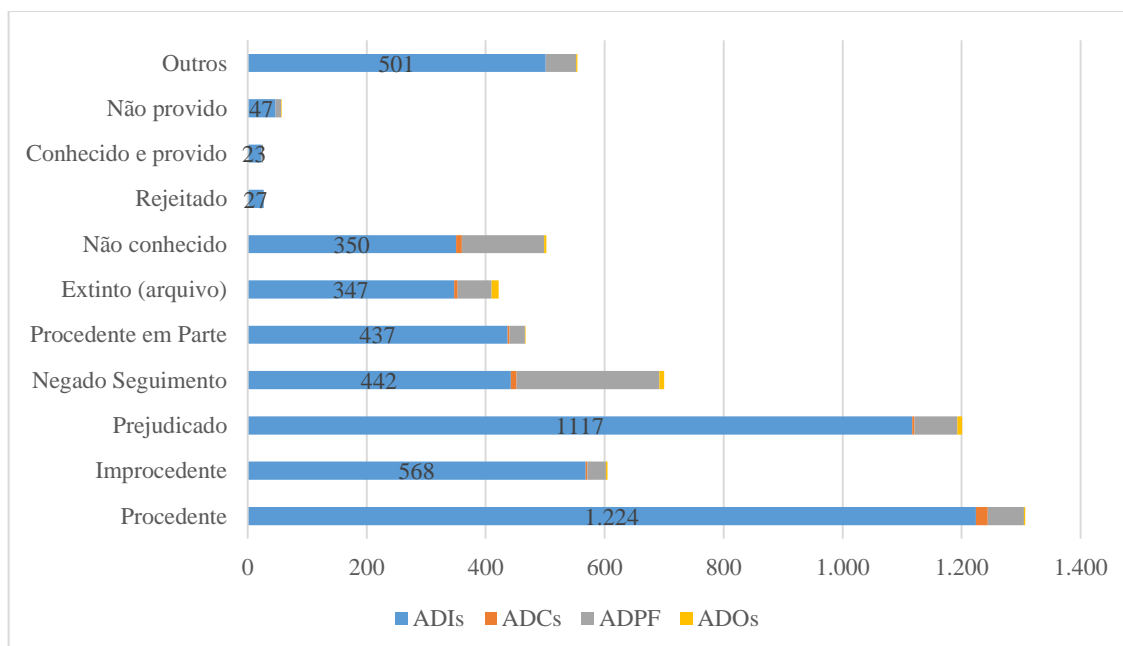
Fux; (44) ADI 2797 ED, de relatoria do Ministro Menezes Direito; (45) ADI 1301 ED, de relatoria do Ministro Roberto Barroso; (46) ADI 5109, de relatoria do Ministro Luiz Fux; (47) ADI 3498, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia; (48) ADI 3199, de relatoria do Ministro Roberto Barroso; (49) ADI 875, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes; (50) ADI 3721, de relatoria do Ministro Teori Zavascki; (51) ADI 1186, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia; (52) ADI 3456, de relatoria do Ministro Roberto Barroso; (53) ADI 4114, de relatoria do Ministro Luiz Fux; (54) ADI 5747 de relatoria do Ministro Luiz Fux; (55) ADI 1186, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia; (56) ADI 5459, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes; (57) ADI 3791, de relatoria do Ministro Ayres Britto; (58) ADI 5107 ED-Terceiros, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes; (59) ADI 4143, de relatoria do Ministro Roberto Barroso; (60) ADI 4658, de relatoria do Ministro Edson Fachin; (61) ADI 5455, de relatoria do Ministro Luiz Fux; (62) ADI 5456, de relatoria do Ministro Luiz Fux; (63) ADI 3662, de relatoria do Ministro Marco Aurélio (redator para acórdão Ministro Alexandre de Moraes); (64) ADI 3415 –ED-Segundos, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes; (65) ADI 1220, de relatoria do Ministro Roberto Barroso; (66) ADI 5856, de relatoria do Ministro Luiz Fux; (67) ADI 3539, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski; (68) ADI 6185 ED, de relatoria do Ministro Marco Aurélio (redator para acórdão Ministro Roberto Barroso); (69) ADI 4171, de relatoria do Ministro Ellen Gracie (redator para acórdão Ministro Ricardo Lewandowski), (70) ADI 5484, de relatoria do Ministro Luiz Fux; (71) ADI 4769, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; (72) ADI 3536 – ED, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes; (73) ADI 3111 ED, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes; (74) ADI 4481, de relatoria do Ministro Roberto Barroso; (75) ADI 3470, de relatoria da Ministra Rosa Weber; (76) ADI 6222 ED, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes; (77) ADI 3150 ED, de relatoria do Ministro Marco Aurélio (redator para acórdão o Ministro Roberto Barroso); (78) ADI 954 ED, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

¹⁰²⁵ Que, aliás, se extrai facialmente da regra prevista no art. 27 da Lei 9.868/1999: 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.

¹⁰²⁶ O sistema de estatísticas do STF descortina a existência de 5.080 acórdãos com decisões colegiadas até 12 de julho de 2021. Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 12 jul. 2021..

¹⁰²⁷ No total de 437 acórdãos. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 12 jul. 2021.

Gráfico 8 – Ações de Controle Abstrato: Resultados



Fonte: Elaborado pelo autor (2021) com base nos dados constantes em Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 19 jul. 2021.

Voltando ao tema central deste capítulo, e tendo em conta os processos objetivos autuados no recorte selecionado (a partir de 2010), 477 ADIs foram julgadas procedentes ou parcialmente procedentes¹⁰²⁸, em caráter definitivo¹⁰²⁹, ao passo que 180 ações foram julgadas improcedentes¹⁰³⁰. São mencionadas as hipóteses de improcedência, porquanto, embora incomum, o STF já promoveu a modulação dos efeitos de decisão que reconheceu, em caráter incidental, a inconstitucionalidade de algum diploma normativo¹⁰³¹, ou determinou a

¹⁰²⁸ Não é feita aqui a necessária distinção processual quanto ao julgamento do pedido, terminologia processual mais adequada, ou o julgamento “da ação”.

¹⁰²⁹ Considerou-se a data do último andamento no grupo “Decisão Final”, dentre os processos que não possuem recurso interno pendente. O quantitativo inclui processos baixados (finalizados) e em tramitação.

¹⁰³⁰ No total de acórdãos. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 12 jul. 2021.

¹⁰³¹ É o caso da ADI 3470/RJ, de relatoria da Ministra Rosa Weber, em que apesar da Corte ter julgado improcedente a ação proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria, a qual impugnava a Lei 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro – que, por sua vez, disciplinava a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que contenham asbesto ou amianto no âmbito daquela unidade da federação, bem como a sua proibição de utilização futura –, os Ministros reconheceram incidentalmente, mas com efeito vinculante e *erga omnes*, a inconstitucionalidade de art. 2º da Lei 9.055/1995, que autorizava justamente a industrialização, utilização e comercialização em consonância com as disposições do diploma legal. No mesmo sentido, na ADI 4029/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux, o STF, apesar de ter julgado improcedente a ação direta movida contra a Lei Federal 11.516/2007, que dispõe sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 5º, *caput* e art. 6º, §§ 1º e 2º, da Resolução 01/2002, do Congresso Nacional – que tratava das consequências da não emissão do parecer sobre as Medidas Provisória pela Comissão Mista – com eficácia *ex nunc* em relação à pronúncia dessa inconstitucionalidade, nos termos do voto do Relator.

cientificação do Parlamento acerca do reconhecimento informal de uma inconstitucionalidade¹⁰³². Vê-se, portanto, que a modulação temporal realizada pelo STF representa menos 17% das ADIs julgadas procedentes ou parcialmente procedentes¹⁰³³, ou, ainda, 12% da totalidade dos julgamentos que apreciaram o mérito (procedência integral ou parcial e improcedência).

Destaque-se, outrossim, que tal postura jurisdicional já foi aplicada pelo Plenário do STF em diferentes momentos processuais¹⁰³⁴, a saber: tanto no julgamento do mérito quanto no referendo de medida cautelar concedida pelo relator “por interpretação teleológica”¹⁰³⁵ ou monocraticamente durante um período singular¹⁰³⁶⁻¹⁰³⁷. É o caso, por exemplo, da ADI

¹⁰³² Refere-se aqui ao conhecido julgamento da ADI 5127/DF, que teve como redator para acórdão o Ministro Edson Fachin. Com efeito, apesar de julgar improcedente o pedido formulado na ação direta, a Corte “determinou a cientificação do Poder Legislativo de que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento, *ex nunc*, de que não é compatível com a Constituição da República a apresentação de emendas parlamentares sem relação de pertinência temática com medida provisória submetida à apreciação do Congresso Nacional.”

¹⁰³³ Foram coligidos, repise-se, 78 acórdãos.

¹⁰³⁴ Não obstante a aparente falta de previsão nos artigos que regem a matérias, a saber: arts. 21 e 27, da Lei 9.868/1999.

¹⁰³⁵ É o que ocorreu no julgamento da ADI 6.397/AL, de relatoria do Ministro Roberto Barroso. A ação foi proposta contra dispositivos da Lei 7.751/2015, do Estado de Alagoas, que, ao reestruturarem a gestão do regime próprio de previdência dos servidores públicos estaduais, criaram a autarquia denominada Alagoas Previdência, com atribuição de funções de consultoria e assessoramento jurídico a órgãos e agentes da própria autarquia, em estrutura paralela à Procuradoria-Geral do Estado. O Plenário referendou a liminar concedida pelo relator, a fim de dar interpretação conforme aos dispositivos ali indicados, e assentou que: “Por interpretação teleológica do art. 11, § 1º, e analógica do art. 27, ambos da Lei nº 9.868/1999, os efeitos da presente medida cautelar deverão incidir somente após 60 (sessenta) dias, a contar da intimação da última autoridade responsável pelo ato normativo impugnado, nos termos do voto do Relator (...)”. Cite-se, outrossim, a decisão colegiada proferida na ADI 2.197/RJ, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, em que a Corte deferiu a cautelar para suspender, com eficácia *ex tunc*, a execução e a aplicabilidade, no artigo 10 da Lei 3.310, de 30 de novembro de 1999, do Estado do Rio de Janeiro, das expressões “e inativos” e “e/ou proventos”, e suspender, na integralidade, o artigo 11 nela contida e respectivo parágrafo. Posteriormente, diante da edição da EC 41/2003, o processo foi extinto pela perda do objeto. Cabe rememorar, no entanto, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar questão de ordem suscitada na ADI 711/AM, relatoria do Ministro Néri da Silveira, definiu como termo inicial da plena instauração de eficácia da medida cautelar concedida em sede de controle abstrato a data em que publicada, no Diário da Justiça da União, a ata da sessão do respectivo julgamento, ressalvadas as hipóteses excepcionais indicadas no mencionado precedente.

¹⁰³⁶ Veja-se, por exemplo, a deliberação normativa realizada pelo STF no julgamento do referendo da cautelar na ADI 756, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Com efeito, diante da caótica situação sanitária instalada no sistema de saúde de Manaus/AM, determinou-se ao Governo Federal que: (i) promovesse, imediatamente, todas as ações ao seu alcance para debelar a seríssima crise sanitária, em especial suprimindo os estabelecimentos de saúde locais de oxigênio e de outros insumos médico-hospitalares para que possam prestar pronto e adequado atendimento aos seus pacientes, sem prejuízo da atuação das autoridades estaduais e municipais no âmbito das respectivas competências; (ii) apresentasse ao STF, no prazo de 48 horas, “um plano compreensivo e detalhado acerca das estratégias que está colocando em prática ou pretende desenvolver para o enfrentamento da situação de emergência, discriminando ações, programas, projetos e parcerias correspondentes, com a identificação dos respectivos cronogramas e recursos financeiros”; e (iii) atualizasse “o plano em questão a cada 48 (quarenta e oito) horas, enquanto perdurar a conjuntura excepcional”.

¹⁰³⁷ Cite-se, ainda, o ocorrido no julgamento da ADI 6039 MC/RJ, de relatoria do Ministro Edson Fachin, em que a Procuradoria-Geral da República propugnou pela declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei do Estado do Rio de Janeiro 8.008/2018, que instituíram o Programa de Atenção às Vítimas de Estupro, especialmente o teor do art. 1º, § 3º, da referida Lei, segundo o qual sempre que possível, a vítima do sexo feminino será examinada por perito legista mulher, exceto em caso de menor de idade do sexo feminino, que deverá ser, obrigatoriamente, examinado por legista mulher. O Plenário do STF, por maioria, concedeu a liminar, para “dar interpretação conforme à parte final do § 3º do art. 1º da Lei do Estado do Rio de Janeiro 8.008/2018, no sentido

6841/DF, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, buscando a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º-B do Código de Processo Penal¹⁰³⁸, introduzido pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. O relator, Ministro Nunes Marques, concedeu, em parte, a liminar sob a seguinte condição resolutiva:

[S]uspender a eficácia da expressão “vedado o emprego de videoconferência”, constante do § 1º do art. 3º-B do DL n. 3.689/41, na redação que lhe foi dada pela Lei n. 13.964/2019, de forma a permitir a realização das audiências de custódia por videoconferência, enquanto perdurar a pandemia de Covid-19, conforme art. 19, da Resolução n. 329/2020, CNJ, na redação que lhe foi dada pela Resolução n. 357/2020, CNJ, na forma do art. 10, § 3º, Lei n. 9.868/99, bem como no art. 21, V, do RISTF¹⁰³⁹.

No que concerne às modalidades de efeitos da modulação utilizadas pelo STF, propõe-se agora uma revisitação da tipologia tradicional à luz dos modelos decisórios coligidos¹⁰⁴⁰ – distintos, repise-se, da regra geral (eficácia *ex tunc*) –, que poderão, em algumas hipótese, exceder as balizas normativas previstas no art. 27, da Lei 9868/1999, no art. 11 da Lei 9882/1999 e, mais recentemente, nas razões públicas tipificadas no art. 927 §3º do CPC¹⁰⁴¹.

Nesse cenário, é possível identificar quatro espécies distintas nos 78 acórdãos pesquisados, a saber: (i) a modalidade da eficácia *ex nunc*, em que os efeitos da inconstitucionalidade se projetam somente a partir do julgamento da cautelar ou do próprio

de reconhecer que as crianças e adolescentes do sexo feminino vítimas de violência deverão ser, obrigatoriamente, examinadas por legista mulher, desde que não importe retardamento ou prejuízo da diligência, atribuindo à decisão excepcionais efeitos *ex tunc*, a fim de resguardar as perícias que porventura tenham sido feitas por profissionais do sexo masculino”. Tudo isso apesar da prescrição expressa no art. 21 da Lei 9.868/1999 quanto à matéria: “Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo. Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia”.

¹⁰³⁸ A redação do dispositivo impugnado é a seguinte: § 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do Juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.

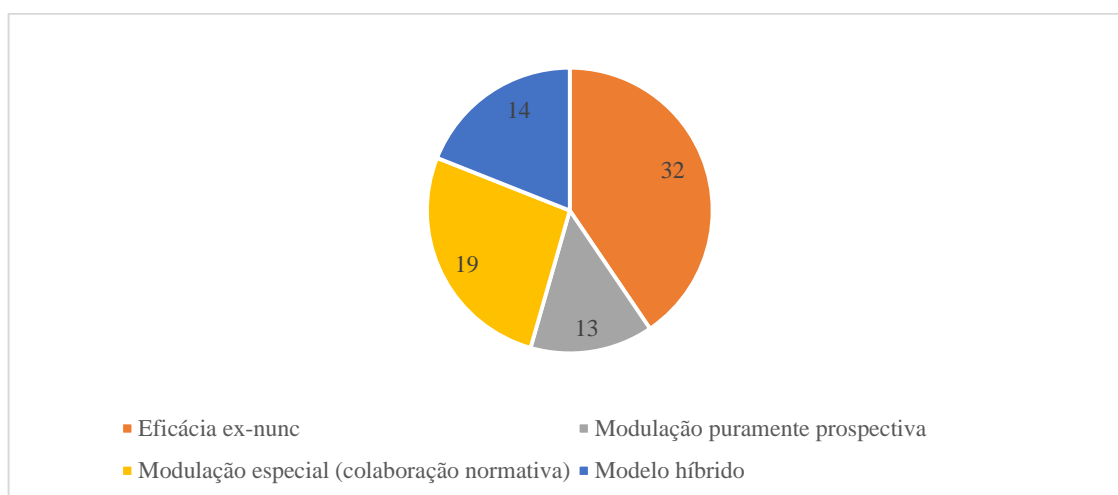
¹⁰³⁹ Documento Eletrônico 18 (grifou-se). Instado pelo relator, o Ministro Luiz Fux, Presidente do STF, determinou a inclusão do feito em sessão virtual extraordinária do Plenário desta Corte, com início em 30/6/2021 (às 00h00min) e término em 1/7/2021 (às 23h59min), sob o argumento da presença “da fundamentada excepcionalidade do caso”. Iniciado o julgamento, os Ministros Ricardo Lewandowski e Edson Fachin divergiram, ao passo que o julgamento foi suspenso após o pedido de destaque do Ministro Gilmar Mendes.

¹⁰⁴⁰ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática na doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

¹⁰⁴¹ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

mérito; (ii) a puramente prospectiva (com eficácia prevista para alguma data no futuro)¹⁰⁴²; (iii) a que se denomina modulação especial (um dos vetores da função colaborativa), compreendendo a deliberação restritiva não apenas temporal, mas sobretudo para regulamentar aspectos e situações específicas subjacentes e inerentes ao próprio conflito normativo. Em outras palavras, não se trata mais de afastar o pronunciamento de nulidade ou restringir a sua incidência diante de outros valores constitucionais, mas, antes, de admitir uma legítima concessão para uma construção ou regulamentação judicial anômala em razão de sólidos fundamentos conjunturais (v.g., a existência de grave crise sanitária); e, por fim, (iv) a entrelaçamento das hipóteses descritas acima diante da singularidade do caso e dos pedidos formulados¹⁰⁴³, com a edificação de uma espécie híbrida. Confira-se:

Gráfico 9 – Espécies de deliberação/modulação: Acórdãos em ADIs



Fonte: Elaborado pelo autor (2021) com base nos dados constantes em Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 19 jul. 2021.

¹⁰⁴² Convém assentar que alguns acórdãos falam em modulação prospectiva, quando na verdade constitui simples definição *ex nunc* dos efeitos. É o caso dos acórdãos proferidos nas ADIs 5353 e 5459, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, ambas julgadas em 11/5/2020. Ademais, como é de conhecimento geral, a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade foi inicialmente idealizada no direito norteamericano, com a admissão do *prospective overruling* nos casos *Linkletter v. Walker* (381 U.S. 618) e *Stovall v. Denno* (388 U. S. 293).

¹⁰⁴³ É o caso da ADI 3666, de relatoria do Ministro Roberto Barroso. A ação foi proposta pelo Procurador-Geral da República, em face das Leis 2.835, de 12/12/2001; 3.100, de 24/12/2002; e 3.656, de 25/8/2005, todas do Distrito Federal, as quais disciplinavam a reestruturação da Polícia Civil do Distrito Federal. A Corte assentou a inconstitucionalidade formal, ancorada na usurpação de competência da União, em manifesta violação ao art. 24, § 1º, CF/88. Todavia, para além de preservar os atos já praticados com esteio nas citadas leis; o STF também estabeleceu que a decisão produzisse efeitos a partir de 24 meses, contados da data da sessão de julgamento e, ainda, ressaltou da incidência do acórdão, exclusivamente para efeitos de aposentadoria, os servidores que já estivessem aposentados e aqueles que houvessem implementado os requisitos para aposentação até a data da publicação da ata de julgamento.

Nesse contexto da interpretação e aplicação extensiva das ferramentas previstas no controverso art. 27 da Lei 9868/1999, os dados empíricos coligidos trouxeram importantes considerações. A primeira é que a modulação especial e a espécie híbrida representam menos de 43% da atuação da jurisdicional constitucional nesse campo. Dito de outro modo, a opção pela projeção temporal dos efeitos da inconstitucionalidade a partir da decisão de mérito (ou do referendo da cautelar) e a puramente prospectiva, em conjunto, têm maior incidência no âmbito do STF em relação à construção de um regramento normativo específico à luz da situação fática subjacente (modalidades especial e híbrida).

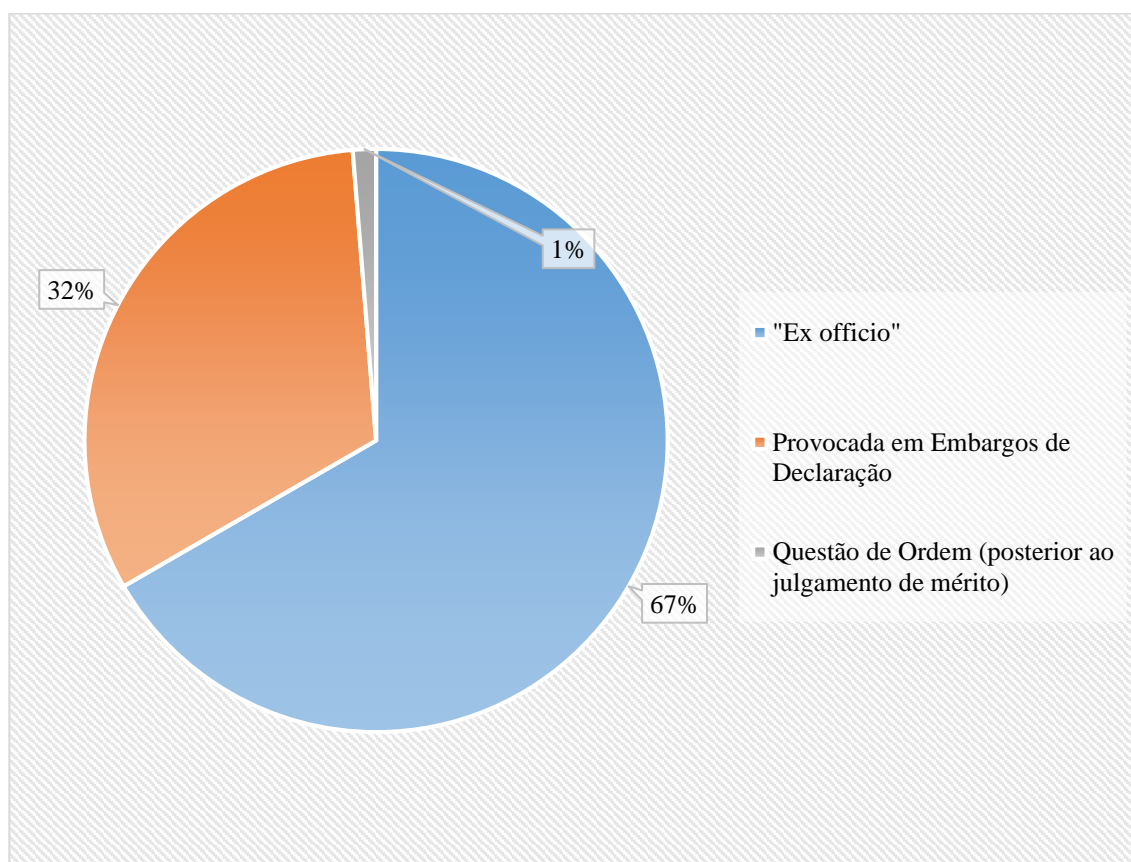
Mas não é só. No universo das deliberações indicadas nos acórdãos pesquisados, verifica-se que 32% das decisões do STF sobrevieram por força dos pedidos formulados em embargos de declaração movidos pelas partes¹⁰⁴⁴, ao passo que a deliberação no próprio julgamento do mérito no STF – o que se intitula, apenas para esta finalidade acadêmica, de *ex-officio*¹⁰⁴⁵ – corresponde a 67% dos acórdãos selecionados. Ademais, nesse âmbito de provocação recursal, os principais atores que instaram a atuação da Corte, por meio desta classe de ação, foram os seguintes agentes políticos, respectivamente: (i) Governadores de Estados; (ii) Assembleias Legislativas; (iii) Presidência da República¹⁰⁴⁶. Veja-se:

¹⁰⁴⁴ No total de 24 acórdãos.

¹⁰⁴⁵ Isso não significa, evidentemente, que os requerentes e os órgãos produtores do ato impugnado não tenham formulado o pedido de modulação antes do julgamento do próprio mérito.

¹⁰⁴⁶ E, em tal medida, justifica-se pela diferença quantitativa da impugnação dos atos e leis estaduais.

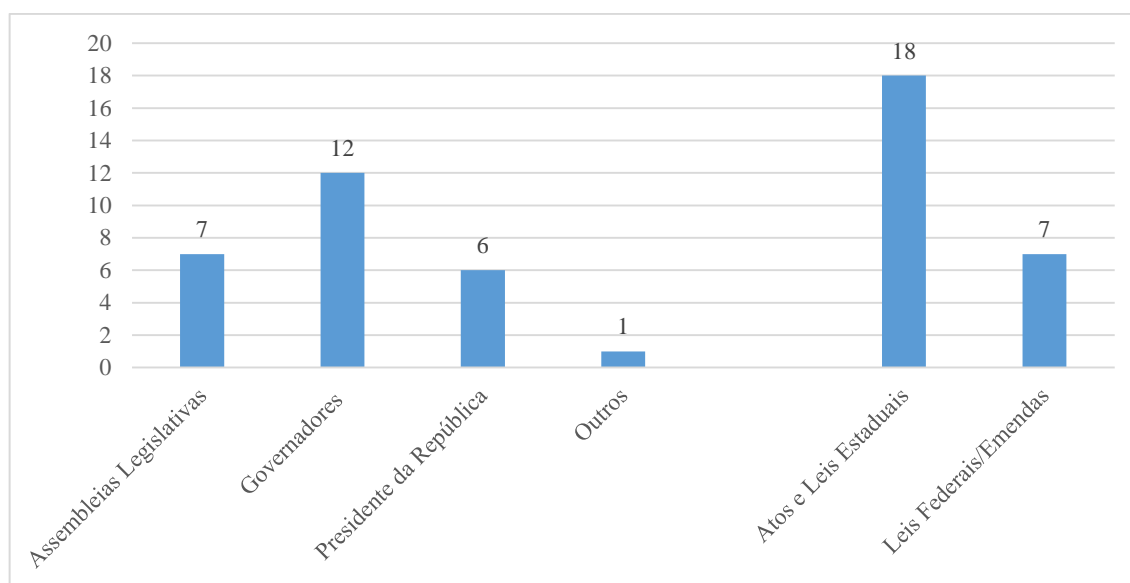
Gráfico 10 – Formas de atuação da jurisdição constitucional na modulação dos efeitos



Fonte: Elaborado pelo autor (2021) com base nos dados constantes em Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 19 jul. 2021.

