

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito - FD
Programa de Pós-Graduação em Direito

COMO PENSAM OS MINISTROS DO STF?
direito, política e guarda da constituição no pós-1988

José Nunes de Cerqueira Neto

Brasília
2016

José Nunes de Cerqueira Neto

COMO PENSAM OS MINISTROS DO STF?

direito, política e guarda da constituição no pós-1988

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Área de concentração: Direito, Estado e Constituição.

Orientador: Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo

Brasília

2016

*Aos meus pais,
José e Célia,
por tudo.*

AGRADECIMENTOS

Essa pesquisa nasce da experimentação de muitos tempos, espaços e afetos. Sou grato ao Juliano Zaiden Benvindo, pela leveza, amizade e confiança como que conduziu o processo de orientação. Aos professores Cristiano Paixão, Diego Werneck Arguelhes e Eneida Desiree Salgado, agradeço a oportunidade de discutir e melhorar o trabalho.

Sou grato ao professor Cristiano pela acolhida no Percursos e pela interlocução sempre produtiva; agradeço também aos amigos do grupo, que gentilmente se disponibilizaram a debater o trabalho. Ao professor Marcelo Neves, agradeço a oportunidade de integrar o DISCO e a Revista Direito.UnB, espaços que ampliaram meus horizontes de pesquisa; também sou grato a Carina por isso.

Agradeço ao Gilberto pela parceria e amizade nessa caminhada, fazendo da UnB um ambiente mais empolgante e crítico, desde o primeiro dia aqui. Também tive a sorte de poder compartilhar alegrias e desafios da vida acadêmica com Nathaly, Luciana e Carol; e de dividir afinidades teóricas com Eduardo Borges, Rafael Bezerra e Rafael Estorilio.

Sou grato a Thiago, Karol e Andrea, com quem discuti as principais ideias do trabalho e dividi a alegria de conviver e aprender com pessoas maravilhosas. À Luiza, Laís e Cacau, adoraria retribuir os adoráveis gestos de generosidade.

Agradeço ao professor Nelson Juliano por algumas das principais escolhas que fiz nos últimos anos, como a vida acadêmica. Seu exemplo foi inspiração para as alegrias que eu colho agora. À professora Vera Karam de Chueiri, agradeço a acolhida no grupo Constitucionalismo e Democracia, onde germinaram as primeiras ideias desse trabalho.

Dedico esse trabalho aos meus pais, José e Célia, com gratidão por tudo o que aprendi na vida; ao meu irmão e a toda família, agradeço o carinho. Sou grato à Laíse, por colorir meus dias com maravilhosidade; e a Israel e Danillo, pela amizade cultivada mesmo à distância.

A vocês, meu sincero muito obrigado!

*“É importante que [o STF] não se converta numa corte bolivariana.
Isto tem de ser avisado e denunciado.”*
Gilmar Mendes¹

*“Vossa excelência está fazendo ilações incompatíveis com a seriedade do
Supremo Tribunal Federal.
E vossa excelência está introduzindo um componente político na sua fala”*
Ricardo Lewandowski

“Pouco importa”
Gilmar Mendes²

¹ Em entrevista à *Folha de S. Paulo*, edição de 3 de novembro de 2014.

² Discussão entre os ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski no julgamento do RE 641.320, na sessão plenária do dia 2 de dezembro de 2015.

RESUMO

CERQUEIRA NETO, José Nunes de. Como pensam os ministros do STF? direito, política e guarda da constituição no pós-1988. 2016. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

O protagonismo judicial tem sido estudado como um fenômeno global, num plano normativo e empírico. Diversos autores e atores refletem sobre o papel do Supremo Tribunal Federal, inclusive seus próprios ministros. Por um lado, a forma como eles justificam sua atuação reflete a postura da corte, em maior ou menor ativismo. Por outro lado, examinar tais discursos é uma forma de controlá-los. Partindo dessas premissas, este trabalho se dedica a investigar como os ministros do STF refletem sobre suas próprias funções e sobre o papel da corte. A análise é feita a partir de fontes primárias, como artigos de opinião, discursos, palestras, entrevistas e sabatinas. A estratégia metodológica faz uso de análise histórica, análise qualitativa comparada, análise de discursos e estudos de caso. Assim, pretende-se analisar como os juízes constroem seus discursos de legitimidade, e em que medida eles autorizam a supremacia judicial. Para isso, analisa-se as sabatinas dos onze atuais ministros do STF, bem como suas manifestações públicas em entrevistas, palestras, discursos e artigos de opinião. Dessa forma, é possível confrontar como os ministros justificaram o papel do STF antes e depois de integrarem a corte, percebendo continuidades e discontinuidades em suas falas. Por fim, é feito um paralelo entre os discursos e a prática da atuação dos ministros, com uma crítica a padrões de atuação política incompatíveis com seus discursos de legitimidade.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; corte constitucional; guarda da constituição; ativismo judicial; judicialização da política.

ABSTRACT

CERQUEIRA NETO, José Nunes. How do the ministers of the Supreme Court think? law, politics and judicial review according to the constitution in the post-1988. 2016. 120 f. Dissertation (Master of Law) - Faculty of Law, University of Brasília, Brasília, 2016.

The judicial protagonism has been studied as a global phenomenon, on a normative and empirical level. Several authors and actors reflect on the role of the Supreme Court, including its own ministers. On the one hand, the way they justify their actions reflects the court's posture, in greater or lesser activism. On the other hand, examining such discourses is a way to control them. Being so, this work's purpose is to investigate how the ministers of the Supreme Court consider their own roles and the role of the court. The analysis is made from primary sources, as opinion articles, speeches, lectures, interviews and hearings. The methodological strategy uses historical analysis, comparative qualitative analysis, discourse analysis and case studies. Therefore, we intend to analyze how judges build their legitimacy speeches, and to what extent they authorize judicial supremacy. In order to do so, this work analyzes the hearings of the eleven current ministers of the Supreme Court, as well as their public manifestations in interviews, lectures, speeches and opinion articles. Hence it is possible to confront how the ministers justified the role of the Supreme Court before and after integrating the court, remarking continuities and discontinuities in their speech. Finally, it made a parallel between the minister's discourses and their practices, critiquing the inconsistency between their practice and their legitimacy speeches.

Keywords: Supreme Court; constitutional court; judicial review; judicial activism; judicialization of politics.

RÉSUMÉ

CERQUEIRA NETO, José Nunes de. Comment pensent les ministres de Tribunal Fédéral Suprême? Droit, la politique et garde de la constitution dans l'après-1988. 2016. 120 f. Dissertation (Master en droit) - Faculté de droit, Université de Brasília, Brasília, 2016.

Le protagonisme judiciaire a été étudiée comme un phénomène global dans un niveau normatif et empirique. Plusieurs auteurs et acteurs reflètent sur le rôle de la Cour suprême, y compris ses propres ministres. D'une part, la façon dont ils justifient leurs actions reflète la posture de la cour, dans un activisme plus ou moins grande. D'autre part, examiner ces discours est un moyen de les contrôler. A cause de cela, ce travail est consacrée à étudier la façon dont les ministres de le STF reflètent sur leurs propres rôles et le rôle de la Cour. L'analyse est effectuée à partir de sources primaires, comme des articles d'opinion, des discours, des conférences, des interviews et des audiences. La stratégie méthodologique rend l'utilisation de l'analyse historique, l'analyse comparative qualitative, l'analyse du discours et des études de cas. Ainsi, il a l'intention d'examiner comment les juges construisent leurs discours de légitimité, et dans quelle mesure ils autorisent la suprématie judiciaire. Pour cela, il analyse les audiences des onze ministres actuels de STF, aussi bien que ses manifestations publiques dans les entrevues, des conférences, des discours et des articles d'opinion. Ainsi, il est possible d'affronter comment les ministres ont justifié le rôle de STF avant et après l'intégration de la cour, notant continuités et les discontinuités dans leurs discours. Enfin, il est fait un parallèle entre le discours et la pratique d'actuation des ministres, avec une critique des modèles d'activités politiques incompatibles avec ses discours de légitimité.

Mots-clés: Tribunal Fédéral Suprême; Cour constitutionnelle; garde de la constitution; activisme judiciaire; «judicialisation» de la politique.

SUMÁRIO

Introdução	9
Capítulo 1 - O que os ministros disseram antes de assumir o cargo	15
Capítulo 2 - ... e o que disseram depois?	33
Capítulo 3 - O Supremo na política e a política no Supremo	66
Conclusão	108
Bibliografia	112

Introdução.

O Supremo Tribunal Federal tem se tornado protagonista na sociedade brasileira, por diversas razões. Muitos autores e atores têm se dedicado a explicar a atuação do tribunal, inclusive seus próprios ministros. A pesquisa assume a premissa de que a forma como os ministros refletem sobre o papel do STF influi sobre a postura da corte. O guardião da constituição é, antes de tudo, o guardião de sua legitimidade. Os discursos dos juízes são narrativas de legitimidade e controle. Por um lado, autorizam e direcionam a tarefa de interpretar a constituição de um modo mais ou menos expansivo. Por outro lado, sugerem parâmetros para o controle de sua atuação. A academia tem se dedicado a examinar o comportamento dos juízes e o papel do Supremo, embora frequentemente aceite com naturalidade discursos normativos distantes, importados de experiências e narrativas estrangeiras, que pouco dialogam com a realidade brasileira.

Como os juízes constroem seus discursos? Eles autorizam a supremacia judicial? Como eles compreendem seus próprios papéis? Isso reforça ou democratiza o poder do tribunal? O judiciário, na teoria clássica, tinha função discreta. Hamilton sugeria que ele era o mais fraco dos poderes, enquanto que, para Montesquieu, tratava-se de um poder de algum modo nulo. Havia uma noção de legitimidade restrita, que mudou após a Segunda Guerra Mundial e os horrores do holocausto, sobretudo com a exigência de garantias aos direitos fundamentais e a reconfiguração dos tribunais. Quando o judiciário não é mais “boca da lei”, ele tem que se legitimar de outra forma; e os juízes constroem mecanismos para isso, como os *amicus curiae* e as audiências públicas, que conferem certa abertura democrática. Por mais que os efeitos retóricos possam se sobrepor à prática deliberativa, é certo que os tribunais não mais constroem decisões pautadas apenas na lei. Se o protagonismo judicial não é uma simples questão de escolha – porque as demandas continuarão a ser judicializadas -, o discurso de supremacia judicial o é. Os ministros conferem certa áurea mítica ao papel de “guardião da constituição”. Como eles compreendem e justificam essa função?

A legitimidade, a supremacia e a própria constituição não são apenas conceitos, mas práticas. Os discursos não apenas descrevem, mas constituem algo: eles constroem a realidade. O Supremo é um produto da constituição, permeável a diversos atores. O Supremo não diz a constituição. As instituições se sobrepõem dialeticamente. A constituição permite a acomodação dessa realidade múltipla. O constitucionalismo não é um mero produto do processo político, é um meio. Não há uma única constituição. Ela está em disputa a todo o momento, por isso a legitimidade

política deve ser sempre renovada.³ Muitas pesquisas sobre ativismo judicial costumam apresentar soluções importadas de teorias estrangeiras para problemas que são muito particulares da realidade brasileira. Sem desconsiderar as contribuições de outros países, é preciso que o diálogo se estabeleça numa perspectiva crítica, que examine e reflita sobre como as coisas são, ou o mais próximo que se possa chegar em relação a isso.

As pesquisas em direito costumam levar em conta os elementos virtuosos que nos aproximam dos modelos estrangeiros, em geral norte-americanos e europeus (alemão), sem levar em conta verdadeiramente o que nos diferencia: nosso processo histórico e as particularidades de nossas instituições. Por isso, considerando os desafios da importação acrítica de terias desenvolvidas segundo outras experiências históricas, a estrutura desse trabalho foi orientada para o manejo de fontes primárias como ponto de partida, não de chegada, permitindo às “fontes falarem”. A análise sobre a atuação do STF costuma ser feita a partir de um conjunto de casos, em abordagem qualitativa, ou a partir de um universo abrangente de decisões, em viés quantitativo. Ambos não dão conta, porém, de explicar o comportamento institucional da corte. Se a forma como os ministros justificam sua atuação influi sobre a postura do tribunal, suas manifestações públicas permitem perceber narrativas institucionais, entre passado e futuro. A palavra discurso traz a ideia de percurso, de movimento.⁴ E a crítica é uma forma de homenagear os atores, considerando-os seriamente. Se sua legitimidade deriva de suas razões, é função da academia refletir a respeito, criticamente, desafiando, quando necessário, e apontando erros e acertos. Nessa medida, uma retomada do pensamento dos ministros sobre suas próprias funções fornece subsídios para a crítica acadêmica, em pesquisas teóricas e empíricas, quantitativas e qualitativas. Por isso, analisar os discursos dos ministros é uma forma de controle.⁵

A produção acadêmica brasileira é rica em analisar o controle de constitucionalidade, sem, no entanto, se dedicar à reconstrução histórica desse instituto. A doutrina geralmente tenta explicar as origens da revisão judicial brasileira recorrendo ao constitucionalismo norte-americano, com atenção a Marshall e a *Marbury v. Madison*, com pouca referência a atores e processos decisivos para o desenvolvimento das instituições judiciais brasileiras.⁶ Assim, ignoram que nada na história

³ Paixão (2014).

⁴ Orlandi (2012, p. 15).

⁵ Franz Neumann entende nesse sentido em *O Império da Lei*, em que defende que a análise dos atos do poder soberano é uma forma de controlá-los (1986, p. 238). No mesmo sentido, Rodriguez (2012).

⁶ Essa crítica é feita por Continentino (2015).

é linear. Há explicações que fazem sentido, mas que pouco dialogam com o contexto brasileiro. Essa transposição é feita muito inadvertidamente. *Marbury v. Madison* foi uma decisão política, pois havia interesse em resolver uma questão menor, cujo resultado foi uma inovação constitucional. Os *Federalistas*, da mesma forma, não tinham a intenção de fundar a *judicial review*. Assim como na decisão de Marshall, havia interesse em controlar os tribunais estaduais. Não foi algo planejado para ser assim.⁷ Por isso que apenas décadas depois a Suprema Corte invalidou novamente uma lei federal.

A constituição norte-americana é silente em relação à *judicial review*. Na Convenção da Filadélfia não se discutiu sobre isso. *Marbury v. Madison* é reconhecida como marco, mas não foi uma decisão ambiciosa. Marshall não queria confrontar o presidente. Era uma questão de poder, não de direitos fundamentais. Era um contexto de disputa política, num jogo complexo, recheado por questões circunstanciais, sem uma narrativa progressiva.⁸ Essa compreensão da história é importante para a construção das principais hipóteses dessa pesquisa. Talvez a supremacia judicial no Brasil também não seja fruto de uma construção planejada para ser assim. E talvez não seja possível encontrar intencionalidade no momento constituinte, pois muitas vezes os atores têm apenas pretensões de resolver questões menores, pontuais. Possivelmente a afirmação de supremacia judicial seja mais resultado de um discurso auto-interessado dos próprios ministros, que se naturalizou, do que uma decorrência lógica ou normativa da constituição de 1988. O que os ministros teriam a dizer sobre isso?

O discurso de supremacia judicial não é histórico, não costuma ser historicizado e se naturaliza demasiadamente, na medida em que o STF tenta responder sobre tudo. Há um esforço interpretativo em ampliar os poderes do tribunal? Parece haver certo envolvimento dos ministros do STF no debate público brasileiro como opinantes constitucionais.⁹ Parece haver certo engajamento de ministros em impor suas visões de mundo, não apenas no exercício do controle de constitucionalidade, mas em diversas esferas de deliberação e influência fora da corte. Os ministros se posicionam sobre os grandes temas nacionais e não raramente são consultados por parlamentares

⁷ Sobre a ausência de intencionalidade no momento fundante, ver Paixão e Bigliuzzi (2011).

⁸ As principais ideias sobre história constitucional norte-americana desse trabalho devem-se a Cristiano Paixão, em especial as que se encontram em Paixão e Bigliuzzi (2011, p. 158 ss).

⁹ O termo é usado por Koerner e Freitas (2013b) para descrever a atuação dos ministros do STF como atores interessados no processo constituinte brasileiro.

ou ministros de Estado, o que ocorre pelo menos desde a Constituinte e oferece um cenário complexo, ainda pouco explorado. Eles costumam se manifestar na imprensa para orientar os sentidos da constituição, influenciando na deliberação pública para além dos autos judiciais.¹⁰ Não apenas opinam sobre assuntos de grande interesse público como influem na propositura de ações, em projetos de lei e em iniciativas do poder executivo; e até mesmo em processos judiciais ainda pendentes de julgamento.

Há diversas teorias que buscam explicar o comportamento dos juízes e a interação das cortes com os demais poderes. Os estudos sobre o STF nos últimos anos têm sido pautados pelo debate entre ativismo judicial e judicialização da política. Entre as teorias mais estudadas atualmente, estão os diálogos institucionais, o minimalismo judicial e o constitucionalismo popular, que de certa forma apresentam ressalvas aos discursos de última palavra do poder judiciário e apontam para diferentes caminhos normativos. Essa pesquisa se aproxima do constitucionalismo popular, sobretudo o esmiuçado por Tushnet em seus estudos mais recentes.¹¹ No entanto, isso não significa assumir que ele deva ser transplantado para a realidade brasileira, ou mesmo que ele seja válido para explicar o Brasil, mas suas críticas são contundentes. O constitucionalismo popular desafia os discursos de supremacia judicial e reivindica um constitucionalismo sensivelmente mais inclusivo, oferecendo uma leitura mais atenta e criativa ao poder popular. Seu objetivo é compreender a autoridade da corte sem supremacia judicial e como ela pode ser mais responsiva aos demais atores da sociedade, de forma a fazer da interpretação constitucional uma tarefa mais compartilhada do que se tem feito hoje. No entanto, a crítica aos discursos de supremacia não deve significar a defesa de modelos ainda pouco sensíveis à capacidade cidadã de deliberar sobre os assuntos públicos.¹² Esses pressupostos teóricos permeiam o trabalho e serão úteis para a crítica a certos discursos que aparecem nas falas dos ministros do STF.

Para a análise dos discursos, a estratégia foi “deixar as fontes falarem”, assim revelando novos horizontes de pesquisa historiográfica, apresentando fragmentos, continuidades e descontinuidades, que refletem a atuação da corte e de seus ministros. Deixar as fontes falarem é assumir que o percurso da pesquisa pode ser surpreendente. A metodologia adotada privilegia a análise histórica, a partir do exame de discursos e fontes primárias, na tentativa de compreender como se

¹⁰ Koerner e Freitas (2013b).

¹¹ Tushnet (2015).