Nota: Na ADI 4425 QO/DF, de relatoria (ulterior) do Ministro Luiz Fux ocorreu a deliberação na Questão de Ordem levantada pelo STF, conforme demonstrarei adiante. Nos debates, o Ministro Marco Aurélio indagou se o Ministro Fux era o Relator, no que lhe respondeu: “Não, eu estou aqui representando o Ministro Ayres Britto”, que havia sido o autor da questão de ordem (Documento Eletrônico 89).

Gráfico 11 – Embargantes e a natureza dos atos impugnados



Fonte: Elaborado pelo autor (2021) com base nos dados constantes em Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 14 jul. 2021.

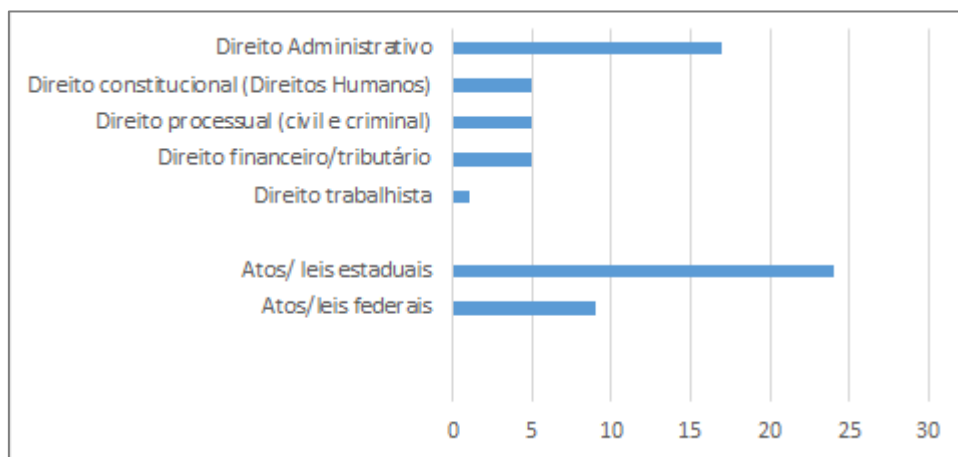
Nota: A expressão “atos ou leis estaduais” compreende qualquer espécie de norma produzida no âmbito do ente da Federação. É possível, outrossim, que mais de um dos litigantes figure como embargantes na mesma ação, conforme se depreende dos embargos de declaração opostos pelo Governador e pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro na ADI 3111, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes.

No que concerne às modulações especiais e híbridas (33 acórdãos)¹⁰⁴⁷, em que a atuação do STF descortina-se mais criativa para solucionar aspectos subjacentes ao conflito normativo,

¹⁰⁴⁷ São eles: (1) ADI 5011, de relatoria do Ministro Edson Fachin; (2) ADI 4884 ED, de relatoria da Ministra Rosa Weber; (3) ADI 1241, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; (4) ADI 2682 ED, de relatoria da Ministra Rosa Weber; (5) ADI 5817 ED, de relatoria da Ministra Rosa Weber; (6) ADI 5717 ED, de relatoria da Ministra Rosa Weber; (7) ADI 5716 ED, de relatoria da Ministra Rosa Weber; (8) ADI 5709 ED, de relatoria da Ministra Rosa Weber; (9) ADI 5727 ED, de relatoria da Ministra Rosa Weber; (10) ADI 5441 ED-SEG, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes; (11) ADI 4425 QO, de relatoria do Ministro Luiz Fux; (12) ADI 4870, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; (13) ADI 4868 - de relatoria do Ministro Gilmar Mendes; (14) ADI 4867 - de relatoria do Ministro Roberto Barroso; (15) ADI 5111, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; (16) ADI 3666, de relatoria do Ministro Roberto Barroso; (17) ADI 4876, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; (18) ADI 4167 ED, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa; (19) ADI 6019, de relatoria do Ministro Marco Aurélio (redator para acórdão Ministro Roberto Barroso); (20) ADI 4601 ED, de relatoria do Ministro Luiz Fux; (21) ADI 5469, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; (22) ADI 4140, de relatoria do Ministro Ellen Gracie; (23) ADI 4414, de relatoria do Ministro Luiz Fux; (24) ADI 1301 ED, de relatoria do Ministro Roberto Barroso; (25) ADI 5109, de relatoria do Ministro Luiz Fux; (26) ADI 5107 ED-Terceiros, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes; (27) ADI 4658, de relatoria do Ministro Edson Fachin; (28) ADI 3662, de relatoria do Ministro Marco Aurélio (redator para acórdão Ministro Alexandre de Moraes); (29) ADI 3415 ED-Segundos, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes; (30) ADI 1220, de relatoria do Ministro Roberto Barroso; (31) ADI 6185 ED, de relatoria do Ministro Marco Aurélio (redator para acórdão Ministro Roberto Barroso); (32) ADI 3111 ED, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes; (33) ADI 3150 – ED, de relatoria do Ministro Marco Aurélio (redator para acórdão o Ministro Roberto Barroso).

verifica-se igualmente a sua incidência maior em matérias de direito público¹⁰⁴⁸, em especial no campo do direito administrativo (sobretudo quanto à investidura, estabilidade, atribuições anômalas e remuneração de servidores públicos ou funcionários de empresas públicas)¹⁰⁴⁹, e aplicadas contra leis e atos normativos produzidos no âmbito estadual. Veja-se:

Gráfico 12 – Áreas temáticas da colaboração normativa e a natureza dos atos impugnados



Fonte: Elaborado pelo autor (2021) com base nos dados constantes em Supremo Tribunal Federal.

Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 19 jul. 2021.

Nota: Não há, repise-se, separação rigorosa entre as áreas do direito, já que o próprio sistema de indexação da pesquisa, não raro, aglutina mais de um campo no julgamento.

Diante desse cenário, é possível concluir, por ora, o seguinte: (i) com exceção da conhecida posição do Ministro Marco Aurélio¹⁰⁵⁰ e da recente nomeação do Ministro Nunes Marques, todos os ministros da composição atual do STF (além dos Ministros Ayres Britto,

¹⁰⁴⁸ Registre-se, em primeiro lugar, que não há uma clivagem rigorosa entre as diferentes áreas do direito, já que não é incomum o entrelaçamento de assuntos no mesmo julgamento. Adotou-se a combinação do critério de indexação dos dados informativos utilizados pelo próprio STF, acrescido do exame manual dos acórdãos.

¹⁰⁴⁹ É o caso, por exemplo, dos seguintes feitos: (i) ADI 1301 ED, de relatoria do Ministro Roberto Barroso; (ii) ADI 5109 ED, de relatoria do Ministro Luiz Fux; (iii) ADI 5111, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; (iv) ADI 3666, de relatoria do Ministro Roberto Barroso; (v) ADI 4876, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; (vi) ADI 4867, de relatoria do Ministro Roberto Barroso; (vii) ADI 6019, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa; (viii) ADI 4140, de relatoria da Ministra Elen Gracie; (ix) ADI 5011, de relatoria do Ministro Edson Fachin; (x) ADI 1241, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; (xi) ADI 5817-ED, de relatoria da Ministra Rosa Weber; (xii) ADI 6185 ED, de relatoria do Ministro Marco Aurélio (redator para acórdão Ministro Roberto Barroso); (xiii) ADI 3415 – ED-Segundos, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes; (xiv) ADI 5107 ED-Terceiros, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes.

¹⁰⁵⁰ Todavia, em certas situações, apesar de rejeitar a modulação temporal, o Ministro Marco Aurélio acabou reconhecendo a necessidade de se preservar as situações consolidadas. É o caso do julgamento da ADI 3819/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, em que a Corte assentou a inconstitucionalidade de dispositivos da legislação local – que autorizavam a transposição de servidores ocupantes de distintos cargos, sem concurso público, para o de Defensor Público no âmbito dos Estados-membros. Enquanto o Tribunal modulava prospectivamente a eficácia do julgamento a partir de “6 [seis] meses contados de 24 de outubro de 2007, o Ministro Marco Aurélio consignou a “sobrevida, por dois anos, da situação jurídica”.

Ellen Gracie, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Menezes Direito e Teori Zavascki) adotaram, quando relatores, ou aquiesceram com as formas de deliberação heterodoxa (ao menos em tese); (ii) as decisões que excedem as balizas normativas previstas na legislação em regência (arts. 27 da Lei 9.868/1999 e 11 da Lei 9882/1999), não constituem quantitativamente uma amostra significativa no período examinado; (iii) a sua maior incidência ocorre nos campos do direito administrativo e processual, e atinge majoritariamente as leis e atos editados pelo Poder Público dos Estados.

Destacam-se, nessa perspectiva, os seguintes julgamentos. Na ADI 4425 QO, de relatoria (agora) do Ministro Luiz Fux, ao examinar a (in)constitucionalidade do novo regime de pagamento de precatórios para Estados e Municípios criado pela EC 62/2009, a qual promoveu alterações no art. 100 da Constituição da República (e acrescentou o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de alguns dispositivos¹⁰⁵¹. Todavia, na Questão de Ordem trazida à lume pelo relator e levada a julgamento¹⁰⁵², sob o risco de “impactar sobremaneira a consecução dos demais misteres constitucionais que cabem ao Poder Público”, deliberou-se o seguinte:

1) – modular os efeitos para que se dê sobrevida ao regime especial de pagamento de precatórios, instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016; 2) – conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: 2.1.) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos

¹⁰⁵¹ Constou do voto do Ministro Luiz Fux que julgava procedente a ação para “(i) declarar a inconstitucionalidade da expressão ‘na data de expedição do precatório’ contida no §2º do art. 100 da Constituição, porquanto violadora do núcleo essencial da isonomia (CF, art. 5º, caput), em sua dimensão formal, ao instituir verdadeira discriminação arbitrária em detrimento de credores da Fazenda Pública que completem sessenta anos após a expedição do precatório, porém antes do respectivo pagamento; (ii) declarar a inconstitucionalidade dos §§9º e 10 do art. 100 da Constituição, que instituem um modelo unilateral de compensação de créditos da Fazenda para fins de abatimento do valor dos precatórios no momento de sua expedição, por desrespeito à igualdade (CF, art. 5º, caput) que deve presidir as relações entre Estado e particular; (iii) afastar a expressão ‘índice oficial de remuneração da caderneta de poupança’, quanto à atualização monetária dos créditos em precatórios, contido no §12 do art. 100 da CF, por manifesta violação ao direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII) e ao postulado proporcionalidade, extraível da garantia do devido processo legal substantivo (CF, art. 5º, LIV), inegáveis limites materiais ao poder de reforma da Constituição (CF, art. 60, §4º, IV); (iv) afastar, por arrastamento, a mesma expressão (‘índice oficial de remuneração da caderneta de poupança’) contida no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação pelo art. 5º da Lei nº 11.960/2009; (v) declarar a inconstitucionalidade material de todo o regime especial de pagamentos, autorizado pelo §15 do art. 100 da CF/88 e detalhado, transitoriamente, no caput e nos §§ do art. 97 do ADCT, por manifesto ultraje à cláusula constitucional do Estado de Direito (CF, art. 1º, caput), ao princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), ao postulado da isonomia (CF, art. 5º), à garantia do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), ao direito adquirido e à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI), todos limites materiais ao poder de reforma da Constituição (CF, art. 60, §4º, III e IV)”.

¹⁰⁵² Ocorrido em 25/3/2015.

em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCAE) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e 2.2.) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e Lei nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária; 3) – quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial: 3.1) consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional nº 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades; 3.2) fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado; 4) – durante o período fixado no item 1 acima, ficam mantidas a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art. 97, § 10, do ADCT), bem como as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, § 10, do ADCT); 5) – delegação de competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline (i) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e (ii) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório, e 6) – atribuição de competência ao Conselho Nacional de Justiça para que monitore e supervisione o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão (...).

Como se nota, para além de aplicar as modulações prospectivas e *ex-nunc* em pontos distintos do julgamento, o STF não se limitou a criar decisões aditivas ou substitutivas, mas, antes, estabeleceu genuína disciplina normativa para a aplicação ao regime dos precatórios, outorgando ao CNJ, ao final, uma competência heterodoxa voltada ao monitoramento do pagamento dos referidos valores.

Na ADI 5529/DF¹⁰⁵³, a Procuradoria-Geral da República impugnou a validade constitucional do parágrafo único do artigo 40¹⁰⁵⁴ da Lei 9.279/1996 – o qual regulava direitos e obrigações relativos à propriedade industrial – precisamente quanto à prorrogação indeterminada do prazo de vigência da patente na hipótese de demora na análise do pedido pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Em 12/5/2021, o Plenário da Corte, por maioria, julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do parágrafo

¹⁰⁵³ O julgamento não foi incluído na tipologia proposta neste ensaio em razão da recente na liberação do acórdão pelo sistema interno do STF.

¹⁰⁵⁴ Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito. Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.

único do art. 40 da Lei 9.279/1996, nos termos do voto do relator, Ministro Dias Toffoli, que, frise-se, chegou a reconhecer o estado de coisas inconstitucional sobre a temática¹⁰⁵⁵. Ao modular os efeitos da decisão, o Tribunal conferiu, em regra, efeitos *ex nunc* a partir da ata do julgamento, mas fez inúmeras ressalvas quanto às ações judiciais propostas até 7 de abril de 2021 e as patentes relacionadas aos produtos e processos farmacêuticos e a equipamentos e/ou materiais de uso em saúde. A rigor, promoveu genuína regulamentação normativa. Com efeito, de acordo com a certidão de julgamento¹⁰⁵⁶:

O Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da LPI, conferindo-se a ela efeitos *ex nunc*, a partir da publicação da ata deste julgamento, de forma a se manter as extensões de prazo concedidas com base no preceito legal, mantendo, assim, a validade das patentes já concedidas e ainda vigentes em decorrência do aludido preceito, ficando ressalvadas da modulação (i) as ações judiciais propostas até o dia 7 de abril de 2021, inclusive (data da concessão parcial da medida cautelar no presente processo) e (ii) as patentes que tenham sido concedidas com extensão de prazo relacionadas a produtos e processos farmacêuticos e a equipamentos e/ou materiais de uso em saúde, operando-se, em ambas as situações, o efeito *ex tunc*, o que resultará na perda das extensões de prazo concedidas com base no parágrafo único do art. 40 da LPI, respeitado o prazo de vigência da patente estabelecido no caput do art. 40 da Lei 9.279/1996 e resguardados eventuais efeitos concretos já produzidos em decorrência da extensão de prazo das referidas patentes. Tudo nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio. Os Ministros Roberto Barroso e Luiz Fux (Presidente) modulavam os efeitos da decisão em maior extensão¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁵ Antes de reajustar o seu voto em razão da divergência aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes sobre tal estado de coisas, o Ministro Dias Toffoli assentou que havia expedido uma série de determinações aos órgãos técnicos para infirmar o estado de coisas constitucional, dentre elas as seguintes diretrizes ao INPI: “(i) proceda à contratação de servidores com o fito de compor quadro de pessoal adequado à grande demanda do órgão; (ii) priorize as medidas de recuperação/restauração de documentos, no intuito de dar encaminhamento aos pedidos de patentes que, em razão de ilegibilidade documental, estão retidos ainda na fase de exame formal preliminar; (iii) priorize o desenvolvimento e a implantação de soluções tecnológicas que lhe permitam controlar o fluxo de pedidos de patentes, assim como automatizar e otimizar processos; (iv) priorize a normatização dos procedimentos técnicos de exame de patentes, no intuito de otimizar tais procedimentos e evitar que assuntos iguais sejam tratados de forma desigual por examinadores distintos; (v) continue a reunir esforços de modo a efetivamente cumprir as metas do Plano de Combate ao Backlog de Patentes, estabelecido pela instituição em 2019; (vi) conforme determinação do Tribunal de Contas da União, ‘(...) passe a publicar, em seu portal eletrônico disponível na internet, as filas de pedidos de patentes pendentes de decisão final administrativa de cada Divisão da Diretoria de Patentes, Programas de Computador e Topografias de Circuitos Integrados a que se refere – a área tecnológica do pedido, em caso de estar em análise de segunda instância –, com as informações de cada pedido, o estado em que se encontra e a existência ou não de prioridade de exame, com vistas a atender à obrigação de tornar públicas essas informações à sociedade, conforme dispõem o caput do art. 37 da Constituição Federal e o caput do art. 2º da Lei 9.784/99’; (vii) conforme determinação do TCU, ‘(...) passe a publicar, em separado, as informações de estoque e de tempo médio de tramitação dos pedidos de patente em fase de segunda instância administrativa, tratada na Coordenação-Geral de Recursos e Processos Administrativos de Nulidade, como forma de melhor transparecer essas informações à sociedade, à luz do que dispõem o caput do art. 37 da Constituição Federal e o caput do art. 2º da Lei 9.784/99’ (...)”.

¹⁰⁵⁶ Documento Eletrônico 429.

¹⁰⁵⁷ Plenário, 12/5/2021 (Sessão realizada por videoconferência – Resolução 672/2020/STF).

Outro tema recorrente na colaboração normativa tem origem na irregularidade da investidura e remuneração dos servidores públicos, o que representa quase 25% dos acórdãos pesquisados¹⁰⁵⁸. É o caso, por exemplo, da ADI 1301/RN, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio Grande do Norte, em face do art. 14 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte¹⁰⁵⁹. A Corte julgou procedente o pedido, a fim de declarar a inconstitucionalidade material do referido dispositivo. Todavia, atendendo ao pedido formulado pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte nos embargos de declaração, o STF, ao invés de promover o exame temporal, cingiu-se a ressaltar os efeitos a uma categoria, a saber: os aposentados e os indivíduos que implementaram os requisitos para aposentação até a data da publicação da ata de julgamento, mantidos estes no regime próprio dos servidores daquele Estado.

Ademais, no julgamento da ADI 4876, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, o STF julgou parcialmente procedente o pedido inicial, a fim de declarar a inconstitucionalidade dos incisos I, II, IV e V do art. 7º da Lei Complementar 100/2007 do Estado de Minas Gerais, os quais tornavam titulares de cargos efetivos servidores que ingressaram na administração pública sem concurso público, independentemente do período de investidura (antes ou depois da Constituição de 1988). Em seguida, a Corte não apenas deliberou acerca dos efeitos prospectivos da decisão (por doze meses) em relação aos cargos para os quais não existam concursos públicos em andamento ou com prazo de validade em curso, mas traçou verdadeira disciplina normativa para aspectos subjacentes ao conflito¹⁰⁶⁰.

Na ADI 4.658/PR, de relatoria do Ministro Edson Fachin, o Plenário da Corte julgou procedente o pedido formulado para reconhecer a inconstitucionalidade formal do art. 34, VII, da Lei 15.608/2007 do Estado do Paraná, que versava sobre nova hipótese de dispensa de

¹⁰⁵⁸ Dos acórdãos enquadrados no campo do direito administrativo.

¹⁰⁵⁹ A redação do dispositivo era a seguinte: Art. 14. Os servidores públicos civis do Estado e dos Municípios do Rio Grande do Norte, da administração direta, autárquica, das fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas, em exercício a 5 de outubro de 1998, há pelo menos cinco (5) anos continuados e que não tenham sido admitidos na forma do art. 26, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público, a eles se aplicando o disposto no § 1º, do art. 30, da Constituição.

¹⁰⁶⁰ Constatou o seguinte do acórdão: “(...) ii) quanto aos cargos para os quais exista concurso em andamento ou dentro do prazo de validade, a decisão deve surtir efeitos imediatamente. Ficam ressalvados dos efeitos desta decisão: a) aqueles que já estejam aposentados e aqueles servidores que, até a ata de publicação da ata deste julgamento, tenham preenchido os requisitos para a aposentadoria, exclusivamente para efeitos de aposentadoria, o que não implica efetivação nos cargos ou convalidação da lei inconstitucional para esses servidores; b) os que se submeteram a concurso público, quanto aos cargos para os quais foram aprovados; e c) a estabilidade adquirida pelos servidores que cumpriram os requisitos previstos no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal”.

licitação¹⁰⁶¹. Tal diploma legal usurpava, de forma indene de dúvida, a competência da União para legislar sobre regras gerais sobre a matéria. Todavia, por maioria, a Corte manteve a eficácia das licitações eventualmente já finalizadas ancorada no dispositivo impugnado¹⁰⁶², até a data do julgamento (25/10/2019).

Mas não é só. Ainda que os recursos extraordinários não tenham sido objeto de análise da pesquisa, conforme já indicado, convém fazer uma menção honrosa ao recente julgamento proferido pelo STF nos embargos de declaração – interpostos pela União – no Recurso Extraordinário (RE) 574706 ED/PR, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia. Isso porque, para além da exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo do PIS/Cofins a partir de 15/3/2017, data em que foi fixada a tese de repercussão geral (Tema 69), a Corte ressaltou expressamente as ações judiciais e administrativas protocolizadas até a data da sessão na qual foi proferido o julgamento¹⁰⁶³.

Nesse cenário, verifica-se claramente que parte da linha argumentativa da União tinha um apelo consequencialista, voltado justamente a evitar uma “reforma tributária com efeitos retroativos”. Consignou, outrossim, o risco do grave impacto no equilíbrio orçamentário e financeiro dos Estados e assinalou que os “riscos fiscais para o ano de 2015, exclusivamente no que diz respeito a incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS – excluído, portanto o potencial da tese adotada impactar em outras controvérsias –, chegou aos seguintes valores, com base em informações da Receita Federal do Brasil, para as possíveis restituições: R\$ 250.294,05 milhões, até 2015. Tais números, no que tange às perdas, se repetiram na LDO de 2017”. Daí porque propugnou pela modulação dos efeitos da decisão para que produza “efeitos gerais, após o julgamento dos presentes Embargos de Declaração e da definição de todas as questões pendentes, supra expostas”.

¹⁰⁶¹ Art. 34: É dispensável a licitação: (...) VII – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

¹⁰⁶² Independentemente da natureza e dos bens adquiridos pela Administração.

¹⁰⁶³ Confirmam-se trechos do acórdão: “Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento, por maioria, em acolher, em parte, os embargos de declaração, apenas para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar desde 15.3.2017 – data em que julgado o RE n. 574.706 e fixada a tese com repercussão geral ‘O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins’ –, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocolizadas até a data da sessão na qual proferido o julgamento, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio, e, por maioria, em rejeitar os embargos quanto à alegação de omissão, obscuridade ou contradição e, no ponto referente ao ICMS excluído da base de cálculo das contribuições PIS-Cofins, prevaleceu o entendimento de que se trata do ICMS destacado, vencidos os Ministros Nunes Marques, Roberto Barroso e Gilmar Mendes. Tudo nos termos do voto da Relatora. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 13.5.2021 (Sessão realizada por videoconferência – Resolução 672/2020/STF)”.

Tal perspectiva utilitarista, de claro viés econômico e orçamentário, foi levada em consideração no voto da relatora, Ministra Cármen Lúcia¹⁰⁶⁴, *in verbis*:

Embora a autora enfatize a posição do jurisdicionado frente ao poder estatal, a boa-fé, a confiança e a segurança jurídica são princípios fundamentais subjacentes à prospecção dos efeitos das decisões judiciais modificadoras da jurisprudência até então dominante. Por isso, a modulação também pode ser aplicada a casos em que a modificação na orientação jurisprudencial ocorre em desfavor da Fazenda Pública, como na espécie vertente. (...)

A atual incidência da sistemática de repercussão geral, com efeitos *erga omnes* e vinculante aos órgãos da Administração Pública e ao Poder Judiciário, recomenda o balizamento dos efeitos do que decidido neste processo, para preservar a segurança jurídica dos órgãos fazendários, ressalvados os casos ajuizados até a data da sessão de julgamento, em 15.3.2017.

Admissível a produção de efeitos retroativos para os cidadãos que tinham questionado judicial ou administrativamente a exação, até a data daquela sessão de julgamento. (...)

Alie-se a isso, o cenário de profunda e arrastada crise fiscal da União, realçado na manifestação da Procuradoria-Geral da República:

“O cenário de crise fiscal também não passou despercebido pelo Ministro Roberto Barroso. Sua Excelência ponderou que, embora não seja fator decisivo no seu juízo de valor acerca do que é legítimo ou ilegítimo, seu julgamento não é indiferente à grave situação fiscal existente no país. Afirmou o Ministro, ademais, que considerar inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins impõe considerar inconstitucionais múltiplas outras incidências, assinalando, por fim, que a decisão pela exclusão do tributo produziria um impacto imprevisível e, possivelmente, indesejável.

As considerações feitas pelos ministros da Suprema Corte evidenciam haver, realmente, fundado receio de graves implicações e danos no imediato cumprimento do julgado e aplicação da tese firmada neste *leading case*”¹⁰⁶⁵.

Diante desse panorama, pode-se afirmar que a deliberação ou a modulação dos efeitos das decisões – tanto nos processos de índole objetiva, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, quanto agora em instâncias recursais (art. 927, §3º do CPC) –, não está mais cingida a restringir ou diferir (caráter prospectivo) a eficácia temporal ou do ato normativo reputado eventualmente inconstitucional. Antes, incorpora também escolhas normativas discricionárias – dentro de certas balizas normativas – sobre aspectos subjacentes quanto à previsibilidade, a criatividade e as consequências das decisões no mundo fenomênico. Em outras palavras, consolidou-se um genuíno poder de regramento do quadro fático e do próprio conflito normativo à luz da Carta de 1988.

¹⁰⁶⁴ A parcial divergência nesse julgamento – manifestada pelos Ministros Nunes Marques, Roberto Barroso e Gilmar Mendes – repousou apenas no ponto referente ao ICMS excluído da base de cálculo das contribuições PIS-Cofins, prevalecendo o entendimento de que se trata do ICMS destacado.

¹⁰⁶⁵ Documento Eletrônico 144.

5.3. Poder Judiciário como escolha legítima pela política para a coordenação de interesses e a colaboração normativa na solução dos conflitos

A ausência de um genuíno e concreto antagonismo entre a democracia e o constitucionalismo no direito nacional, somado aos múltiplos incentivos dados pelo constituinte e pelo legislador derivado – especialmente a partir da edição das Leis 9.868/1999 e 9.882/1999, da EC45/2004 e do novo Código de Processo Civil – autorizam levar a sério a tese de que a jurisdição constitucional é, ao mesmo tempo, um predicado e um agente coordenador do sistema político contemporâneo. Não se trata mais, portanto, de debater – e, às vezes, de tentar infirmar – a alegada transferência das decisões legislativas das arenas políticas típicas para o Poder Judiciário, sob pena de incorrer, pela via oposita, nas mesmas críticas da literatura estrangeira quanto à ausência de parâmetros legais no regime do *common law* para a proeminência do Poder Judiciário. Isso porque, no plano nacional, sobejam diplomas legais aprovados pelo Congresso Nacional, outorgando poderes e novas técnicas decisórias para a resolução de conflitos e disputas normativas. Em outras palavras, a legitimidade está posta no desenho institucional, nos múltiplos incentivos legislativos e, por fim, na crescente mobilização dos demais agentes políticos.