¹² Essa perspectiva crítica é assumida por Gargarella (2013).

tem justificado o protagonismo do STF desde as origens da constituição de 1988. A pesquisa pretende responder se a revisão judicial se baseou numa inclinação em favor da corte ou mais como crítica às omissões legislativas. Nessa medida, qual seria a autocompreensão dos atuais ministros do Supremo Tribunal Federal sobre a tarefa de guardar a constituição. Precisamente, como os ministros compreendem (i) o papel da corte, (ii) o papel deles próprios e (iii) o papel da jurisdição constitucional. Se a forma como os ministros justificam sua própria atuação influi na postura da corte e na autoridade de suas decisões, esse diagnóstico será útil, especialmente para confrontar o pensamento dos ministros com suas falas anteriores ao cargo. Por isso, o primeiro capítulo é dedicado à análise das sabatinas dos onze atuais ministros, enquanto que o segundo é destinado à análise de suas manifestações públicas em entrevistas, discursos, palestras e artigos de opinião. O primeiro recorte metodológico da pesquisa, portanto, é temporal: da sabatina de Celso de Mello (1989) aos primeiros meses de atuação do ministro Edson Fachin (dezembro de 2015). O segundo recorte é na base de dados: as sabatinas foram analisadas a partir das notas taquigráficas do Senado Federal¹³ e os discursos foram catalogados pela biblioteca do STF e disponibilizados no sítio eletrônico do tribunal, em “Pastas dos Ministros”.¹⁴

A análise das sabatinas e entrevistas dos ministros torna possível perceber se há um discurso dominante sobre o papel e a atuação do STF, que pode ser confrontado com pesquisas empíricas já realizadas sobre seu funcionamento. Assim, é possível perceber se há um descompasso entre os discursos de legitimidade e o modo como o tribunal opera. Uma hipótese verificável é que, se o discurso de legitimidade dominante sobre o papel do Supremo é pautado pela defesa das minorias e dos direitos fundamentais, e se os dados empíricos demonstram que o STF só decide sobre direitos fundamentais numa minoria de casos, então esse discurso deve ser reconsiderado. O trabalho também analisa o papel dos ministros enquanto opinantes constitucionais, atuação que interfere na dinâmica deliberativa dos poderes e nos rumos do debate público. Pode-se perceber como a corte influencia e é influenciada no processo político-constitucional que se realiza fora dela. Por exemplo, não raramente os ministros se manifestam na imprensa sobre casos que gostariam de julgar. Eventualmente, são questões que não haviam sido judicializadas, o que logo acontece. Essa

¹³ As falas de Celso de Mello e Marco Aurélio Mello foram retiradas das atas da sessão da Comissão de Constituição e Justiça. As citações e transcrições de falas de sabatinados e senadores no capítulo 1 foram retiradas das referidas atas e notas taquigráficas da CCJ.

¹⁴ Dois dos ministros têm páginas pessoais: Roberto Barroso e Gilmar Mendes; e o site Consultor Jurídico faz uma curadoria das principais entrevistas, discursos e manifestações públicas dos ministros. As fontes consultadas e utilizadas na pesquisa estão referenciadas em notas de rodapé.

dinâmica parece situar o STF no centro do constitucionalismo, o que pode ser apenas uma falsa impressão. A dinâmica deliberativa no cenário nacional é demasiado complexa para que isso possa ser afirmado como regra geral, embora parte dos ministros acredite que devam sempre opinar sobre os mais variados temas nacionais, já que teriam a prerrogativa de dizer por último a constituição.

A principal hipótese da pesquisa sugeria que os ministros refletiam de diferentes formas sobre a atuação do STF, já que costumam ser descritos como onze ilhas, que pouco dialogam entre si. No entanto, suas falas sugerem que eles são mais parecidos do que se supunha: o núcleo de suas razões para a atuação da corte costuma ser o mesmo. O terceiro capítulo, por fim, aprofunda a análise sobre alguns discursos dos ministros, que podem ser confrontados com elementos empíricos, normativos e estudos de caso. Será possível perceber componentes políticos e estratégicos na atuação do Supremo enquanto instituição e individualidade. Para essa crítica, foi possível, a partir das falas dos próprios ministros, identificar três personas de juízes: iluministas, deferentes e contidos. Eles representam três padrões de atuação legítima, que variam entre o ativismo e a autocontenção. Um padrão desviante, no entanto, transcende aos demais de modo ilegítimo. Por isso, ao final, um tópico é dedicado a alguns exemplos de posturas desviantes (persona política), que devem ser rejeitadas. Em certa medida, trata-se de uma radicalização do comportamento estratégico dos atores políticos e dos próprios ministros do STF em relação aos temas que ocupam o tribunal. Com isso, pretende-se demonstrar que os ministros são menos indiferentes sobre o que vão julgar do que alegam ser.

Capítulo 1.

O que os ministros disseram antes de assumir o cargo...

Quem controla a atuação dos ministros do Supremo Tribunal Federal? Pelo modelo de indicação brasileiro, à semelhança do norte-americano, o Presidente da República escolhe um nome, que será avaliado pelo Senado Federal antes de ser conduzido ao cargo. Muitos sugerem que esse processo de indicação impõe algum nível de responsividade dos ministros em relação às maiorias que o apoiaram. Não que isso afete a independência judicial, mas seus posicionamentos discutidos em arena pública não são irrelevantes. O senador Pedro Taques, por ocasião da sabatina de Teori Zavascki, sugeriu que o processo de arguição no Senado seria uma espécie de “controle preventivo de constitucionalidade”, capaz de influenciar o perfil do tribunal. Talvez por isso, o país tem experimentado crescente interesse pelo processo de indicação ao cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, com ampla cobertura na imprensa, mas com negociações de bastidores ainda pouco transparentes. As sabinas estimulam a reflexão sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal. Os tópicos a seguir pretendem oferecer pistas sobre como refletiam os atuais ministros do STF antes de assumir o cargo, e as reações dos senadores às suas indicações e à atuação do Supremo ao longo dos anos.

Palavras breves.

A sabatina de Cármen Lúcia foi realizada em 17 de maio de 2006. Sua apresentação inicial foi breve, dedicada a alguns agradecimentos e a aspectos gerais de sua trajetória profissional, o que dava o tom cerimonioso da ocasião, que não apresentou qualquer resistência à indicada. O senador Demóstenes Torres afirmou que “talvez estejamos escolhendo a melhor Ministra do Supremo”. De fato, o nome de Cármen Lúcia foi um dos mais bem recebidos pelo Senado Federal, o que se fez notar pelos elogios da oposição ao Presidente da República, pela indicação, como o do senador Arthur Virgílio: “Se aqui eu gasto ou invisto [...] parte do meu tempo, criticando o Presidente Lula pelo aparelhamento do Estado Brasileiro, [...] eu devo reconhecer que S.Ex^a. tem manifestado respeito pelo Supremo Tribunal Federal”. Nenhum senador desafiou a legitimidade do modelo de indicação e a indicada não foi questionada sobre o papel da corte ou dos ministros do STF. Foi uma sessão pautada mais pelos méritos de seu currículo e de sua biografia, e menos por grandes questões

de direito ou de engenharia constitucional. Em determinado momento, o presidente Antonio Carlos Magalhães fez uma solicitação, que foi acolhida sem questionamentos pelos senadores: “eu queria pedir a todos os demais que fizessem uma síntese para que nós pudéssemos terminar a arguição e começar uma nova Sessão”.

O apelo do presidente pela brevidade dos trabalhos e a imediata concordância dos senadores revela o caráter meramente formal e protocolar da sabatina, percebida como mera sessão de rotina da Comissão de Constituição e Justiça. Os senadores pareciam mais interessados na discussão que ocorreria em seguida no plenário da Casa, sobre questões de segurança pública que envolviam o estado de São Paulo. O apelo por brevidade também se fez notar na sabatina de Ricardo Lewandowski. Logo de início, o presidente Antonio Carlos Magalhães recomendava a brevidade dos trabalhos, com hora para acabar: “Lido o relatório, eu concedo a palavra ao Dr. Enrique Ricardo Lewandowski para que faça uma comunicação, que pode ser sintética ou longa, conforme o senhor deseja, mas se for sintética dará mais oportunidade aos Senadores argüirem”. Assim como Cármen Lúcia, Lewandowski fez apenas uma breve apresentação sobre sua trajetória pessoal e acadêmica. Seu nome foi bem recebido pela oposição ao governo, inclusive com elogios à indicação presidencial, como o do senador Álvaro Dias: “como crítico contumaz do Presidente Lula, eu faço questão de reconhecer a correção da indicação que faz”.¹⁵

A apresentação de Fux foi longa, tratando de princípios constitucionais e gerais do processo, com passagens sobre sua trajetória pessoal e profissional. Em seguida, o presidente Enunio Oliveira pediu brevidade nas arguições, inclusive permitindo a votação durante as arguições, argumentando que: “daqui a pouquinho, nós vamos ter também o plenário do Senado Federal. Peço que sejamos breves nas arguições ao Sr. Ministro”. Novamente, há uma percepção difusa de que as sabinas devem cumprir um ritual protocolar, relativamente desimportante diante de outras tarefas parlamentares. Alguns senadores, no entanto, reagem à essa forma de condução, como o senador Pedro Taques: “nós Senadores não podemos abrir mão do nosso papel constitucional. A Constituição determina que nós temos a sabatina e, depois, a aprovação. V. Ex^a já decidiu isso. Portanto, nós não podemos abrir mão da nossa arguição”. O candidato, no entanto, não foi fortemente desafiado, contando com elogios dos senadores, inclusive da oposição, como o senador Aécio Neves: “Compreendo a indicação do Ministro Luiz Fux, na verdade, como a maior homenagem feita nos

¹⁵ O governo Lula pluralizou os critérios de indicação para o STF, além dos tradicionais. Alguns indicados eram próximos a movimentos sociais, outros juristas ou juizes de carreira, sem vinculação política. Cf. Koerner e Freitas (2013a, p. 82).

últimos anos à magistratura brasileira”. Fux foi aprovado por unanimidade. As perguntas dos senadores pautavam-se por assuntos do dia a dia, enquanto que a discussão sobre o papel do judiciário não ia muito além de acesso à justiça ou celeridade/morosidade na duração dos processos.

Os indicados atuaram como opinantes constitucionais nas sabatinas protocolares.¹⁶ Os senadores questionavam os indicados menos para avaliar suas visões de mundo sobre matérias sensíveis do direito, e mais para obter opiniões constitucionais sobre matérias em deliberação na Casa ou ideias para projetos normativos, no intuito de orientar os trabalhos legislativos. Os parlamentares pretendiam legitimar suas iniciativas legislativas, com parâmetros de constitucionalidade sobre matérias em pauta no congresso nacional, às vezes para serem votadas no mesmo dia. Assim, pareciam ter olhos mais para o futuro próximo, e menos para o longo prazo. Nas sabatinas mais difíceis, por outro lado, os senadores tentaram antecipar os votos dos ministros sobre questões específicas. Também nesses casos os indicados pouco disseram e as sabatinas foram pouco informativas.

Celso de Mello também não sofreu resistência em sua sabatina, recebendo aplausos unânimes e manifestação favorável da oposição em plenário, conforme anunciado pelo senador Chagas Rodrigues: “Sr. Presidente, quero dizer que a Bancada do PSDB, que é de oposição, vai votar favoravelmente”. Celso de Mello foi interpelado por oito senadores, sendo aprovado por unanimidade na CCJ. Marco Aurélio, no ano seguinte (1990), também foi aprovado por unanimidade, sendo interpelado por apenas dois senadores (Mauro Benevides e Chagas Rodrigues), que fizeram apenas três perguntas. A primeira, sobre matéria do dia a dia, a Medida Provisória n. 185, que acabara de ser editada pelo Presidente da República. A segunda, sobre o significado da ascensão de um magistrado do Tribunal Superior do Trabalho ao cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal. A terceira, sobre a possibilidade de anulação de entendimentos da constituição sobre direitos dos trabalhadores. Marco Aurélio respondeu brevemente sobre a supremacia constitucional, em que, pela hierarquia das normas, nenhum ato legislativo infraconstitucional poderia afastar direitos dos trabalhadores previstos na constituição.

Ao passar a palavra ao senador Mauro Benevides para a primeira pergunta, o presidente da sessão advertiu os senadores para a necessidade de brevidade na condução dos trabalhos, tendo em vista os demais compromissos legislativos da ordem do dia: “Advirto aos companheiros integrantes desta reunião que a sessão do Congresso Nacional já está se desenrolando e peço o máximo

¹⁶ O termo opinantes constitucionais também é utilizado por Koerner e Freitas (2013b).

de brevidade a todos que pretenderem interrogar o sabatinado, como a ele próprio, que tenha brevidade em suas respostas”. Esses dados revelam que as sabatinas eram tratadas, à época, como despreziosas formalidades, sem aparente poder de veto sobre as escolhas do Presidente da República e sem relevo especial sobre as atividades parlamentares ordinárias. Essas falas revelam que o entendimento sobre a supremacia da constituição ainda era muito incipiente, e que os senadores pareciam mais dedicados às sessões do congresso nacional e às questões do dia a dia.

Outras apresentações foram mais longas. Toffoli dedica sua apresentação ao papel de uma corte suprema e do constitucionalismo, defendendo o papel contramajoritário do poder judiciário para assegurar as regras do jogo e os direitos das minorias. Gilmar utiliza sua apresentação para defender o fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade, parâmetro a guiar sua atuação no Supremo. Fachin reserva sua fala inicial a apontamentos sobre sua biografia, enfatizando seus valores de vida, trajetória pessoal e profissional, com breves palavras sobre o judiciário em geral. Barroso também dedica sua apresentação a esmiuçar sua trajetória de vida, profissional e acadêmica, fazer alguns agradecimentos e tecer algumas considerações sobre o constitucionalismo democrático, situando o lugar da política e do direito na atuação do poder judiciário: a rigor, quando o congresso tiver atuado, o judiciário deve ser deferente; em caso de omissões, o judiciário deve atuar, de modo que “a questão de maior ou menor judicialização, no fundo, no fundo, está nas mãos do Congresso”. O senador Álvaro Dias, falando pelo bloco da oposição, manifesta concordância, atribuindo ao poder executivo a crise de disfuncionalidade do legislativo: “Eu afirmo aqui, reiteradamente, que o Senado é um almoxarifado do Executivo. E há, aqui, contestações reiteradas de que há uma invasão de competência do Judiciário em relação ao Legislativo, mas não há como deixar de reconhecer, aí numa postura de autocrítica, que o Legislativo está extremamente fragilizado”. O nome de Barroso foi aplaudido pela oposição, que não apresentou desafios ao sabatinado, mas sobraram críticas ao governo pela demora de seis meses para sua indicação.

Protagonismo judicial.

Rosa Weber identifica alguns elementos que colocaram o poder judiciário em situação de visibilidade nunca antes experimentada: (i) a nova feição dos direitos fundamentais no pós-guerra; (ii) o desenvolvimento de uma sociedade complexa e diversificada; (iii) a existência de conflitos sociais, econômicos e políticos; (iv) a incapacidade da via legislativa dar conta desses conflitos. A

senadora Marta Suplicy questionou Rosa Weber se a atuação recente do Supremo Tribunal Federal situa-se dentro de sua função de intérprete da constituição ou extrapola. Rosa Weber afirmou que não há uma definição precisa sobre ativismo judicial, o que revela que mesmo para os ministros essa terminologia é ainda opaca. Em certa medida, os ministros recorrem à tradicional ressalva de que a atuação judicial não substitui a política e que os juízes não são legisladores. Rosa Weber compreende a judicialização da política como um certo deslocamento, “uma mudança do eixo decisório do Legislativo ou do Executivo para o Judiciário”. Ativismo judicial, por outro lado, envolve o “comportamento” do julgador frente a temas que seriam, a princípio, da competência de outros poderes. Assim como Barroso, a diferenciação que Rosa Weber faz entre judicialização e ativismo varia entre a inevitabilidade e o comportamento: a judicialização seria um processo natural, inevitável, pois as demandas chegam ao tribunal e exigem resposta judicial; enquanto o ativismo diz mais sobre o comportamento do juiz, que decide os temas de forma mais ou menos expansiva. A indicada distingue duas modalidades de ativismo: o ativismo inovador e o ativismo revelador. Em sua visão, o STF tem empreendido um ativismo revelador, que opera através da interpretação dos textos legais, regras e princípios, e que essa postura tem sido adequada.

Segundo Rosa Weber, as críticas ao ativismo judicial concentram-se em três vertentes: (i) a falta de legitimidade ao poder judiciário para invalidar atos dos poderes legislativos, pois seus membros não são eleitos pelo voto popular (dificuldade contramajoritária); (ii) a falta de formação técnica para os juízes decidirem sobre questões de políticas públicas (capacidades institucionais); (iii) o discurso judicial tem um potencial excludente, de modo que a deliberação sobre grandes temas no judiciário tende a afastar o debate da sociedade. Rosa Weber reage a essas três objeções sustentando que (i) o judiciário não age de ofício, mas apenas quando provocado (neutralidade judicial); de modo que, como (ii) as demandas sempre chegam (judicialização), sobretudo (iii) quando não resolvidas no parlamento (omissão legislativa), o judiciário apenas atua na inércia legislativa injustificada, assim (iv) autorizado por mecanismos da própria constituição, como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Diante da judicialização das demandas, o judiciário tem a obrigação de se manifestar, e tem agido dentro de sua esfera de competência, com parcimônia (Rosa Weber). Por isso, quando o STF decide na ausência de legislação, como na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, está apenas cumprindo seu papel de guardião da constituição em controle concentrado; e, mesmo quando inova, como no mandado de

injunção, o faz através de disposição provisória, até que o legislativo resolva a lacuna normativa. Em ambos os casos, não se estaria invadindo competências legislativas.

Em certa medida, esse é o discurso dominante dos sabatinados sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal: quando decide na ausência de normas, o STF atua numa esfera que lhe é própria, sem invadir competências legislativas; ativismo é uma questão de comportamento dos juizes, enquanto a judicialização é um estado natural de coisas, em que as demandas chegam e exigem resposta. Sobre o ativismo judicial, a explicação de Teori é semelhante à de Rosa Weber: o juiz não age de ofício e não pode se abster de decidir. Para isso, a legislação oferece mecanismos, como o uso da analogia. O juiz deve decidir e o faz, diante de lacunas legislativas, criando uma norma (que é sempre provisória) para o caso concreto. O juiz está autorizado a preencher o vazio normativo em casos de lacunas legislativas, que são, portanto, espaços em que o judiciário atua legitimamente. No mesmo sentido, Fachin defende que, em algumas hipóteses constitucionalmente autorizadas, o Supremo poderá ter certo protagonismo, como quando há certo vazio legislativo, em que se abre um espaço de legitimidade em que o Supremo pode atuar; embora, de modo geral, o STF não deva “atravessar a rua”, dando primazia ao parlamento. Assim, Fachin entende que o Supremo não deve ser tão protagonista, salvo em situações autorizadas constitucionalmente.

Teori sugere que o judiciário brasileiro ainda não tem clareza sobre o perfil e as funções de seus tribunais de cúpula (STF e STJ), bem como ainda não tem clareza sobre seu papel em relação aos demais poderes. Teori sugere que a definição do papel do STF em relação aos demais poderes ainda demanda meditação e definição por parte do próprio poder judiciário. A esse respeito, Lewandowski defende que o judiciário, em geral, e o Supremo Tribunal Federal, em particular, precisa estar sintonizado com os demais poderes, sobretudo com o poder legislativo, sendo sensível ao que acontece nessas esferas. Em sua visão, o judiciário pode contribuir para a concretização dos direitos (i) tornando mais célere a prestação jurisdicional, simplificando ritos e processos; (ii) abrindo mais as suas portas; e (iii) tornando o linguajar jurídico acessível à cidadania e à população em geral. Teori defende que é preciso ter clareza sobre que papel se quer cumprir; e, para muitos ministros, como se verá adiante, a definição sobre o papel do STF passa por transformá-lo em corte constitucional.

Sobre o papel do Supremo, Gilmar Mendes entende que o STF possui uma missão de “desenvolvimento de uma dogmática dos direitos fundamentais”, em decorrência da própria constituição de 1988, que estabeleceu um extenso rol de direitos. Nessa perspectiva, é tarefa do tribunal

promover a guarda e a eficácia dos direitos fundamentais, desenvolvendo mecanismos para solução de suas controvérsias, o que já ocorre, na medida em que o Supremo desenvolveu uma ampla jurisprudência sobre o princípio da proporcionalidade. Gilmar entende que a tarefa de guardar da constituição é “assegurar a sua máxima eficácia” e compreendê-la como um projeto coletivo de disciplina jurídica da vida social e política. Gilmar recorre à alegoria de Carlos Santiago Nino, que diz que a tarefa dos juristas em relação à constituição se assemelha à tarefa de um conjunto de arquitetos convidados para concluir a obra de uma antiga catedral, em que cada arquiteto deve “oferecer a melhor contribuição possível para a obra coletiva”, e não a sua visão de mudo particular. Nessa tarefa de construção coletiva dos significados da constituição, muitos indicados citam as audiências públicas e os *amicus curie* como fatores de legitimidade da jurisdição constitucional, por serem formas de participação popular.

A TV Justiça e o modelo de indicação para ministros da corte são também citados como fatores para a legitimidade da atuação do STF. Sobre a transmissão ao vivo das sessões de julgamento, existem prós e contras, mas os critérios positivos superam e muito os negativos (Barroso). Teori concorda, mas sugere que, apesar de as decisões terem que ser públicas, “o excesso de exposição [...] não colabora para as boas decisões”. Fachin, por outro lado, rejeita essa possibilidade: “Não imagino nem de longe que um Ministro da Suprema Corte pode decidir sentindo-se pressionado pelo fato de as decisões serem televisadas, inclusive, ao vivo”. Os ministros concordam, porém, que, além da transparência, a transmissão dos julgamentos tem gerado efeitos positivos para a avaliação e compreensão da sociedade brasileira sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal (Barroso). O próprio policiamento institucional sobre a corte favorece sua independência (Gilmar), assim como ocorre na Alemanha: a discussão sobre a corte constitucional alemã em trabalhos e críticas sobre sua atuação são garantias de sua própria independência.

Sobre o processo de indicação para ministros do STF, Toffoli defende o modelo brasileiro, assim como Lewandowski, por haver certo *pedigree* de vontade popular inerente às escolhas do Presidente da República. A indicação presidencial, com posterior sabatina pelo Senado, nessa medida, seria um bom modelo por conferir legitimidade popular à escolha, de modo que o “indicado ao Supremo será batizado pela população”. Mas, seja ele qual for, Toffoli entende que as indicações precisam desse critério de legitimidade: “eu sou contra, por exemplo, que a Corte Suprema seja preenchida através de uma carreira judicial, exatamente para que não seja uma Corte Suprema

objeto de apropriação de corporações”. Por outro lado, Toffoli admite que o quorum para aprovação no Senado Federal também é um critério a ser levado em conta, pois “Um quorum mais qualificado, como ocorre na Alemanha, evidentemente exige uma necessidade de um maior consenso sobre o indicado para esse indicado ser aprovado”. De fato, um quorum mais elevado oferece poder de veto às minorias parlamentares, que tensionariam o presidente para a indicação de um nome com perfil mais moderado, assim influenciando sobre a postura do tribunal. No entanto, Toffoli defende que a maioria absoluta dos membros do Senado não é um quorum desimportante. Lewandowski, assim como Gilmar, também pensa que o sistema é adequado, pelo menos enquanto vigorar o modelo presidencialista de governo. Os senadores refletiam sobre o modelo de indicação a cada sabatina, inclusive manifestando preocupação quanto à possibilidade de ministros concorrerem a cargos eletivos após a aposentadoria do tribunal. Quando questionado a respeito, Lewandowski se comprometeu publicamente a não se candidatar a cargo eletivo após sua judicatura.

Crítérios para atuação dos juízes constitucionais.

Os indicados não pareceram interessados em sustentar qualquer modelo de supremacia judicial. Ao contrário, sugeriam postura judicial deferente às iniciativas políticas, com atuação reservada às omissões legislativas, em função complementar ao congresso. Para Toffoli, ativismo é quando o judiciário vai além do que lhe é pedido. Ativismo, portanto, é aquilo que o judiciário faz quando não é provocado. Trata-se de um poder “que não se movimenta por si só”, mas apenas quando “provocado a se manifestar, e muitas vezes pela própria classe política”. O legislativo, pois, “precisa superar certas dificuldades deliberativas de consensos, de formação de maioria”. O judiciário não deve ser o “condutor das políticas”, que devem ser tomadas por quem tem voto. Toffoli também defende o judiciário como promotor da “pacificação social”, entendendo que a grande função de uma suprema corte é garantir a segurança jurídica necessária ao desenvolvimento da nação, tornando o país confiável aos olhos da comunidade internacional.

Citando Tocqueville, Toffoli afirma que os tribunais servem para corrigir os descaminhos da democracia. O ministro estabelece quatro grandes funções de uma suprema corte, como o Supremo Tribunal Federal: (i) defender as minorias. Assim, (ii) ela limita o poder, para que seja exercido dentro das regras do jogo, assegurando os direitos e garantias fundamentais; (iii) garantir as regras do jogo democrático, para impedir que maiorias eventuais se perpetuem no poder; (iv) por

fim, ela deve conferir efetividade aos direitos fundamentais. Toffoli sugere que, por ser função do STF garantir a constituição, além de limitar os demais poderes, deve intervir diretamente nas decisões do país para conferir efetividade aos direitos. Por fim, ele defende que o Supremo Tribunal Federal tem pautado sua atuação nessa perspectiva, de poder contramajoritário. No mesmo sentido, Barroso entende que a democracia constitucional é fundada em três pilares: o governo da maioria, o respeito às regras do jogo democrático e a proteção dos direitos fundamentais. O papel de guardião da constituição é exercido com a proteção das regras do jogo e dos direitos fundamentais, para evitar que majorias se perpetuem no poder ou desabriguem os direitos das minorias.

Teori diferencia a atividade do juiz e do legislador, sugerindo que o legislador atua para o futuro, enquanto o juiz atua sobre o passado e sobre o presente: “o juiz não trabalha com o futuro, trabalha sobre fatos concretos”. A função criativa do juiz é inevitável diante das omissões legislativas: “o que o juiz vai fazer é editar uma norma para o caso concreto, não tem como”. A constituição de 1988 reforçou o “poder de controle jurisdicional das omissões legislativas”, especialmente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e com o mandado de injunção. Na prática, o juiz pode “estabelecer uma disciplina provisória”, de modo que, enquanto não houver uma norma, a atuação do judiciário é uma opção legítima: “o Judiciário atua justamente naquelas hipóteses em que o legislador [...] deixa de disciplinar”. Por vezes, o legislador não consegue consensos mínimos, e por vezes ele prefere não atuar. Em todos esses casos, o legislativo transfere a responsabilidade para o poder judiciário: “Pelo que eu sinto, o Poder Legislativo prefere que essas coisas sejam decididas, caso a caso, pelo Judiciário”. Porém, “seria mais democrático que o Poder Legislativo atuasse”. Em zonas cinzentas, e em casos de dúvidas, “deve-se prestigiar a opção política”. O ativismo como atuação legítima diante das omissões legislativas está no imaginário dos sabatinados, mas também dos próprios parlamentares, como o senador Aloysio Nunes: “V. Ex^a não pode dizer, mas eu digo que o ativismo judiciário, em muitos casos, é um remédio à preguiça legislativa”.

Na tênue fronteira entre direito e política, Barroso estabelece um critério para atuação do poder judiciário, em duas situações: (i) quando o legislativo age, tomando uma decisão política, como editando uma lei; e (ii) quando o legislativo não atua, porque não pôde, não quis ou não conseguiu deliberar sobre determinado assunto. Assim, quando o legislativo se manifesta, cabe ao judiciário ser deferente à vontade política do legislador. O judiciário não deve presumir demais de si próprio: ele não pode nem deve sobrepor sua vontade à de quem foi eleito. E, quando o legislativo

não se manifesta, o Supremo precisa decidir. Em situações ideais, a sinalização do Supremo de que deve se manifestar sobre determinada omissão já faz com que o legislativo se engaje em supri-la. Esse é o chamado diálogo institucional. No entanto, quando houver uma lei ou uma manifestação de vontade política, o judiciário deve ser deferente, a menos que haja evidente afronta à constituição, que é a exceção, e nunca a regra. Quando houver uma omissão, deliberada ou não, o judiciário deve resolvê-la. No fim das contas, a questão de maior ou menor judicialização, no fundo, está nas mãos do congresso.

Barroso também diferencia ativismo judicial e judicialização da política. Em sua visão, a judicialização é uma decorrência natural do grande número de matérias disciplinadas na constituição. Matérias que antes interessavam apenas à política passam a interessar ao direito, pelo simples fato de terem sido constitucionalizadas. Há uma pretensão embutida no texto constitucional, que deve ter efetividade. Nessa medida, a judicialização decorre do desenho institucional da constituição de 1988. Já o ativismo se aproxima da judicialização, mas com ela não se confunde. Barroso acredita que o termo ativismo tenha adquirido conotação negativa, por isso tem preferido se referir a uma “atuação expansiva” do poder judiciário. Seja como for, trata-se de uma questão de postura: envolve uma atitude mais expansiva do poder judiciário ao interpretar a constituição. Nessa linha, quando houver uma manifestação do congresso, o judiciário não deve ser ativista, mas autocontido.

Quando recebe uma demanda em que não tem norma editada pelo congresso, o judiciário deve ser ativista, de modo que suas medidas são criativas, mas não desrespeitosas ao congresso. Se os problemas surgem e o congresso tem dificuldades de editar uma norma, o judiciário deve produzi-la: quando faltar norma e houver direito fundamental a ser tutelado, o judiciário deve atuar, legitimamente. Mas quando o legislativo atuar, antes ou depois da decisão judicial, é a orientação que deve prevalecer. Barroso defende que a atuação do tribunal deve ser mais expansiva quando deliberar sobre minorias desprotegidas. Isso porque o congresso é a casa das majorias, onde as minorias frequentemente não conseguem fazer avançar suas agendas de direitos, por isso precisam dos tribunais. Assim, quando houver direitos fundamentais de minorias em jogo, o judiciário deve ser mais diligente e atento. De modo que, quando for preciso proteger uma minoria que o processo político majoritário não conseguiu proteger, o judiciário deve ser mais ousado. Para Fux, do mesmo modo, o ativismo judicial tem sido positivo e desejável, especialmente para garantia do princípio da igualdade: o juiz pode ser ativista para garantir isonomia às partes na produção de provas, por

exemplo. A politização do judiciário, por outro lado, é que seria inconcebível, na medida em que o juiz não pode transmitir para as suas decisões a sua ideologia política.

Fachin, por outro lado, afirma que o Supremo é o guardião, mas que ninguém é dono da constituição; e que não pode haver uma constituição para cada juiz. O Supremo não apenas interpreta, mas preserva a constituição: esse é o sentido de ser o seu guardião. E a missão de todo juiz é respeitar e fazer respeitar as regras do jogo democrático, a constituição e as leis do país. Fachin admite que, como regra, uma sociedade politicamente sadia e bem estruturada resolve seus conflitos por outras vias, que não seja a da judicialização, ainda que o recurso ao judiciário seja um exercício de cidadania. Pode-se pensar em mecanismos administrativos. Fachin entende que o juiz constitucional deve ser uma figura extremamente discreta, com papel de estabilização: é papel da corte estabilizar a jurisprudência, na linha da afirmação de Teori, de que o juiz olha para o passado e o legislador para o futuro. Finalmente, Fachin sugere que o juiz não é e não pode ser legislador, não pode nem deve substituir o legislador, e tampouco ser gestor de políticas públicas.

Barroso afirma que o judiciário produz muitas decisões criativas, mas que não desrespeitam o congresso, “porque no momento em que o Congresso legislar a respeito, é essa a vontade que vai prevalecer”. Mais à frente, reforça que a última palavra pertence ao legislador: “Mesmo que o juiz decida em uma determinada linha um determinado dispositivo legal, o Congresso pode mudar o dispositivo. E, se ele decidir, em matéria constitucional, o Congresso também pode aprovar uma emenda constitucional”. O juiz só dá uma última palavra se tratar-se de cláusula pétrea. Tudo é uma questão de conseguir uma maioria de três quintos. Toffoli também reconhece que as decisões do STF não vinculam o poder legislativo, que “sempre é soberano em voltar a legislar sobre a matéria”. Nessa medida, a última palavra do tribunal aplica-se apenas à administração pública (e ao próprio judiciário), pois, se o legislativo deliberar novamente sobre norma declarada inconstitucional, é esse novo sentido que será seguido. A palavra final é sempre do legislador.

Tendência à concentração do controle de constitucionalidade.

Gilmar Mendes dedicou sua apresentação a desenvolver algumas ideias sobre a jurisdição constitucional e defender um modelo de atuação do Supremo Tribunal Federal. Sua fala foi estruturada em cinco eixos principais: (i) a tendência à concentração do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, pautado pela ampliação do rol de legitimados para a propositura de ações

diretas e a introdução (e disciplina) de novos tipos de ações, como as ADIs, ADCs e ADPFs, com inovações em suas técnicas de decisão; (ii) a tendência à eliminação de controvérsias constitucionais relevantes, na medida em que as decisões do Supremo seriam vinculantes (entendimentos definitivos) para todos os poderes, inclusive para a administração pública; (iii) a tendência à racionalização e socialização do acesso à jurisdição constitucional; (iv) a atuação da corte no desenvolvimento de uma dogmática dos direitos fundamentais; e (v) o fortalecimento da supremacia constitucional. São questões, por um lado, de engenharia institucional (acesso à jurisdição, novas ações e técnicas de decisão) e, por outro, de dogmática constitucional (características do constitucionalismo democrático e o conceito de supremacia constitucional).

Gilmar sugere que a tendência à concentração do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade decorre da constituição de 1988, por conta da ampliação do rol de legitimados para a propositura de ADIs, que contemplou entes públicos e privados. A ampliação do acesso significou a transformação do Supremo Tribunal Federal, que passou a ter um papel de “quase uma Corte Constitucional”, conferindo ênfase ao controle concentrado, e não mais ao modelo difuso: “Com a ampliação da ação direta, na verdade continuamos a ter um modelo misto de controle de constitucionalidade, mas a ênfase não mais reside no sistema difuso ou incidental, e sim no sistema concentrado. Essa é a mudança de perspectiva”.¹⁷ Ao mesmo tempo, a tendência à racionalização do acesso à jurisdição constitucional assegura, por um lado, que a intervenção do Supremo seja reservada às hipóteses em que se verifica controvérsia constitucional relevante e de alcance geral; e por outro, a eficácia universal de suas decisões, com entendimentos vinculantes. Gilmar defendeu a ideia de extensão do efeito vinculante a todo o controle concentrado e, inclusive, às decisões plenárias em controle difuso. Nessa medida, “a decisão do STF proferida pelo Plenário passa a ter eficácia erga omnes”, sem necessidade de manifestação do Senado, o que evitaria o julgamento de casos incidentais semelhantes, promovendo economia processual. A rigor, a ideia suprimiria a competência do Senado Federal (art. 52, X, CF) para suspender a eficácia de leis declaradas inconstitucionais por decisões do Supremo, o que não seria “nenhum demérito para o Senado”.

Segundo Rosa Weber, hoje o Supremo desempenha o papel de três cortes: (i) corte constitucional, (ii) Tribunal de Revisão e (iii) Fórum Especial. Portanto, cuida de ações de natureza constitucional, recursos e ações ordinárias, sobretudo penais.¹⁸ Barroso acha que o Supremo julga

¹⁷ Os dados empíricos sobre controle concentrado, no entanto, desafiam essa afirmação, conforme pesquisa de Costa e Benvindo (2014).

¹⁸ Essa classificação também é feita por Vieira (2008) e pelo Relatório Supremo em Números (2011).

questões demais. Assim, defende um filtro ainda mais radical para que o Supremo deixe de ser uma terceira ou quarta instância, deixando de ter rotina como tribunal ordinário. O elevado número de atribuições do STF frequentemente é apontado como um dos fatores da morosidade da justiça. Existem outros, porém. O senador Pedro Simon questionou Gilmar Mendes sobre pedidos de vista no STF, que muitas vezes delongam processos por vários anos e criam obstáculos para que a sociedade e o judiciário em geral conheçam a orientação do tribunal, além de obstar o direito das partes a uma razoável duração do processo. Gilmar, concordando, defendeu que os prazos para devolução dos pedidos de vista deveriam ser imperativos, ressaltando, no entanto, que o tribunal tem sido incapaz de dar respostas ao elevado número de processos, o que poderia ser superado com mecanismos para resolução de demandas repetitivas, permitindo ao tribunal decidir apenas sobre as grandes questões constitucionais.