Convém analisar, então, a postura de alguns atores credenciados em buscar a jurisdição constitucional, precisamente por meio da propositura das ações de controle abstrato no STF, que dão a tônica da dinâmica da atuação dos juízes na Corte Constitucional. Nesse contexto, muito embora a compreensão subjacente desse acesso esteja fundada em elementos contingentes¹⁰⁶⁶, de difícil análise sem um estudo multidisciplinar, os dados reunidos e a amostragem dos casos selecionados, com a exposição das razões explicitadas pelas partes integrantes, permitem traçar algumas observações promissoras.

Em primeiro lugar, a motivação desses atores políticos – possuidores, ou não, do poder de veto¹⁰⁶⁷ – não é uniforme, nem tampouco estática, e possivelmente não esteja mais vinculada apenas aos interesses de uma oposição ao governo¹⁰⁶⁸, com o simples propósito de divulgar

¹⁰⁶⁶ Cf. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. *Revista Direito FGV*, São Paulo, p. 1-21, v. 15, n. 2, 2019.

¹⁰⁶⁷ Aqui compreendida na concepção de Tsebelis, no sentido de serem “atores individuais ou coletivos cujo acordo é necessário para uma mudança do *status quo*”, especialmente no âmbito legislativo. Cf. TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto: como funcionam as instituições*. Trad. Micheline Christophe. Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 40.

¹⁰⁶⁸ Faz-se referência aqui à conhecida pesquisa realizada há mais de dez anos por Matthew Taylor e Luciano da Ros, que chegaram à seguinte conclusão na análise de dados nos governos FHC e Lula: “Por outro lado, a pesquisa também apontou certa continuidade em dois usos dados às Adins, naquilo que denominamos usos da judicialização: 1) a judicialização como tática de oposição, utilizada para retardar, impedir, desmerecer ou declarar a oposição a determinadas leis; 2) a judicialização como arbitragem de interesses em conflito, utilizada para tornar

fundamentos políticos para a opinião pública. Pelo contrário, é lícito especular que está vinculada a diferentes variáveis, a depender da interação e do modelo de regime político existente, desde a correlação de forças daqueles até o grau de coesão interna dos atores coletivos¹⁰⁶⁹, inclusive, por vezes, como coparticipante na resolução de impasses normativos. Daí porque põe-se em xeque o caráter contramajoritário do Tribunal Constitucional, não apenas como canal de impugnação de contestação de decisões majoritárias, mas agora como um genuíno instrumento de governança como cálculo político, na esteira do preconizado por Zagrebelsky¹⁰⁷⁰.

Veja-se, de saída, a propositura da ADI 6357/DF pelo Presidente da República, no contexto da pandemia da Covid-19, para que a Corte, em “caráter de urgência especial”¹⁰⁷¹, conferisse

interpretação conforme à Constituição aos dispositivos da Lei de Diretrizes Orçamentárias/2020, de modo a afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação do Covid-19.

Nesse cenário, a linha de argumentação do Poder Executivo não enfocava o conflito desses dispositivos à luz da Carta da República de 1988, mas, antes, sustentava-se que a incidência pura e simples desses dispositivos, sem considerar a excepcionalidade do atual estado de pandemia de Covid-19, violaria um conjunto de dispositivos e valores constitucionais (arts. 1º, III, 6º, I, 170, 193 e 196 da CF), o que, na concepção tradicional da jurisdição constitucional, não poderia ser resolvido. De fato, a ausência de uma resposta pronta e adequada naquele momento poderia levar a consequências fáticas imprevisíveis para a ordem social. Com

as regras do jogo mais amenas a determinado grupo de interesse. Embora a saliência das políticas públicas para a oposição ao governo Lula tenha reduzido a utilização da judicialização como tática de oposição, não a removeu completamente do leque de táticas políticas da oposição brasileira. Entre os casos mais contestados, houve também um ligeiro aumento na utilização da judicialização para arbitrar interesses, em grande parte em decorrência das mudanças institucionais referentes ao Poder Judiciário e às regras eleitorais. O estudo também aponta a emergência, mesmo que tênue, de uma terceira forma de judicialização, que denominamos 3) judicialização como instrumento de governo”. TAYLOR, Matthew; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 847-848, 2008.

¹⁰⁶⁹ Refere-se aqui ao modelo proposto por Tsebelis. Cf. TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto: como funcionam as instituições*. Trad. Micheline Christophe. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

¹⁰⁷⁰ Com efeito, ao promover distinção sobre os possíveis conteúdos acerca da política, que o Tribunal Constitucional (leia-se os magistrados que exercem a jurisdição constitucional) está inserido dentro dela, como um dos fatores decisivos da sua atuação, e compreendida aqui como instrumento de convivência para facilitar a união, e não para concorrer com outros atores políticos. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Princípios y votos: El Tribunal constitucional y la política*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2008. p. 37-41.

¹⁰⁷¹ É o que consta da redação da parte dispositiva da peça inicial (Documento Eletrônico 1).

efeito, ao deferir a liminar em favor de todos os entes federativos¹⁰⁷², o relator, Ministro Alexandre de Moraes, assentou:

O reconhecimento da constitucionalidade dos artigos 14; 17 e 24 da LRF – e essa conclusão é inteiramente aplicável aos artigos 16 da LRF e 114, *caput, in fine* e §14 da LDO/2020 – significa que a responsabilidade fiscal é um conceito indispensável não apenas para legitimar a expansão de despesas rígidas e prolongadas sob um processo deliberativo mais transparente, probo e rigoroso, mas, principalmente, para garantir que os direitos assim constituídos venham a ser respeitados sem solução de continuidade, de forma a atender às justas expectativas de segurança jurídica dos seus destinatários e evitar a nefasta corrosão da confiabilidade conferida aos gestores públicos.

A LRF, portanto, instituiu um inovador modelo regulatório das finanças públicas, baseado em medidas gerais de transparência, de programação orçamentária, de controle e de acompanhamento da execução de despesas e de avaliação de resultados, destinadas, entre outras coisas, a incrementar a prudência na gestão fiscal e a sincronizar as decisões tomadas pelos Estados e pelos Municípios com os objetivos macroeconômicos estabelecidos nacionalmente pela União.

A importância de planejamento e a garantia de transparência são os dois pressupostos mais importantes para a responsabilidade na gestão fiscal, a serem realizados mediante prevenção de riscos e possíveis desvios do equilíbrio fiscal.

Há, porém, situações onde o surgimento de condições supervenientes absolutamente imprevisíveis afetam radicalmente a possibilidade de execução do orçamento planejado, tendo a própria LRF, em seu artigo 65, estabelecido um regime emergencial para os casos de reconhecimento de calamidade pública, onde haverá a dispensa da recondução de limite da dívida, bem como o cumprimento da meta fiscal; evitando-se, dessa maneira, o contingenciamento de recursos; além do afastamento de eventuais sanções pelo descumprimento de limite de gastos com pessoal do funcionalismo público.

Na presente hipótese, o Congresso Nacional reconheceu, por meio do Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, a ocorrência de estado de calamidade pública em decorrência da pandemia de COVID-19 declarada pela Organização Mundial de Saúde, atendendo à solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. (...)

O surgimento da pandemia de COVID-19 representa uma condição superveniente absolutamente imprevisível e de consequências gravíssimas, que, afetará, drasticamente, a execução orçamentária anteriormente planejada, exigindo atuação urgente, duradoura e coordenada de todos as autoridades federais, estaduais e municipais em defesa da vida, da saúde e da própria subsistência econômica de grande parcela da sociedade brasileira, tornando, por

¹⁰⁷² A liminar foi concedida “*ad referendum* do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTF, para CONCEDER INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO FEDERAL, aos artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal e 114, *caput, in fine* e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias/2020, para, durante a emergência em Saúde Pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente de COVID-19, afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação de COVID-19”.

óbvio, lógica e juridicamente impossível o cumprimento de determinados requisitos legais compatíveis com momentos de normalidade.

O excepcional afastamento da incidência dos artigos 14, 16, 17 e 24 da LRF e 114, caput, in fine, e § 14, da LDO/2020, durante o estado de calamidade pública e para fins exclusivos de combate integral da pandemia de COVID-19, não conflita com a prudência fiscal e o equilíbrio orçamentário intertemporal consagrados pela LRF, pois não serão realizados gastos orçamentários baseados em propostas legislativas indefinidas, caracterizadas pelo oportunismo político, inconsequência, desaviso ou improviso nas Finanças Públicas; mas sim, gastos orçamentários destinados à proteção da vida, saúde e da própria subsistência dos brasileiros afetados por essa gravíssima situação; direitos fundamentais consagrados constitucionalmente e merecedores de efetiva e concreta proteção.
(...)

A gravidade da emergência causada pela pandemia do COVID-19 (Coronavírus) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde. (...)

A temporariedade da não incidência dos artigos 14, 16, 17 e 24 da LRF e 114, caput, in fine, e § 14, da LDO/2020 durante a manutenção do estado de calamidade pública; a proporcionalidade da medida que se aplicará, exclusivamente, para o combate aos efeitos da pandemia do COVID-19 e a finalidade maior de proteção à vida, à saúde e a subsistência de todos os brasileiros, com medidas sócio econômicas protetivas aos empregados e empregadores estão em absoluta consonância com o princípio da razoabilidade, pois, observadas as necessárias justiça e adequação entre o pedido e o interesse público¹⁰⁷³.

Embora o Plenário do STF tenha reconhecido a perda do objeto diante da edição da Emenda Constitucional 106/2020, a liminar foi expressamente referendada pelo órgão colegiado. Tendo esse cenário de pano de fundo, e diante dos debates no Plenário, é muito provável que o STF julgasse procedente o pedido caso a EC 106/2020 não tivesse sido promulgada.

Ademais, diante da possibilidade de recrudescimento da piora do quadro social e político, o STF também deliberou sobre alterações do procedimento do exame das medidas provisórias pelo Congresso Nacional – em nova ação proposta pelo Chefe do Poder Executivo –, aparentemente contrariando texto expresso da Constituição de 1988¹⁰⁷⁴, bem como autorizou

¹⁰⁷³ Documento Eletrônico 7 (grifou-se).

¹⁰⁷⁴ ADPF 663/DF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em face de atos editados pelas Mesas Diretores do Senado Federal e da Câmara dos Deputados – Ato da Comissão Diretora 7/2020 e Projeto de Resolução 11/2020 – que, tratando de medidas relacionadas ao funcionamento do Congresso durante a crise de saúde pública decorrente da pandemia da Covid-19, dispensaram o comparecimento de parlamentares em situações de vulnerabilidade (idosos, gestantes, imunodeprimidos, portadores de doenças crônicas), bem como restringiram o acesso às dependências físicas do Parlamento.

a prorrogação da vigência das medidas sanitárias excepcionais previstas na Lei 13.979/2020, dando uma sobrevida a parte do referido diploma legal¹⁰⁷⁵.

Além disso, apesar da disposição expressa do art. 7º, VI e XIII, do Texto Constitucional de 1988¹⁰⁷⁶, o Plenário do STF manteve a eficácia das regras previstas na MP 936/2020¹⁰⁷⁷, que estabeleciam o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, bem como fixava medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública, dentre elas: (i) a possibilidade consensual de redução proporcional da jornada de trabalho e de salário de seus empregados, por até noventa dias, por meio de acordo escrito; (ii) a suspensão temporária consensual do contrato de trabalho de seus empregados, pelo prazo máximo de sessenta dias, que poderia ser fracionado em até dois períodos de trinta dias, por negociação individual ou coletiva, independentemente de negociação com o sindicato. Ademais, a Corte estabeleceu parâmetros para requisições administrativas sobre bens particulares em caso de auxílio ao sistema público de saúde¹⁰⁷⁸.

No capítulo seguinte, abordar-se-á, de forma mais vertical, alguns dos julgamentos que desvelam intensa colaboração normativa em diferentes áreas do direito, seja no contexto institucional de normalidade – mas para expurgar determinado estado de coisa inconstitucional consolidado ao longo do tempo – seja em decorrência de crises e tensões de todos os espectros.

¹⁰⁷⁵ Trata-se da ADI 6625/DF, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Como se sabe, a Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, dispôs sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública, estabelecendo em seu derradeiro art. 8º que ela “vigora enquanto estiver vigente o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020”. O referido Decreto Legislativo 6/2020, por sua vez, reconheceu o estado de calamidade pública no País, para fins exclusivamente fiscais, com efeitos até 31 de dezembro de 2020 (art. 1º), nos termos de solicitação do Presidente da República, encaminhada ao Congresso Nacional por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Reproduz-se, nesse sentido, trecho do acórdão que referendou a liminar concedida pelo Ministro Ricardo Lewandowski: “Embora a vigência da Lei 13.979/2020, de forma tecnicamente imperfeita, esteja vinculada àquela do Decreto Legislativo 6/2020, que decretou a calamidade pública para fins exclusivamente fiscais, vencendo em 31 de dezembro de 2020, não se pode excluir, neste juízo precário e efêmero, a conjectura segundo a qual a verdadeira intenção dos legisladores tenha sido a de manter as medidas profiláticas e terapêuticas extraordinárias, preconizadas naquele diploma normativo, pelo tempo necessário à superação da fase mais crítica da pandemia, mesmo porque à época de sua edição não lhes era dado antever a surpreendente persistência e letalidade da doença”.

¹⁰⁷⁶ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; (...) XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

¹⁰⁷⁷ ADI 6363/DF, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski (vencido no julgamento), ajuizada pelo Partido Rede Sustentabilidade. Sobreveio posteriormente a aprovação da Lei 14.020/2020, a qual corroborou as diretrizes estabelecidas na referida Medida Provisória.

¹⁰⁷⁸ Na ADI 6362/DF, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, a Confederação Nacional de Saúde, requerente da ação, sustentou que cabia ao Ministério da Saúde coordenar as medidas de requisições administrativas previstas no art. 3º, VII, da Lei 13.979/2020, as quais não poderiam, segundo a autora, ser levadas a efeito pelos entes subnacionais antes da realização de estudos e do consentimento daquela Pasta. Apesar da Corte ter julgado improcedente, ficou assentado, mais uma vez, a competência comum da União, Estados e Municípios para a adoção das medidas necessárias, bem como a necessidade – no caso da requisição – de se levar em consideração evidências científicas e análises sobre as informações estratégicas antes de efetivá-las (art. 3º, § 1º), só podendo ser levadas a cabo após a verificação de que inexistem alternativas menos gravosas.

Daí porque a incorporação dos atores políticos (especialmente dos partidos políticos, que abrigam o signo direto dos representantes diretos da população) vinculados à conjuntura política e as diferentes formas normativas de acesso¹⁰⁷⁹ contribuem para a evolução das formas e intensidades das decisões da jurisdição constitucionais. Tais premissas revelam, a toda evidência, uma legítima função catalisadora dos múltiplos interesses do sistema político.

Diante desse cenário, impõe-se trazer à lume alguns elementos informativos do recrudescimento da opção legítima dos partidos políticos na reivindicação (judicialização) da jurisdição constitucional perante o STF, enquanto recurso estratégico dos grupos políticos¹⁰⁸⁰, mas não necessariamente em contraposição ao governo de ocasião. Confirmam-se, inicialmente, segundo dados fornecidos pelo STF¹⁰⁸¹, os maiores litigantes nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, a partir de 2000¹⁰⁸²:

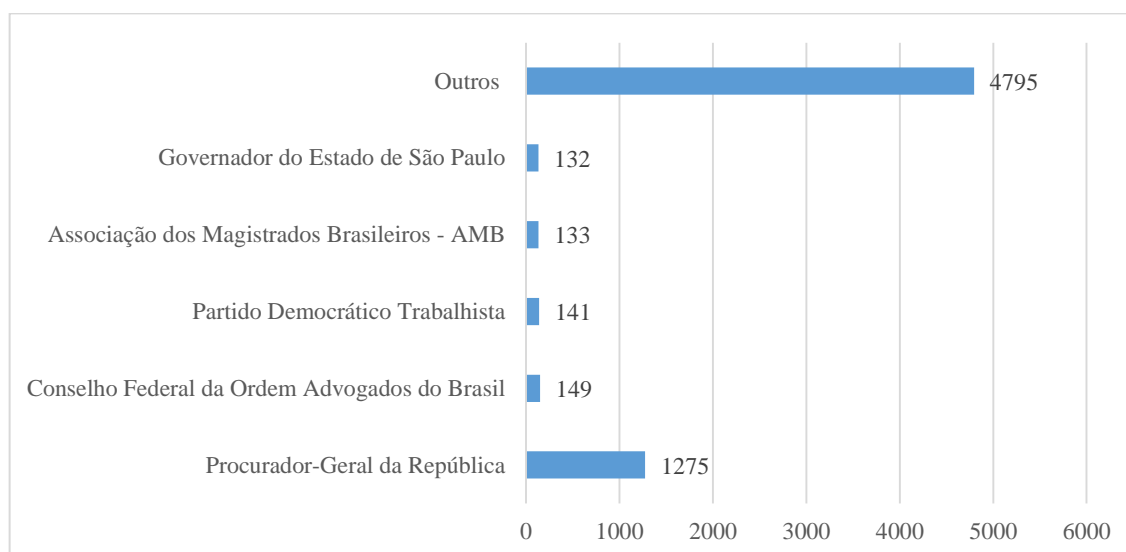
¹⁰⁷⁹ E como frisado anteriormente, o objeto deste ensaio não incorporou, de forma exaustiva, outras ferramentas de acesso ao STF neste período, limitando-se a apontar qualitativamente alguns julgados importantes vinculados à tese em exame.

¹⁰⁸⁰ Cf. HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2007. p. 38-49.

¹⁰⁸¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 02 julho de 2021.

¹⁰⁸² Ressalte-se, novamente, que os processos podem ter um ou mais requerentes, bem como que pode haver variação no registro do nome da parte.

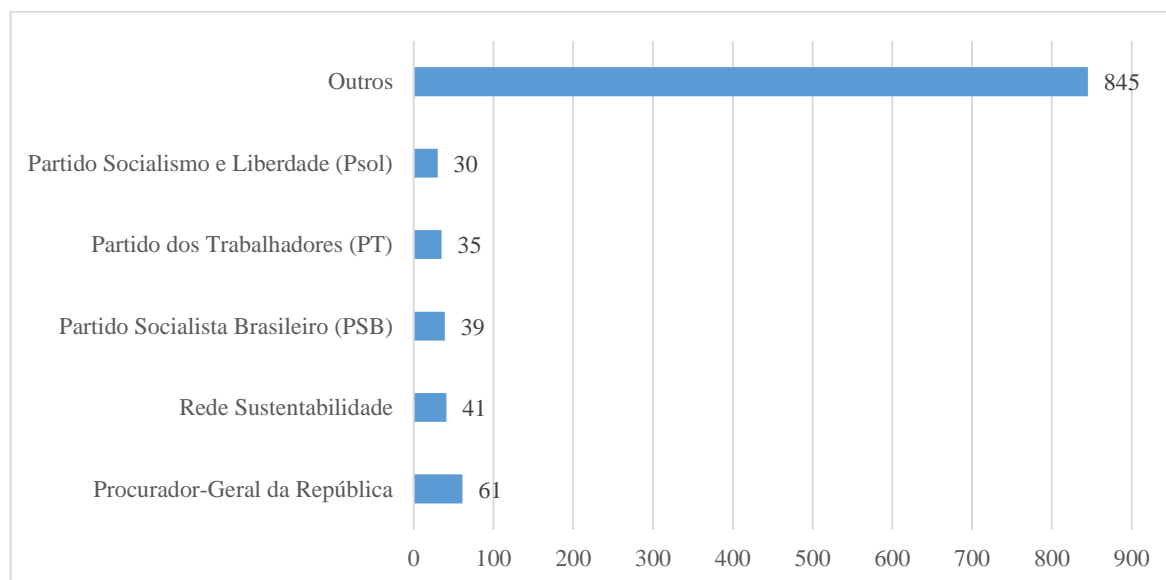
Gráfico 13 – Demandantes mais frequentes: ADIs



Fonte: Elaborado pelo autor (2021) com base nos dados constantes em Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 19 jul. 2021.

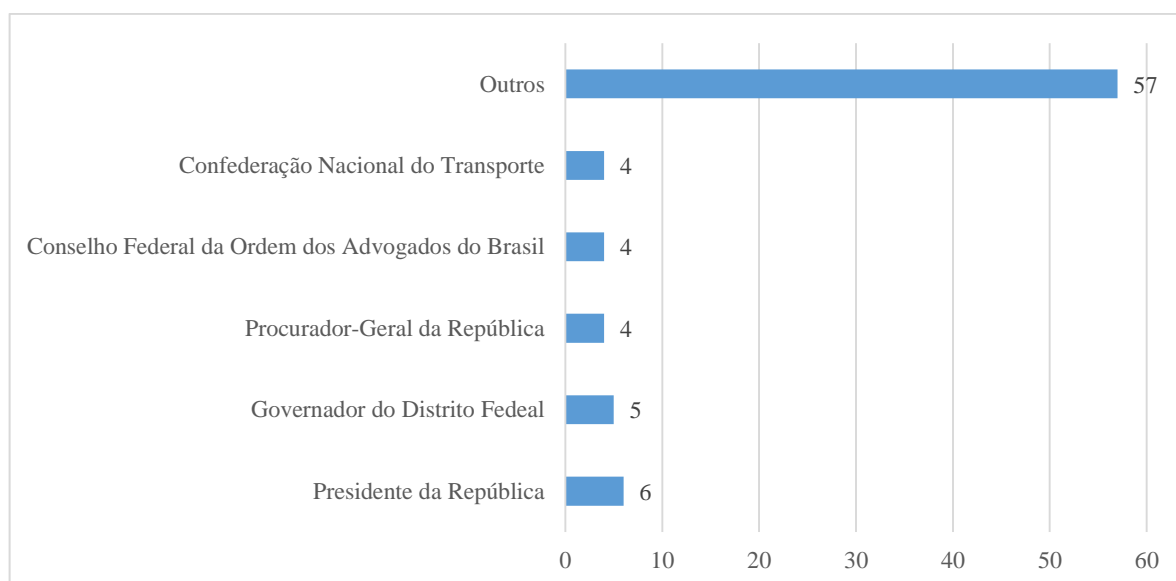
Nota: Ressalte-se, novamente, que os processos podem ter um ou mais requerentes, bem como pode haver variação no registro do nome da parte.

Gráfico 14 – Demandantes mais frequentes: ADPFs



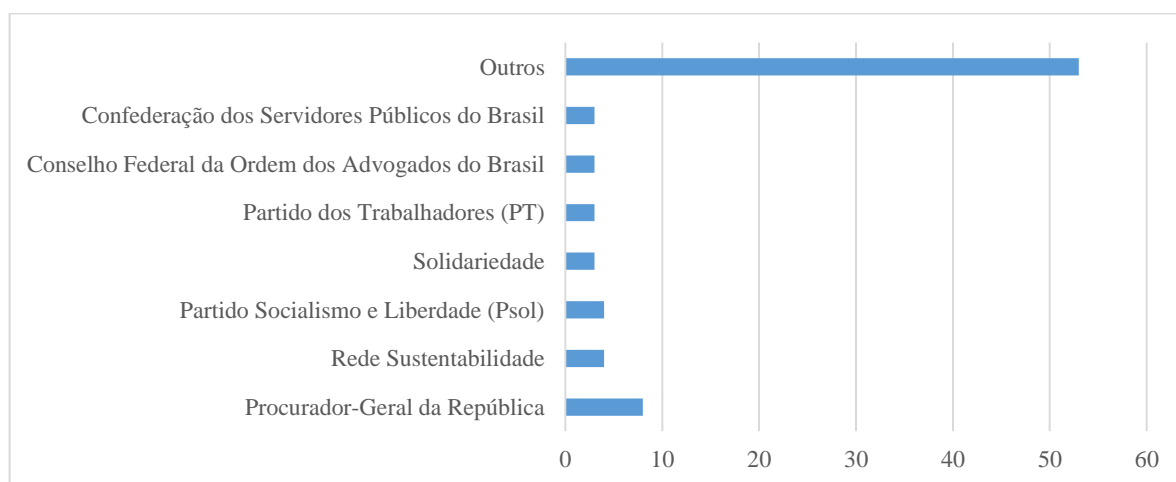
Fonte: Elaborado pelo autor (2021) com base nos dados constantes em Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 19 jul. 2021.

Gráfico 15 – Demandantes mais frequentes: ADCs



Fonte: Elaborado pelo autor (2021) com base nos dados constantes em Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 14 jul. 2021.

Gráfico 16 – Demandantes mais frequentes: ADOs



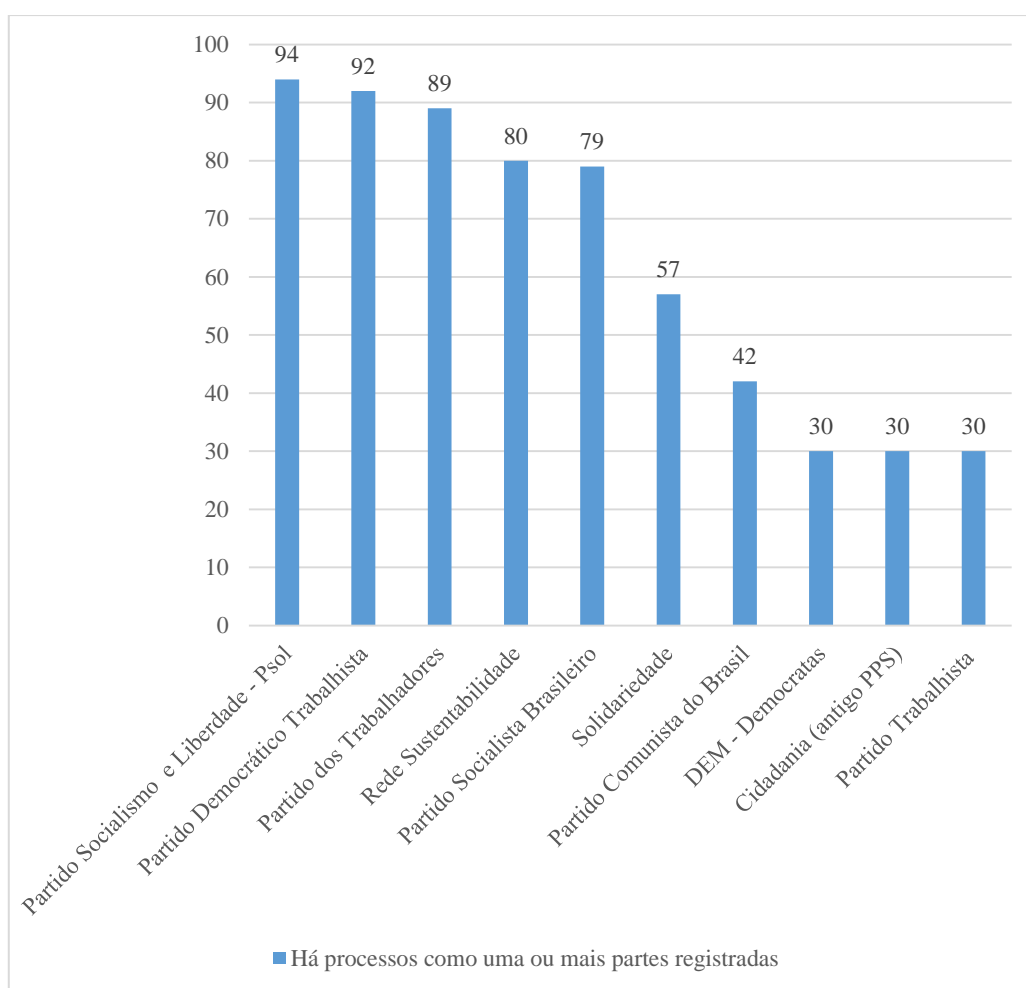
Fonte: Elaborado pelo autor (2021) com base nos dados constantes em Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 14 jul. 2021.