Os indicados parecem interessados no desenvolvimento do STF como corte constitucional. Gilmar defende que o STF cumpra essa função: “O ideal é que o Supremo Tribunal Federal possa concentrar-se nessas questões magnas, nas grandes questões”. Gilmar entende que algumas competências podem ser deslocadas para outros tribunais, conferindo ao STF um perfil eminentemente constitucional: “Há competências que podem, eventualmente, ser deslocadas para outros tribunais, afirmando-se aquilo que já foi desenhado, de certa forma, na Constituição de 1988: o perfil eminentemente constitucional do Supremo Tribunal Federal”. Assim como Gilmar, Toffoli sugere que a abertura do rol de legitimados da constituição de 1988 e o fortalecimento do controle concentrado aproximam o Supremo de um modelo de corte constitucional, distanciando-se da tarefa de corte recursal. Além disso, várias inovações legislativas têm sido criadas para que o STF se torne, gradualmente, corte constitucional. É o caso da repercussão geral, por exemplo, que privilegia o papel de julgar apenas os grandes casos, impedindo que um elevado número de ações chegue ao STF, e privilegiando os juízes de primeira instância. Para Fux, é desejável que o STF se reserve ao papel de corte constitucional, tendo em vista o elevado número de ações e a morosidade da justiça. O mesmo argumento é utilizado por Rosa Weber, que acredita que se deva reservar ao Supremo Tribunal Federal o papel de corte constitucional para agilidade dos processos. Finalmente, Fachin também entende que, a médio prazo, o caminho para o STF é converter-se em corte constitucional, com maior filtragem de suas atribuições.

Resistências da oposição.

A maioria dos atuais ministros foram nomes bem recebidos pela oposição em suas sabinas, destacando-se os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Teori Zavascki. O mesmo se deu com o ministro Roberto Barroso, embora tenha enfrentado uma sabatina mais longa. A ministra Rosa Weber enfrentou certa resistência, de um pequeno grupo de senadores, de modo que sua sabatina não foi meramente protocolar, embora não tenha oferecido fortes desafios. Nas sabinas de Edson Fachin, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, no entanto, a oposição reagiu com relativa força, seja por identificar os candidatos como correligionários do Presidente da República (Dias Toffoli e Gilmar Mendes), seja pela fragilidade política do governo à época das indicações (Edson Fachin). Entre todos, no entanto, Fachin foi o único candidato que teve sua aprovação ameaçada.

Os senadores de oposição ofereceram forte resistência à indicação de Gilmar Mendes. No início da sessão, o líder da oposição, senador José Eduardo Dutra, solicitou a distribuição de uma manifestação de apoio ao artigo escrito pelo professor Dalmo Dallari, contra a indicação de Gilmar Mendes para o Supremo. O primeiro arguidor, senador Jefferson Péres, ressaltou: “nunca vi uma indicação ao Supremo Tribunal Federal tão polêmica quanto a de V. S^a. E isso, em princípio, não me parece bom para quem será membro daquela Excelsa Corte”. O senador José Eduardo Dutra chegou a sugerir que Gilmar estava sendo indicado “quase que como uma espécie de *longa manus* do Presidente Fernando Henrique Cardoso no Supremo Tribunal Federal”, ressaltando que a sabatina não poderia ser “meramente homologatória”. Ao final, Gilmar Mendes foi aprovado pela CCJ por 16 votos a 6.

Os indicados geralmente dedicam sua apresentação inicial para enfatizar o papel do poder judiciário, além de agradecimentos e esclarecimentos biográficos. Gilmar, como ressaltado, dedicou sua apresentação a sustentar uma tendência à concentração do controle de constitucionalidade. De todos os indicados, foi o que mais demonstrou ter um projeto para o STF, de fortalecimento da jurisdição constitucional. Tempos depois (2013), Gilmar sugere que não foi indicado por ter sido Advogado-Geral da União ou assessor de governo, mas por representar um pensamento sobre jurisdição constitucional, verificável em seus trabalhos acadêmicos e em sua atuação institucional: defensor do controle abstrato e do STF como corte constitucional.¹⁹ Por isso, entende que ter sido

¹⁹ Revista Consultor Jurídico. Corrupção como crime hediondo não resolve o problema. 1.7.2013.

AGU não qualifica alguém para o cargo, mas sim as bandeiras que carrega.²⁰ Com ou sem intenção, Gilmar se defende com uma crítica sutil, mas dura, à indicação do ministro Dias Toffoli, que também foi indicado enquanto ocupava o cargo de Advogado-Geral da União, mas não tinha suas credenciais.

A indicação de Toffoli teve certa resistência pelos líderes da oposição, por um lado pela insuficiência de títulos acadêmicos e pela sucessiva reprovação em concursos públicos para juiz; por outro lado, por ter sido advogado do Partido dos Trabalhadores, inclusive na campanha que elegeu o presidente Lula. Em sua arguição, o senador Álvaro Dias sugeriu que não seria “com uma exposição escrita de 30 minutos e algumas considerações de improviso que V. Exa. vai comprovar o seu notório saber jurídico”. O nome de Toffoli, em certa medida, foi percebido como possível correligionário do governo no STF. O mesmo Álvaro Dias afirmou: “Eu até poderia dizer, para quebrar o gelo e descontraír o ambiente, que o PT quer estatizar o seu advogado mandando-o para o Supremo Tribunal Federal”. Ao final, Toffoli foi aprovado pela CCJ por 20 votos a 3.

Rosa Weber teve certa resistência dos senadores Pedro Taques e Demóstenes Torres, com três votos, ao final, contrários à sua indicação. Ela não sofreu resistências quanto ao quesito reputação ilibada, mas foi desafiada por vir de um ramo especializado do direito, atuando como ministra do Tribunal Superior do Trabalho. No entanto, sua trajetória profissional, sobretudo pelos 35 anos de magistratura, garantiram uma sabatina relativamente tranquila, apesar de longa. Ao final, Rosa Weber foi aprovada pela CCJ por 19 votos a 3.

Fachin foi desafiado pelos senadores sobre o quesito reputação ilibada, por ter exercido a atividade advocatícia conjuntamente à de procurador, quando a legislação sobre a matéria era opaca. Além disso, Fachin sofreu questionamentos por suas manifestações políticas em campanhas eleitorais em favor do partido da presidente, e por sua visão de mundo sobre temas sensíveis aos parlamentares, como questões de família e propriedade. Por sua longa duração e pelo nível de desafio ao indicado, a sabatina de Fachin foi percebida pelos senadores como uma virada de página, de um modelo formal e protocolar, para efetiva arguição sobre o pensamento dos indicados, como sugere o senador Cássio Cunha Lima: “o Senado da República experimenta um momento inaugural. Estamos, talvez pela primeira vez, saindo da sabatina protocolar, um rito de passagem, pura e simplesmente, para uma sabatina onde se tem o intuito, como está previsto na nossa Constituição, de conhecer o pensamento do sabatinado”. Para isso, foram determinantes a demora de nove meses

²⁰ Revista Consultor Jurídico. Corrupção como crime hediondo não resolve o problema. 1.7.2013.

para sua indicação pela Presidência da República e a fragilidade da base parlamentar de apoio ao governo. Ao final, Fachin foi aprovado por 20 votos a 7.

Imaginário dos senadores sobre o papel do STF.

As sabatinas revelam o que os ministros pensam sobre o papel da corte e dos juízes constitucionais, mas revelam, igualmente, a percepção política da atuação do Supremo pelos parlamentares. Em geral, as falas dos senadores revelam a legitimidade e a autoridade da atuação da corte perante a classe política. O senador Arthur Virgílio, na arguição de Cármen Lúcia, sugeriu que “se o Supremo todo se reunir e jurisprudenciar que o meu nome passa a não ser mais Arthur e, sim Pedro, eu vou passar a assinar Pedro, porque eu não vou conseguir nunca desafiar a jurisprudência última da Corte Suprema do meu País”. Ativismo judicial e judicialização da política são termos que só aparecem nas sabatinas a partir da indicação de Dias Toffoli, mas apenas na sabatina de Luiz Fux que adquirem certa relevância, sendo utilizados mais pelos indicados que pelos próprios senadores. Em geral, as questões sobre ativismo judicial são colocadas menos como críticas, e mais como dúvidas, sobre seu potencial e sua legitimidade para afirmação de direitos.

Na sabatina de Fux, o ativismo judicial foi questionado pelos senadores em três oportunidades. Na primeira, o senador Pedro Taques pediu que o indicado aprofundasse sua reflexão sobre o tema: se o judiciário estaria ou não substituindo o legislador. Em sua apresentação, Fux havia defendido o ativismo como mecanismo para garantia de direitos, como a igualdade. Esse, aliás, era o imaginário dos senadores sobre o tema, sobretudo pelas falas de Lindbergh Farias e Marinor Brito, que associam o ativismo à defesa dos direitos dos cidadãos, em sintonia com o princípio da dignidade humana e da isonomia. Nas sabatinas de Teori, Barroso e Fachin, o ativismo é posto em discussão nas falas de alguns poucos senadores, de modo ainda tímido: novamente, menos como crítica e mais como dúvidas sobre seu potencial para garantia de direitos, inclusive dos próprios senadores, como recurso estratégico contra violações ao devido processo legislativo.

Os senadores questionam os ministros sobre ativismo judicial, mas não o rejeitam seriamente. Ao contrário, os parlamentares parecem apreciar a revisão judicial, por pelo menos três razões.²¹ A primeira razão se relaciona com o modelo de indicação de ministros para o STF. Em

²¹ Whittington (2005). Os usos estratégicos do Supremo Tribunal Federal pelos atores políticos serão analisados no capítulo 3.

certa medida, a indicação presencial, com posterior sabatina pelo Senado Federal confere certa aproximação entre o tribunal e a classe política, embora os senadores tenham demorado a explorar o potencial das sabinas para a composição do perfil da corte. Antes da indicação, o presidente costuma conversar reservadamente com os nomes de sua preferência e, em geral, os senadores questionam os indicados sobre temas sensíveis do debate público nacional e sobre suas preferências políticas, de modo que a exigência de chancela política não é uma etapa desimportante no processo de indicação.

A segunda razão para que a classe política aprecie a revisão judicial é que o STF tem servido como árbitro dos desacordos federativos, servindo aos interesses da União. Diversos dados empíricos têm demonstrado que o índice de invalidação de normas federais pelo STF é muito inferior ao índice de invalidação de normas estaduais.²² Os ministros afirmam que um dos papéis da corte é atuar como poder moderador, resolvendo conflitos entre os entes federados e desacordos da classe política. Finalmente, a terceira razão remete ao perfil de coalizão do governo brasileiro, que congrega um elevado número de partidos políticos tanto na situação, quanto na oposição. A forte fragmentação política praticamente inviabiliza a obtenção de consensos e acordos mínimos sobre questões sensíveis de direitos fundamentais e sobre temas politicamente impopulares, cuja manifestação parlamentar implica perda de apoio para eleições futuras. Nesses casos, a inércia do congresso tem motivado a judicialização dos temas, que, finalmente, são decididos pelo poder judiciário. O presidencialismo de coalizão potencializa desacordos políticos inclusive na própria base de apoio ao governo, de modo que não é incomum que o STF seja instado a resolver conflitos de uma mesma base parlamentar.

Da atual composição da corte (2015), apenas Gilmar, Toffoli e Fachin sofreram significativa resistência da oposição no Senado. A maioria das sabinas, no entanto, foi apenas protocolar, destinada a agradecimentos e homenagens recíprocas, o que muda de figura quando se vislumbra a possibilidade de um mesmo governo indicar a ampla maioria da composição da corte. A demora no processo de indicação de Barroso (2013) e Fachin (2015) elevou o nível de politização do processo, que foi acompanhado com grande interesse pela imprensa e pelos partidos de oposição.

²² Costa e Benvindo (2014).

Foi apenas nesse período, também, que os senadores passaram a desafiar os indicados sobre suas posições acerca do ativismo judicial e seus efeitos. Antes disso, as arguições eram baseadas no noticiário político do dia e em discussões parlamentares rotineiras: em geral matérias em tramitação no congresso, restringindo as arguições sobre o papel da corte ao grande volume de processos a serem julgados e à morosidade da justiça. Os políticos frequentemente usavam as sabatinas para emprestar legitimidade às suas iniciativas individuais ou da bancada, questionando os indicados sobre temas que estavam prontos para deliberação na ordem do dia. Nesses casos, os sabatinados atuavam como opinantes constitucionais.

Na maioria das sabatinas, não houve discussão sobre ativismo judicial, apenas timidamente algo sobre judicialização da política. Os parlamentares não pareciam desafiar a atuação do STF, nem mesmo em situações de ativismo judicial. Pelo contrário, havia um discurso dominante dos indicados sobre o ativismo judicial, que os senadores reproduziam com naturalidade: o judiciário não interfere nas competências dos outros poderes, apenas ocupa, legitimamente, o vazio normativo das omissões legislativas, como quer a constituição. Por isso, os indicados rejeitam a supremacia judicial, prestigiando as iniciativas do congresso: quando o legislativo atua, deve-se privilegiar a decisão política. Muitos indicados consideram que o STF deveria se tornar corte constitucional. Mais que uma tendência natural, os indicados defendem que o Supremo deveria abrir mão de certas competências, para que deixe de atuar como terceira ou quarta instância recursal e possa se dedicar apenas aos grandes temas constitucionais.

Os indicados adotaram posturas discretas em suas sabatinas, não se manifestando sobre temas que poderiam julgar no futuro. E defenderam discricção para o cargo de ministro: uma postura de recolhimento, de quem só deve falar nos autos. O contraste com suas manifestações públicas enquanto ministros, no entanto, sugere que eles não se constroem em comentar casos ainda pendentes de julgamentos, antecipando seus votos e previsões sobre o posicionamento dos colegas. Marco Aurélio talvez seja o ministro mais desinibido, por vezes constroendo seus colegas. No entanto, não se trata de uma peculiaridade sua: os ministros frequentemente opinam sobre temas sensíveis ainda não deliberados pelo tribunal, conforme analisado no próximo capítulo.

Capítulo 2.

... e o que disseram depois?

O Supremo tem sido descrito como um conjunto de ilhas, que pouco dialogam entre si, mas com muita visibilidade. Os ministros se manifestam publicamente em jornais, revistas e com artigos de opinião sobre as grandes questões nacionais, institucionais e constitucionais, e até sobre miudezas da vida cotidiana. Opinam sobre casos já decididos, não decididos e inclusive sobre questões que gostariam de decidir. Muitas vezes, são chamados a responder críticas sobre ativismo e protagonismo judicial. A pluralidade de sua composição pode sugerir que o tribunal apresente diferentes razões para o papel que desempenha. Imagina-se que os ministros tenham onze impressões diferentes sobre a função que exercem. Suas manifestações públicas sobre o papel da corte, no entanto, sugerem o contrário. Os ministros rejeitam o rótulo de ativismo judicial. Preferem falar em “protagonismo” e “atuação expansiva”. Suas falas atribuem a centralidade política do STF à constituição de 1988 e aos próprios políticos, como responsáveis por uma judicialização excessiva. Há uma espécie de discurso institucional sobre a função que desempenham e certo desejo comum de transformação do STF em corte constitucional. Suas ideias, no fim das contas, são mais próximas do que a pluralidade da corte poderia indicar.

A atuação dos ministros fora dos autos processuais aponta para uma dimensão de fala e de escuta. Uma dimensão de fala sugere que os ministros participam ativa ou reservadamente como interlocutores constitucionais da sociedade. Marco Aurélio é um grande entusiasta dessa dimensão de fala, assim como Fux e Barroso. No entanto, a maioria dos ministros é resistente a essa ideia, embora a exerçam, alguns mais, outros menos, em entrevistas, discursos, debates e palestras.²³ A segunda dimensão é de escuta. Nesse caso, os ministros parecem estar de acordo que devem ouvir as vozes das ruas, embora a elas não estejam submissos. De toda forma, os jornais têm se dedicado pouco a discutir o papel do STF. Em entrevistas, os ministros são chamados a opinar sobre questões do dia a dia, relacionadas ao noticiário político tradicional. São comuns referências, tanto pelos jornalistas, quanto pelos ministros, a um conjunto relativamente pequeno de casos, que pouco in-

²³ Rosa Weber, Cármen Lúcia e Teori Zavascki são mais reservados e pouco se manifestam na imprensa, de modo que a análise de suas falas sobre o papel do juiz constitucional e do Supremo Tribunal Federal foram exíguas e semelhantes às suas manifestações nas sabatinas.

formam sobre o que de fato ocupa a agenda do tribunal, e, nessa medida, o efetivo papel que desempenha. Os veículos jurídicos especializados, porém, tendem a tensionar mais os ministros sobre a atuação da corte, para além desse pequeno conjunto de casos.

Celso de Mello.

Celso de Mello entende que o STF tem experimentado um ativismo ainda acanhado (2006), o que tende a mudar com a renovação da corte, para empreender “uma cautelosa prática de ativismo judicial destinada a conferir efetividade às cláusulas constitucionais”; o ministro defende o ativismo judicial para “implementação concretizadora de políticas públicas”, na medida em que a constituição define direitos que são descumpridos “por injustificável inércia, pelos órgãos estatais competentes”.²⁴ Assim, sustenta que a constituição muitas vezes é transgredida por omissões ou retardamentos legislativos ilegítimos, que frustram as garantias constitucionais e violam direitos fundamentais. Nesses casos, o STF deve atuar, de forma legítima e necessária, para garantir a supremacia da constituição, sem que se caracterize ativismo judicial, mas “práticas de ativismo judicial” que, “embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem”.²⁵

Desde 1989, o STF tem tomado consciência de seu papel institucional. Celso de Mello entende que a missão do Supremo envolve o exercício de três competências: (i) corte constitucional, decidindo sobre a validade dos atos normativos do país em face da constituição; (ii) tribunal da federação, resolvendo conflitos entre os estados; e (iii) tribunal de justiça, processando e julgando criminalmente autoridades públicas.²⁶ Segundo o ministro, o Supremo tem atuado como “força moderadora” para mediar conflitos federativos entre: (i) o executivo e o legislativo; (ii) os estados entre si; e (iii) entre os estados e a união; assim, quando o STF resolve os conflitos constitucionais, promove a harmonia e o equilíbrio entre os poderes, incluindo o próprio Judiciário.²⁷ Em certa medida, também “a governabilidade deve representar um valor a ser considerado nas decisões dos ministros do Supremo”.²⁸

²⁴ Revista Consultor Jurídico. Entrevista: José Celso de Mello Filho. 15.3.2006.

²⁵ Discurso proferido em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do ministro Carlos Ayres Britto na presidência da corte. 19.4.2012.

²⁶ O Globo. Entrevista. Ministro Celso de Mello. 21.6.1997.

²⁷ Revista Consultor Jurídico. Entrevista: José Celso de Mello Filho. 15.3.2006.

²⁸ Revista Consultor Jurídico. Entrevista: José Celso de Mello Filho. 15.3.2006.

O STF como delegado do poder constituinte.

Em discurso de homenagem ao ministro Nelson Jobim, Carmen Lúcia afirmou que o Supremo Tribunal Federal é a “última instância a pronunciar-se sobre as questões de direito”, com “missão soberana” de interpretar a constituição.²⁹ Essa fala sugere uma “última palavra” ao judiciário para interpretar a constituição, o que reflete, em linhas gerais, a supremacia judicial. Esses discursos já existiam em 1997, no período da presidência do ministro Celso de Mello, o que indica que fragmentos de supremacia judicial são anteriores ao próprio protagonismo do STF.

Celso de Mello sustenta que o Supremo “atua como delegado do poder constituinte e reescreve a Constituição”, que “passa a significar aquilo que o STF diz que ela é”.³⁰ Quando o STF promove o controle de constitucionalidade, atua com “verdadeira função constituinte com o papel de permanente elaboração do texto constitucional”, mediante “processos hermenêuticos”.³¹ Assim, Celso de Mello sugere que o STF atua como poder constituinte permanente, na medida em que interpreta a constituição. O STF “atualiza” e “ressignifica” a constituição, de modo “plenamente compatível com o exercício da jurisdição constitucional”.³² A interpretação é, nessa medida, um ato de reelaboração da constituição, o que permite ao STF ser “co-partícipe do processo de modernização do Estado brasileiro”.³³ O equívoco de Celso de Mello é achar que “a constituição nada mais é do que a sua própria interpretação”.³⁴ Se é assim, a soberania não está na constituição, mas na sua leitura pelo STF. O ministro identifica a função de guarda da constituição pelo Supremo Tribunal Federal com o “monopólio da última palavra” em matéria constitucional, afirmando, frequentemente que o STF tem a “prerrogativa de errar por último”, sem oferecer razões para isso, que não são naturais, tampouco evidentes.³⁵ O ministro confunde supremacia constitucional com supremacia judicial, como se uma decorresse naturalmente da outra. No entanto, afirmar a supremacia da constituição não significa afirmar a supremacia da interpretação judicial. Uma coisa é

²⁹ STF. Discurso em homenagem ao ministro Nelson Jobim, por sua aposentadoria. 27.9.2007.

³⁰ Folha de São Paulo. Celso de Mello defende o impeachment de juízes. 19.5.1997.

³¹ Revista Consultor Jurídico. Entrevista: José Celso de Mello Filho. 15.3.2006.

³² Revista Consultor Jurídico. Entrevista: José Celso de Mello Filho. 15.3.2006.

³³ Revista Consultor Jurídico. Entrevista: José Celso de Mello Filho. 15.3.2006. Um artigo muito influente sobre o papel de uma suprema corte como ramo do governo está em Dahl (1957).

³⁴ Revista Júris. O juiz não pode ser um agente burocrático. set.1997.

³⁵ Revista Consultor Jurídico. STF garantiu presunção de inocência, não aboliu prisão. 18.2.2009.

guardar a constituição, protegê-la, outra é definir seu significado. A constituição é objeto de disputas e a interpretação judicial é apenas uma leitura, não a constituição em si.

Ao confundir supremacia da constituição com supremacia judicial, os ministros dão um passo além. A afirmação de última palavra do poder judiciário para dizer o que é o direito e a constituição só é possível no plano processual, pois a última palavra é sempre provisória.³⁶ Embora o STF decida sobre a constituição, o legislativo sempre poderá editar uma nova lei, que poderá ser novamente questionada pela via judicial, e assim por diante. Por isso, não existe última palavra. A decisão judicial não encerra o debate; ao contrário, em muitos casos ela incentiva a atuação legislativa.³⁷ No entanto, alguns ministros, como Fux, argumentam que uma lei editada com conteúdo idêntico ao de norma declarada inconstitucional pelo STF contém o “germe da inconstitucionalidade”³⁸, e que, por isso, ela já nasce inconstitucional. Fux defende o controle prévio de constitucionalidade das leis, a exemplo do que ocorre na França, para evitar a declaração de inconstitucionalidade futura, conferindo mais previsibilidade e segurança às relações sociais, sobretudo tributárias. Nesse caso, o fato de só agir mediante provocação asseguraria que o judiciário não ocuparia a função de legislador.³⁹ O controle prévio é um reflexo da ideia de “germe da inconstitucionalidade”, pois pretende evitar o nascimento de leis inconstitucionais.

Marco Aurélio.

Marco Aurélio entende que a mudança de composição do STF foi determinante para sua nova postura, menos conservadora e mais sensível aos anseios da sociedade. A antiga composição tinha uma cautela maior em relação ao executivo, porque “não se tinha presente que incumbia ao Supremo a última palavra sobre temas que, de alguma forma, estivessem ligados à Constituição”, e que essa visão já foi ultrapassada.⁴⁰ Segundo o ministro, o tribunal que ele encontrou quando tomou posse era mais conservador, mais autocontido. Muito se deve ao ministro Moreira Alves, que “era mais ortodoxo, segurava o tribunal”.⁴¹ Nos dias de hoje, o tribunal é “mais solto”, com

³⁶ Mendes (2011).

³⁷ Pogrebinski (2011).

³⁸ Uma reação a esse argumento é feita por Diego Werneck Arguelhes em: “O Ministro Fux e o ‘Germe da Inconstitucionalidade’”. JOTA, 2 out. 2015. A discussão sobre o assunto será retomada no capítulo seguinte.

³⁹ Revista Consultor Jurídico. “Opinião pública não pode pautar o Supremo”. 19.6.2011.

⁴⁰ Revista Consultor Jurídico. A constituição brasileira é pouquíssimo amada. 22.3.2006.

⁴¹ Revista Consultor Jurídico. Ainda hoje, julgo cada processo como se fosse o primeiro da minha vida. 12.6.2015.

uma “atuação mais espontânea”⁴², até pelos temas judicializados desde a constituição de 1988, que têm maior repercussão na sociedade: “Eu atribuo muito mais o fato de o Supremo estar na vitrine hoje em dia às provocações que foram colocadas para enfrentarmos”.⁴³ Nessa medida, a renovação da composição da corte e os novos instrumentos para concretização da constituição foram determinantes para o protagonismo do STF. Hoje, o tribunal avança mais que no passado, mas ainda restrito aos limites autorizados pela constituição, sem interferir indevidamente nos outros poderes.⁴⁴

Questionado se o STF tem se tornado um “superórgão”, Marco Aurélio entende que “diante de uma certa inércia, principalmente do Legislativo, o tribunal tende a avançar”⁴⁵: “Se o Congresso não faz o seu trabalho, o Judiciário pode fazer”.⁴⁶ Essa mesma razão é comum a todos os ministros. Marco Aurélio sugere que o tribunal “às vezes é audacioso”, fixando teses que extrapolam os limites da controvérsia enfrentada: “além dos muros do processo, dos muros objetivos da controvérsia enfrentada”.⁴⁷ O ministro apresenta ressalvas ao ativismo judicial: “Nós precisamos ter sempre presente o princípio salutar da autocontenção”.⁴⁸ Para ele, não cabe ao STF pretender empurrar a história: “O Supremo simplesmente atua, sem visar fazer história ou modificar a própria sociedade”.⁴⁹ Mas se o STF decide as grandes questões nacionais, nesse sentido, ele governa? Para Marco Aurélio, o Supremo não governa, pois seu compromisso “não é com políticas governamentais”: “Assusta-me quando se proclama que se deve interpretar as leis visando homenagear a governabilidade. A governabilidade é que tem que se adaptar à legislação existente”.⁵⁰ Por outro lado, o ministro afirma não partir da lei para o caso concreto, mas do caso concreto para a lei. Primeiro idealiza a solução mais justa, depois procura apoio na legislação. Ele entende que assim deve proceder todos os magistrados: apegados apenas à própria consciência.⁵¹ Para Marco Aurélio, o Supremo atua como “poder moderador, destinado a garantir a estabilidade e os valores nacionais, que

⁴² Revista Consultor Jurídico. Ainda hoje, julgo cada processo como se fosse o primeiro da minha vida. 12.6.2015.

⁴³ Os Constitucionalistas. Marco Aurélio: “Precisamos repensar o Supremo”. 28.10.2015.

⁴⁴ Revista Consultor Jurídico. Ainda hoje, julgo cada processo como se fosse o primeiro da minha vida. 12.6.2015.

⁴⁵ O Estado de S. Paulo. Quem conduz a política internacional não é o STF. 14.11.2009.

⁴⁶ ISTOÉ. No poder, o PT se mostrou igual aos demais. 20.12.2013.

⁴⁷ Os Constitucionalistas. Marco Aurélio: “Precisamos repensar o Supremo”. 28.10.2015.

⁴⁸ Revista Consultor Jurídico. “Se STF decidir a favor de poupadores, todos pagaremos”. 13.4.2014.

⁴⁹ Os Constitucionalistas. Marco Aurélio: “Precisamos repensar o Supremo”. 28.10.2015. Essa fala ilustra o perfil de “juiz contido”, que será analisado no capítulo 4, em contraposição ao “juiz iluminista”, para quem caberia ao STF empurrar a história. Um meio termo seria o “juiz deferente”, mais dedicado ao diálogo institucional.

⁵⁰ Revista Consultor Jurídico. A constituição brasileira é pouquíssimo amada. 22.3.2006.

⁵¹ Jovem Pan. Entrevista ministro Marco Aurélio. 17.2.2002.

são perenes”.⁵² Marco Aurélio entende que a postura do STF deve ser autocontida, e que o tribunal não deve atravessar a rua, embora reconheça que em algumas situações andou perto de cruzar a linha divisória: “eu percebi em alguns casos uma tentativa – pelo menos tentativa – de avançar”.⁵³ Mas, em regra, o STF atua a partir da constituição.⁵⁴ Há uma certa dificuldade dos ministros em admitir doses de ativismo, mesmo para Marco Aurélio, o mais opinante da corte.

Marco Aurélio sugere que a constituição de 1988 enfatizou a atuação do Supremo no controle concentrado, com a ampliação do rol de legitimados para a propositura de ações diretas. Essa abertura permitiu que os diversos atores da sociedade pudessem questionar a constitucionalidade das leis, o que explica a judicialização e a ampliação do papel do Supremo.⁵⁵ Esse mesmo argumento utilizado por Gilmar Mendes, que, no entanto, afirma que a constituição privilegiou o controle concentrado em detrimento do controle difuso.⁵⁶ Marco Aurélio afirma ser um “entusiasta” desse tipo de controle, e, assim como Celso de Mello, afirma que a “última palavra” sobre a constituição pertence ao STF, sem dizer por quê. Ele afirma que essa tarefa decorre da constituição, e que “é bom que assim o seja”, porque “o Judiciário, pressupõe-se, é um órgão independente”.⁵⁷ Marco Aurélio, assim como Celso de Mello, confunde supremacia constitucional com supremacia judicial. Mas afirmar que a supremacia judicial decorre da constituição é um equívoco lógico e histórico.⁵⁸

Marco Aurélio tem afirmado a “última palavra” pelo menos desde o período em que foi presidente da corte, em 2001. Por um lado, o ministro afirma que o judiciário é a “última trincheira do cidadão”.⁵⁹ Por outro, não concorda com a assertiva de que ao STF cabe errar por último, pois, para ele, o tribunal deve acertar sempre: se o Supremo tem dúvida, deve ser autocontido, priorizando a harmonia e a independência entre os poderes.⁶⁰ Charles Hughes (1907) certa vez disse que “Estamos submetidos a uma Constituição. Mas a Constituição é o que os juízes dizem que ela é”. Marco Aurélio diz não concordar com esse pensamento, porque “há um sentido vernacular da

⁵² Revista Consultor Jurídico. A constituição brasileira é pouquíssimo amada. 22.3.2006.

⁵³ JOTA. Marco Aurélio: 25 anos de STF. 9.6.2015.

⁵⁴ Os Constitucionalistas. Marco Aurélio: “Precisamos repensar o Supremo”. 28.10.2015.

⁵⁵ Revista Consultor Jurídico. A constituição brasileira é pouquíssimo amada. 22.3.2006.

⁵⁶ Esse argumento é utilizado por Gilmar Mendes em sua sabatina e em entrevistas posteriores, como será destacado adiante.

⁵⁷ Gazeta do Povo. “A corte necessita de provocação”. 15.10.2001.

⁵⁸ Ver, a esse respeito, Continentino (2008). Esse argumento será aprofundado adiante, no capítulo 3.

⁵⁹ Jornal A Tarde. Presidente do STF condena interferência no Judiciário. 2.12.2001.

⁶⁰ JOTA. Marco Aurélio: 25 anos de STF. 9.6.2015.

Constituição que não pode ser abandonado”.⁶¹ A interpretação é sempre vinculada a um texto normativo. A necessidade de última palavra é, portanto, processual, formal (“Alguém tem que ter, para colocar fim ao processo”⁶²), pois a decisão judicial não encerra o debate sobre um tema. Nessa medida, Marco Aurélio admite uma função mais modesta para o Supremo, ao contrário de Celso de Mello, que discursa na linha do pensamento de Hughes.

Já em 1996 Marco Aurélio se manifestava pelo “enxugamento da competência do Supremo”, para que o tribunal pudesse ser “aperfeiçoado para surgir como Corte Constitucional”, deixando de decidir, por exemplo, sobre “extradição, habeas corpus contra ato de qualquer tribunal, mandado de segurança contra o TCU (Tribunal de Contas da União), ações penais contra deputados federais”.⁶³ Em seu discurso de posse na presidência do STF, Marco Aurélio afirmou que “a profusão de processos amesquinhou o papel do Supremo Tribunal Federal, que não pode ficar reduzido à simples condição de quarta instância deliberativa”.⁶⁴ Em 2014, o ministro manteve seu entendimento sobre a necessidade de “enxugar” competências do STF para que ele se torne corte estritamente constitucional, acrescentando: “não teremos o controle difuso de constitucionalidade”.⁶⁵ Marco Aurélio declara ser favorável a criação de uma corte constitucional: “Creio que, mais dia menos dia, teremos no Brasil a criação de uma Corte Constitucional”⁶⁶, que deverá decidir apenas sobre a constituição: “Não atuaria como órgão originário no julgamento de ações penais”, por exemplo.⁶⁷ O Supremo deslocou muitas competências para as turmas, o que permitiu ao plenário julgar mais recursos extraordinários com repercussão geral. Segundo o ministro, a tendência é que o plenário atue como verdadeira corte constitucional, e que, assim, “só discuta questões de controle concentrado [...] e recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida”.⁶⁸

Marco Aurélio entende que a postura de juiz que só fala nos autos está ultrapassada, sendo preciso diferenciar duas situações: o juiz não deve emitir pré-juízos sobre casos concretos que ele possa vir a examinar, mas pode e deve se manifestar sobre sua própria atuação jurisdicional, prestando contas à sociedade: “Sou favorável, portanto, à manifestação dos juízes, não em antecipação

⁶¹ Os Constitucionalistas. Marco Aurélio: “Precisamos repensar o Supremo”. 28.10.2015.

⁶² Os Constitucionalistas. Marco Aurélio: “Precisamos repensar o Supremo”. 28.10.2015.

⁶³ Folha de S. Paulo. Reforma constitucional não é solução, diz ministro. 29.4.1996.

⁶⁴ Discurso de posse do Ministro Marco Aurélio na presidência do Supremo Tribunal Federal. 31.5.2001.

⁶⁵ Revista Consultor Jurídico. “Se STF decidir a favor de poupadores, todos pagaremos”. 13.4.2014.

⁶⁶ Jovem Pan. Entrevista ministro Marco Aurélio. 17.2.2002.

⁶⁷ Jovem Pan. Entrevista ministro Marco Aurélio. 17.2.2002.

⁶⁸ Revista Consultor Jurídico. Exagero na racionalização dos trabalhos dos tribunais prejudica cidadania. 21.12.2014.

de julgamento, mas sobre temas já julgados e que se mostrem palpitantes e de interesse da sociedade”.⁶⁹ O ministro, no entanto, não segue seu próprio entendimento, manifestando-se frequentemente sobre temas ainda não decididos, por vezes constringendo seus colegas.⁷⁰ Marco Aurélio tem atuado como prejudgador em muitas questões, como na ADI 4650, em que antecipou seu posicionamento na imprensa: “Ainda não votei sobre a matéria no Plenário do STF, mas sou a favor do financiamento público, com regras rígidas quanto à participação do setor privado”.⁷¹ O ministro também não se furta de opinar sobre temas partidários. Já afirmou, por exemplo, que o Partido dos Trabalhadores, ao assumir o poder, se mostrou “igual aos demais”⁷²; e, ao comentar sobre a presidente Dilma Roussef, disse que “não queria estar na pele dela”: “Como ela pode governar o País, se ela praticamente fala às paredes, sem uma ressonância maior?”⁷³

“Mal necessário”.

Ao decidir, o STF promove o debate sobre concepções de Estado e democracia definidas pela constituição. É uma via de mão dupla: interpretar a constituição é promover a democracia, o que fortalece a justiça constitucional.⁷⁴ Por isso, é importante questionar que concepção de democracia os ministros subscrevem ao interpretar a constituição. Ao elogiar os ministros Paulo Brossard, Célio Borja e Octavio Gallotti, Marco Aurélio afirma sentir saudades da composição que encontrou no Supremo em 1990, quando ingressou na corte.⁷⁵ A maioria dos ministros era comprometida com a constituição anterior. Segundo Marco Aurélio, embora nomeados ainda no “período revolucionário”, buscavam atuar com equidistância em relação ao executivo.⁷⁶ Marco Aurélio e Celso de Mello foram indicados para o STF num período relativamente próximo, mas têm leituras bastante distintas sobre a ditadura militar. Celso de Mello costuma manifestar forte resistência ao período autoritário, sendo considerado um dos principais defensores da liberdade de expressão na corte. Marco Aurélio, por outro lado, compreende a ordem anterior como “período revolucionário”.

⁶⁹ Jornal O Liberal. Mello defende a preservação da Amazônia. 23.9.2001.

⁷⁰ Um exame da atuação do ministro Marco Aurélio como opinante sobre casos ainda não decididos pelo tribunal é feita por Arguelhes e Ribeiro (2015, p. 129-132).

⁷¹ ISTOÉ. No poder, o PT se mostrou igual aos demais. 20.12.2013.

⁷² ISTOÉ. No poder, o PT se mostrou igual aos demais. 20.12.2013.

⁷³ ISTOÉ. “É fato notório que não há governo”, diz Marco Aurélio Mello. 30.10.2015.

⁷⁴ Discurso de Gilmar Mendes na 76ª Sessão Plenária da Comissão de Veneza. 17.10.2008.

⁷⁵ Revista Consultor Jurídico. A constituição brasileira é pouquíssimo amada. 22.3.2006.

⁷⁶ Revista Consultor Jurídico. A constituição brasileira é pouquíssimo amada. 22.3.2006.