Como se nota, os partidos políticos figuram entre os maiores litigantes em três das quatro classes das ações de controle concentrado nos últimos 21 anos, ao passo que o Presidente da República é o maior demandante nas ADCs. Não se ignora, contudo, que o objeto das ADIs compreende também, conforme já explicitado, atos normativos e leis estaduais (art. 103, I, da CF/ 1988), o que poderia demonstrar apenas o recrudescimento de um conflito federativo, mas

é igualmente válido apontar o crescimento exponencial dos partidos políticos¹⁰⁸³, de todos os matizes, no acesso da jurisdição constitucional, assumindo verdadeiro protagonismo na arena judicial nos últimos dez anos.

Confirmam-se, a propósito, os elementos informativos reunidos – no aludido recorte temporal (mais reduzido) – de acordo com os dados fornecidos pela Secretaria de Gestão Estratégica (SGE) da Suprema Corte (a partir de 2010), abrangendo todas as classes de ações de controle abstrato de constitucionalidade:

Gráfico 17 – Quantidade de vezes em que figura como litigante (Controle Concentrado)

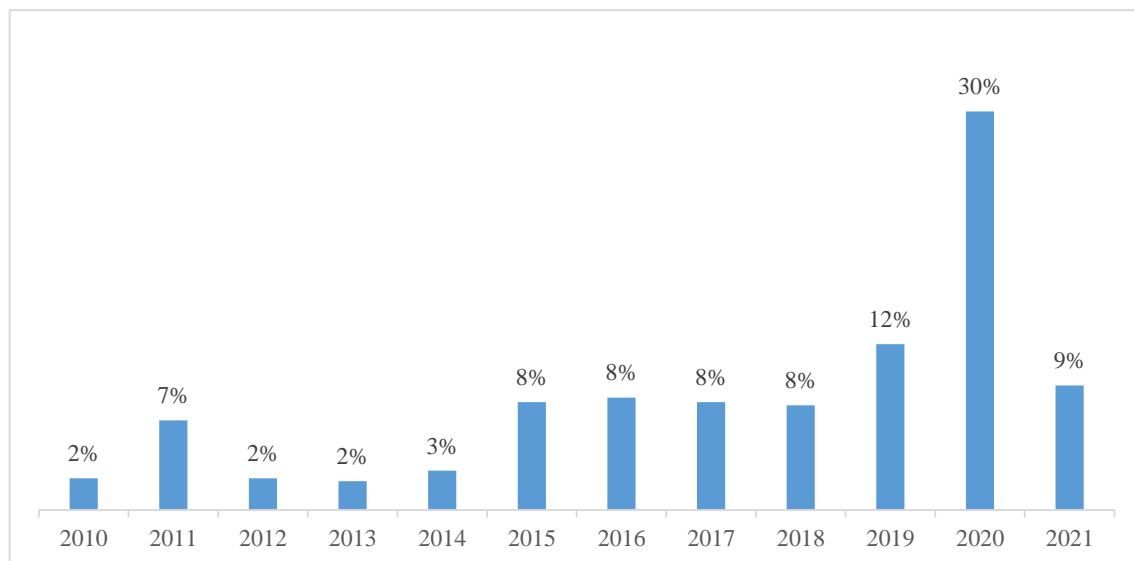


Fonte: Elaborado pelo autor (2021) com base nos dados constantes em Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 14 jul. 2021.

Nota: Ressalte-se, novamente, que os processos podem ter um ou mais requerente, bem como pode haver variação no registro do nome da parte.

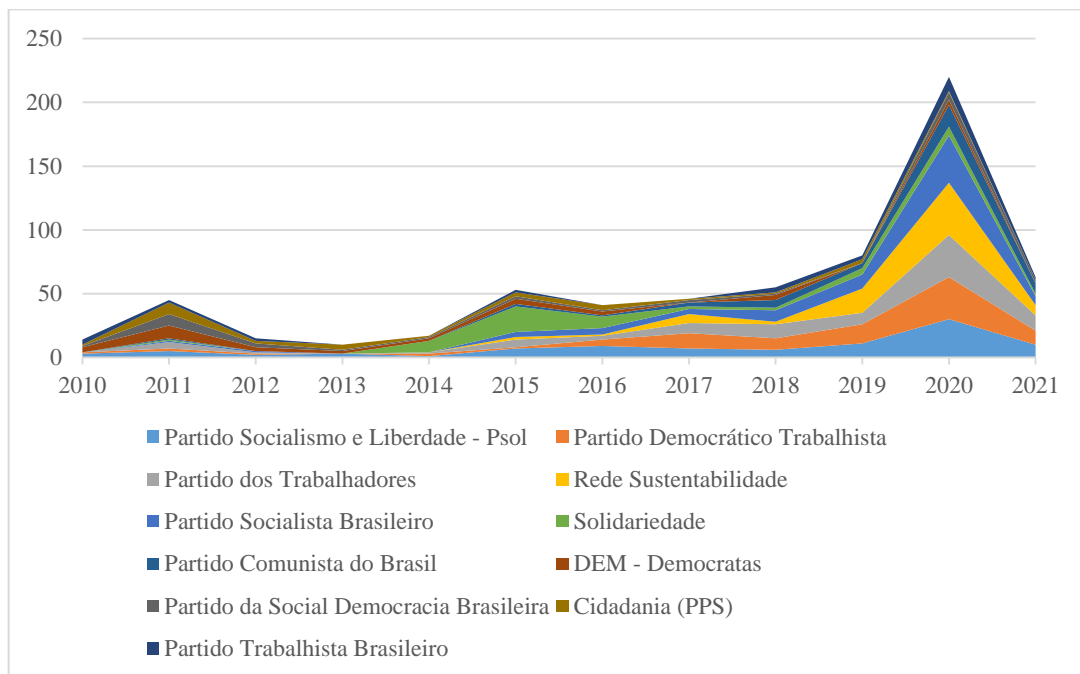
¹⁰⁸³ Convém rememorar que a jurisprudência do STF já consolidou o entendimento de que os partidos políticos com representação no Congresso Nacional gozam da ampla prerrogativa de impugnar qualquer ato normativo do Poder Público, independentemente de seu conteúdo material. Cf. ADI 5980, de relatoria do Ministro Celso de Mello (aposentado).

Gráfico 18 – Partidos Políticos: Ações de Controle Abstrato distribuídas a partir de 2010



Fonte: Elaborado pelo autor (2021) com base nos dados constantes em Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 14 jul. 2021.

Gráfico 19 – Ações de Controle Abstrato distribuídas por ano



Fonte: Elaborado pelo autor (2021) com base nos dados constantes em Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 14 jul. 2021.

Vale dizer, ainda que o controle de constitucionalidade possa servir para a alegada manutenção das atribuições concebidas num federalismo anômalo como o brasileiro – malgrado

a recente orientação jurisdicional tenha incorporado relevantes contornos sobre o equilíbrio e a cooperação de todos os entes da Federação, especialmente na atual crise sanitária¹⁰⁸⁴ –, o cenário institucional aponta que a participação dos partidos políticos na jurisdição constitucional cresceu vertiginosamente, a ponto de responder por quase 30% da propositura das ações de controle abstrato em 2020¹⁰⁸⁵. Daí porque, como visto, a vontade dos agentes estatais constitui decisivamente um genuíno fator de estímulo ao desenvolvimento dos vetores da jurisdição constitucional.

Note-se, ainda, alguns elementos informativos relevantes: (i) há uma discreta maioria de agremiações com base parlamentar numericamente irrelevante – ao menos nesta classe de ação – no exercício da judicialização ao STF, na medida em que o Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido Democrático Trabalhista (PDT), o Partido Socialista Brasileiro (PSB) e o Democratas têm uma base parlamentar quantitativamente significativa na Câmara dos Deputados¹⁰⁸⁶; (ii) a tendência da judicialização pelos partidos ditos de oposição ao governo parece se esvaír a partir de 2018, conforme os dados identificados acima. Com efeito, se as distribuições dessa classe de ações – pelo Democratas (DEM), pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e pelo Solidariedade até 2015, e, por outro lado, do PT e do PDT até 2018 – mostravam-se relevantes, os novos indicadores apontam um recrudescimento difuso e multipartidário no acionamento da jurisdição constitucional.

É verdade que o sucesso das impugnações nessas ações de controle abstrato não é significativo, assim como a maioria das decisões em controle abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos, conforme dados já indicados nesse trabalho. Todavia, a evolução da jurisdição constitucional também perpassa, para além do desenho institucional e dos múltiplos estímulos legislativos – incentivados também pela abertura democrática ocasionada pela realização das audiências públicas – pela intensa provocação dos demais agentes políticos, não apenas para contrapor decisões políticas, mas para buscar a coordenação do STF, por meio da conciliação e mediação, bem como para postular uma colaboração normativa (atípica), a fim de dirimir conflito entre Poderes ou disputas federativas.

¹⁰⁸⁴ Conforme será demonstrado no próximo capítulo.

¹⁰⁸⁵ E aqui não se engloba a participação como amigos da corte.

¹⁰⁸⁶ Com mais de 25 parlamentares cada um. Cf. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Bancada dos partidos*. 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/Internet/Deputado/bancada.asp>. Acesso em: 18 jul. 2021.

5.4. Novos vetores em áreas temáticas

A seleção dos julgamentos que serão apresentados a seguir está ancorada, em grande medida, na observação das razões públicas da deliberação colegiada – e, eventualmente, quando necessário, pela atuação individual dos Ministros do STF –, aliado também ao critério de notoriedade e atualidade das controvérsias (encontradas), a partir do ano de 2010.

Registre-se, inicialmente, que, mantida a composição e a estrutura do STF após a promulgação do Texto Constitucional de 1988, a jurisdição constitucional não sofreu, nos primeiros anos da década de 1990, grandes oscilações próprias de uma emancipação constitucional. Todavia, a atividade jurisdicional passou a ganhar novos contornos a partir de 2000. Nesse sentido, cumpre rememorar algumas viradas jurisdicionais amplamente exploradas na literatura (compreendendo decisões manipulativas substitutivas e aditivas), as quais precedem o estágio atual da jurisdição constitucional: (i) os conhecidos julgamentos nos Mandados de Injunção (MI) 670 (redator para acórdão Ministro Gilmar Mendes)¹⁰⁸⁷, 7081088, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e 712¹⁰⁸⁹, de relatoria do Ministro Eros Grau, em que o STF regulamentou as condições do direito de greve no serviço público, utilizando, para entanto, parâmetros normativos preestabelecidos no ordenamento jurídico (no caso, a Lei 7.783, de 28 de junho de 1989), os quais foram estendidos, por analogia, para viabilizar os direitos fundamentais; (ii) o MI 721¹⁰⁹⁰, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. No caso, o Tribunal julgou parcialmente procedente o pedido formulado por servidora do Ministério da Saúde para assentar o direito da impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço, em decorrência de atividade em trabalho insalubre prevista no § 4º do art. 40 da CF, adotando como

¹⁰⁸⁷ Julgado em 25 de outubro de 2007. De acordo com o trecho do acórdão: “acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conhecer do mandado de injunção e propor a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber”.

¹⁰⁸⁸ Julgado também em 25/10/2007.

¹⁰⁸⁹ Julgado também em 25/10/2007. Reproduzo trechos importantes da ementa deste julgado: “(...) 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar – o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] – é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil”.

¹⁰⁹⁰ De acordo com a emenda: “(...) APOSENTADORIA – TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS – PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR – INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91”.

parâmetro o sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/1991, art. 57), que, como se sabe, dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada.

As decisões foram utilizadas como justificativas no Parlamento para a edição da Lei 13.300/2016¹⁰⁹¹, que disciplinou o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo, bem como autorizou o STF a “estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado” (art. 8º, II).

É evidente que cada área do Direito, guiada por regras e princípios nem sempre compartilhados entre si, apresentam especificidades, mas a colaboração normativa da jurisdição constitucional tem atuado, em maior ou menor grau, em significativa parcela das classes de ações na Suprema Corte, expandindo-se os limites subjetivos ou atingindo situações concretas subjacentes. A amostragem qualitativa testa justamente uma destas feições colaborativas, influenciadas por crises singulares ou estado de coisas consolidado no tempo, que infirmam, por vezes, a natureza jurídica tradicional dos próprios institutos.

5.4.1. Direito Penal

Talvez nenhum outro campo do direito tenha sido rigorosamente acometido dos efeitos da colaboração normativa pela jurisdição constitucional como o direito penal¹⁰⁹²,

¹⁰⁹¹ O então Deputado Federal Flavio Dino (PCdoB-MA) assentou nas razões da justificativa apresentada ao Projeto de Lei 6128/2009 (que resultou na edição da Lei 13.300/2016) a necessidade de seguir a evolução jurisprudencial do STF. Aduziu o seguinte: “O legislador constituinte, preocupado com a perenidade e a efetividade da sua obra, impregnou o novo texto constitucional de garantias tendentes a assegurar-las, tais como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção. Este último, apesar de sua larga utilização, ainda não foi objeto de adequada regulação infraconstitucional. Para ilustrar a importância desse instrumento constitucional, transcrevo abaixo relato colhido do sítio do Supremo Tribunal Federal: (...) Além de sublinhar a importância de prioridade no atendimento das citadas decisões do STF, a transcrição demonstra a relevância de edição de uma lei específica acerca de tal ação constitucional, a exemplo do já procedido no tocante à ação direta de inconstitucionalidade, à arguição de descumprimento de preceito fundamental e, mais recentemente, ao mandado de segurança. Esse é o objetivo da presente proposição. Proponho a regulação do procedimento do mandado de injunção, fixando inclusive as normas quanto aos seus efeitos mandamentais, em sintonia com a evolução jurisprudencial pátria (MI 721-DF, entre outros precedentes). O projeto é inovador nas disposições relativas ao mandado de injunção coletivo, à eventual efeito *erga omnes* e na previsão de uma ação de revisão da decisão proferida em mandado de injunção, ‘quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito’”. DINO, Flávio. *Projeto de Lei nº 6128, de 2009*. 2009. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=697234&filename=Tramitacao-PL+6128/2009. Acesso em: 21 jul. 2021.

¹⁰⁹² Reconhece-se, no entanto, a atuação proativa do STF no campo eleitoral, especialmente nos seguintes casos (mais recentes): (i) ADPF 738, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Trata-se de ação de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, por meio da qual pretendia o reconhecimento da “a imediata aplicação dos efeitos do julgamento realizado pelo E. Tribunal Superior Eleitoral na Consulta nº 0600306-47.2019.6.00.0000”. Tal ato normativo estabelecia a distribuição dos recursos do Fundo

independentemente da natureza jurídica da classe de ações no STF, em que, não raro, há uma inquietação perene na resolução de questões políticas estruturais do sistema criminal, e que resultaram, a partir de então, numa revolução jurisdicional silenciosa, com ampla repercussão normativa a um espectro indeterminado de pessoas.

O *Habeas Corpus* 143.641/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 20/2/2018, foi um dos grandes marcos dessa faceta da jurisdição constitucional, compreendendo um claro sintoma da evolução dos seus vetores, por múltiplas razões. Como se sabe, ao constatar a exagerada e desarrazoada imposição de prisões preventivas a mulheres pobres e vulneráveis (“cultura do encarceramento”)¹⁰⁹³, além do descumprimento sistêmico das regras constitucionais, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, a Segunda Turma do STF concedeu a ordem, em remédio heroico tradicionalmente subjetivo, para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres¹⁰⁹⁴ presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, reescrevendo, mais uma vez, a doutrina brasileira do *habeas corpus*. Mas não é só. Traçou genuína disciplina normativa para regulamentar hipóteses concretas das mulheres custodiadas. Confira-se, a propósito, trecho do acórdão:

Prosseguindo no julgamento, por maioria, conceder a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas nesse processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente

Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão de forma proporcional à quantidade de candidatos negros de cada partido. Ao referendar a medida cautelar, a Corte entendeu que a sub-representatividade de pessoas negras nos cargos eletivos decorre do racismo estrutural na sociedade e caracteriza um estado de coisas inconstitucional; (ii) ADI 4650, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em que a Corte julgou procedente pedido da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para declarar a inconstitucionalidade de dispositivos que autorizavam a contribuição de empresas a campanhas eleitorais e partidos políticos, uma vez que, segundo a maioria dos ministros, as doações por empresas representavam uma interferência do poder econômico nas eleições, ferindo princípios constitucionais, como o da igualdade.

¹⁰⁹³ Diversos dados coligidos pelo relator, de fontes distintas, revelaram que: (i) a população absoluta de mulheres encarceradas no sistema penitenciário cresceu 567% entre os anos 2000 e 2014, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres (Brasília: Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça, Junho/2017); (ii) 68% das mulheres estão presas por crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes, delitos que, na grande maioria dos casos, não envolvem violência nem grave ameaça a pessoas, e cuja repressão recai, não raro, sobre a parcela mais vulnerável da população.

¹⁰⁹⁴ A ordem também beneficiou diretamente às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional.

fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício Estender a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas acima. Quando a detida for tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão. Se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado art. 319 do CPP. Para apurar a situação de guardião dos filhos da mulher presa, dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe. Faculta-se ao juiz, sem prejuízo de cumprir, desde logo, a presente determinação, requisitar a elaboração de laudo social para eventual reanálise do benefício. Caso se constate a suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão, a presente ordem não se aplicará. A fim de se dar cumprimento imediato a esta decisão, deverão ser comunicados os Presidentes dos Tribunais Estaduais e Federais, inclusive da Justiça Militar Estadual e Federal, para que prestem informações e, no prazo máximo de 60 dias a contar de sua publicação, implementem de modo integral as determinações estabelecidas no presente julgamento, à luz dos parâmetros ora enunciados. Com vistas a conferir maior agilidade, e sem prejuízo da medida determinada acima, também deverá ser oficiado ao DEPEN para que comunique aos estabelecimentos prisionais a decisão, cabendo a estes, independentemente de outra provocação, informar aos respectivos juízos a condição de gestante ou mãe das presas preventivas sob sua custódia. Deverá ser oficiado, igualmente, ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ, para que, no âmbito de atuação do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, avalie o cabimento de intervenção nos termos preconizados no art. 1º, § 1º, II, da Lei 12.106/2009, sem prejuízo de outras medidas de reinserção social para as beneficiárias desta decisão. O CNJ poderá ainda, no contexto do Projeto Saúde Prisional, atuar junto às esferas competentes para que o protocolo de entrada no ambiente prisional seja precedido de exame apto a verificar a situação de gestante da mulher. Tal diretriz está de acordo com o Eixo 2 do referido programa, que prioriza a saúde das mulheres privadas de liberdade. Os juízes responsáveis pela realização das audiências de custódia, bem como aqueles perante os quais se processam ações penais em que há mulheres presas preventivamente, deverão proceder à análise do cabimento da prisão, à luz das diretrizes ora firmadas, de ofício. Embora a provocação por meio de advogado não seja vedada para o cumprimento desta decisão, ela é dispensável, pois o que se almeja é, justamente, suprir falhas estruturais de acesso à Justiça da população presa. Cabe ao Judiciário adotar postura ativa ao dar pleno cumprimento a esta ordem judicial. Nas hipóteses de descumprimento da presente decisão, a ferramenta a ser utilizada é o recurso, e não a reclamação, como já explicitado na ADPF 347¹⁰⁹⁵.

Nesse cenário, apesar da natureza individual desse remédio heroico em decorrência da redação do art. 5º, LXVIII, da CF/88¹⁰⁹⁶ – e sobretudo porque não há expressa designação de *habeas corpus* coletivo, tal como ocorre em relação ao mandado de segurança, por exemplo

¹⁰⁹⁵ Grifou-se.

¹⁰⁹⁶ Art. 5º, LXVIII – conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

(art. 5º, LXX, da CF/88)¹⁰⁹⁷ –, a Segunda Turma, ao conceder a ordem e reafirmar, portanto, decisão pretérita do Ministro Ricardo Lewandowski¹⁰⁹⁸, reconheceu, de forma inédita nessa classe, a legitimidade ativa dos atores indicados no art. 12 da Lei 13.300/2016¹⁰⁹⁹, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo¹¹⁰⁰. Transcrevem-se, nessa linha de ideia, importantes fragmentos da decisão monocrática proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski:

De forma coerente com essa realidade ora narrada, o Supremo Tribunal Federal vem alargando o uso dos institutos para lidar com situações em que os direitos de coletividades estão sob risco de grave lesão. Tem-se admitido ampla utilização da ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), assim como do mandado de injunção coletivo.

Com maior razão, deve-se autorizar o uso do *habeas corpus* na forma coletiva. Honra-se, desta forma, a tradição brasileira de dar a maior amplitude possível ao remédio heroico, conhecida como “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, que encontrou em Ruy Barbosa um grande defensor.

Segundo essa doutrina preconizava, se há um direito sendo violado, deve haver um remédio à altura da lesão. Numa sociedade burocratizada, a lesão pode assumir caráter coletivo e, neste caso, o justo consiste em disponibilizar um remédio efetivo e funcional para a proteção da coletividade – mormente de coletividades vulneráveis socioeconomicamente. (...)

No Brasil, além da já citada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, que integra a história do instituto em questão e mostra o quanto ele pode ser maleável diante das lesões aos direitos fundamentais, temos ainda dispositivos legais que encorajam à superação de posicionamento no sentido do não cabimento do *writ* na forma coletiva.

¹⁰⁹⁷ Art. 5º, LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

¹⁰⁹⁸ Documento Eletrônico 32.

¹⁰⁹⁹ Trata-se, como visto, da lei que disciplinou o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo, e tem a seguinte previsão: Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido: I – pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis; II – por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária; III – por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial; IV – pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.

¹¹⁰⁰ O relator determinou, nessa ocasião, que os impetrantes do *habeas corpus* (Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso, Hilem Oliveira – todos membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos – CADHu) passassem a figurar como assistentes, reconhecendo a legitimidade ativa da Defensoria Pública da União, por “se tratar de ação de caráter nacional”.

Nesse sentido, destaco o art. 654, § 2º do Código de Processo Penal que preconiza a competência de juízes e os tribunais “para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal” (grifei). A faculdade de concessão, ainda que de ofício, de *habeas corpus*, revela o quanto o remédio heroico é flexível e estruturado de forma a combater, de forma célere e eficaz, às ameaças e lesões a direitos relacionados ao *status libertatis* do paciente. Indispensável destacar, ainda, que a ordem pode ser estendida a todos que se encontram na mesma situação, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal. (...)

A existência de outras ferramentas disponíveis para suscitar a defesa coletiva de direitos – notadamente, em casos como o presente, a ADPF, não deve ser óbice ao conhecimento deste *habeas corpus*. O rol de legitimados dos instrumentos não é o mesmo, sendo consideravelmente mais restrito na ADPF, e o acesso à Justiça em nosso País, sobretudo das mulheres presas e pobres (talvez um dos grupos mais oprimidos do Brasil), por ser notoriamente insuficiente, não pode prescindir da atuação da sociedade civil na defesa de direitos. Deve-se extrair do *habeas corpus*, instrumento flexível e relevante, sua mais ampla potencialidade, nos termos dos princípios ligados ao acesso à Justiça da Constituição e ao art. 25 do Pacto de São José da Costa Rica. (...)

No caso concreto, essa *ratio decidendi* fica fortalecida pelo reconhecimento do ‘Estado de coisas inconstitucional’ do sistema prisional brasileiro, tal como levado a efeito por esta Suprema Corte quando do julgamento da ADPF 347 MC/DF. Naquele julgamento, a qual a narrativa do presente *habeas corpus* – de insuficiência estrutural específica em relação à situação da mulher presa – foi expressamente abordada.

A despeito do cabimento do *habeas corpus* coletivo, penso, com a devida *venia*, que são necessários certos parâmetros em termos de legitimidade ativa, como, aliás, é a regra em se tratando de ações de natureza coletiva. Parece, nesse sentido, que por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo (art. 12, IV, da Lei 13.300/2016), o ideal é reconhecer a legitimidade ativa à Defensoria Pública da União, por se tratar de ação de caráter nacional, e admitir as impetrantes como assistentes, em condição análoga à atribuída às demais Defensorias Públicas atuantes no feito.

Ademais, para além da expansão da natureza do *habeas corpus*¹¹⁰¹, dos seus beneficiários e da ampliação da legitimidade ativa, o julgamento histórico da Suprema Corte constituiu verdadeira fonte normativa ao Congresso Nacional para a edição da Lei 13.769/2018¹¹⁰², que, ao incluir os arts. 318-A e 318-B no Código de Processo Penal, estabeleceu a obrigatoriedade da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, com

¹¹⁰¹ Não se ignora aqui que a festejada a doutrina brasileira do *habeas corpus*, como visto no capítulo anterior, constituiu relevante movimento ao admitir a utilização da ação para a proteção do indivíduo contra qualquer tipo de violência ou coação que tivesse por origem ilegalidade ou abuso do poder, mas surgiu justamente diante da indeterminação contida no art. 72, § 22º da Constituição de 1891.