E mais: em entrevista ao jornalista Kennedy Alencar, Marco Aurélio afirmou que a ditadura militar de 1964 foi “um mal necessário, tendo em conta o que se avizinhava”; questionado se haveria “risco de uma ditadura comunista” no Brasil, o ministro afirmou que “teríamos que esperar para ver. E foi melhor não esperar”.⁷⁷ Publicamente, Marco Aurélio costuma se referir à ditadura militar como: (i) “período de exceção”;⁷⁸ (ii) “época de sítio”;⁷⁹ (iii) “período revolucionário”;⁸⁰ e (iv) “um mal necessário”⁸¹; mas não como ditadura.

Gilmar Mendes.

Para Gilmar Mendes, o ativismo não decorre de “composição filosófica” da corte, mas do modelo constitucional, na medida em que o constituinte quis que o Supremo tivesse papel de protagonismo.⁸² Gilmar entende que o modelo superou uma “timidez instrumental”, em que se “dizia apenas se uma lei era constitucional ou não”.⁸³ A constituição ampliou a possibilidade de provocação ao tribunal: um único deputado pode bater às portas do STF, de modo que qualquer questão polêmica inevitavelmente é judicializada.⁸⁴ Gilmar sugere que a maior parte dessas questões polêmicas decididas pela corte “resultaram de uma provocação que partiu ou de partidos políticos ou de algum segmento ligado a eles”.⁸⁵ É a expressão fina da judicialização da política. Nesse raciocínio, o STF não quer substituir-se ao congresso, nem poderia fazê-lo; ele atua para garantir a constituição.⁸⁶ Por isso, Gilmar entende que as críticas de que o STF quer substituir-se ao legislador não fazem sentido, e que o judiciário deve ter certa humildade para não achar que deve responder sobre tudo.⁸⁷ Nessa medida, o judiciário não tem que ser o primeiro a responder sobre os assuntos de natureza política; esse papel é do legislador. O judiciário deve atuar quando o legislador mantém-se inerte.⁸⁸ Nesse ponto, Gilmar se aproxima de Barroso, sugerindo que quando teve de decidir sobre direito de greve para servidores públicos em mandado de injunção, o STF teria optado por

⁷⁷ RedeTV. Programa É Notícia: Entrevista ao jornalista Kennedy Alencar. 22.02.2010.

⁷⁸ Revista Consultor Jurídico. A constituição brasileira é pouquíssimo amada. 22.3.2006.

⁷⁹ Os Constitucionalistas. Marco Aurélio: “Precisamos repensar o Supremo”. 28.10.2015.

⁸⁰ Revista Consultor Jurídico. A constituição brasileira é pouquíssimo amada. 22.3.2006.

⁸¹ RedeTV. Programa É Notícia: Entrevista ao jornalista Kennedy Alencar. 22.02.2010.

⁸² Correio Braziliense. Entrevista - Gilmar Mendes. 17.8.2008.

⁸³ Correio Braziliense. Entrevista - Gilmar Mendes. 17.8.2008.

⁸⁴ Correio Braziliense. Entrevista - Gilmar Mendes. 17.8.2008.

⁸⁵ Correio Braziliense. Entrevista - Gilmar Mendes. 17.8.2008.

⁸⁶ Correio Braziliense. Entrevista - Gilmar Mendes. 17.8.2008.

⁸⁷ STF. Entrevista coletiva do presidente do STF, ministro Gilmar Mendes. 24.4.2008.

⁸⁸ STF. Entrevista coletiva do presidente do STF, ministro Gilmar Mendes. 24.4.2008.

um “modelo minimalista”: supriu a omissão aplicando, por analogia, a lei de greve existente, privilegiando trabalho já feito pelo congresso nacional, sem criar, ele próprio, uma nova lei. E o fez provisoriamente: a decisão vale até que se resolva a lacuna, editando uma lei de greve para o serviço público.⁸⁹

Gilmar Mendes culpa os parlamentares pelo excesso de judicialização da política, já que muitas vezes “não conseguem resolver seus próprios problemas” e recorrem ao tribunal: “Essa crítica tem que se transformar mais em autocrítica”.⁹⁰ Os ministros frequentemente sugerem que a responsabilidade pelo excesso de judicialização é dos próprios políticos. Gilmar sugere uma certa aposta pragmática das assembleias legislativas em produzir leis inconstitucionais. “Parece haver uma aposta na idéia de que não haverá a impugnação, e a lei ficará intacta”.⁹¹ Existem dois cenários possíveis: (i) a lei pode não ser impugnada, assim mantendo-se intacta; (ii) ou pode vigorar de forma politicamente útil por certo tempo, até ser invalidada. No entanto, esses cenários são cada vez mais difíceis, pois a abertura da constituição de 1988 para um amplo conjunto de legitimados ativos para a propositura de ações diretas praticamente assegura a impugnação de legislações manifestamente inconstitucionais.⁹² O elevado número de demandas, no entanto, não diz nada sobre como o STF tem respondido a elas. Se a judicialização decorre do modelo constitucional, o ativismo não, é uma questão de postura. O excesso de judicialização não autoriza uma atitude ativista, de modo que as críticas à judicialização não eximem o STF de críticas ao ativismo. Ao confundir os dois conceitos os ministros não enfrentam a questão sobre o ativismo da corte.

Na sessão extraordinária de 16 de outubro de 2003, em homenagem ao ministro Moreira Alves, por sua aposentadoria, Gilmar Mendes destacou o papel moderador do STF na mediação dos conflitos sociais e políticos, sobretudo nos primeiros anos da nova constituição, o que garantiu a normalidade institucional.⁹³ Nessa medida, a atuação do STF como poder moderador oferece a segurança jurídica necessária ao desenvolvimento econômico e à maturidade política do país.⁹⁴

⁸⁹ STF. Entrevista coletiva do presidente do STF, ministro Gilmar Mendes. 24.4.2008.

⁹⁰ Jornal do Commercio. Entrevista - Ministro Gilmar Mendes. 30.12.2009.

⁹¹ O Estado de S. Paulo. Tenho a impressão de que há um certo descaso. 28.10.2007.

⁹² O Estado de S. Paulo. Tenho a impressão de que há um certo descaso. 28.10.2007.

⁹³ Discurso. Sessão extraordinária em homenagem ao ministro Moreira Alves, por sua aposentadoria. 16.1.2003.

⁹⁴ Discurso. Comemoração aos 20 anos da constituição no Palácio do Planalto. 22.10.2008. Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes têm sugerido que é papel da corte garantir a segurança jurídica necessária ao desenvolvimento econômico do país. De fato, esse parece ser um fator relevante para as agências de financiamento externos, pois confere credibilidade e segurança aos investidores. Esse pode ser um fator de desenvolvimento da jurisdição constitucional pelo mundo. Boaventura (2001, p. 156) desenvolve essa ideia, creditando aos investidores externos parte do desenvolvimento de judiciários fortes na América Latina.

Mas a crítica de que o STF estaria legislando é inevitável. Gilmar explica a judicialização a partir de uma crise de funcionalidade do parlamento, que decorre do sistema eleitoral desde 1932: o modelo proporcional, que dificulta a formação de consensos.⁹⁵ Somado a isso, tem-se uma forte interferência do executivo no legislativo, mediante medidas provisórias e emendas parlamentares; se não há consensos, e se há disfuncionalidade na formação da agenda, a grande distorção é a omissão legislativa.⁹⁶ Gilmar defende que o STF não quer substituir-se ao legislador, “Mas, muitas vezes, temos atividades complementares”, preenchendo os vazios normativos.⁹⁷ Segundo Gilmar, o STF sempre cumpriu papel de legislador negativo, mas “quem tem poder cassatório também atua, um pouco, de forma positiva”.⁹⁸ Por isso, seria inevitável que o STF fosse, também, legislador positivo. As funções do STF mudaram: em parte, por conta da constituição, que previu instrumentos como o mandado de injunção, que cria constrangimentos ao legislador; por outro lado, houve certo “aprendizado institucional” do STF, que reviu sua jurisprudência para não fazer apenas recomendações ao congresso, suprimindo, ele próprio, as omissões.⁹⁹ Houve, nessa medida, uma mudança de postura do tribunal, resultado da constituição e de seu aprendizado institucional.¹⁰⁰

Em certos casos, o STF atua como legislador positivo, no que Gilmar Mendes denomina “sentenças de perfil aditivo”, em que o tribunal rompe com a visão tradicional de legislador negativo, regulando provisoriamente determinadas matérias.¹⁰¹ Não se trata, a rigor, de legislar, mas de regular matérias “em contextos de eventuais faltas, lacunas ou omissões do próprio legislador”.¹⁰² Para o ministro, trata-se de uma tendência inevitável, que acontece em outros países, como nas cortes alemã, italiana e espanhola. Gilmar entende que, embora se trate de prestação positiva (como legislador positivo), são intervenções minimalistas e provisórias; e que essa nova postura do tribunal decorre, de um lado, das inovações legislativas, desde a constituição de 1988, e, de outro, da renovação da composição do Supremo, mais aberta a esse tipo de inovação.¹⁰³

⁹⁵ Folha de S. Paulo. O aparato policial do Estado hoje está fora do controle. 29.9.2008.

⁹⁶ Folha de S. Paulo. O aparato policial do Estado hoje está fora do controle. 29.9.2008.

⁹⁷ Folha de S. Paulo. O aparato policial do Estado hoje está fora do controle. 29.9.2008.

⁹⁸ Jornal do Brasil. Segurança pública é tema federal. 22.6.2008.

⁹⁹ Jornal do Brasil. Segurança pública é tema federal. 22.6.2008.

¹⁰⁰ Jornal do Brasil. Segurança pública é tema federal. 22.6.2008.

¹⁰¹ Valor Econômico. Uma revolução silenciosa no Supremo. 18.10.2007.

¹⁰² Valor Econômico. Uma revolução silenciosa no Supremo. 18.10.2007.

¹⁰³ Valor Econômico. Uma revolução silenciosa no Supremo. 18.10.2007.

Gilmar Mendes afirma a constituição como um projeto em contínuo desenvolvimento, na linha do pensamento de Peter Häberle.¹⁰⁴ Por isso, o STF deve permitir o oferecimento de diferentes interpretações constitucionais. Häberle diz que se a corte tem a última palavra sobre a constituição, “os juízes não são as vozes da Constituição, mas porta-vozes de uma sociedade que interpreta a Constituição”.¹⁰⁵ Por isso Gilmar acredita que o papel da corte é de certa forma representativo.¹⁰⁶ Häberle diz que a corte deve ouvir a sociedade: por exemplo, para interpretar questões de liberdade artística, deve-se ouvir os artistas.¹⁰⁷ Deve-se ouvir os atores diretamente afetados pela decisão.¹⁰⁸ Häberle afirma que “todo cidadão é um intérprete ativo da Constituição”¹⁰⁹ e Gilmar acredita que o Supremo tem considerado isso, promovendo audiências públicas e os *amici curiae*, abertura que exige do intérprete certa “humildade”.¹¹⁰ Talvez mais do que isso, essa abertura atribui certa responsividade. O STF sabe que existem outros intérpretes, que tencionam sobre o significado da constituição, que não é um trabalho pronto e acabado, mas aberto e em disputa.

A pergunta que sempre se faz é: quem controla o controlador? Gilmar Mendes é quem oferece uma resposta mais robusta sobre quem fiscaliza o STF. Para ele, esse controle é múltiplo e complexo. Quem controla o STF é: (i) o Presidente da República, quando indica um nome para o tribunal; (ii) o congresso, quando confirma ou rejeita os nomes indicados; e (iii) a comunidade especializada, que discute as decisões do STF.¹¹¹ Os dois primeiros elementos consistem em certo controle prévio, que molda o perfil do tribunal ao longo do tempo. Efetivamente, o que controla a atuação do STF é o debate público sobre sua atuação. A reflexão sobre suas funções é o que autoriza e controla sua conduta. É o que diz que o tribunal pode muito, mas não pode tudo, e que a corte não deve presumir demais de si mesma. Gilmar admite que “o tribunal não está numa redoma de vidro revelando o Direito”, mas construindo suas decisões e até “se permitindo um certo experimentalismo institucional”.¹¹² O fato de as decisões do STF serem objeto de análise e discussão pública é não somente parte da construção de sua legitimidade, mas de seu controle, além de sugerir

¹⁰⁴ Häberle (1997). Valor Econômico. A inspiração para Gilmar Mendes. 21.11.2008.

¹⁰⁵ Valor Econômico. A inspiração para Gilmar Mendes. 21.11.2008.

¹⁰⁶ A influência da doutrina alemã é muito forte sobre o controle de constitucionalidade brasileiro. Gilmar e Barroso falam em função representativa do STF. Gilmar com amparo em Häberle (1997), enquanto Barroso recorre a Alexy (2005). A ideia de “representação argumentativa” de Alexy também é assumida por Gilmar em seus votos, como, por exemplo, no julgamento da ADI 3.510.

¹⁰⁷ Valor Econômico. A inspiração para Gilmar Mendes. 21.11.2008.

¹⁰⁸ Nessa linha, ver a concepção de democracia deliberativa de Carlos Santiago Nino (1997).

¹⁰⁹ Häberle (1997). Valor Econômico. A inspiração para Gilmar Mendes. 21.11.2008.

¹¹⁰ Valor Econômico. A inspiração para Gilmar Mendes. 21.11.2008.

¹¹¹ O Estado de S. Paulo. Não me arrependo de nada. Estou em paz. 15.4.2010.

¹¹² O Estado de S. Paulo. Não me arrependo de nada. Estou em paz. 15.4.2010.

a transitoriedade de suas decisões, que serão sempre provisórias, na medida em que o debate permanece aberto na sociedade e os sentidos da constituição estão em disputa a todo momento.

O STF como autêntica corte constitucional.

Em balanço sobre sua gestão na presidência do STF, Gilmar Mendes afirma que o tribunal se consolidou como corte constitucional.¹¹³ “Hoje o Supremo Tribunal Federal é uma autêntica corte constitucional”, sobretudo pelo avanço na aplicação de instrumentos como as súmulas vinculantes e a repercussão geral.¹¹⁴ Para Gilmar, o STF é corte constitucional “de forma inequívoca” porque, embora tenha outras competências, (i) acumulou “expertise” para decidir temas constitucionais; e (ii) porque sua função mais relevante é de típica corte constitucional.¹¹⁵ Em 2014, Gilmar passou a rejeitar o caminho do STF para se tornar corte constitucional, sugerindo que “O tribunal já é uma corte constitucional”, pois “o que de fato ocupa o tribunal são questões constitucionais”, especialmente ações de controle concentrado e recursos extraordinários com repercussão geral.¹¹⁶ O STF também dedica sua atenção aos Habeas Corpus, mas “não existe esse modelo puro”: diversas cortes constitucionais no mundo possuem competências diversas, não apenas constitucionais; o Tribunal Federal Alemão, por exemplo, possui competências penais para processar seus ministros e o Presidente da República.¹¹⁷ De fato, o STF tem deslocado suas competências não constitucionais para as turmas, especialmente penais, para reservar ao plenário efetivo papel de corte constitucional. Assim, o que Gilmar defendeu em sua sabatina, em parte, se confirmou. Houve certa tendência à abstrativização do controle de constitucionalidade, inclusive em relação ao controle difuso, que continua presente, mas apenas em casos com repercussão geral reconhecida, em que o tribunal passou a fixar teses para orientar a jurisprudência e a interpretação da constituição.

Modelo de indicação.

¹¹³ Folha de S. Paulo. Às vezes os confrontos são necessários. 22.3.2010.

¹¹⁴ Jornal do Commercio. Entrevista - Ministro Gilmar Mendes. 30.12.2009.

¹¹⁵ Jornal do Brasil. Segurança pública é tema federal. 22.6.2008.

¹¹⁶ Revista Consultor Jurídico. Índice de concessão de HCs no STF justifica atuação da corte. 2.2.2014.

¹¹⁷ Revista Consultor Jurídico. Índice de concessão de HCs no STF justifica atuação da corte. 2.2.2014.

Ao logo dos anos, Gilmar Mendes tem defendido o modelo brasileiro de indicação dos ministros do STF. Segundo ele, “Ninguém coloca em dúvida a independência do tribunal” pelo fato de a indicação ser do Presidente da República.¹¹⁸ “Há inúmeros exemplos de juizes que votaram contra as autoridades que o indicaram. Pode ocorrer que forças dominantes indiquem mais juizes num dado momento histórico. Mas nada que comprometa a lisura do processo”.¹¹⁹ Gilmar foi questionado diversas vezes sobre o modelo de indicação para ministros do Supremo, tendo sempre se manifestado favoravelmente ao modelo brasileiro, defendendo a independência dos ministros indicados. Questionado sobre a composição da corte, então com sete integrantes indicados pelo presidente Lula, Gilmar elencou argumentos em favor do modelo: (i) o STF frequentemente decide contrariamente aos interesses do governo; (ii) a atuação do STF na AP 470 prova que os ministros não costumam decidir levando em conta a origem de suas indicações; (iii) o STF tem jurisprudência secular sobre uma variedade de teses; (iv) o modelo de indicação tem relativa credibilidade, independente do acerto ou desacerto das indicações.¹²⁰

Com a aposentadoria da ministra Ellen Gracie, em 2011, o STF permaneceu com apenas três ministros não indicados pelo Partido dos Trabalhadores: Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello. Questionado se haveria risco de partidarização da corte, Gilmar disse não acreditar nisso, pois não se verificava vinculação partidária nos votos dos ministros já indicados, e sobretudo porque os critérios de escolha foram diversos, especialmente as indicações do presidente Lula.¹²¹ Além de defender o modelo brasileiro de indicação de ministros para o STF, Gilmar Mendes lista problemas dos modelos alternativos: (i) se o ministro for indicado para um mandato fixo, a corte sofreria constante renovação; (ii) se a escolha coubesse ao legislativo, haveria o risco de politização excessiva do processo ou partidarização da corte; (iii) se a indicação couber a entidades corporativas, haveria o risco de sindicalização das escolhas; de modo que todos os modelos apresentariam problemas. Portanto, embora sempre se possa aperfeiçoar modelos, Gilmar entende que a fórmula brasileira tem funcionado bem.¹²²

Ricardo Lewandowski.

¹¹⁸ Revista Consultor Jurídico. Entrevista: ministro Gilmar Mendes. 10.2.2006.

¹¹⁹ Revista Consultor Jurídico. Entrevista: ministro Gilmar Mendes. 10.2.2006.

¹²⁰ Revista Veja. Ministro Gilmar Mendes dá entrevista à Veja. 19.4.2008.

¹²¹ Brasil Econômico. Papel do STF sai reduzido após decisão sobre Battisti. 13.6.2011.

¹²² ISTOÉ. Ministro diz que é alvo de um movimento organizado. 13.6.2009.