¹¹⁰² De acordo com o Parecer proferido em Plenário da Câmara dos Deputados pela Relatora, Deputada Keiko Ota (PSB-SP), que concluiu pela “constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa”.

as ressalvas ali determinadas. Induvidoso, portanto, o emprego direto do resultado da jurisdição constitucional no esforço legislativo de minimizar tal cultura do encarceramento.

Após esse julgamento, outras decisões correlatas, de igual envergadura, foram proferidas pela STF. É o que se extrai do HC 143.988/ES¹¹⁰³, de relatoria do Ministro Edson Fachin, em que a Segunda Turma da Corte, em ambiente do plenário virtual¹¹⁰⁴, determinou a redução da taxa de superlotação de unidades de internação de menores localizadas em diversos Estados do País, proibindo que tais estabelecimentos ultrapassassem a capacidade projetada de internação prevista para cada unidade. Sem prejuízo, a Turma também fixou critérios e parâmetros a serem observados pelos magistrados nas unidades de internação que operam com a taxa de ocupação dos adolescentes superior à capacidade projetada¹¹⁰⁵, além de estabelecer determinação para criação de um Observatório Judicial sobre o cumprimento das internações socioeducativas “na forma de comissão temporária, a ser designada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para o fim de, à luz do inciso III do artigo 30 do RISTF”.

Outro importante julgamento ocorreu no exame do HC 165.704/DF¹¹⁰⁶, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado na Segunda Turma em 20/10/2020. Foi concedida a ordem para determinar a substituição da prisão cautelar dos pais (homens) e responsáveis por crianças menores e pessoas com deficiência, desde que observadas as condicionantes previstas no

¹¹⁰³ Tratava-se de *habeas corpus* coletivo impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo em favor da coletividade de adolescentes internos na Unidade de Internação Regional Norte de Linhares/ES (UNI-Norte).

¹¹⁰⁴ Julgado em sessão virtual de 14 a 21 de agosto de 2020.

¹¹⁰⁵ São elas: “i) adoção do princípio *numerus clausus* como estratégia de gestão, com a liberação de nova vaga na hipótese de ingresso; ii) reavaliação dos adolescentes internados exclusivamente em razão da reiteração em infrações cometidas sem violência ou grave ameaça à pessoa, com a designação de audiência e oitiva da equipe técnica para o mister; iii) proceder-se à transferência dos adolescentes sobressalentes para outras unidades que não estejam com capacidade de ocupação superior ao limite projetado do estabelecimento, contanto que em localidade próxima à residência dos seus familiares; iv) subsidiariamente, caso as medidas propostas sejam insuficientes e essa transferência não seja possível, o Magistrado deverá atender ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012, até que seja atingido o limite máximo de ocupação; v) na hipótese de impossibilidade de adoção das medidas supra, que haja conversão de medidas de internação em internações domiciliares, sem qualquer prejuízo ao correto cumprimento do plano individual de atendimento – podendo ser adotadas diligências adicionais de modo a viabilizar o seu adequado acompanhamento e execução; vi) a internação domiciliar poderá ser cumulada com a imposição de medidas protetivas e/ou acompanhada da advertência ao adolescente infrator de que o descumprimento injustificado do plano individual de atendimento ou a reiteração em atos infracionais poderá acarretar a volta ao estabelecimento de origem; vii) a fiscalização da internação domiciliar poderá ser deprecada à respectiva Comarca, nos casos em que o local da residência do interno não coincida com o da execução da medida de internação, respeitadas as regras de competência e organização judiciária; viii) alternativamente, a adoção justificada pelo magistrado de outras diretrizes que entenda adequadas e condizentes com os postulados constitucionais e demais instrumentos normativos”.

¹¹⁰⁶ O remédio heroico foi proposto por Julio Cesar Carminati Simões em favor de “todas as pessoas que se encontram presas e que têm sob a sua única responsabilidade deficientes e crianças”, contra “decisões proferidas pelos MM. Juízes e Juízas das varas criminais estaduais e dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios; dos MM. Juízes e Juízas Federais com competência criminal e dos Tribunais Regionais Federais; e do Superior Tribunal de Justiça”.

acórdão¹¹⁰⁷. A ementa do julgamento, curiosamente, também faz menção a extensão dos “efeitos do acórdão proferido nos autos do HC 143.641”, constituindo tal precedente, repise-se, importante fonte jurídica tanto para o Congresso quanto para o próprio STF. Ademais, não bastasse a mutação do remédio heroico, o relator propôs, em seu voto, “a reavaliação das medidas de fiscalização e monitoramento necessárias ao cumprimento do acórdão, nos termos acima descritos”, a demonstrar, a toda evidência, uma preocupação constante com a implementação das medidas normativas fixadas no acórdão.

Nitidamente, os precedentes acima identificados são quantitativamente irrelevantes em cotejo ao número expressivo de impetrações do remédio heroico na Suprema Corte. Todavia, a importância dos julgamentos repousa na inédita postura adotada por parcela significativa dos ministros da Corte¹¹⁰⁸, voltada a modificar a natureza do próprio instituto, beneficiando, por corolário lógico, um conjunto maior (e passível de determinação) de pessoas em situações análogas, mas sem desbordar dos limites semânticos da própria essência do *habeas corpus* que, ao final e ao cabo, tutela a própria liberdade de locomoção¹¹⁰⁹. Ademais, o comportamento judicial não apenas encontra abrigo nas manifestações de órgãos de outros Poderes (Defensoria Pública da União), mas, ressalte-se, foi utilizado pelos congressistas (no caso do HC 143.641/SP) como justificativa para a edição da Lei 13.769/2018.

No plano da fiscalização abstrata das leis e atos normativos, sobressaem – como destaques das novas funções da jurisdição constitucional – as decisões proferidas na ADPF 347 MC/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, na ADO 26/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, e (mais remotamente) na ADPF 54/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

¹¹⁰⁷ São elas: “(i) presença de prova dos requisitos do art. 318 do CPP, o que poderá ser realizado inclusive através de audiência em caso de dúvida sobre a prova documental carreada aos autos; (ii) em caso de concessão da ordem para pais, que haja a demonstração de que se trata do único responsável pelos cuidados do menor de 12 (doze) anos ou de pessoa com deficiência, nos termos acima descritos; (iii) em caso de concessão para outros responsáveis que não sejam a mãe ou o pai, a comprovação de que se trata de pessoa imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (iv) a submissão aos mesmos condicionamentos enunciados no julgamento do HC 143.641/SP, especialmente no que se refere à vedação da substituição da prisão preventiva pela segregação domiciliar em casos de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, ou contra os próprios filhos ou dependentes; (v) a concessão da ordem, em caráter emergencial, nos casos elencados na Recomendação 62/2020 do CNJ, para substituição da prisão preventiva por domiciliar ou concessão de saída antecipada do regime fechado ou semiaberto, nos termos da Súmula Vinculante 56 desta Corte; (vi) a comunicação da ordem ao DMF para acompanhamento da execução; (vii) a expedição de ofício a todos os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, com cópia desta decisão, para que comuniquem a esta Corte os casos de concessão de habeas corpus com base neste julgamento, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias”.

¹¹⁰⁸ Especialmente aqueles que integram a Segunda Turma da Corte: Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Edson Fachin e agora Nunes Marques (sucendo o Ministro Celso de Mello).

¹¹⁰⁹ Cumpre assinalar, no entanto, que o STF já admitiu a possibilidade da impetração do *habeas corpus* quando a liberdade do paciente for indiretamente atingida pela decisão hostilizada. É o que se extrai, v.g., do HC 127.415/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (inépcia da denúncia); e do HC 136.331/RS, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski (ilegalidade na inobservância do direito ao silêncio).

No primeiro caso, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL ajuizou a ação¹¹¹⁰, com pedido de tutela de urgência, para que fosse reconhecida a figura do “estado de coisas inconstitucional”¹¹¹¹ relativamente ao sistema penitenciário brasileiro, além de solicitar a implementação de medidas estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos¹¹¹². Aduziu, outrossim, que as condições precárias do sistema prisional constituem quadro fático incompatível com os direitos e valores fundamentais da Constituição Federal, e fez menção expressa à decisão da Corte Constitucional da Colômbia¹¹¹³, que denominou de “estado de coisas inconstitucional”, a fim de propugnar pela intervenção do Supremo.

Ao finalizar o julgamento da medida liminar em 9/9/2015, a Corte apreciou cada um dos pedidos formulados na exordial, deferindo, dentre as medidas acolhidas, a aplicação direta de normas internacionais. Com efeito, o STF determinou aos juízes e tribunais de todo o País que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizassem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando, por consequência, o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão¹¹¹⁴. Foi deferida, ainda, a medida

¹¹¹⁰ Em razão “de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal”.

¹¹¹¹ O que permitiria, na visão do autor, impor aos Poderes Públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar a sua efetiva implementação. Isso porque um dos fundamentos da tese repousava justamente no contingenciamento orçamentário na casa de mais de R\$2 bilhões ao Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, criado pela Lei Complementar 79/1994 e regulamentado mediante o Decreto 1.093/1994, para fazer frente ao financiamento de medidas e programas voltados à modernização e humanização do sistema prisional brasileiro.

¹¹¹² Dentre elas, a determinação “ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um plano nacional (‘Plano Nacional’) visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos. O Plano Nacional deverá conter propostas e metas específicas para a superação das graves violações aos direitos fundamentais dos presos em todo o país, especialmente no que toca à (i) redução da superlotação dos presídios; (ii) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (iii) diminuição do número de presos provisórios; (iv) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no que tange a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (v) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito; (vi) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vii) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (viii) eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (ix) adoção de medidas visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT” (Documento Eletrônico 1).

¹¹¹³ Como se sabe, o Tribunal já examinou, há mais de vinte anos, ações de tutela individuais que tratam de violações coletivas ou estruturais à liberdade e à dignidade, como ocorreu no famoso julgamento do processo T-153/98, no qual se declarou a existência de um estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário colombiano Cf. CORTE CONSTITUCIONAL – REPÚBLICA DE COLÔMBIA. *Sentencia T-153/98*. Sentencia aprobada por la Sala Tercera de Revisión, en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días del mes de Abril de mil novecientos noventa y ocho (1998). 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 18 jul. 2021.

¹¹¹⁴ Era o pedido formulado na alínea “b” do pedido cautelar (Documento Eletrônico 1).

liminar – em relação a alínea “h” do pedido¹¹¹⁵ – para determinar à União que liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos¹¹¹⁶. Além disso, o Tribunal deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso para, de ofício, determinar à União e aos Estados¹¹¹⁷ que encaminhassem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional. Os demais pedidos foram indeferidos¹¹¹⁸.

A União noticiou a formulação superveniente do Plano Nacional de Segurança Pública em 5 de fevereiro de 2017 – um dos pedidos constantes da exordial – o qual teria como um dos principais objetivos a modernização e racionalização do sistema penitenciário, além da adoção de outras providências visando atingir outras finalidades, tais como: (i) a separação de unidades de acordo com a gravidade dos crimes praticados; (ii) a realização de propostas para a redução de quantidade de presos provisórios¹¹¹⁹. Daí porque propugnou pelo reconhecimento da prejudicialidade da ADPF quanto aos pedidos “relacionados à União”. Todavia, iniciado o julgamento do mérito em sessão virtual¹¹²⁰, sobreveio o pedido de vista formulado pelo Ministro Roberto Barroso, interrompendo, dessa forma, o exame pelo colegiado.

De todo modo, o relator, Ministro Marco Aurélio, apresentou o seu voto, julgando parcialmente procedente a pretensão inicial, nos seguintes termos:

¹¹¹⁵ Documento Eletrônico 1.

¹¹¹⁶ Não se ignora, contudo, que a Corte, anteriormente, ao apreciar o Recurso Extraordinário 592.581 (Tema 220) em 13/8/2015, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, já havia consignado ser possível ao Judiciário obrigar a União, os Estados e o Distrito Federal a realizarem obras em presídios, independentemente de dotação orçamentária, objetivando garantir a integridade física dos custodiados, presentes o princípio do mínimo existencial e o postulado da dignidade da pessoa humana. Restou, por fim, fixada a seguinte tese: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”.

¹¹¹⁷ Especificamente direcionada ao Estado de São Paulo.

¹¹¹⁸ Dentre os pedidos indeferidos, destaquem-se os pedidos (i) para determinar a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivassem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal; (ii) para determinar aos juízes e tribunais brasileiros que passassem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.

¹¹¹⁹ Documentos eletrônicos 421 a 423. Ademais, o autor formulou pedido de aditamento da petição inicial, questionando a compatibilidade, com a Constituição Federal, dos artigos 1º a 3º da Medida Provisória 755, de 19 de dezembro de 2016, a versarem finalidades e percentuais de destinação dos recursos do Fundo. Posteriormente, tal ato normativo foi revogado pela MP 781/2017, que, por sua vez, foi convertida com alterações substanciais na Lei 13.500/2017.

¹¹²⁰ Em sessão virtual de 28 de maio a 7 de junho de 2021.

Julgo procedente o pedido formulado na alínea “a” da peça primeira, declarando o estado de coisas inconstitucional relativamente ao sistema carcerário brasileiro.

Julgo procedente, em parte, o pedido formalizado na alínea “b”, para, confirmando a medida acauteladora, determinar: a) aos juízes e tribunais, que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) aos juízes e tribunais, que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) aos juízes e tribunais, que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes, que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) à União, que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, a ser utilizado conforme a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Julgo procedente, em parte, os pedidos veiculados nas alíneas “c” e “g” da inicial, determinando: 1. ao Governo Federal, a elaboração, no prazo de três meses, de plano nacional visando a superação, em, no máximo, três anos, do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário, observadas as balizas mínimas voltadas a: (i) redução da superlotação dos presídios; (ii) diminuição do número de presos provisórios; (iii) adequação das instalações dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos, relativamente a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (iv) separação dos custodiados a partir de critérios como gênero, idade, situação processual e natureza do crime; (v) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à Justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vi) contratação e capacitação de pessoal para atuação nas instituições prisionais; (vii) eliminação de tortura, maus-tratos e aplicação de penalidades, sem o devido processo legal, nos estabelecimentos prisionais; (viii) tratamento adequado considerados grupos vulneráveis, como mulheres e população LGBT;

2. aos Estados e Distrito Federal, a formulação, observado o prazo de três meses, contados da publicação do plano formalizado pela União, de planos próprios, em harmonia com o nacional, visando a superação, em dois anos, do estado de coisas inconstitucional.

Julgo improcedentes os pedidos contidos nas alíneas “c”, quanto ao encaminhamento do plano federal ao Supremo e à previsão dos recursos necessários à implementação; “d”, “e”, “f”, no tocante à deliberação do plano nacional e à previsão, pelos Estados e Distrito Federal, das verbas à implementação dos planos; “g”, “h” e “i” da inicial.

Nessa perspectiva, caso prevaleça o entendimento manifestado anteriormente, para além da reafirmação do reconhecimento do estado de coisa inconstitucional, o Plenário do STF

chancelará a sua função de colaborador normativo para a implementação de políticas públicas, especialmente no âmbito da política criminal, a fim de garantir o mínimo existencial dos direitos fundamentais, o que não se coaduna *prima facie* em relação às promessas vazias indicadas no Plano Nacional de Segurança Pública apresentado pela União¹¹²¹.

Quanto ao julgamento da ADO 26/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, ocorrido em 13/6/2019, verifica-se que o então Partido Popular Socialista (atual Cidadania) impugnou a alegada mora legislativa atribuída ao Congresso Nacional que – segundo a exordial – estaria frustrando a tramitação e a apreciação de proposições legislativas apresentadas com o objetivo de incriminar todas as formas de homofobia e de transfobia, sonogando, assim, a efetiva proteção jurídica aos integrantes da comunidade LGBTTT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transsexuais e Transgêneros).

Apesar de o Senado Federal ter demonstrado, em suas informações, a existência de projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional sobre o tema¹¹²², e que, portanto, não estaria, em tese, configurada a inação legislativa, o Plenário do STF reconheceu a omissão qualificada do Parlamento, infirmando a suposta intenção dos congressistas em disciplinar a matéria, numa interação franca e colaborativa evidente com os argumentos prestados pelo Parlamento, conforme as razões constantes do voto do relator. Veja-se:

A hipótese versada nesta ação constitucional traduz – como precedentemente enfatizado no douto parecer do Ministério Público Federal – uma típica situação de desrespeito à Lei Fundamental, por omissão normativa unicamente imputável ao Congresso Nacional, eis que – decorridos mais de trinta (30) anos da promulgação da Carta Política –, esta, no que concerne à discriminação contra homossexuais e transgêneros, ainda não constituiu objeto da necessária regulação legislativa viabilizadora da proteção penal a ser dispensada aos integrantes da comunidade LGBT. (...)

Tenho por inacolhível, por isso mesmo, a alegação de que a mera existência de proposição legislativa no Congresso Nacional afastaria, por si só, a configuração, na espécie, de inércia por parte do Poder Legislativo.

Cabe observar, no ponto, que, após mais de (05) anos de tramitação, o Projeto de Lei nº 5.003/2001, proposto pela então Deputada Federal Iara Bernardi, em 07/08/2001, com o objetivo de definir ‘os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero’, foi

¹¹²¹ Nesse ponto, a Procuradoria-Geral da República assentou com precisão: “O Plano Nacional de Segurança Pública referido pelo órgão, reproduzido na peça 422, limita-se a enunciar, de forma genérica e sem detalhamento, promessas e metas relativas à segurança pública em geral, como redução de homicídios, feminicídios e violência contra a mulher, combate à criminalidade organizada e, finalmente, racionalização e modernização do sistema penitenciário. Não traz dados nem aponta medidas concretas e específicas, cronogramas de ação estatal, fontes de investimentos a serem implementados, etc.” (Documento Eletrônico 434).

¹¹²² Documento Eletrônico 31. Segundo o informado, o Projeto de Lei 122/2006, do Senado Federal (em que se converteu o Projeto de Lei 5.003/2001, aprovado pela Câmara dos Deputados em 2006), foi incorporado ao projeto de novo Código Penal (PLS 236/2012) “sem prazo para ser votado”.

aprovado, em 23/11/2006, pela Câmara dos Deputados, vindo a ser encaminhado ao Senado Federal, no qual passou a ser designado como Projeto da Câmara nº 122/2006. Essa proposição legislativa (PL nº 122/2006), por sua vez, então em tramitação no Senado Federal, não obstante decorridos mais de oito (08) anos de seu recebimento na Câmara Alta, teve encerrada a sua apreciação, ao final da 54ª legislatura, eis que, segundo as normas regimentais (RISF, art. 322, § 1º), impõe-se o arquivamento automático das proposições que se encontrem em processamento há mais de duas legislaturas.

É certo que, por meio do Requerimento nº 46/2011, subscrito por ilustres Senadores, entre os quais a Senadora Marta Suplicy, foi requerido, nos termos do Regimento Interno da Casa Legislativa (RISF, art. 322, § 1º), o desarquivamento do PL nº 122/2006, vindo o pleito em questão a ser aprovado em 09/02/2011, havendo referido projeto de lei retornado à apreciação das comissões temáticas.

Essa medida, contudo, sofreu a oposição de parlamentares, contrários ao adimplemento das já referidas cláusulas constitucionais de incriminação, da homofobia e da transfobia, circunstância essa que os levou, em clara manobra protelatória, destinada a frustrar a tramitação legislativa do projeto de lei que tipificava crimes contra a comunidade LGBT, a aprovar o Requerimento nº 1.443/2013, do Senador Eduardo Lopes, que importou na anexação do projeto em questão (PL da Câmara nº 122/2006) ao de instituição do Novo Código Penal brasileiro (PL do Senado nº 236/2012), criando, desse modo, evidente embaraço e retardamento na apreciação do projeto apresentado pela Deputada Federal Iara Bernardi (PLC nº 5.003/2001 que se converteu, no Senado, no PL nº 122/2006).

O teor das informações oficiais produzidas nestes autos pelo Presidente do Senado Federal revela que o Projeto da Câmara 122/2006, que se acha, atualmente, anexado ao projeto do novo Código Penal brasileiro (PL nº 236/2012), não obstante transcorridos mais de dezessete (17) anos desde a sua proposição, sequer teve concluída a apreciação, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, encontrando-se, até o presente momento, “sem prazo para ser votado”.

Não obstante respeitável o esforço dispensado pelo Congresso Nacional no sentido de instaurar o debate legislativo em torno da questão da criminalização da homofobia, revela-se inquestionável, no entanto, a ausência conspícua de qualquer providência efetiva no sentido de superar a situação de inequívoca e irrazoável “*inertia deliberandi*” ora constatada no presente caso¹¹²³.

Para além do reconhecimento da mora inconstitucional da União¹¹²⁴ e a cientificação do Congresso Nacional, nos termos do art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei 9.868/1999, o STF conferiu interpretação conforme à Constituição¹¹²⁵ para enquadrar a

¹¹²³ Grifou-se.

¹¹²⁴ Consta, ainda, o julgamento do MI 4733/DF, de relatoria do Ministro Edson Fachin. O Plenário do STF julgou procedente o pedido formulado no mandado de injunção para “(i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/1989 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero”.

¹¹²⁵ Isso porque, de acordo com o acórdão, as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), ou ainda porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de

homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei 7.716/1989, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, numa aparente controvérsia acerca da inaceitável equiparação analógica *in malam partem* ou possível subsunção ao tipo previsto no art. 20 da Lei 7.716/1989¹¹²⁶. Ademais, a Corte consolidou que os efeitos da decisão somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o julgamento¹¹²⁷.

Como se vê, a simples existência de proposições legislativas pelo Congresso Nacional ou a edição formal de políticas públicas não infirma o vetor da colaboração normativa da jurisdição constitucional, na medida em que, para além do necessário aperfeiçoamento constante do quadro normativo, tal função impõe-se, por vezes, para rechaçar a tentativa dissimulada dos agentes políticos de impedir o exame da mora legislativa por meio da construção formal (leia-se sem eficácia) de proposições normativas.

atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão.

¹¹²⁶ O Ministro Celso de Mello assentou, nesse sentido, que “os núcleos do tipo penal previstos no art. 20, ‘caput’, da Lei 7.716/89 revestem-se de caráter proteiforme, dada a multiplicidade de formas executivas que esses comportamentos podem assumir”. Ademais, consignou: “Tenho para mim que a configuração de atos homofóbicos e transfóbicos como formas contemporâneas do racismo – e, nessa condição, subsumíveis à tipificação penal constante da Lei nº 7.716/89 – objetiva fazer preservar – no processo de formação de uma sociedade sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV) – a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, buscando inibir, desse modo, comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações subalternas, disseminar, criminosamente, em exercício explícito de inadmissível intolerância, o ódio público contra outras pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero” (sem os grifos do original).

¹¹²⁷ Em seguida, foram fixadas as seguintes teses: “1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, ‘in fine’); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito”.

Faz-se, por fim, menção honrosa ao julgamento na ADPF 54/DF¹¹²⁸, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, ocorrido em 12/4/2012. Como é de conhecimento geral, o Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal¹¹²⁹, reconhecendo, por consequência, mais uma causa excludente de ilicitude.

Antes disso, porém, o relator, Ministro Marco Aurélio, designou audiências públicas para a oitiva não apenas das entidades representativas dos diversos segmentos sociais, religiosos e científicos, mas também de integrantes do Congresso Nacional. Com efeito, em relatório do seu voto, o relator sintetizou as partes ouvidas, a dinâmica e o teor dos pronunciamentos ocorridos nas sessões de 26 e 28 de agosto de 2008 e em 4 e 16 do mesmo ano. Confirmam-se, a propósito, trechos das manifestações de agentes políticos ouvidos nas audiências, segundo o relator:

A seguir, o então Deputado Federal Luiz Bassuma, Presidente da Frente Parlamentar em Defesa da Vida – Contra o Aborto manifestou-se a favor do direito inviolável à vida. Acrescentou que, recentemente, o Estado brasileiro referendou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – circunstância que alcançaria a situação dos anencéfalos –, mediante a qual se impõe à República Federativa do Brasil e à sociedade o dever de assegurar o direito de igualdade de oportunidade aos deficientes. (...)

Na continuação dos trabalhos, ouviu-se o então Deputado Federal José Aristodemo Pinotti, saudoso professor titular por concurso emérito da Universidade de São Paulo e da Universidade Estadual de Campinas, oportunidade na qual destacou haver dois diagnósticos de certeza, atualmente, na ecografia obstétrica: o óbito fetal e a anencefalia. Disse inexistir presunção de vida pós-parto também no caso dessa última. Destacou que, a partir da 12ª semana de gestação, exames ecográficos podem detectar a presença de qualquer anomalia incompatível com a vida extrauterina. Enfatizou não possuir a medicina fetal viés eugênico, pelo contrário, busca efetuar sempre procedimentos cirúrgicos dentro do útero a fim de tratar e proporcionar melhor condição de vida aos fetos. Insistiu na questão relativa ao aumento dos riscos para a mulher cuja gravidez é de feto anencéfalo e informou alcançar índices altíssimos a mortalidade materna no país, sendo, por exemplo, trinta vezes maior do que a observada em Portugal. Ressaltou estimar-se que se praticam no

¹¹²⁸A ação foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, assistida pelo então patrono Luís Roberto Barroso (patrono subscritor da exordial). Afirmou-se que diversos órgãos judiciais – juízes e tribunais – vêm extraindo do Código Penal, em detrimento da Constituição Federal, e dos princípios contidos nos textos mencionados, a proibição de se efetuar a antecipação terapêutica do parto nos casos de fetos anencéfalos. Alegou-se que, no caso, a patologia em exame torna inviável a vida extrauterina.

¹¹²⁹Confira-se a ementa: “ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”.

Brasil, anualmente, entre um milhão e um milhão e meio de abortos. Concluiu não ser adequado o uso da terminologia “aborto” para cuidar do caso da interrupção antecipada da gravidez de feto anencéfalo, haja vista não possuir o embrião potencialidade de vida. Salientou ter apresentado projeto de lei, perante o Congresso Nacional, acerca da matéria, fazendo-o com o intuito de garantir a dignidade da pessoa humana mediante a possibilidade de a mulher optar pela manutenção, ou não, da citada gestação ciente da maior quantidade possível de informação sobre os riscos à saúde. (...)

A terceira sessão de audiência pública sobre a antecipação terapêutica do parto de fetos com anencefalia, em 4 de setembro, foi aberta com a oitiva do então Ministro de Estado da Saúde, José Gomes Temporão. Sua Excelência reportou-se brevemente às condições do Sistema Único de Saúde para identificar a má-formação fetal incompatível com a vida. Descreveu como acontece o atendimento às gestantes com o referido diagnóstico. Assegurou estar o Sistema totalmente capacitado para reconhecer, com absoluta segurança, a disfunção no exame pré-natal, cuja repetição é obrigatória após o resultado positivo. Disse haver assistência multidisciplinar às grávidas, durante a gestação e depois do parto, ou quando tomada a decisão de antecipá-lo. Consoante ressaltou, o procedimento é feito, atualmente, apenas mediante autorização judicial. Afirmou ser a posição do Ministério da Saúde favorável à antecipação terapêutica do parto. Apontou, entre outras razões, a “dolorosa experiência de manejo de situações em que mães são obrigadas a levar sua gestação a termo, mesmo sabendo que o feto não sobreviverá após o parto” (...).