Em seu discurso de posse na presidência do STF, Lewandowski listou três fatores para a expansão do poder judiciário no Brasil pós-1988, que explicam a judicialização da política. Os dois primeiros decorrem diretamente da constituição: o princípio da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça a direito será afastada da apreciação judicial; e o advento das ações diretas, de natureza coletiva, que abriram as portas do judiciário com novos instrumentos de acesso à Justiça. O terceiro fator envolve uma mudança de postura do poder judiciário, menos ortodoxa, que passou a promover uma hermenêutica baseada nos princípios da constituição, com amparo na doutrina da efetividade das normas constitucionais, entendidas como dotadas de mandamentos exigíveis judicialmente. Com essa nova postura, o STF passou a intervir em “situações limítrofes”, em que nem o legislativo nem o executivo alcançaram consensos para resolvê-las, muitas vezes provocado pelos próprios agentes políticos.¹²³ O ministro sugere que judicialização da política tem sido “indevida e excessiva”, porque (i) o “grande número de partidos” (ii) “impede a formação de consensos”, de modo que as decisões do congresso (iii) “ou não vêm ou tardam a vir”.¹²⁴ Nessa medida, a elevada fragmentação política tem sido a grande causa da judicialização da política.

Lewandowski entende que o Supremo não deve interferir tanto no processo político, mantendo certo distanciamento institucional e temporal, e emprestando certa racionalidade às disputas, contra o “imediatismo eleitoral”.¹²⁵ Nessa medida, “o Supremo tem exercido um papel moderador, ao submeter os conflitos entre os poderes ao crivo da Constituição”; assim, o Supremo recoloca os desacordos num plano “político-institucional ou político-jurídico”, respondendo ao fenômeno da judicialização da política “sem engessar o processo político”.¹²⁶ Nesses casos, o STF não atua legislando, mas “regulando certas situações que deveriam ser reguladas pelo Legislativo”.¹²⁷ E se o legislativo não tem respondido às demandas, elas “acabam desaguando no Supremo, que tem de resolver porque é a última instância”.¹²⁸ Por outro lado, Lewandowski entende que muitas questões meramente políticas têm sido levadas indevidamente ao judiciário, que deve devolvê-las ao plano

¹²³ Discurso de posse do ministro Ricardo Lewandowski na presidência do Supremo Tribunal Federal. 10.9.2014.

¹²⁴ O Globo. Novo presidente do TSE diz que não vai tolerar abuso da campanha antecipada. 17.4.2010.

¹²⁵ Revista Consultor Jurídico. Entrevista: ministro Enrique Ricardo Lewandowski. 19.4.2006.

¹²⁶ Revista Consultor Jurídico. Entrevista: ministro Enrique Ricardo Lewandowski. 19.4.2006.

¹²⁷ Revista Consultor Jurídico. Entrevista: ministro Enrique Ricardo Lewandowski. 19.4.2006.

¹²⁸ O Estado de S. Paulo. “Sessão secreta não é compatível com a Carta”. 16.9.2007.

político, pois o que cabe ao judiciário é proteger os direitos fundamentais: ele “deve evitar decidir questões estritamente políticas”.¹²⁹

O discurso de Lewandowski ignora o caráter necessariamente provisório da resposta judicial, assim como as falas da maioria dos ministros, que defendem a existência de uma “última palavra” do tribunal. A última palavra é sempre para um caso concreto, que pode, inclusive, incentivar reações legislativas, para complementar, aperfeiçoar ou superar a resposta judicial. As decisões podem abrir os canais da deliberação pública sobre as questões, em vez de fechar, estimulando o diálogo institucional, postura já reconhecida por Fux e Barroso.¹³⁰ Há um liame muito curto na fala dos ministros entre o STF legitimar-se pela omissão do parlamento e ser legitimado com instância decisória final. Essa distância, contudo, não parece pequena. Atuar nas omissões legislativas não implica o dever de decidir por último, tampouco lhe autoriza como intérprete final. Além disso, a retórica da última palavra tem implicações relevantes para a postura dos ministros: se eles devem decidir, inevitavelmente, e o fazem por último, então têm de dar respostas efetivas, mesmo que precisem ser ousados e criativos, adotando posturas e soluções expansivas. Talvez por isso alguns ministros, como Barroso, acreditem que o STF deve ser a “vanguarda iluminista” da sociedade.¹³¹

Lewandowski defende que “a grande vocação da Corte é a interpretação de temas constitucionais de repercussão nacional”.¹³² Por isso, sugere que, idealmente, o STF deveria se tornar uma corte constitucional, deixando de ser corte recursal, privilegiando os juízes de primeiro grau. Apesar disso, reconhece que certas matérias “são historicamente da competência do Supremo”, como determinados Habeas Corpus, dos quais o STF não deveria abrir mão de julgar.¹³³ Esse é o mesmo entendimento de Gilmar Mendes, que talvez seja o ministro mais engajado na transformação do STF em corte constitucional. Segundo Gilmar, o STF tem julgado procedentes cerca de 30% dos Habeas Corpus que recebe, de modo que se trata de uma competência importante a ser mantida, sobretudo porque a liberdade é um valor constitucional importante, que o STF tem garantido bem.¹³⁴ Lewandowski sugere que o papel do STF é concentrar-se nos grandes casos, para que profira decisões de maior qualidade e densidade; segundo ele, esse é o verdadeiro papel do STF, pois

¹²⁹ Revista Consultor Jurídico. Entrevista: ministro Enrique Ricardo Lewandowski. 19.4.2006.

¹³⁰ Uma proposta normativa nesse sentido é elaborada por Mendes (2011).

¹³¹ Barroso (2015).

¹³² Revista Consultor Jurídico. Entrevista: ministro Enrique Ricardo Lewandowski. 19.4.2006.

¹³³ Revista Consultor Jurídico. Entrevista: ministro Enrique Ricardo Lewandowski. 19.4.2006.

¹³⁴ Revista Consultor Jurídico. Índice de concessão de HCs no STF justifica atuação da corte. 2.2.2014.

sua legitimidade depende da qualidade de suas decisões.¹³⁵ O ministro também entende que a transmissão ao vivo dos julgamentos é um fator de legitimidade do tribunal; não só porque a transparência é importante, mas porque “Como os ministros do STF não são eleitos, a discussão pública legítima, perante a sociedade, as decisões da Corte”.¹³⁶ Lewandowski sugere que o Supremo está mais transparente e que a abertura o faz mais sujeito às críticas, embora seja esse o maior aprendizado democrático que a transparência oferece. Por isso, acharia estranho que as principais decisões do país fossem tomadas a portas fechadas.¹³⁷ As decisões do Supremo são fundamentadas e permitem cada vez mais a participação da cidadania em audiências públicas e como *amicus curie*, que são fatores de legitimidade, pois sinalizam que o tribunal não decide “do alto de uma torre de marfim, mas em contato com o povo”.¹³⁸

Lewandowski sugere que o STF cumpre papel “pedagógico e didático” quando declara uma lei inconstitucional, pois orienta a interpretação da constituição na administração pública e no próprio poder judiciário; orienta a cidadania e, muitas vezes, pretende orientar o próprio legislador, (i) a partir de um diálogo institucional, ou, de forma mais incisiva, (ii) afirmando sua “última palavra” sobre a constituição, para que o congresso não legisle novamente sobre determinado assunto.¹³⁹ O que não passa de retórica, porque as decisões do STF não vinculam o legislativo. Lewandowski diferencia a tarefa hermenêutica no Brasil e nos Estados Unidos: lá, a constituição é curta e antiga, portanto o esforço é adequar seus preceitos ao momento atual; no Brasil, ao contrário, a constituição é extensa e muda constantemente, pela quantidade de vezes em que é emendada, por isso a tarefa hermenêutica é identificar os preceitos “perenes” da constituição, para que as mudanças sejam interpretadas conforme esses valores.¹⁴⁰ Com esse raciocínio, os ministros têm legitimado a atuação do STF para revisar emendas constitucionais, conforme as cláusulas pétreas.¹⁴¹ É por esse raciocínio, também, que Fachin se coloca entre os denominados “conservadores constitucionais”.¹⁴²

¹³⁵ Revista Consultor Jurídico. Justiça precisa saber como e aonde chegar. 7.2.2010.

¹³⁶ Revista Consultor Jurídico. Justiça precisa saber como e aonde chegar. 7.2.2010.

¹³⁷ Revista Consultor Jurídico. Justiça precisa saber como e aonde chegar. 7.2.2010.

¹³⁸ Revista Consultor Jurídico. Justiça precisa saber como e aonde chegar. 7.2.2010. Um exame da influência das audiências públicas e dos *amicus curie* nos votos dos ministros é feito por Godoy (2015).

¹³⁹ Revista Consultor Jurídico. Entrevista: ministro Enrique Ricardo Lewandowski. 19.4.2006.

¹⁴⁰ Revista Consultor Jurídico. Justiça precisa saber como e aonde chegar. 7.2.2010. O mesmo raciocínio é encontrado em Bickel, que defende o papel da corte para preservar princípios duradouros e valores permanentes, inclusive com função pedagógica, de orientar o debate a respeito na sociedade (1962, p. 24-30).

¹⁴¹ Para uma crítica da atuação do STF como revisor de emendas constitucionais, ver Mendes (2008).

¹⁴² Revista Consultor Jurídico. País precisa de mudanças na cultura constitucional, não na Constituição. 16.7.2015.

Assim como Barroso, Lewandowski rejeita as críticas à atuação da corte: “Não gosto da palavra ativismo”, preferindo chamar de protagonismo.¹⁴³ Pelo mesmo motivo, Barroso prefere se referir à “atuação expansiva” da corte, pelo menos desde sua sabatina. Lewandowski entende que o STF, finalmente e cada vez mais, vem cumprindo o papel que a constituição de 1988 lhe delegou, quando conferiu uma série de instrumentos para que a cidadania bata às portas do judiciário.¹⁴⁴ Os novos mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade, o crescimento do papel do Ministério Público, entre outros fatores, “Tudo isso exige uma atitude mais proativa do Judiciário”, que deve responder às demandas que chegam.¹⁴⁵ Assim, Lewandowski entende que a legitimidade da atuação do Supremo deriva da constituição, para que resolva os conflitos decorrentes das omissões dos demais poderes. O poder judiciário cresce, nessa medida, para resolver os problemas da política que a política não resolveu. Para isso, deve preencher o vazio das omissões legislativas ou a inércia do poder público de forma autocontida, excepcional e provisória, privilegiando as decisões políticas quando os consensos forem possíveis.¹⁴⁶

Reativismo judicial.

A retórica do discurso dominante dos ministros tende a posicionar os políticos como “culpados” pelo excesso de judicialização, e situando os próprios juízes como “vítimas” desse fenômeno, que inevitavelmente conduz ao protagonismo judicial. O argumento costuma ser construído em três etapas: (i) o congresso não decide ou demora a decidir (omissão legislativa); (ii) a questão é levada ao STF, que não age de ofício e não pode deixar de decidir (judicialização da política); (iii) o STF decide, protegendo direitos fundamentais. Esse é o discurso padrão dos ministros para responder às críticas de ativismo judicial. Esse argumento, no entanto, nada diz sobre ativismo judicial. No fundo, ativismo é uma questão de postura, atitude ou comportamento. Por isso, o STF pode responder às demandas de modo mais ou menos ativista, mais ou menos autocontido, legitimamente. A garantia dos direitos fundamentais pode exigir certas doses de ativismo em muitos casos, e autocontenção em outros. Os ministros, no entanto, em geral não enfrentam esse problema.

¹⁴³ Revista Consultor Jurídico. Justiça precisa saber como e aonde chegar. 7.2.2010.

¹⁴⁴ Revista Consultor Jurídico. Justiça precisa saber como e aonde chegar. 7.2.2010.

¹⁴⁵ Revista Consultor Jurídico. Justiça precisa saber como e aonde chegar. 7.2.2010.

¹⁴⁶ Discurso de posse do ministro Ricardo Lewandowski na presidência do Supremo Tribunal Federal. 10.9.2014.

Dever de recato.

Lewandowski publicou um artigo na *Folha de S. Paulo* em que defende o dever de recato da judicatura, rememorando o “antigo adágio segundo o qual o juiz só fala nos autos”.¹⁴⁷ Nele, o ministro sugere que a discricão sempre foi tida como virtude judicial, ao contrário do exibicionismo, incompatível com a autocontenção que a função de juiz exige. Por isso, defende o recato, a moderação e a modéstia como posturas que a sociedade exige dos magistrados, lembrando que, por mais poder que tenham, “não constituem agentes políticos”.¹⁴⁸ Lewandowski ressalta que a “incontinência verbal” pode ser punível, inclusive, com a perda do cargo; e defende, finalmente, que o “protagonismo extramuros”, com “posturas extravagantes ou ideologicamente matizadas” é criticável em qualquer hipótese, sobretudo quando para “favorecer correntes políticas” ou “desestabilizar as instituições”.¹⁴⁹

Dias Toffoli.

Dias Toffoli, assim como Barroso e Lewandowski, rejeita a ideia de ativismo judicial. Na linha do discurso padrão dos ministros, defende que o judiciário deve atuar quando há uma inércia legislativa, como quer a constituição.¹⁵⁰ Para ele, o que ocorre é que a constituição é abrangente e permite muitos instrumentos de acesso à justiça, o que acaba levando muitas demandas ao tribunal. Da mesma forma, a constituição possui muitos direitos que precisam ser regulamentados, e frequentemente os impasses no parlamento resultam em inércia ou omissão legislativa. Por isso, Toffoli entende que não há ativismo “na medida em que o Judiciário não age de modo próprio”, e não pode se abster de responder.¹⁵¹ No entanto, aqui ele confunde ativismo com judicialização, assim como Fachin, Fux e outros ministros. Seu raciocínio explica a judicialização, mas não o ativismo. Para Toffoli, muitas vezes, “o que se fala de ativismo no Judiciário nada mais é do que confirmar a própria lei, aprovada no parlamento”.¹⁵² Ele sustenta que no debate sobre pesquisas em células-

¹⁴⁷ Folha de S. Paulo. Judicatura e dever de recato. 13.9.2015.

¹⁴⁸ Folha de S. Paulo. Judicatura e dever de recato. 13.9.2015.

¹⁴⁹ Folha de S. Paulo. Judicatura e dever de recato. 13.9.2015.

¹⁵⁰ O Globo. Judiciário deve atuar no vácuo do Congresso. 20.10.2009.

¹⁵¹ Gazeta do Povo. “Novo CPC dá a tribunais superiores nova maneira de fazer prevalecer suas decisões”. 20.3.2015.

¹⁵² Gazeta do Povo. “Novo CPC dá a tribunais superiores nova maneira de fazer prevalecer suas decisões”. 20.3.2015. Esse argumento também está em Barroso, conforme analisado adiante.

tronco, por exemplo, o Supremo apenas validou o resultado do processo parlamentar, de modo que a visibilidade que o julgamento teve não refletiu ativismo, necessariamente.¹⁵³ Esse argumento também está em Barroso, que sugere que o judiciário não é ativista na medida em que atua, na maioria dos casos, para confirmar a legislação federal.¹⁵⁴ Se a forma como os ministros justificam sua atuação influi sobre a postura do tribunal. Suas manifestações públicas redefinem os limites de sua própria atuação, assim como suas decisões, a pretexto de interpretar a constituição. Barroso e Toffoli argumentam que o STF não seria ativista por decidir favoravelmente ao legislativo em uma maioria de casos, sendo, portanto, um órgão deferente. Mas esse argumento ignora que o STF pode ampliar a extensão de seu poder em cada decisão, mesmo quando decide favoravelmente ao executivo ou ao legislativo.¹⁵⁵

O STF como novo poder moderador da República.

Ao contrário do que defendeu em sua sabatina, Toffoli passou a sugerir que o Supremo é responsável pela “aplicação última da Constituição”, e que, como o Brasil é uma federação, o tribunal uniformiza as leis e media conflitos entre os poderes e também os interesses locais.¹⁵⁶ Mais adiante, ele desenvolve essa ideia como exercício de poder moderador, fazendo um paralelo entre o instituto previsto na constituição imperial de 1824 e a atuação do poder judiciário na atualidade, sustentando que o STF agora é o responsável por esse poder, nos termos pensados por Pedro II, como solução para os impasses do Império.¹⁵⁷ Dizia o Imperador que “se pudessemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador de nossa Constituição, ficaria esta melhor”.¹⁵⁸ Toffoli lembra que, no Império, o poder moderador servia para a manutenção do equilíbrio entre as forças políticas no parlamento. Atualmente, os conflitos políticos são traduzidos em termos jurídicos (judicialização da política), devendo ser moderados pelo poder judiciário: “Dizem que o Judiciário está invadindo competências. Mas a verdade é que ele tem sido chamado, provocado”.¹⁵⁹ É mais que um contrapoder, contramajoritário.¹⁶⁰

¹⁵³ Gazeta do Povo. “Novo CPC dá a tribunais superiores nova maneira de fazer prevalecer suas decisões”. 20.3.2015.

¹⁵⁴ Barroso (2015). Esse argumento também está em Pogrebinski (2011).

¹⁵⁵ Sobre a expansão do poder do STF a partir de suas próprias decisões, ver Arguelles (2009, p. 7-10).

¹⁵⁶ Revista Consultor Jurídico. Países cobram participação da Justiça, diz Toffoli. 26.5.2012.

¹⁵⁷ O Estado de S. Paulo. STF é o novo poder moderador da República, defende Toffoli. 8.4.2014.

¹⁵⁸ Rodrigues (1965, p. 1).

¹⁵⁹ O Estado de S. Paulo. STF é o novo poder moderador da República, defende Toffoli. 8.4.2014.

¹⁶⁰ Revista Consultor Jurídico. País não quebrará se STF julgar a favor de poupadores. 7.4.2014.

Na base desse raciocínio, está o discurso dominante dos ministros sobre a atuação do Supremo: ele só atua (i) mediante provocação e (ii) na omissão do legislador. O que Toffoli chama de função moderadora, no fim das contas, é apenas um reflexo da judicialização da política.