A então Secretária Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República e Presidente do Conselho Nacional de Direitos da Mulher, Dra. Nilcéa Freire, asseverou que, desde 2004, o citado Conselho afirmou ser favorável à interrupção da gravidez quando a gestação é de feto anencéfalo, respeitando-se o direito de escolha da mulher. Aludiu às conferências ocorridas no Brasil, das quais participaram cerca de 190.000 (cento e noventa mil) mulheres, cujas deliberações foram no sentido de formalizar requerimento com o objetivo de suscitar a revisão da legislação nacional que disciplina a interrupção da gravidez.

Ademais, verifica-se que a Advocacia-Geral da União apresentou parecer pela procedência do pedido formulado na inicial. Fez menção, ainda, a participação do então Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, na audiência, garantindo estar a rede pública de saúde preparada para diagnosticar com certeza a anomalia e atender à mulher, qualquer que seja a decisão quanto à gestação.

Como se vê, independentemente do cabimento da ADPF¹¹³⁰ ou do acréscimo de uma nova causa excludente de ilicitude (genuína decisão aditiva, reconheça-se), o desfecho pela solução normativa adotada pelo STF contou com apoio prévio da União e de parcela significativa dos agentes políticos ouvidos nas audiências públicas. E, passados quase dez anos,

¹¹³⁰ A questão foi debatida nesse feito.

não houve a superação do precedente por meio da aprovação de emenda constitucional. Além disso, os pronunciamentos dos especialistas, representantes de setores religiosos e dos agentes políticos foram examinados não apenas pelo relator, Marco Aurélio, mas também constaram no voto de outros Ministros¹¹³¹, inclusive daqueles que votaram pela improcedência do pedido (Ministro Ricardo Lewandowski). Inequívoca, portanto, a atuação colaborativa da jurisdição constitucional.

5.4.2. Direito Administrativo e Financeiro

A feição de colaboração normativa também surtiu relevantes efeitos no campo de direito público, que compreende, para os fins almejados nesse capítulo, questões orçamentárias, financeiras e administrativas – sem a preocupação rigorosa com uma tipologia analítica sobre os temas objeto de análise – e na revisitação do próprio federalismo. E, nessa perspectiva, floresceram bastante as decisões normativas da jurisdição constitucional durante o contexto da pandemia da Covid-19, mostrando-se indispensável para a manutenção da estabilidade social e econômica (em todos os níveis da Federação).

Reitere-se, mais uma vez, a propositura da ADI 6357/DF, com pedido liminar, pelo Presidente da República, no contexto da pandemia da Covid-19, a fim de que a Corte, em “caráter de urgência especial”¹¹³², conferisse “interpretação conforme à Constituição aos artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e 114, § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias/2020 (LDO), de modo a afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação do Covid-19”¹¹³³.

A União sustentou que a incidência pura e simples dos referidos dispositivos, sem considerar a excepcionalidade do atual estado de pandemia da Covid-19, violaria a garantia do direito à saúde (arts. 6º e 196 da CF/1988), os valores sociais do trabalho e a garantia da ordem econômica (arts. 1º, I, 6º, 170 e 193 da CF/1988), e que as despesas a que se referem os artigos da LRF e LDO/2020 “seriam aquelas destinadas à execução de políticas públicas ordinárias e

¹¹³¹ É o caso, por exemplo, dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

¹¹³² É o que consta da redação da peça inicial (Documento Eletrônico 1).

¹¹³³ Argumentou o chefe do Poder Executivo que: “Dentre as políticas públicas atualmente em análise, que objetivam ampliar o espectro de proteção da parcela mais vulnerável da sociedade brasileira e que não poderiam ser implementadas em face das exigências fiscais ora questionadas, destacam-se: 1) auxílio emergencial (abono) para os trabalhadores informais, com estimativa de impacto entre R\$ 15 e 20 bilhões; 2) pagamento de percentual do valor do seguro-desemprego para trabalhadores formais, em caso de suspensão de seus contratos; 3) a distribuição de alimentos para idosos a ser implementado pelo Ministério da Cidadania, uma vez que a atual legislação do Programa Bolsa Família impede a concessão de novos benefícios para este programa; 4) dentre outros programas de redistribuição de recursos, cujo aumento de despesa não poderia ser compensado nos termos em que exigido pela Lei de Diretrizes Orçamentárias” (Documento Eletrônico 1).

regulares, que, em razão da sua potencial previsibilidade, seriam passíveis de adequação às leis orçamentárias”.

O relator, Ministro Alexandre de Moraes, concedeu a medida cautelar¹¹³⁴, *ad referendum* do Plenário do STF, em favor de todos os entes da Federação, a fim de afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação ou expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação da Covid-19¹¹³⁵.

Com o advento da EC 106/2020¹¹³⁶ (mais precisamente, de seu art. 3º¹¹³⁷), que estabeleceu um modelo de autorização genérica destinada a todos os entes federativos para a flexibilização das limitações legais relativas às ações governamentais, a Corte reconheceu a perda superveniente de objeto e de interesse de agir. Não obstante, para dar maior segurança jurídica, o Plenário decidiu referendar a medida cautelar deferida, conservando os seus efeitos, fato esse que, sob a dogmática processual, afigura-se uma contradição jurídica evidente, a

¹¹³⁴ O Ministro Alexandre de Moraes consignou: “A LRF, portanto, instituiu um inovador modelo regulatório das finanças públicas, baseado em medidas gerais de transparência, de programação orçamentária, de controle e de acompanhamento da execução de despesas e de avaliação de resultados, destinadas, entre outras coisas, a incrementar a prudência na gestão fiscal e a sincronizar as decisões tomadas pelos Estados e pelos Municípios com os objetivos macroeconômicos estabelecidos nacionalmente pela União. (...) Há, porém, situações onde o surgimento de condições supervenientes absolutamente imprevisíveis afetam radicalmente a possibilidade de execução do orçamento planejado, tendo a própria LRF, em seu artigo 65, estabelecido um regime emergencial para os casos de reconhecimento de calamidade pública, onde haverá a dispensa da recondução de limite da dívida, bem como o cumprimento da meta fiscal; evitando-se, dessa maneira, o contingenciamento de recursos; além do afastamento de eventuais sanções pelo descumprimento de limite de gastos com pessoal do funcionalismo público. (...) O surgimento da pandemia de COVID-19 representa uma condição superveniente absolutamente imprevisível e de consequências gravíssimas, que, afetará, drasticamente, a execução orçamentária anteriormente planejada, exigindo atuação urgente, duradoura e coordenada de todos as autoridades federais, estaduais e municipais em defesa da vida, da saúde e da própria subsistência econômica de grande parcela da sociedade brasileira, tornando, por óbvio, lógica e juridicamente impossível o cumprimento de determinados requisitos legais compatíveis com momentos de normalidade. O excepcional afastamento da incidência dos artigos 14, 16, 17 e 24 da LRF e 114, caput, *in fine*, e § 14, da LDO/2020, durante o estado de calamidade pública e para fins exclusivos de combate integral da pandemia de COVID-19, não conflita com a prudência fiscal e o equilíbrio orçamentário intertemporal consagrados pela LRF, pois não serão realizados gastos orçamentários baseados em propostas legislativas indefinidas, caracterizadas pelo oportunismo político, inconsequência, desaviso ou imprevisto nas Finanças Públicas; mas sim, gastos orçamentários destinados à proteção da vida, saúde e da própria subsistência dos brasileiros afetados por essa gravíssima situação; direitos fundamentais consagrados constitucionalmente e merecedores de efetiva e concreta proteção” (Documento Eletrônico 7).

¹¹³⁵ Decreto Legislativo 6, de 20 de março de 2020, editado pelo Congresso Nacional.

¹¹³⁶ A referida EC instituiu o regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia.

¹¹³⁷ Art. 3º Desde que não impliquem despesa permanente, as proposições legislativas e os atos do Poder Executivo com propósito exclusivo de enfrentar a calamidade e suas consequências sociais e econômicas, com vigência e efeitos restritos à sua duração, ficam dispensados da observância das limitações legais quanto à criação, à expansão ou ao aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa e à concessão ou à ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita. Parágrafo único. Durante a vigência da calamidade pública nacional de que trata o art. 1º desta Emenda Constitucional, não se aplica o disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal.

revelar, a toda evidência, a primazia da construção normativa heterodoxa diante de um inquietante quadro fático.

Destaque-se, outrossim, a atuação da jurisdição constitucional no julgamento da ADPF 663/DF, também de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. Com efeito, tendo em vista a edição dos atos pelas Mesas Diretoras do Senado Federal e da Câmara dos Deputados – Ato da Comissão Diretora 7/2020 e Projeto de Resolução 11/2020¹¹³⁸ – que dispensaram o comparecimento de parlamentares em situações de vulnerabilidade, bem como restringiram o acesso às dependências físicas do Parlamento no contexto da atual crise sanitária, o chefe do Poder Executivo propugnou, em caráter liminar, pela interpretação conforme “ao §4º do art. 62 da Constituição Federal, no sentido de que, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da presente data, seja aplicado o prazo de suspensão previsto para o recesso parlamentar, no intuito de evitar a caducidade das medidas provisórias já enviadas ao Congresso e que se encontram ou venham a se encontrar na situação do artigo 62, §3º, da Lei Maior”¹¹³⁹. Pediu também a prorrogação do referido prazo.

Paralelamente a tudo isso, em manifestação conjunta apresentada ao STF, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados apresentaram uma minuta de Ato Conjunto a ser editado com o beneplácito da Corte, que disporia sobre o regime de tramitação de medidas provisórias durante a pandemia. Em seguida, postularam a autorização para

imediate aplicação do procedimento definido no ato conjunto da Mesa do Senado Federal e da Mesa da Câmara dos Deputados, nos termos da minuta anexa, em atenção ao princípio da segurança jurídica, para viabilizar a imediata apreciação e deliberação das Medidas Provisórias em curso, até que as ferramentas tecnológicas existentes sejam aperfeiçoadas para viabilizar a apreciação da matéria pelo Plenário do Congresso Nacional em sessão conjunta¹¹⁴⁰.

Diante de um iminente conflito entre os Poderes Legislativo e Executivo, a Corte construiu uma solução normativa que, muito embora aparentemente contrarie o texto do referido dispositivo constitucional, contorna uma grave disputa institucional entre os Poderes Legislativo e Executivo. Isso porque o STF autorizou,

nos termos pleiteados pelas Mesas das Casas Legislativas¹¹⁴¹, que, durante a emergência em Saúde Pública de importância nacional e o estado de calamidade

¹¹³⁸ Fato esse que, diante da realidade atual, comprometeria o regular andamento do processo legislativo, em especial o trâmite de Medidas Provisórias.

¹¹³⁹ Documento Eletrônico 1.

¹¹⁴⁰ Documentos eletrônicos 20 e 26.

¹¹⁴¹ Em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes registrou o impasse: “Qual foi, a meu ver, o meio termo entre o obstáculo intransponível – exigir-se, na pandemia, a reunião física da Comissão Mista – e, ao mesmo tempo, respeitar a decadência dos efeitos da medida provisória, a partir dos 120 dias? Exatamente a proposta conjunta das

pública decorrente da COVID-19, as medidas provisórias sejam instruídas perante o Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ficando, excepcionalmente, autorizada a emissão de parecer, em substituição à Comissão Mista, por parlamentar de cada uma das Casas designado na forma regimental.

Além disso, estabeleceu-se também que,

em deliberação nos Plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, operando por sessão remota, as emendas e requerimentos de destaque possam ser apresentados à Mesa, na forma e prazo definidos para funcionamento do Sistema de Deliberação Remota (SDR) em cada Casa, sem prejuízo da possibilidade de as Casas Legislativas regulamentarem a complementação desse procedimento legislativo regimental.

Em relação aos Estados, as soluções normativas engendradas pelos Ministros do STF, para além de reforçarem o chamado federalismo de cooperação, garantiam a estabilidade social e orçamentária dos entes federativos, por meio da suspensão temporária do pagamento das dívidas dos Estados com a União¹¹⁴², condicionada, no entanto, à aplicação dos valores exclusivamente em medidas relativas ao combate da pandemia da Covid-19 e à prestação de contas¹¹⁴³. Note-se, a propósito, que o relator, Ministro Alexandre de Moraes, após determinar a suspensão por 180 dias do pagamento das parcelas relativas aos contratos de assunção e refinanciamento da dívida pública dos entes da Federação, designou audiência virtual para tentativa de composição entre União e os dezoito Estados, mais o Distrito Federal, representados por seus respectivos governadores, em face da urgência e emergência da situação. Confirmam-se trechos constantes do Termo de Audiência de Conciliação:

Iniciada a videoconferência, o Exmo. Sr. Ministro Presidente Dias Toffoli abriu a audiência, saudou todos os participantes e cumprimentou a iniciativa do Ministro Alexandre de Moraes. Finalizou desejando uma boa sessão e um bom diálogo. Passada a palavra ao Exmo. Sr. Ministro Relator Alexandre de Moraes, que agradeceu ao Ministro Presidente Dias Toffoli e cumprimentou os governadores e demais presentes. Destacou a importância do debate na busca por uma solução ao problema da ausência de recursos orçamentários para o combate à pandemia. Orientou aos participantes que mantivessem a mente aberta em busca de um verdadeiro federalismo cooperativo, já que todos os

Mesas da Câmara e do Senado Federal, transformada, posteriormente, no Ato Conjunto nº 1 – citei no relatório –, ou seja, a possibilidade de excepcionalmente se designar um deputado e um senador para apresentarem os pareceres diretamente no plenário”.

¹¹⁴² É o caso das ACOs 3363/SP (ajuizada pelo Estado de São Paulo); 3365/BA (ajuizada pelo Estado da Bahia); 3366/MA (ajuizada pelo Estado do Maranhão); 3367/PR (ajuizada pelo Estado do Paraná); 3368/PB (ajuizada pelo Estado da Paraíba); 3369/PE (ajuizada pelo Estado de Pernambuco); 3370/SC (ajuizada pelo Estado de Santa Catarina); 3371/MS (ajuizada pelo Estado do Mato Grosso do Sul); 3372/AC (ajuizada pelo Estado do Acre); 3373/PA (ajuizada pelo Estado do Pará); 3374/AL (ajuizada pelo Estado de Alagoas); 3375/ES (ajuizada pelo Estado do Espírito Santo); 3376/AM (ajuizada pelo Estado do Amazonas); 3377/RO (ajuizada pelo Estado de Rondônia); 3378/RN (ajuizada pelo Estado Rio Grande do Norte); 3379/MT (ajuizada pelo Estado do Mato Grosso); 3380/SE (ajuizada pelo Estado de Sergipe); 3390/DF (ajuizada pelo Distrito Federal).

¹¹⁴³ Diante da cautelar deferida, ficou vedado à União proceder às medidas decorrentes do descumprimento do referido contrato enquanto vigorasse a liminar.

entes federativos necessitam de recursos para o enfrentamento da calamidade pública em curso.

O Exmo. Sr. Ministro Relator passou a palavra ao Advogado-Geral da União, André Luiz de Almeida Mendonça, que apresentou proposta inicial de acordo para os Estados, denominado “Plano Nacional de Negociação – FUNDEF”. Apresentou a proposta em tela para conhecimento de todos os participantes e mencionou que encaminharia o documento ao Procurador-Geral do Estado do Maranhão, que preside o Conselho de Procuradores Gerais dos Estados e Distrito Federal, para posterior envio aos demais procuradores. (...)

Encerradas as manifestações, o Ministro reiterou a importância da realização de acordo e pontuou que passará necessariamente por uma forma de compensação a ser definida, pois como bem destacado por todos os Governadores, não se trata de pedido de perdão de dívida pública, mas sim de suspensão momentânea. Salientou, ainda, a existência de pontos de convergência na proposta apresentada pelo Advogado-Geral da União e os pedidos estaduais e do Distrito Federal. Em seguida, o Ministro Relator concedeu prazo de 24 (vinte e quatro) horas para que a União, o Banco do Brasil (BB), o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e a Caixa Econômica Federal (CEF) apresentem manifestação a respeito dos pedidos de extensão da medida liminar que visam a suspensão de novas dívidas até a data de 31 de maio de 2020, em virtude da tramitação de possível acordo. Determinou que as partes já sairiam intimadas.

O Ministro concedeu a palavra ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional e ao Advogado-Geral da União para considerações finais; tendo, igualmente, manifestado-se o Vice procurador-Geral da República. O Ministro Alexandre de Moraes agradeceu a todos os participantes e destacou a união de esforços para priorizar o que é mais grave, o combate a pandemia e a defesa das vidas humanas. Por fim, o Ministro fixou prazo até a próxima segunda-feira, dia 4/5/2020, para que as partes se reúnam com a Advocacia Geral da União e analisem a proposta apresentada, bem como os demais pontos discutidos e apresentem manifestação, em petição conjunta¹¹⁴⁴.

Ao final, o Congresso Nacional aprovou a Lei Complementar 173/2020, que “estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19)”, disciplinando a suspensão dos pagamentos das dívidas contratadas pelos Estados e Municípios com a União¹¹⁴⁵. Tal medida viabilizou a formulação e a homologação do pedido de renúncia dos Estados nas ACOs 3363/SP (São Paulo)¹¹⁴⁶, 3365 (Bahia), 3366/MA (Maranhão), 3367/PR (Paraná), 3368/PB (Paraíba) e nas restantes ações originárias propostas pelos demais entes da Federação. De todo modo, a simples leitura do diploma legal aprovado pelo Congresso Nacional desvela, em grande medida, que os novos dispositivos legais

¹¹⁴⁴ Documento Eletrônico 106 da ACO 3363/SP.

¹¹⁴⁵ E impedia, até 31/12/2020, a execução das garantias das dívidas decorrentes dos contratos de refinanciamento de dívidas celebrados com os Estados e com o Distrito Federal.

¹¹⁴⁶ Note-se que, por exemplo, no caso da ação proposta pelo Estado de São Paulo (ACO 3363/SP), distribuída às vésperas do prazo final para pagamento da parcela mensal da dívida relativa ao mês de março de 2020, a Procuradoria-Geral do Estado informou que os pagamentos mensais decorrentes da avença contratual correspondiam ao valor aproximado de R\$ 1,2 bilhão, somando um montante de cerca de R\$15 bilhões ao ano, bem como sustentou a existência do decréscimo na arrecadação.

convergem não apenas com as tratativas mantidas entre União e Estado na referida audiência, mas com a própria decisão liminar concedida pelo Ministro Alexandre de Moraes.

Nessa perspectiva, o STF também passou, nos últimos anos¹¹⁴⁷, a encampar orientação jurisdicional em favor de um federalismo cooperativo, em atendimento ao princípio da predominância do interesse local, garantindo e ampliando o poder de legislar aos demais entes da Federação, especialmente no contexto da pandemia da Covid-19. É o que se extrai dos julgamentos na ADIs 6341/DF¹¹⁴⁸ e 6343/DF. No último caso, o Partido Rede Sustentabilidade impugnou dispositivos alterados na Lei 13.979/2020 e nas Medidas Provisórias 926/2020 e 927/2020, que passaram a impor condicionantes aos Estados e Municípios para a adoção de medidas de restrição à locomoção via transporte intermunicipal, no contexto do enfrentamento à pandemia da Covid-19¹¹⁴⁹.

No mesmo sentido, ao converter o referendo da liminar em julgamento de mérito, a Corte assegurou, na ADPF 672/DF¹¹⁵⁰, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, o

¹¹⁴⁷ É possível apontar que o Supremo, pelo menos desde 2015, tem procurado infirmar a excessiva centralização da União. É o que se extrai, por exemplo, do julgamento da ADI 4060/SC, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em que o STF, ao julgar improcedente o pedido formulado pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEM em face das alíneas “a”, “b”, e “c” do inciso VII do artigo 82 da Lei Complementar 170/1998, do Estado de Santa Catarina, as quais se limitavam a alterar alguns pontos do Plano Estadual de Educação, consignou no acórdão o seguinte: “1. O princípio federativo brasileiro reclama, na sua ótica contemporânea, o abandono de qualquer leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União (sejam privativas, sejam concorrentes), bem como a descoberta de novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal, tudo isso em conformidade com o pluralismo político, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CRFB, art. 1º, V). (...) 3. A *prospective overruling*, antídoto ao engessamento do pensamento jurídico, revela oportuno ao Supremo Tribunal Federal rever sua postura *prima facie* em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, para que passe a prestigiar, como regra geral, as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição de 1988”.

¹¹⁴⁸ Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT – em face da Medida Provisória 926, de 20 de março de 2020, em que sustenta, em apertada síntese, a inconstitucionalidade da Medida Provisória 926/2020, que ensejou modificações no artigo 3º, *caput*, I, II e VI, e §§ 8º, 9º, 10 e 11, da Lei Federal 13.979/2020 e, por arrastamento, do Decreto 10.282, de 20 de março de 2020. A Corte referendou a liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

¹¹⁴⁹ O Plenário do STF concedeu em parte, a medida a cautelar para: (i) suspender parcialmente, sem redução de texto, o disposto no art. 3º, VI, b, e §§ 6º e 7º, II, a fim de excluir estados e municípios da necessidade de autorização ou observância ao ente federal; e (ii) conferir interpretação conforme aos referidos dispositivos no sentido de que as medidas neles previstas deveriam ser precedidas de recomendação técnica e fundamentada, devendo ainda ser resguardada a locomoção dos produtos e serviços essenciais definidos por decreto da respectiva autoridade federativa, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo.

¹¹⁵⁰ Cuidava-se de ação proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em face de atos omissivos e comissivos do Poder Executivo federal, praticados no contexto da crise de saúde pública decorrente da pandemia da Covid-19, em que propugnava que a Presidência da República se abstivesse de adotar medidas de enfrentamento à pandemia da Covid-19 que contrariassem as orientações técnicas e sanitárias das autoridades nacionais (Ministério da Saúde) e internacionais (Organização Mundial da Saúde). Pediu, ainda, a manutenção da medida de isolamento social enquanto fosse considerada necessária pelas autoridades sanitárias responsáveis pela avaliação das condições de saúde no País. Por fim, pugnou pela adoção de procedimentos céleres e desburocratizados para a implementação das medidas econômicas, especialmente destinadas à preservação do trabalho e da renda mínima dos setores mais vulneráveis.

exercício da competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e Municípios, cada qual no desenvolvimento de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, sem prejuízo da competência geral da União para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entendesse necessário. De todo modo, impõe-se reconhecer que alguns Ministros têm encorajado há algum tempo uma reflexão crítica na orientação jurisdicional quanto à excessiva centralização da União¹¹⁵¹, mas tal movimento não infirma a percepção intuitiva da crescente reafirmação pelo STF acerca do denominado federalismo cooperativo no contexto da pandemia da Covid-19¹¹⁵².

No campo do direito administrativo, destaca-se o vetor colaborativo na decisão colegiada – que concedeu parcialmente a liminar – proferida na ADI 6421–MC/DF, de relatoria do Ministro Roberto Barroso. O Partido Rede Sustentabilidade¹¹⁵³ impugnou a Medida Provisória 966/2020, o art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), e, ainda, os arts. 12 e 14 do Decreto 9.830/2019. Os dispositivos combatidos versavam sobre o regime de responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos – por dolo ou erro grosseiro – em situação de normalidade institucional e sanitária, bem como quanto aos atos relacionados à pandemia (MP 966/2020). A Corte passou a disciplinar normativamente a definição de erro grosseiro para a finalidade delimitada na referida MP, a fim de harmonizar a proteção ao gestor virtuoso e a punição ao administrador desidioso. Em seguida, foram fixadas teses normatizadoras¹¹⁵⁴. Confirmam-se trechos do acórdão:

¹¹⁵¹ Faz-se aqui menção honrosa aos Ministros Ricardo Lewandowski e Edson Fachin por votos proferidos nesse sentido. Confira-se, respectivamente, os votos na ADI 4638 MC-REF e na ADI 3165/SP.

¹¹⁵² Para além dos casos já noticiados, confirma-se o julgamento realizado na ADPF 770/MC-REF/DF, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em que a Suprema Corte referendou a liminar para “assentar que os Estados, Distrito Federal e Municípios (i) no caso de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, recentemente tornado público pela União, ou na hipótese de que este não proveja cobertura imunológica tempestiva e suficiente contra a doença, poderão dispensar às respectivas populações as vacinas das quais disponham, previamente aprovadas pela Anvisa, ou (ii) se esta agência governamental não expedir a autorização competente, no prazo de 72 horas, poderão importar e distribuir vacinas registradas por pelo menos uma das autoridades sanitárias estrangeiras e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países, conforme o art. 3º, VIII, a, e § 7º-A, da Lei 13.979/2020, ou, ainda, quaisquer outras que vierem a ser aprovadas, em caráter emergencial, nos termos da Resolução DC/ANVISA 444, de 10/12/2020”. Confirmam-se também as ADIs 5312/TO, 5792/DF e 5939/PE, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes.

¹¹⁵³ Nessa linha, e dentre os argumentos utilizados, o requerente alegou que a Constituição exige tão somente culpa ou dolo para a configuração da responsabilidade subjetiva do agente público (art. 37, §§ 4º, 5º e 6º, CF/88), ao passo que o “erro grosseiro”, previsto nas normas antes aludidas, limitaria tal responsabilidade à hipótese de culpa grave.

¹¹⁵⁴ “1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos”.

Na sequência, por maioria, acordam em deferir parcialmente a cautelar para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, com especial destaque para as orientações da Organização Mundial de Saúde; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção; e b) conferir, ainda, interpretação conforme à Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades médicas e sanitárias, reconhecidas nacional e internacionalmente; (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

5.4.3. Direitos Humanos

A colaboração normativa da jurisdição constitucional também apresenta sinais importantes nas decisões afetas à temática dos direitos humanos no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Faz-se menção, de saída, à subestimada importância do julgamento da ADPF 709 MC/DF¹¹⁵⁵ (realizado na data de 5/8/2020), de relatoria do Ministro Roberto Barroso, e dos julgamentos nos casos da PET 3388/RR e no RE 1017365/SC, que têm como ponto comum a definição do regime jurídico, nos diversos espectros, referente à população indígena.

No primeiro caso, a Corte reconheceu a legitimidade da “Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB” para propor ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, sem o preenchimento dos requisitos previstos no texto constitucional (art. 103 da CF/1988). Supera-se, assim, qualquer resquício de revolvimento de jurisprudência defensiva em relação às condições e ao rol de legitimidade para a propositura destas ações de controle de constitucionalidade.

Mas não é só. Diante das alegadas falhas da União no enfrentamento à pandemia da Covid-19 entre os povos indígenas, o relator, Ministro Roberto Barroso – ancorado nas diretrizes relacionadas: i) aos princípios da precaução e da prevenção, no que respeita à proteção à vida e à saúde; (ii) à necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição; e (iii) à imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de povos

¹¹⁵⁵ Trata-se de ação proposta pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB em conjunto com outros seis partidos políticos, e tem por objeto um conjunto de atos comissivos e omissivos do Poder Público, relacionados ao combate à pandemia por COVID-19, que implicariam alto risco de contágio e de extermínio de diversos povos indígenas, em violação a inúmeros direitos fundamentais, bem como a garantia de tais povos a viverem em seu território, de acordo com suas culturas e tradições (art. 231 da CF/1988).

indígenas – concedeu a tutela cautelar com detalhamento normativo singular das obrigações determinadas, nos seguintes termos:

III.1. QUANTO AOS POVOS INDÍGENAS EM ISOLAMENTO OU POVOS INDÍGENAS DE RECENTE CONTATO: 1. Criação de barreiras sanitárias, que impeçam o ingresso de terceiros em seus territórios, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação (infra), no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão.

2. Criação de Sala de Situação, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos Povos Indígenas em Isolamento e de Contato Recente, nos seguintes termos: (i) composição pelas autoridades que a União entender pertinentes, bem como por membro da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e por representantes indígenas indicados pela APIB; (ii) indicação de membros pelas respectivas entidades, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, apontando-se seus respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato, por meio de petição ao presente juízo; (iii) convocação da primeira reunião da Sala de Situação, pela União, no prazo de 72 horas, a contar da indicação de todos os representantes, por correio eletrônico com aviso de recebimento encaminhado a todos eles, bem como por petição ao presente juízo; (iv) designação e realização da primeira reunião, no prazo de até 72 horas da convocação, anexada a respectiva ata ao processo, para ciência do juízo.

III.2. QUANTO A POVOS INDÍGENAS EM GERAL. 1. Inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (infra), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa, apta a evitar o contato.

2. Imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas.

3. Extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados, exclusivamente, por ora, quando verificada barreira de acesso ao SUS geral.

4. Elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros pela União, no prazo de 30 dias contados da ciência desta decisão, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas, nas seguintes condições i) indicação dos representantes das comunidades indígenas, tal como postulado pelos requerentes, no prazo de 72 horas, contados da ciência dessa decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contatos, por meio de petição ao presente juízo; (ii) apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO, cujos representantes deverão ser indicados pelos requerentes, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato; (iii) indicação pela União das demais autoridades e órgãos que julgar conveniente envolver na tarefa, com indicação dos mesmos elementos¹¹⁵⁶.

¹¹⁵⁶ Documento Eletrônico 95.

Para além de elogiar a atuação inaugural do então Advogado-Geral da União¹¹⁵⁷, o relator noticiou que a União cumpriu com parte das medidas previstas na liminar, o que incluiu a realização de reuniões direcionadas à formulação de um plano de combate ao enfrentamento da pandemia entre os povos indígenas em geral, com a participação de representantes dos povos indígenas e de especialistas, técnicos e sanitaristas por eles indicados. O Plenário da Corte referendou a medida cautelar deferida. Consta, ainda, a apresentação de sucessivos Planos de Enfrentamento à Covid-19 para Povos Indígenas pela União¹¹⁵⁸, com a homologação da “Quarta” versão, seguida da determinação de que a execução fosse realizada por meio da Planilha e Relatório de Monitoramento. Como se nota, apesar das intercorrências noticiadas nos autos¹¹⁵⁹, o regramento e colaboração normativa do STF desvelaram-se imperativos categóricos para a tentativa de apaziguamento do conflito histórico.

Rememore-se, outrossim, o histórico julgamento da PET 3.388/RR, em que a Corte apreciou a questão da demarcação das terras indígenas. Não obstante o equívoco acerca da fixação do marco temporal¹¹⁶⁰, consignou-se, naquela assentada, a necessidade de observância de dezenove condicionantes ou salvaguardas institucionais para o reconhecimento da constitucionalidade da demarcação¹¹⁶¹.

¹¹⁵⁷ Postura virtuosa que, mais tarde, foi aparentemente infirmada por críticas quanto à falta de transparência e por atos protelatórios de toda ordem quanto ao atendimento de saúde e vacinação de povos indígenas (Documento Eletrônico 1134).

¹¹⁵⁸ Prevaleceu, por ora, a quarta versão apresentada pela União.

¹¹⁵⁹ Consta inclusive o deferimento de nova tutela de urgência pelo relator, e referendada Plenário do STF, para “determinar à União a adoção imediata de todas as medidas necessárias à proteção da vida, da saúde e da segurança das populações indígenas que habitam as TIs Yanomami e Munduruku, diante da ameaça de ataques violentos e da presença de invasores, devendo destacar todo o efetivo necessário a tal fim e permanecer no local enquanto presente tal risco. Quanto à sistemática da intervenção da União em tais terras determino, ainda, que: (i) está vedada à União a atribuição de qualquer publicidade às suas ações, devendo abster-se de divulgar datas e outros elementos, que, ainda que genéricos, possam comprometer o sigilo da operação, de modo assegurar sua efetividade; (ii) eventuais providências que demandem a atuação deste Juízo quanto a tais ações deverão ser processadas nos autos sigilosos em que tramita o Plano Sete Terras Indígenas; (iii) a União deverá entrar em contato com o representante da PGR, conforme orientado nos aludidos autos, para acompanhamento da operação, assegurada a cadeia de custódia da informação; (iv) a União deverá apresentar relatório sobre a situação das aludidas TIs e sobre a operação realizada, tal como ali determinado; (v) de forma a evitar a reiteração do ilícito, está desde logo autorizado pelo Juízo que as medidas de intervenção sejam acompanhadas da destruição ou inutilização dos produtos, subprodutos e instrumentos da infração, inclusive dos equipamentos nela utilizados, pelos fiscais ambientais, no local do flagrante, sem necessidade de autorização de autoridade administrativa hierarquicamente superior, providência cautelar amparada pelos arts. 25 e 72, V, da Lei 9.605/1998 e pelos arts. 101, I, e 111 do Decreto 6.514/2008. Nesse sentido, a Polícia Federal deverá dar ciência desta decisão aos servidores que participarem da operação para que destruam os equipamentos” (Documento Eletrônico 1201).

¹¹⁶⁰ A partir da edição da Constituição Federal de 1988.

¹¹⁶¹ Observa-se, no entanto, que o Plenário do STF assentou, em embargos declaratórios manejados contra o referido acórdão, que tais condicionantes não se aplicavam imediatamente, com eficácia vinculante, às demarcações futuras de terras indígenas pelo País.

Por fim, no RE 1.017.365/SC, de relatoria do Ministro Edson Fachin, com repercussão geral reconhecida pelo STF¹¹⁶² e ainda pendente de julgamento, a discussão versa sobre aspectos relevantes do estatuto possessório das terras indígenas, e a revisitação do próprio marco temporal¹¹⁶³. Instado por pedidos da Comunidade Indígena Xokleng da Terra Indígena Ibirama-La Klaño e dos diversos *amici curiae*, o relator concedeu tutela liminar para suspender todos os processos judiciais, notadamente ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação, bem como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais dos povos indígenas, “modulando o termo final dessa determinação até a ocorrência do término da pandemia da COVID-19 ou do julgamento final da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.017.365 (Tema 1031), o que ocorrer por último, salvo ulterior decisão em sentido diverso”.

Outro tema caro – objeto desse vetor – se verificou nas razões públicas adotadas no julgamento da ADI 4275/DF¹¹⁶⁴, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que deu nova roupagem jurídica ao art. 58 da Lei 6.015/1973¹¹⁶⁵ para reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.

Como se vê, as decisões são influenciadas por um estado de coisas ou ambiente (subjacente) político, econômico ou social singular, em que, aparentemente, não se pode mais aguardar uma solução tipicamente legislativa. Daí porque descortina-se indispensável a atuação

¹¹⁶² O STF, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional (e-doc. 34), *in verbis*: “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. POSSE INDÍGENA. TERRA OCUPADA TRADICIONALMENTE POR COMUNIDADE INDÍGENA. POSSIBILIDADES 8 Em elaboração RE 1017365 / SC HERMENÊNTICAS DO ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TUTELA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL INDÍGENA ÀS TERRAS DE OCUPAÇÃO TRADICIONAL. 1. É dotada de repercussão geral a questão constitucional referente à definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional. 2. Repercussão geral da questão constitucional reconhecida”.

¹¹⁶³ Trata-se de recurso extraordinário interposto pela Fundação Nacional do Índio – Funai, contra acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Tal *decisum* manteve a procedência da pretensão formulada na ação de reintegração de posse ajuizada pela Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente – Fatma, em área administrativamente declarada como de tradicional ocupação indígena, localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, no Estado de Santa Catarina.

¹¹⁶⁴ Tanto assim que o Ministro Edson Fachin, redator para o acórdão, assentou que: “A solução para a presente questão jurídica deve passar, invariavelmente, pela filtragem da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) e da cláusula material de abertura prevista no § 2º do art. 5º. Nesse sentido, o presente caso transcende a análise da normatização infraconstitucional de regência dos registros públicos, sendo melhor compreendido e solucionado à luz dos direitos fundamentais, de sua eficácia horizontal e dos direitos da personalidade”.

¹¹⁶⁵ Confira-se a redação do dispositivo: Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público.

da jurisdição constitucional, instrumentalizada com novos mecanismos não apenas para incorporar situações consideradas carecedoras ou insuficientes de disciplina específica em diferentes áreas do Direito, mas também para adotar soluções discricionárias anômalas, mas igualmente necessárias, a fim de que uma situação de fato não permaneça sem uma consequência jurídica adequada. Tal postura, para além de placitada por múltiplos incentivos legislativos, tem sido secundada pela atuação de distintos agentes políticos.

6. CONCLUSÃO

Ao término desta pesquisa, buscou-se oferecer um aporte teórico e normativo não tanto para reconhecer uma legitimidade democrática da jurisdição constitucional – seja no plano fático quanto na órbita do Direito –, mas, antes, para demarcar as novas funções e técnicas decisórias utilizadas pelos juízes, por meio de crescentes e sucessivos estímulos legislativos e constantes interações públicas, mas ainda carecedoras de um específico aperfeiçoamento legiferante.

Tais posturas e abordagens, ancoradas no desenho institucional, nos múltiplos incentivos legislativos e no comportamento reiterado dos agentes políticos, infirmam os alicerces do famigerado antagonismo entre democracia e o constitucionalismo e passam também a exigir pressupostos analíticos mais rigorosos para a definição do fenômeno da supremacia ou do chamado ativismo judicial. Vale dizer, tais imputações não funcionam mais como simples objetos de referência capazes de explicar o comportamento das instituições judiciais no Brasil.

Ademais, procurou-se alinhar sintomas concretos da genuína intenção da abdicação e deferência legislativa e a crescente provocação de juízes (especialmente dos Ministros do STF) por agentes e partidos políticos, voltada agora para propósitos que excedam a simples impugnação de decisões majoritárias (na fiscalização da constitucionalidade das leis). Cite-se, mais uma vez, que os congressistas indicados no ensaio figuram entre os maiores demandantes nos Mandados de Segurança¹¹⁶⁶ impetrados no STF, ao passo que os partidos políticos foram responsáveis pela propositura de 30% das ações de controle abstrato de inconstitucionalidade em 2020. Some-se a tudo isso a reiterada manifestação incidental (especialmente em embargos de declaração e em audiências públicas), com pedidos singulares para o emprego desses novos vetores no âmbito da Suprema Corte.

Além disso, para além de haver uma certa aceitação política de que ao Supremo Tribunal Federal caberá a última palavra sobre a Constituição, percebe-se uma clara tendência do Congresso Nacional em evitar a aprovação de proposições legislativas aptas a contenção da jurisdição constitucional. De fato, a análise dos dados reunidos demonstra que os magistrados têm sido instados a coordenar e dar soluções jurídicas que, embora margeiem os limites do texto legal, têm na força normativa dos fatos e nos poderes extroversos outorgados por vários dispositivos da legislação (aprovados nas últimas décadas) um dever de compor interesses conflitantes como um dos vieses principais da jurisdição constitucional – por meio da

¹¹⁶⁶ Voltados substancialmente a impugnar o procedimento de elaboração dos diversos atos normativos.

conciliação e da mediação – e de conferir disciplina normativa singular à situação fática e, por vezes, ao próprio conflito normativo instaurado nos processos de índole objetiva.

Tal cenário, no entanto, não implica a intervenção do STF na atividade legiferante do Congresso Nacional, nem tampouco incentiva qualquer irresponsabilidade dos congressistas diante da sua atuação. A uma porque tal alegação já foi desmentida em trabalhos acadêmicos de fôlego¹¹⁶⁷. A duas porque os partidos políticos e o próprio Presidente da República têm instado a Suprema Corte, ao menos no plano qualitativo das ações de controle concentrado, a arbitrar e deliberar impasses institucionais (sem prejuízo da atuação legiferante), os quais compreendem desde conflitos federativos até a suspensão temporária de normas constitucionais. Logo, a ausência de uma colaboração normativa pelos magistrados, ao menos de forma mitigada, na situação atual trazida ao escrutínio da jurisdição constitucional, poderia resultar em consequências imprevisíveis e desastrosas, especialmente diante de um cenário de turbulência, como no caso da pandemia da Covid-19.

Nessa tarefa, considerando a ruptura da cultura do aviltamento das decisões judiciais no período republicano, juízes e cortes têm muito a dizer e têm efetivamente contribuído para solapar ou evitar a manutenção de verdadeiro estado de coisa inconstitucional, seja em processos de índole subjetiva (transformando-os em genuínas ações objetivas com diretrizes normativas, como no paradigmático julgamento do HC 143.641/SP), até na regulamentação/modulação heterodoxa promovida após a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos.

As novas funções da jurisdição constitucional (multifacetária) – coordenadoria de interesses e colaboração normativa – passam a dispor de uma série de legítimas opções decisórias e métodos normativos, sem descurar das inquietações próprias da pré-compreensão mínima da linguagem do texto, por meio de instrumentos típicos da jurisdição ordinária, com a possibilidade ampla de homologação judicial, sem que, com isso, cogite-se necessariamente da perda de objeto das ações.

Assim, os novos vetores de atuação dos juízes e Cortes Constitucionais descortinam o paroxismo atual da evolução da jurisdição constitucional. E muito embora pareçam não constituir em essência – ao menos em relação à coordenação de interesses – novidade no desenho constitucional da história republicana brasileira¹¹⁶⁸, mostram-se uma prática inovadora

¹¹⁶⁷ Cf. POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?* Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

¹¹⁶⁸ A Constituição de 1934, em seu art. 88, dispunha que: “Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência”.

(e relevante) na fiscalização de constitucionalidade das leis e atos normativos. Daí porque o exercício da jurisdição constitucional pressupõe também, para além do controle de constitucionalidade das leis, a possibilidade de dirimir conflitos e tensões constitucionais por meio de novos instrumentos consensuais e expedientes normativos no processo constitucional.

Caberá agora, no entanto, ao Congresso Nacional traçar disciplina legislativa pormenorizada sobre os novos modelos de atuação, com balizas rigorosas para o exercício da autocomposição e do regramento normativo, na esteira das legislações aprovadas nos últimos anos e da Resolução que criou o Centro de Mediação e Conciliação (CMC) – Resolução 697, de 6 de agosto de 2020 – no âmbito do STF. Dito de outro modo, urge o regramento desses vetores, evitando-se ou minimizando-se, desse modo, as injustas críticas sobre o excesso da jurisdição constitucional.

Rememore-se, a propósito, que acordos ou consensos pressupõem a renúncia a alguma parte do direito reclamado, o que reforça a necessidade da mudança formal das regras dos processos constitucionais, sob pena de aquiescer-se com as práticas judiciais contemporâneas, que, aliás, já contam com algum beneplácito dos principais agentes políticos.

Por todo o exposto, verifica-se que os juízes brasileiros foram convidados pelos demais agentes políticos (ao menos informalmente diante da força da realidade), para além do tradicional exame de constitucionalidade das leis, a exercer a coordenação de interesses em disputas normativas – incluindo, repiso, a conveniência de afastamento temporário da vigência de lei – mormente em tempos de agravamento do quadro social e político por conjunturas ou situações fáticas consolidadas ao longo do tempo, bem como a promover o regramento normativo no que concerne aos efeitos das suas decisões¹¹⁶⁹.

Não há, por ora, um determinismo que busque dizer, estaticamente, quando uma das funções deve ser contida ou exercida de forma mais proativa. De todo modo, a participação do Parlamento ou do Executivo – na condição de parte, simples interessado ou, até mesmo nas audiências públicas realizadas no STF –, constitui um termômetro válido desta nova atuação dos magistrados no exercício da jurisdição constitucional. Daí porque não se afirmou a existência de primazia do poder judicial, que, como é de conhecimento geral, está naturalmente vinculado à moldura normativa das leis e rigorosamente limitado pelas normas processuais. Em

¹¹⁶⁹ Vale dizer, a faceta da colaboração normativa abriga não somente a adoção de decisões que definiram parâmetros de conduta para situações consideradas carecedoras de disciplina específica, mas decisões que adotaram soluções anômalas, influenciadas por um estado de coisas ou ambiente político e social singular, que autorizem infirmar ou expandir, por vezes, a natureza jurídica tradicional dos institutos, ou conferir eficácia a dispositivos revogados ou, ainda, rechaçar temporariamente regras positivadas e que eventualmente possam contribuir como fontes primárias para futuras proposições legislativas ou a revisitação das leis pelo Congresso Nacional.

outras palavras, há uma readequação das funções jurisdicionais, a fim de apresentar elementos capazes de responder, de forma mais adequada, às tensões institucionais, especialmente no contexto da realidade brasileira.

Também não se cogitou de qualquer letargia do Parlamento para a contribuição da evolução dos vetores. Antes, pelo contrário, as múltiplas (formas) e permanentes interações – e as distintas reivindicações perante o Poder Judiciário – têm compelido os juízes a forjarem uma nova forma de comunicação com a esfera pública no exercício da jurisdição constitucional, que passa, então, a projetar múltiplas imagens extraídas de uma complexa teia de relações com os agentes políticos.

Diante desse cenário, o nascimento de uma jurisdição constitucional brasileira – aviltada por fatores normativos e exógenos até a Carta de 1988, mas agora dotada de uma miríade de incentivos legislativos –, constitui fenômeno singular, não apenas pela subsistência de um modelo híbrido no controle de constitucionalidade, mas também pela busca de soluções concretas adequadas aos litigantes e a todos atores políticos, como fator de evolução da uma prestação jurisdicional dinâmica.

Por tudo isso, o desenho institucional jamais encerrará a definição da jurisdição constitucional a partir da fixação de competências no texto constitucional, seja pela abstração dos seus termos, seja pela transformação da cultura jurídica operada pela realidade e, por fim, pela relação intersubjetiva entre os atores e os diversos intérpretes, o que não impede, *de lege ferenda*, o regramento legiferante sobre tais vetores. O papel dos magistrados na jurisdição constitucional, especialmente quando exercida em sua forma mais ordinária pela Suprema Corte, servirá não apenas para salvaguardar a funcionalidade do sistema democrático, mas para coordenar interesses contrapostos em resposta ao conhecido recurso estratégico mobilizado pelos agentes políticos para sustentar suas posições, especialmente nos momentos críticos do País.

Esse outro desconhecido, nas palavras do Ministro Aliomar Baleeiro, em referência ao período em que a jurisdição constitucional exercida pelo STF era praticamente ignorada pelo público em geral, ostracismo que perdurou até o final de década de 1990, passa a ter proeminência na vida nacional, com múltiplos vetores de atuação, não por uma vocação narcisista, mas porque foi instado por diplomas legislativos e pela atuação dos parlamentos e do Executivo, mergulhados em conjunturas políticas singulares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMO, Claudio Weber. Tempos de espera no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 423-442, 2010.
- ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.
- ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalismo. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 83, n. 4, p. 771-797, 1997.
- AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. *Câmara cria comissão de juristas para avaliar legislação sobre processo constitucional*, Brasília, 26 nov. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/710651-camara-cria-comissao-de-juristas-para-avaliar-legislacao-sobre-processo-constitucional/>. Acesso em: 17 jan. 2021.
- ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 3, n. 4, p. 572-581, 2005.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Memória Jurisprudencial: Ministro Victor Nunes*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.
- ALVES, José Carlos Moreira. Assembléia Nacional Constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 24, n. 93, p. 5-14, 1987. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224180>. Acesso em: 15 jun. 2021.
- ALVES, José Carlos Moreira. O Poder Judiciário no Brasil (Problemas e Soluções). *Estado de São Paulo*, São Paulo, 13 jul. 1985. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/MoreiraAlves/ArtigosJornais/253059.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2021.
- ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 5-12, 2009.
- 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, 2020. p. 79-113.
- ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomas. Separação de Poderes como Alocação de Autoridade: Uma espécie ameaçada no Direito Constitucional Brasileiro? In: LEAL, Fernando (Coord.). *Constitucionalismo de Realidade: democracia, direitos e instituições*. Rio de Janeiro: Fórum, 2019. p. 103-124.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. *Revista Direito FGV*, São Paulo, p. 1-21, v. 15, n. 2, 2019.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, 2018.

ARISTÓTELES. *A política*. 3. ed. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*. XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. 1966. Disponível em: http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2pidcp.html. Acesso em: 10 jul. 2019.

ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Ata da reunião para eleição do presidente e vice-presidente, em 7 de abril de 1987 – notas taquigráficas*, Brasília, p. 1-297, 1987.

Disponível em:

http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/3c_Subcomissao_Do_Poder_Judiciario.pdf. Acesso em: 15 jan. 2021.

BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. United Kingdom: Princeton University, 2008.

BARBOSA, Ruy. *Discurso proferido no Congresso Nacional na sessão de 16 de dezembro de 1890*. Brazil: Impr. Nacional, 1891. Disponível em:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185626>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEIZER, Rubens (Orgs.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 25-77.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática na doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986.

BICKEL, Alexander. *Supreme Court and the Idea of Progress*. New Haven: Yale University, 1978.

BILDER, Mary Sarah. The Corporate Origins of Judicial Review. *Yale Law Journal*, New Haven, p. 502-566, v. 116, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 8. ed. St. Paul: West, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 11. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Trad. Carmen C. Varriale *et al.* Brasília: UnB, 1998. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. As nascentes do constitucionalismo luso-brasileiro, uma análise comparativa. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Derecho constitucional: Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Ciudad de México: UNAM, 2004. p. 197-235. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1510/9.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, p. 251-290, 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BREYER, Stephen. *Making Our Democracy Work: A Judge's View*. New York: Vintage, 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. A Teoria do Estado entre o jurídico e o político. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; GASPARDO, Murilo (Orgs.). *Teoria do Estado: sentidos contemporâneos*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 27-74.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; PATRUS, Rafael Dilly. Do governo dos cenáculos ao governo do povo: a jurisdição constitucional nos vinte e cinco anos da constituição da república. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Coords.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 791-816.

BUZAID, Alfredo. Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. 55, n. 179, p. 14-37, set./out. 1958.

CABRAL, José Bernardo. Os 20 anos da Constituição Federal de 1988: Avanços e Retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coords.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 3-10.

CÂMARA DOS DEPUTADOS cria comissão de juristas para avaliar legislação sobre processo constitucional. *Câmara dos Deputados*, Política e Administração Pública, 26 nov. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/710651-camara-cria-comissao-de-juristas-para-avaliar-legislacao-sobre-processo-constitucional/>. Acesso em: 15 jan. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Bancada dos partidos*. 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/Internet/Deputado/bancada.asp>. Acesso em: 18 jul. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, Brasília, p. 14380-14382. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2021.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANTISANO, Pedro Jimenez. Três problemas da História Constitucional Brasileira. In: LEAL, Fernando (Coord.). *Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 179-188.

CAPPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, José Murilo de. *A Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: O Rio de Janeiro e a República que não foi*. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

CHAIB, Julia; URIBE, Gustavo; COLETTA, Ricardo Della. Em reunião com ministros, Bolsonaro critica STF e ameaça resistir a decisões da corte. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 27 mai. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/bolsonaro-convoca-ministros-para-discutir-reacao-ao-stf-e-aliados-defendem-lei-de-abuso.shtml>. Acesso em: 06 set. 2021.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional antecipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COELHO, Inocêncio Mártires. Constitucionalidade/Inconstitucionalidade: uma questão política? *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 13, n. p., jun. 2000. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1020>. Acesso em: 08 set. 2021.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. *Relatório*. Brasília: CNV, 2014. v. 1 (Capítulo 17: “O Judiciário na Ditadura”). Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo17/Capitulo%2017.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sobre as metas*. 2021. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metassobre-as-metas>. Acesso em: 8 jan. 2021.

CONSTANT, Benjamin. *Political Writings*. Trad. Biancamaria Fontana. Cambridge: Cambridge University, 1988.

CONSTANT, Benjamin. The liberty of the ancients compared with that of the moderns. In: CONSTANT, Benjamin. *Political Writings*. Trad. Biancamaria Fontana. Cambridge: Cambridge University, 1988 (Edição Kindle, posições 3692 a 3955).

CORTE CONSTITUCIONAL – REPÚBLICA DE COLÔMBIA. *Sentencia T-153/98*. Sentencia aprobada por la Sala Tercera de Revisión, en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días del mes de Abril de mil novecientos noventa y ocho (1998). 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 18 jul. 2021.

COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006.

DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DAHL, Robert A. Tomada de decisão na democracia: a Suprema Corte como instituição nacional de tomada de decisão política. Trad. José Levi Mello do Amaral Júnior. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Orgs.). *Jurisdição Constitucional* (Série IDP: Linha Constitucionalismo Brasileiro). São Paulo: Saraiva, 2020. p. 463-483.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review. *Maryland Law Review*, Baltimore, v. 37, n. 3, p. 451-487, 1978.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. João Batista Machado. 11. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4. ed. Navarra: Aranzadi, 2006.

EPSTEIN, David; O'HALLORAN, Hharyn. *Delegating Powers: A Transaction Cost Politics Approach to Policy Making Under Separate Powers*. Cambridge: Cambridge University, 1999.

FEREJOHN, John; PASQUALE, Pasquino. Constitutional adjudication: lessons from Europe. *Texas Law Review*, Austin, n. 82, p. 1671-1704, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 12-21, 1994.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 2. ed. Osasco: EDIFIEO, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da Justiça. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 198, p. 1-17, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Flávio. Fux e Toffoli fizeram ‘jogada ensaiada’ por superpoder em catimba no Supremo, diz professor da FGV. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 05 jan. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/01/fux-e-toffoli-fizeram-jogada-ensaiada-por-superpoder-em-catimba-no-supremo-diz-professor-da-fgv.shtml>. Acesso em: 17 jan. 2021.

FISS, Owen M. The Death of Law? In: FISS, Owen. *The Law as It Could Be*. New York: New York University, 2003. p. 191-207.

FUCK, Luciano Felício. *Memória Jurisprudencial: Ministro Nelson Hungria*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012.

GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Piaget, 1996.

GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*. Oxford: Oxford University, 2013.

GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University, 2003.

GINSBURG, Tom. The Global Spread of Constitutional Review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Eds). *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York: Oxford University, 2010. p. 81-99.

GODOY, Migual Gualano de; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. O plenário virtual no STF: individualismo, vazão e outras tendências. O que os números revelam sobre o plenário virtual do Supremo? *Jota*, 20 ago. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-plenario-virtual-no-stf-individualismo-vazao-e-outras-tendencias-20082020>. Acesso: 06 set. 2021.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: pensamento político*. 3. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, Russel, 2010.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 147-171.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2007.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico* (1651). Trad. Rosina D'Ángina. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

HORBACH, Carlos Bastide. Controle judicial da atividade política: as questões políticas e os atos de governo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 182, p. 7-16, 2009.

HORBACH, Carlos Bastide. *Ministro Pedro Lessa: memória jurisprudencial*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

HORBACH, Carlos Bastide. O Poder Executivo na democracia contemporânea: liberdade em tempos de crise. In: HORBACH, Carlos Bastide; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello; LEAL, Roger Stiefelmann (Coords.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 121-153.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti *et al.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. 2. ed. Trad. Gabriel Nogueira Dias e José Inácio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*. Tübingen: Mohr, 1911.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2. ed. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. La transformation du droit international en droit intern. *Revue générale de droit international public*, Paris, v. 43, n. 1/4, p. 5-49, 1936.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo. *Lua Nova: Revista de cultura e política*, São Paulo, n. 88, p. 141-184, 2013.

KRAMER, Larry D. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University, 2004.

LANDAU, David A. Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 51, n. 2, p. 359-377, 2010.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1983.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Trad. Walter Stonner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LEAL, Fernando (Coord.). *Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

LEAL, Fernando. Três desafios à aplicação da metáfora dos “diálogos institucionais” para a legitimação da jurisdição constitucional. In: LEAL, Fernando (Coord.). *Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 65-78.

LEITE, Glauco Salomão; CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Desafios da Jurisdição Constitucional brasileira contemporânea. In: LEITE, Glauco Salomão; LEITE, Glauco Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Ontem, os códigos! Hoje, as constituições!* Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 143-166.

LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A. Elections Without Democracy: The Rise of Competitive Authoritarianism. *Journal of Democracy*, Washington, v. 13, n. 2, p. 51-65, 2002.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. In: LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 451-542.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2. ed. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

LUNARDI, Fabricio Castagna. *O STF na política e a política no STF*. São Paulo: Saraiva, 2020.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Trad. Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Trad. Maria Júlia Goldwasser. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. A nova LINDB e o consequentialismo jurídico como mínimo existencial. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 18 mai. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequentialismo-juridico>. Acesso em: 10 abr. 2021.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Orgs.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 54-73.

MILL, John Stuart. *O governo representativo*. Trad. E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1983.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Trad. Isabel Siqueira. Mem Martins: Europa-America, 1997.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA ALVES, Márcio. A derrota na vitória? *O Estado de São Paulo*, 25 mar. 1994. Disponível em: <https://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19940325-36682-nac-0006-pol-a6-not/busca/MOREIRA+ALVES>. Acesso em: 20 mai. 2021.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOGUEIRA, Octaviano. *1824*. Coleção Constituições Brasileiras. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

PAGANINE, Joseana. Há 40 anos, ditadura impunha Pacote de Abril e adiava abertura política. *Senado Notícias*, Brasília, 31 mar. 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/03/31/ha-40-anos-ditadura-impunha-pacote-de-abril-e-adiava-abertura-politica>. Acesso em: 17 jan. 2021.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de. *VIII Relatório Supremo em Números: Quem decide no Supremo? Tipos de decisão colegiada no tribunal (1988-2018)*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29679>. Acesso em: 15 set. 2021.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PLATÃO. *As leis: livro IV*. 2. ed. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2010.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PORTALIS, Jean Étienne-Marie. *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*. Trad. Adela Mora. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 2004. em: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19797/discurso_portalis_hd31_2014.pdf?sequence=3. Acesso em: 10 jan. 2021.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. *Democratic Constitutionalism: The Constitution in 2020*. New York: Oxford University, 2009.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva. O constitucionalismo democrático. Trad. Ana Beatriz Vanzoff Robalinho Cavalcante. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Orgs.). *Jurisdição constitucional em 2020*. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 484-495.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Luciana de Oliveira et al. *Relatório ICJBrasil: 1º semestre/2017*, São Paulo, p. 1-28, 2017. Disponível em:

http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 15 out. 2018.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Luís Couceiro Feio. Lisboa: Paget, 1997.

RIOS-FIGUEIRA, Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Eds.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University, 2011. p. 27-54 e 128-153.

RODRIGUES, Eduardo. Com fogos de artifício, militantes bolsonaristas simulam ataque ao STF. *Uol*, São Paulo, 14 jun. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020/06/14/com-fogos-de-artificio-militantes-bolsonaristas-simulam-ataque-ao-stf.htm>. Acesso em: 25 jan. 2021.

RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v. IV, t. I.

RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: A Defesa das Liberdades Civas (1891-1898)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v. 1, t. I.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROSÁRIO, Adalgisa Maria Vieira. A Constituinte de 1823 e a Constituição de 1824. *Correio Braziliense*, Brasília, n. 8560, p. 2, 1986. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/117546/1986_SETEMBRO_032a.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 20 dez. 2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ediouro, 2020.

SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, v. 35, n. 1, p. 200-206, Jan. 1947.

SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Trad. Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University, 2008.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SENADO FEDERAL. *Anteprojeto do novo Código de processo civil*. Brasília: Senado Federal (Subsecretaria de Edições Técnicas), 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>. Acesso em: 15 jan. 2021.

SENADO FEDERAL. *Código de processo civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, 2009.

SLAPPER, Gary; KELLY, David. *O sistema jurídico inglês*. Trad. Marcílio Moreira de Castro. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coords.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. O fenômeno constitucional e suas três forças. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coords.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 11-18.

SUNSTEIN, Cass R. Constitutional Personae. *The Supreme Court Review*, Chicago, v. 2013, n. 1, p. 433-460, Jan. 2014.

SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. 2. ed. Cambridge: Harvard University, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. *Why Societies Need Dissent*. Cambridge: Harvard University, 2003.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 02 jul. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Solenidade de posse dos ministros José Carlos Moreira Alves, na presidência e Decio Meirelles de Miranda, na vice-presidência do Supremo Tribunal Federal: Sessão de 25-2-1985*, Brasília, p. 1-29, 1985. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/Plaquetas/92909/pdf/92909.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2021.

SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. New York: Oxford University, 2000.

SWEET, Alec Stone. The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority. *German Law Journal*, Lexington, v. 8, n. 10, p. 915-928, 2007.

SWEET, Alex Stone. Why Europe Rejected American Judicial Review: And Why it May Not Matter. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 101, n. 8, p. 2744-2780, 2003.

TASCHETTO, Fernando Maicon Prado. *As sentenças aditivas e as sentenças substitutivas: direito italiano e brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2016.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TAYLOR, Matthew; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 847-848, 2008.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: Leis e Costumes. De certas leis e certos costumes que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. Trad. Eduardo Brandão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

TOOBIN, Jeffrey. *Os nove: por dentro do mundo secreto da Suprema Corte*. Trad. Paulo André Vieira Ramos Arantes. São Paulo: Saraiva, 2018.

TRIBE, Laurence H. *The Invisible Constitution*. New York: Oxford University, 2008.

TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto: como funcionam as instituições*. Trad. Micheline Christophe. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

TUSHNET, Mark V. Constitutional Hardball. *John Marshall Law Review*, Chicago, v. 37, p. 523-553, 2004.

TUSHNET, Mark. Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. (Eds.). *The Least Examined Branches: The Role of Legislature in Constitutional State*. Cambridge: Cambridge University, 2006. p. 355-377.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from Courts*. Princeton: Princeton University, 2000.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University, 2009.

VALLINDER, Torbjörn. When the Courts Go Marching in. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University, 1995. p. 13-26.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, 2008.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial pós-1988*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

VERMEULE, Adrian. Beyond Originalism. *The Atlantic*, Boston, 31 March 2020. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/>. Acesso em: 7 jan. 2021.

VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

VIARO, Felipe Albertini Nani. *Judicialização: Análise Doutrinária e Verificação no Cenário Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review. Trad. Adauto Villela e Geraldo de Carvalho. In: ALPINO, Antonio Carlos; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 93-157.

WOLF, Christopher. *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*. Lanham: Rowman & Littlefield, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Tradução: Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999.

ZOLO, Danilo. Teoria crítica do Estado do Direito. Trad. Carlos Alberto Dastoli. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 3-94.

APÊNDICE A – Lista das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) citadas

Classe	Nº	Estado	Relator	Órgão Julgador	Julgamento	Publicação
ADI	14	DF	Min. Célio Borja	Tribunal Pleno	28/09/1989	01/12/1989
ADI	875	DF	Min. Gilmar Mendes	Tribunal Pleno	24/02/2010	30/04/2010
ADI	939	DF	Min. Sydney Sanches	Tribunal Pleno	15/12/1993	18/03/1994
ADI	954	ED/MG	Min. Gilmar Mendes	Tribunal Pleno	24/02/2011	26/05/2011
ADI	1186	MG	Min. Cármen Lúcia	Tribunal Pleno	16/06/2020	06/07/2020
ADI	1220	DF	Min. Roberto Barroso	Tribunal Pleno	19/12/2019	13/03/2020
ADI	1241	ED/RN	Min. Dias Toffoli	Tribunal Pleno	06/06/2018	21/06/2018
ADI	1251	MG	Min. Dias Toffoli	Tribunal Pleno	06/08/2020	09/10/2020
ADI	1301	RN	Min. Roberto Barroso	Tribunal Pleno	03/03/2016	08/04/2016
ADI	1351	DF	Min. Marco Aurélio	Tribunal Pleno	07/12/2006	29/06/2007
ADI	1354	MC	Min. Maurício Corrêa	Tribunal Pleno	07/02/1996	25/05/2001
ADI	1805	DF	Min. Rosa Weber	Tribunal Pleno	23/11/2020	10/12/2020
ADI	1842	RJ	Min. Luiz Fux (Red. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes)	Tribunal Pleno	06/03/2013	16/09/2013
ADI	1.987	DF	Min. Gilmar Mendes	Tribunal Pleno	24/02/2010	24/09/2010
ADI	2501	MG	Min. Joaquim Barbosa	Tribunal Pleno	04/09/2008	19/12/2008

ADI	2682	ED/AP	Min. Rosa Weber	Tribunal Pleno	20/09/2019	03/10/2019
ADI	2727	DF	Min. Gilmar Mendes	Tribunal Pleno	24/02/2010	29/04/2010
ADI	2736	DF	Min. Cezar Peluzo	Tribunal Pleno	08/09/2010	29/03/2011
ADI	2.797	DF	Min. Sepúlveda Pertence	Tribunal Pleno	15/09/2005	19/12/2006
ADI	2797	ED/DF	Min. Menezes Direito (Red. p/ acórdão Min. Ayres Britto)	Tribunal Pleno	16/05/2012	28/02/2013
ADI	3106	ED/MG	Min. Luiz Fux	Tribunal Pleno	20/05/2015	13/08/2015
ADI	3111	ED/RJ	Min. Alexandre de Moraes	Tribunal Pleno	30/06/2017	08/08/2017
ADI	3150	DF	Min. Marco Aurélio (Red. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso)	Tribunal Pleno	13/12/2018	06/08/2019
ADI	3165	SP	Min. Dias Toffoli	Tribunal Pleno	11/11/2015	10/05/2016
ADI	3199	MT	Min. Roberto Barroso	Tribunal Pleno	20/04/2020	12/05/2020
ADI	3243	DF	Min. Gilmar Mendes	Tribunal Pleno	24/02/2010	07/05/2010
ADI	3367	DF	Min. Cezar Peluzo	Tribunal Pleno	13/04/2005	22/09/2006
ADI	3415	ED- Segundos/AM	Min. Alexandre de Moraes	Tribunal Pleno	01/08/2018	28/09/2018
ADI	3456	DF	Min. Roberto Barroso	Tribunal Pleno	23/08/2019	06/09/2019
ADI	3470	RJ	Rel. Min. Rosa Weber	Tribunal Pleno	29/11/2017	01/02/2019
ADI	3498	DF	Min. Cármen Lúcia	Tribunal Pleno	11/05/2020	01/06/2020

ADI	3539	RS	Min. Ricardo Lewandowski	Tribunal Pleno	04/10/2019	18/11/2019
ADI	3550	RJ	Min. Dias Toffoli	Tribunal Pleno	18/12/2019	06/03/2020
ADI	3601	ED/DF	Min. Dias Toffoli	Tribunal Pleno	09/09/2010	15/12/2010
ADI	3628	AP	Min. Dias Toffoli	Tribunal Pleno	08/03/2018	10/10/2018
ADI	3662	MS	Min. Marco Aurelio (Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes)	Tribunal Pleno	23/03/2017	25/04/2018
ADI	3666	DF	Min. Roberto Barroso	Tribunal Pleno	06/12/2018	18/12/2018
ADI	3721	CE	Min. Teori Zavascki	Tribunal Pleno	09/06/2016	15/08/2016
ADI	3.772	DF	Min. Carlos Britto	Tribunal Pleno	29/10/2008	29/10/2009
ADI	3775	ED/RS	Min. Cármen Lúcia	Tribunal Pleno	20/04/2020	20/05/2020
ADI	3791	DF	Min. Ayres Britto	Tribunal Pleno	16/06/2010	27/08/2010
ADI	3792	RN	Min. Dias Toffoli	Tribunal Pleno	22/09/2016	01/08/2017
ADI	3819	MG	Min. Eros Grau	Tribunal Pleno	24/10/2007	28/03/2008
ADI	3984	SC	Min. Luiz Fux	Tribunal Pleno	30/08/2019	23/09/2019
ADI	4029	AM	Min. Luiz Fux	Tribunal Pleno	08/03/2012	27/06/2012
ADI	4114	SE	Min. Luiz Fux	Tribunal Pleno	13/12/2019	12/02/2020
ADI	4140	GO	Min. Ellen Gracie	Tribunal Pleno	29/06/2011	20/09/2011
ADI	4142	RO	Min. Roberto Barroso	Tribunal Pleno	20/12/2019	26/02/2020

ADI	4143	MS	Min. Roberto Barroso	Tribunal Pleno	23/08/2019	06/09/2019
ADI	4167	ED/DF	Min. Joaquim Barbosa	Tribunal Pleno	27/02/2013	09/10/2013
ADI	4171	DF	Min. Ellen Gracie (Red. p/ Acórdão Min. Ricardo Lewandowski)	Tribunal Pleno	20/05/2015	21/08/2015
ADI	4233	BA	Min. Rosa Weber (Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes)	Tribunal Pleno	01/03/2021	29/04/2021
ADI	4275	DF	Min. Marco Aurélio (Red. p/ acórdão Min. Edson Fachin)	Tribunal Pleno	01/03/2018	07/03/2019
ADI	4277	DF	Min. Ayres Britto	Tribunal Pleno	05/05/2011	14/10/2011
ADI	4414	AL	Min. Luiz Fux	Tribunal Pleno	31/05/2012	17/06/2013
ADI	4425	QO	Min. Luiz Fux	Tribunal Pleno	25/03/2015	04/08/2015
ADI	4481	PR	Min. Roberto Barroso	Tribunal Pleno	11/03/2015	19/05/2015
ADI	4598	DF	Min. Luiz Fux	Decisão Monocrática	10/12/2013	13/12/2013
ADI	4601	ED/MT	Min. Luiz Fux	Tribunal Pleno	05/04/2019	23/04/2019
ADI	4638	MC/Ref	Min. Marco Aurélio	Tribunal Pleno	08/02/2012	30/10/2014
ADI	4658	PR	Min. Edson Fachin	Tribunal Pleno	25/10/2019	11/11/2019
ADI	4769	PB	Min. Dias Toffoli	Tribunal Pleno	13/09/2019	28/10/2019
ADI	4788	AgR	Min. Edson Fachin	Tribunal Pleno	30/06/2017	08/08/2017

ADI	4867	PB	Min. Roberto Barroso	Tribunal Pleno	11/05/2020	06/10/2020
ADI	4868	DF	Min. Gilmar Mendes	Tribunal Pleno	27/03/2020	15/04/2020
ADI	4870	ES	Min. Dias Toffoli	Tribunal Pleno	15/12/2020	23/02/2021
ADI	4876	MG	Min. Dias Toffoli	Tribunal Pleno	26/03/2014	01/07/2014
ADI	4884	ED/RS	Min. Rosa Weber	Tribunal Pleno	20/09/2018	08/10/2018
ADI	4983	CE	Min. Marco Aurélio	Tribunal Pleno	06/10/2016	24/04/2017
ADI	5011	SE	Min. Edson Fachin	Tribunal Pleno	08/06/2020	01/07/2020
ADI	5105	DF	Min. Luiz Fux	Tribunal Pleno	01/10/2015	16/03/2016
ADI	5107	ED-terceiros/MT	Min. Alexandre de Moraes	Tribunal Pleno	12/11/2018	23/11/2018
ADI	5109	ES	Min. Luiz Fux	Tribunal Pleno	13/12/2018	08/05/2019
ADI	5111	RR	Min. Dias Toffoli	Tribunal Pleno	20/09/2018	03/12/2018
ADI	5312	TO	Min. Alexandre de Moraes	Tribunal Pleno	25/10/2018	11/02/2019
ADI	5353	MG	Min. Alexandre de Moraes	Tribunal Pleno	11/05/2020	06/07/2020
ADI	5441	ED-Segundos/SC	Min. Alexandre de Moraes	Tribunal Pleno	13/04/2021	24/05/2021
ADI	5456	RS	Min. Luiz Fux	Tribunal Pleno	15/04/2020	12/05/2020
ADI	5459	MS	Min. Alexandre de Moraes	Tribunal Pleno	11/05/2020	06/07/2020

ADI	5467	MA	Min. Luiz Fux	Tribunal Pleno	30/08/2019	16/09/2019
ADI	5469	DF	Min. Dias Toffoli	Tribunal Pleno	24/02/2021	25/05/2021
ADI	5484	AL	Min. Luiz Fux	Tribunal Pleno	15/04/2020	12/05/2020
ADI	5529	DF	Min. Dias Toffoli	Tribunal Pleno	12/05/2021	01/09/2021
ADI	5535	PB	Min. Roberto Barroso	Tribunal Pleno	19/12/2018	19/02/2019
ADI	5.645	DF	Min. Dias Toffoli	Decisão Monocrática	05/03/2021	11/03/2021
ADI	5709	ED/DF	Min. Rosa Weber	Tribunal Pleno	24/08/2020	17/09/2020
ADI	5716	ED/DF	Min. Rosa Weber	Tribunal Pleno	24/08/2020	17/09/2020
ADI	5717	ED/DF	Min. Rosa Weber	Tribunal Pleno	24/08/2020	17/09/2020
ADI	5727	ED/DF	Min. Rosa Weber	Tribunal Pleno	24/08/2020	17/09/2020
ADI	5728	DF	Min. Dias Toffoli	Pendente de julgamento		
ADI	5747	SP	Min. Luiz Fux	Tribunal Pleno	15/04/2020	12/05/2020
ADI	5792	DF	Min. Alexandre de Moraes	Tribunal Pleno	11/10/2019	04/11/2019
ADI	5817	ED-Segundos/SP	Min. Rosa Weber	Tribunal Pleno	29/06/2020	13/08/2020
ADI	5856	MG	Min. Luiz Fux	Tribunal Pleno	14/02/2020	06/03/2020
ADI	5939	PE	Min. Alexandre de Moraes	Tribunal Pleno	16/06/2020	06/08/2020
ADI	5956	DF	Min. Luiz Fux	Decisão Monocrática	11/03/2019	13/03/2019

ADI	5959		Min. Luiz Fux	Tramitação conjunta à ADI 5956		
ADI	5964		Min. Luiz Fux	Tramitação conjunta à ADI 5956		
ADI	5980	DF	Min. Celso de Mello	Decisão Monocrática	24/04/2020	30/04/2020
ADI	6019	SP	Min. Marco Aurelio (Red. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso)	Tribunal Pleno	12/05/2021	06/07/2021
ADI	6039	MC/RJ	Min. Edson Fachin	Tribunal Pleno	13/03/2019	01/08/2019
ADI	6144	AM	Min. Dias Toffoli	Tribunal Pleno	03/08/2021	03/09/2021
ADI	6185	ED/GO	Min. Marco Aurélio (Red. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso)	Tribunal Pleno	13/04/2021	16/06/2021
ADI	6222	CE	Min. Gilmar Mendes	Tribunal Pleno	20/04/2020	11/05/2020
ADI	6337	DF	Min. Rosa Weber	Tribunal Pleno	24/08/2020	22/10/2020
ADI	6357	MC-Ref	Min. Alexandre de Moraes	Tribunal Pleno	13/05/2020	20/11/2020
ADI	6362	DF	Min. Ricardo Lewandowski	Tribunal Pleno	02/09/2020	09/12/2020
ADI	6363	MC-Ref	Min. Ricardo Lewandowski (Red. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes)	Tribunal Pleno	17/04/2020	24/11/2020
ADI	6368	AgR/DF	Min. Marco Aurélio	Tribunal Pleno	31/08/2020	22/09/2020
ADI	6397	MC-Ref/AL	Min. Roberto Barroso	Tribunal Pleno	16/09/2020	05/10/2020
ADI	6421	MC/DF	Min. Roberto Barroso	Tribunal Pleno	21/05/2020	12/11/2020
ADI	6624	AM	Min. Dias Toffoli	Tribunal Pleno	03/08/2021	08/09/2021

ADI	6625	MC-Ref/DF	Min. Ricardo Lewandowski	Tribunal Pleno	08/03/2021	12/04/2021
ADI	6841	MC/DF	Min. Nunes Marques	Decisão Monocrática	28/06/2021	29/06/2021
ADI	223-6	DF	Min. Sepúlveda Pertence	Tribunal Pleno	04/04/1990	05/04/1990

APÊNDICE B – Lista dos *Habeas Corpus* (HCs) citados

Classe	Nº	Estado	Relator	Órgão Julgador	Julgamento	Publicação
HC	406	DF	Min. Barros Pimentel	Tribunal Pleno	09/08/1893	-
HC	2244	DF	Min. Manoel Murtinho	Tribunal Pleno	31/01/1905	-
HC	2990	DF	Min. Pedro Lessa	Tribunal Pleno	25/01/1911	-
HC	3536	DF	Min. Oliveira Ribeiro	Tribunal Pleno	01/01/1970	-
HC	33908	DF	Min. Afrânio Costa	Tribunal Pleno	21/12/1995	7/26/1956
HC	41049	AM	Min. Antonio Martins Vilas Boas	Tribunal Pleno	04/11/1964	22/11/1964
HC	41296	DF	Min. Gonçalves de Oliveira	Tribunal Pleno	23/11/1964	22/11/1964
HC	41609	CE	Min. Victor Nunes	Tribunal Pleno	06/05/1964	16/12/1964
HC	42.108	PE	Min. Evandro Lins	Tribunal Pleno	19/04/1965	19/05/1965
HC	82.424	RS	Min. Moreira Alves (red. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa)	Tribunal Pleno	17/09/2003	19/03/2004
HC	82.959	SP	Min. Marco Aurélio	Tribunal Pleno	23/02/2006	01/09/2006
HC	127.415	SP	Min. Gilmar Mendes	Segunda Turma	13/09/2016	27/09/2016
HC	136.331	RS	Min. Ricardo Lewandowski	Segunda Turma	13/06/2017	27/06/2017
HC	143.641	SP	Min. Ricardo Lewandowski	Segunda Turma	20/02/2018	09/10//2018

HC	143.988	ES	Min. Edson Fachin	Segunda Turma	24/08/2020	04/09/2020
HC	164.493	PR	Min. Edson Fachin (red. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes)	Segunda Turma	23/03/2021	04/06/2021
HC	165.704	DF	Min. Gilmar Mendes	Segunda Turma	20/10/2020	24/02/2021
HC	173.998	AgR/MT	Min. Cármen Lúcia (red. p/ acórdão Min. Ricardo Lewandowski)	Segunda Turma	25/08/2020	10/09/2020

**APÊNDICE C – Lista das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs)
citadas**

Classe	Nº	Estado	Relator	Órgão	Julgamento	Publicação
ADPF	54	DF	Min. Marco Aurélio	Tribunal Pleno	12/04/2012	30/04/2013
ADPF	130	DF	Min. Ayres Britto	Tribunal Pleno	30/04/2009	06/11/2009
ADPF	165	DF	Min. Ricardo Lewandowski	Tribunal Pleno	01/03/2018	01/04/2020
ADPF	186	DF	Min. Ricardo Lewandowski	Tribunal Pleno	24/04/2012	20/10/2014
ADPF	347	MC/DF	Min. Marco Aurélio	Tribunal Pleno	09/09/2015	19/02/2016
ADPF	402	MC- Ref/DF	Min. Marco Aurélio (Red. p/ acórdão Min. Celso de Mello)	Tribunal Pleno	07/12/2016	29/08/2018
ADPF	572	DF	Min. Edson Fachin	Tribunal Pleno	18/06/2020	07/05/2021
ADPF	663	DF	Min. Alexandre de Moraes	Tribunal Pleno	08/09/2021	15/09/2021
ADPF	672	MC- Ref/DF	Min. Alexandre de Moraes	Tribunal Pleno	13/10/2020	29/10/2020
ADPF	709	MC- Ref/DF	Min. Roberto Barroso	Tribunal Pleno	05/08/2020	07/10/2020
ADPF	829	RS	Min. Ricardo Lewandowski	Decisão Monocrática	03/05/2021	05/05/2021