As ideias de Toffoli sobre o STF como poder moderador foram defendidas na UNESP, em abril de 2014, em palestra com o título: “Poder Moderador no Brasil: os Militares e o Poder Judiciário”. O evento foi promovido pela universidade para avaliar os 50 anos do golpe militar de 1964. A fala de Toffoli estabelece uma linha contínua entre imperador, exército e STF, equiparando funções que no passado autoritário pertenceram aos militares e ao imperador, o que não parece ser ignorado pelo ministro. Toffoli relembra que o poder moderador pertenceu ao imperador, conforme previsto na constituição de 1824; depois ao exército, chamado a intervir em impasses políticos em diversos momentos na República; mas, com o fim do regime militar, em 1985, o exército perdeu esse papel, num divórcio entre os militares e a sociedade; os constituintes de 1987/88, finalmente, perceberam que não bastaria estabelecer direitos, mas definir quem poderia garanti-los; e a opção foi pelo Ministério Público, que ganhou poderes até então inéditos.¹⁶¹

Toffoli sugere que a constituinte ainda desconfiava do Supremo, que devia sua composição ao regime anterior; no entanto, a opção não teria funcionado como previsto: “esqueceram que o MP só postula, não decide”.¹⁶² O ministro argumenta que era preciso uma instituição com poder de decisão, por isso o STF se tornou protagonista, na medida em que questões que há muito precisavam de respostas, como a união estável de pessoas do mesmo sexo, agora encontram resposta na corte.¹⁶³ Portanto, Toffoli entende que a mudança de composição do STF nos últimos anos foi determinante para a garantia dos direitos dos cidadãos, considerando que o texto de 1988 “era uma Constituição nova com um Supremo velho”.¹⁶⁴ Os ministros que deviam suas nomeações ao período militar entendiam que “o Judiciário não podia entrar nas áreas do Executivo e do Legislativo” para garantir direitos sociais.¹⁶⁵ Com o passar dos anos e sua renovação, com ministros indicados por presidentes eleitos democraticamente, o Supremo deixou de ser visto como instituição retrógrada e conservadora, assumindo um novo papel: “Hoje ele é o poder moderador, é o que tira a sociedade de seus impasses”.¹⁶⁶ E, na medida em que exerce o papel moderador, atua como “último

¹⁶¹ O Estado de S. Paulo. STF é o novo poder moderador da República, defende Toffoli. 8.4.2014.

¹⁶² O Estado de S. Paulo. STF é o novo poder moderador da República, defende Toffoli. 8.4.2014.

¹⁶³ O Estado de S. Paulo. STF é o novo poder moderador da República, defende Toffoli. 8.4.2014.

¹⁶⁴ Época. Dias Toffoli: O CNJ tira poderes das elites estaduais. 6.1.2012.

¹⁶⁵ Época. Dias Toffoli: O CNJ tira poderes das elites estaduais. 6.1.2012.

¹⁶⁶ O Estado de S. Paulo. STF é o novo poder moderador da República, defende Toffoli. 8.4.2014.

árbitro” para resolução dos conflitos da sociedade, dos entes federativos e dos poderes da República.¹⁶⁷ Se a função de “poder moderador” como “último árbitro”, enfim, significa “última palavra”, Toffoli se distancia do que defendeu em sua sabatina sobre a soberania do legislativo para decidir por último sobre a constituição.

Luiz Fux.

Fux entende que os termos “ativismo judicial” e “judicialização da política” geram a falsa impressão de que o judiciário quer se envolver na política, quando na verdade “Eles é que judicializam”: “eles é que batem na porta aqui [e o STF] não pode denegar justiça”.¹⁶⁸ Sobre as críticas de ativismo, rebate: “Eles vêm provocar o Judiciário para prestar a Justiça, querem o quê?”.¹⁶⁹ O discurso de neutralidade, de que o judiciário apenas responde às demandas que aparecem, esteve nas sabinas, e está presente nas manifestações públicas dos ministros, como Fux. Há uma percepção difusa de que a judicialização da política se deve aos próprios políticos, inclusive quanto ao grau de interferência: “nós não desejamos que o Supremo Tribunal Federal seja uma instância hegemônica. O STF só atua nessa judicialização em razão da omissão dos poderes que deveriam agir e não agem”.¹⁷⁰ Fux sustenta que só ocorre judicialização da política quando o judiciário é provocado e há uma lesão a direito fundamental por trás da questão política. Apenas nesses casos o judiciário interfere. Por isso, Fux entende que o denominado ativismo judicial é um pseudoproblema: “Na verdade, o tribunal é provocado e não pode se omitir”.¹⁷¹ Assim, Fux confunde ativismo e judicialização. Seu raciocínio é correto para explicar a judicialização, mas nada diz sobre ativismo. Portanto, ativismo não é um pseudoproblema, mas um problema incompreendido. Responder sobre judicialização às perguntas sobre ativismo é uma não-reposta, que confunde a opinião pública.

Quando efetivamente fala sobre ativismo, Fux defende um modelo mais expansivo, semelhante aos exemplos de África do Sul, Bolívia e Venezuela, cujas cortes deliberam mais ativamente sobre políticas públicas, determinando prestações ao Estado para garantia de direitos fundamentais,

¹⁶⁷ Gazeta do Povo. “Novo CPC dá a tribunais superiores nova maneira de fazer prevalecer suas decisões”. 20.3.2015.

¹⁶⁸ Valor Econômico. Fux diz que não sabia dos 3 mil vetos. 13.2.2013.

¹⁶⁹ Valor Econômico. Fux diz que não sabia dos 3 mil vetos. 13.2.2013.

¹⁷⁰ Gazeta do Povo. “A experiência do mensalão mostrou que o Supremo não pode ficar parado seis meses julgando uma causa só”. 17.4.2015.

¹⁷¹ Valor Econômico. Novo Código deverá reduzir risco jurídico para empresas. 5.9.2011.

como a construção de casas para garantir o direito à moradia.¹⁷² Fux considera a interferência do Supremo em políticas públicas uma tendência futura, já que o STF deve atuar de acordo com as promessas constitucionais, que têm normatividade suficiente para serem exigidas judicialmente.¹⁷³ Assim, se a constituição garante a saúde como direito de todos e dever do Estado, isso pode ser traduzido em demanda judicial, para fazer valer esse direito quando houver lesão.¹⁷⁴ Fux reconhece, porém, que “interpretar a constituição não é atividade exclusiva do Judiciário”, sugerindo que as decisões judiciais eventualmente convidam os poderes a um “debate democraticamente frutífero”.¹⁷⁵ A decisão judicial pode estimular legislador a deliberar sobre temas até então renegados na agenda parlamentar, assim como chamar atenção do administrador para adoção de determinadas políticas públicas.¹⁷⁶ Basicamente, a decisão judicial desobstrui a agenda sobre certas políticas e direitos; a rigor, pautando o debate, com função catalisadora. Por isso, Fux defende o diálogo entre as instituições, sugerindo que “mais telefone e menos caneta” evitaria crises institucionais: “Existe um instrumento chamado telefone, que os poderes usam pouco, mas que daria muito resultado”.¹⁷⁷

Na posse do ministro Joaquim Barbosa na presidência do STF, Fux defendeu que a corte é responsável por defender as minorias, que costumam ter seus interesses preteridos na dinâmica deliberativa do legislativo, enquanto que no tribunal prevalecem as razões: “Aqui [no Supremo] a vitória não é dos poderosos, mas da força dos argumentos”.¹⁷⁸ Em outra ocasião, no entanto, Fux rejeita a ideia de corte contramajoritária. Para ele, o Supremo defende a vontade fundante do povo, que está na constituição: “Eu não aceito a ideia de que o STF seja contra-majoritário, pois, na verdade, o STF sufraga a opinião pública, a vontade do povo que está na Constituição”.¹⁷⁹ Assim, Fux confunde a função contramajoritária do STF, bem como aproxima a opinião pública da vontade fundante.¹⁸⁰ O que ocorre é a invalidação de uma decisão da política (ordinária) com base em outra decisão política (fundante), que está na constituição. Por isso, guardar a constituição teria um sentido conservador (Fachin), relacionado ao papel representativo das cortes (Barroso). Por um lado,

¹⁷² Revista Consultor Jurídico. “Opinião pública não pode pautar o Supremo”. 19.6.2011.

¹⁷³ Revista Consultor Jurídico. “Opinião pública não pode pautar o Supremo”. 19.6.2011.

¹⁷⁴ Revista Consultor Jurídico. “Opinião pública não pode pautar o Supremo”. 19.6.2011.

¹⁷⁵ Luiz Fux. Discurso na sessão de posse do ministro Joaquim Barbosa na presidência do Supremo Tribunal Federal. 22.11.2012.

¹⁷⁶ Luiz Fux. Discurso na sessão de posse do ministro Joaquim Barbosa na presidência do Supremo Tribunal Federal. 22.11.2012.

¹⁷⁷ Revista Consultor Jurídico. “Opinião pública não pode pautar o Supremo”. 19.6.2011.

¹⁷⁸ Carta Capital. STF precisa defender as minorias, diz Luiz Fux. 22.11.2012.

¹⁷⁹ Valor Econômico. Novo Código deverá reduzir risco jurídico para empresas. 5.9.2011.

¹⁸⁰ Para uma diferenciação entre momentos fundantes e períodos de política ordinária, ver Ackerman (1991).

resistir aos anseios populares costuma ser percebido como virtude judicial. Por outro, “há uma percepção moderna de que a jurisdição constitucional se legitima democraticamente quando ela está num limite de consonância com a expectativa popular”.¹⁸¹

Para Fux, a decisão judicial deve aproximar-se da ética que a sociedade espera das decisões judiciais, sem que a opinião pública possa pautar o Supremo. Embora a corte exerça papel contramajoritário, muitas vezes é preciso defender a sociedade dela própria.¹⁸² Por isso, Fux defende que os tribunais tenham porta-vozes, para explicar suas decisões à população, dirimindo dúvidas e aproximando a justiça da sociedade.¹⁸³ Para Barroso, parte da legitimidade da corte consiste em ter suas razões compreendidas e aceitas pela população.¹⁸⁴ Por outro lado, Fux aprecia a ideia de reuniões informais antes de julgamentos polêmicos para evitar a exposição da corte. Essa ideia foi sugerida pelo ex-ministro Cezar Peluso, mas alguns ministros apresentaram reservas, como Marco Aurélio, que tem afirmado não estar na corte para fazer teatro.¹⁸⁵ Mas Fux não vê qualquer violação na possibilidade de reuniões prévias, já que os fundamentos da decisão seriam apresentados com clareza.¹⁸⁶ Por outro lado, Fux entende que a transmissão ao vivo das sessões plenárias influi sobre a visibilidade da corte, mas não sobre o comportamento dos ministros: “nunca entrei naquele plenário com a ideia de que a sessão estava sendo transmitida pela televisão”.¹⁸⁷ Mas reconhece que é muito difícil um ministro mudar de opinião em plenário, já que levam votos prontos, com posicionamentos já definidos.¹⁸⁸ Outros ministros, porém, como Barroso, admitem uma certa “perda de naturalidade” e que os votos ficaram mais longos.¹⁸⁹

Roberto Barroso.

Barroso diferencia judicialização da política e ativismo judicial. Para ele, judicialização “é um fato”, inevitável, pois decorre de uma constituição abrangente, que incorpora uma série de

¹⁸¹ Correio Braziliense. Entrevista: Luiz Fux. 14.11.2011.

¹⁸² Revista Consultor Jurídico. “Opinião pública não pode pautar o Supremo”. 19.6.2011.

¹⁸³ Revista Consultor Jurídico. “Opinião pública não pode pautar o Supremo”. 19.6.2011.

¹⁸⁴ O Globo. É preciso uma revolução no modo como o Supremo atua, diz ministro Luís Roberto Barroso. 2.11.2013.

¹⁸⁵ Os Constitucionalistas. Marco Aurélio: “Precisamos repensar o Supremo”. 28.10.2015.

¹⁸⁶ Revista Consultor Jurídico. “Opinião pública não pode pautar o Supremo”. 19.6.2011.

¹⁸⁷ Revista Consultor Jurídico. “Opinião pública não pode pautar o Supremo”. 19.6.2011.

¹⁸⁸ Revista Consultor Jurídico. “Opinião pública não pode pautar o Supremo”. 19.6.2011.

¹⁸⁹ Folha de S Paulo. Leia a transcrição da entrevista de Luís Roberto Barroso ao UOL e à Folha. 21.12.2013. Esse ponto será retomado e aprofundado adiante, na análise do pensamento do ministro Barroso.

temas ao mundo do direito, retirando-os da política, assim permitindo que sejam exigidos judicialmente.¹⁹⁰ O ativismo, por outro lado, “é uma atitude”, uma questão de postura, de comportamento: “uma maneira mais expansiva de interpretar a Constituição”.¹⁹¹ Nem toda judicialização resulta em ativismo, mas o ativismo decorre necessariamente da judicialização. “Uma vez judicializada uma matéria, aí sim o Judiciário pode se comportar de uma maneira ativista, ou de uma maneira autocontida”.¹⁹² Essa distinção, no entanto, não está clara para a maioria dos ministros, que costumam responder às críticas de ativismo explicando a inevitabilidade da judicialização, assim deixando de refletir sobre o comportamento do judiciário ao responder sobre as questões judicializadas. Barroso diferencia os dois conceitos para sugerir que “a despeito da judicialização ampla, o STF, como regra geral, não é ativista, mas autocontido”¹⁹³, porque “A quantidade de leis federais declaradas inconstitucionais é ínfima”,¹⁹⁴ de modo que, “na grande maioria dos casos, embora a matéria chegue à Corte, ela mantém a decisão política do Legislativo ou do Executivo”.¹⁹⁵ O ativismo, nessa medida, é excepcional, pois “Não há um padrão rotineiro de ingerência indevida”.¹⁹⁶ O que há, na linha do discurso dominante dos ministros sobre o ativismo judicial, “é o atendimento de certas demandas sociais que o Congresso não pôde, ou não quis ou não conseguiu atender”.¹⁹⁷ De modo que a dificuldade de o congresso produzir consensos sobre temas sensíveis “faz com que o poder do judiciário se expanda”.¹⁹⁸

Segundo Barroso, o Supremo deve ser autocontido quando houver: (i) uma lei; (ii) uma decisão política do congresso; (iii) um espaço de discricionariedade do Presidente da República; ou (iv) um espaço de discricionariedade da administração pública. Nesses casos, o judiciário só deve interferir: (i) se tiver havido omissão legislativa ou administrativa; (ii) se tiver havido violação do devido processo legal na produção da decisão política; (iii) se a decisão política ou a legislação for manifestamente incompatível com a constituição; ou (iv) se a decisão política for irrazoável.

¹⁹⁰ Revista Consultor Jurídico. “Maior trabalho de gabinetes do STF é com casos que o ministro não vai julgar”. 2.7.2015.

¹⁹¹ Barroso rejeita o termo ativismo judicial, que teria perdido seu conteúdo, passando a servir para desqualificar o debate sobre a atuação do poder judiciário. Por isso, ele tem classificado a atuação do STF como “expansiva” ou “autocontida”.

¹⁹² Revista Consultor Jurídico. “Maior trabalho de gabinetes do STF é com casos que o ministro não vai julgar”. 2.7.2015.

¹⁹³ Revista Consultor Jurídico. Crise testou o respeito do país à Constituição Federal e às instituições. 28.12.2015.

¹⁹⁴ Revista Consultor Jurídico. “Tribunal não cumpre seu papel com 80 mil processos”. 7.6.2013.

¹⁹⁵ Revista Consultor Jurídico. Crise testou o respeito do país à Constituição Federal e às instituições. 28.12.2015.

¹⁹⁶ Revista Consultor Jurídico. “Tribunal não cumpre seu papel com 80 mil processos”. 7.6.2013.

¹⁹⁷ Revista Consultor Jurídico. “Tribunal não cumpre seu papel com 80 mil processos”. 7.6.2013.

¹⁹⁸ O Globo. É preciso uma revolução no modo como o Supremo atua, diz ministro Luís Roberto Barroso. 2.11.2013.

Fora dessas hipóteses, o judiciário deve agir com autocontenção.¹⁹⁹ Por isso, Barroso defende certo protagonismo político do STF em três situações: (i) diante de uma omissão legislativa; (ii) para defender direitos fundamentais de minorias; e (iii) para defender as regras do jogo democrático.²⁰⁰ Barroso entende que as minorias dependem do poder judiciário por frequentemente não conseguirem fazer avançar suas agendas de direitos no campo da política, o que só ocorre, muitas vezes, pela via judicial; mas, quando o legislativo atua, o judiciário deve recuar e ser deferente, salvo quando a legislação for manifestamente incompatível com a constituição.²⁰¹

Supremo iluminista.

Barroso tem afirmado que está “Em campanha para criar uma corte verdadeiramente constitucional”, tentando racionalizar os trabalhos do tribunal.²⁰² Barroso sugere que o Supremo “aprendeu a funcionar como individualidades”, como “um conjunto de ilhas com uma certa soberania e pouca institucionalidade”, que se reflete na forma como delibera, sem emitir uma “voz institucional”.²⁰³ Os ministros defendem que o STF se dedique a decidir os grandes temas, e a cobertura da mídia tem sugerido a falsa impressão de que os grandes casos nacionais ocupam a pauta do tribunal. Os ministros reconhecem, porém, que mais de 90% das atividades dos gabinetes são dedicadas a temas de pouco interesse difuso, em geral demandas repetitivas.²⁰⁴ Para Barroso, é preciso uma “revolução” na forma como o Supremo opera, racionalizando seus trabalhos, para que se dedique com maior profundidade aos grandes casos.²⁰⁵ Em sua visão, o Supremo julga muitos casos irrelevantes, e julga sem o nível de reflexão desejável alguns casos importantes. Como solução, propõe reduzir o número de ações que chegam ao tribunal, filtrando-as segundo critérios de relevância. Portanto, a primeira revolução seria quantitativa: só admitir o que pode ser julgado em um ano. A segunda revolução seria qualitativa, relacionada à dinâmica deliberativa: antecipar a divulgação da pauta de julgamentos e circular o voto do relator com antecedência, para que os ministros tenham

¹⁹⁹ Revista Consultor Jurídico. “Maior trabalho de gabinetes do STF é com casos que o ministro não vai julgar”. 2.7.2015.

²⁰⁰ O Globo. É preciso uma revolução no modo como o Supremo atua, diz ministro Luís Roberto Barroso. 2.11.2013.

²⁰¹ O Globo. É preciso uma revolução no modo como o Supremo atua, diz ministro Luís Roberto Barroso. 2.11.2013.

²⁰² Os Constitucionalistas. “Luís Roberto Barroso: ‘Não tenho nenhum orgulho do volume de processos que o Supremo julga’”. 23.2.2015.

²⁰³ Folha de S Paulo. Leia a transcrição da entrevista de Luís Roberto Barroso ao UOL e à Folha. 21.12.2013.

²⁰⁴ Revista Consultor Jurídico. “Maior trabalho de gabinetes do STF é com casos que o ministro não vai julgar”. 2.7.2015.

²⁰⁵ O Globo. É preciso uma revolução no modo como o Supremo atua, diz ministro Luís Roberto Barroso. 2.11.2013.

tempo de se preparar. Do modo como é hoje, em que os ministros têm acesso ao voto do relator apenas na hora do julgamento, há uma dupla disfuncionalidade: se o ministro concorda com o voto do relator, ele não precisava ter elaborado um voto semelhante para o julgamento, bastando dizer que acompanha o relator; se o ministro discorda, muitas vezes não está preparado para rebater aos argumentos até então desconhecidos, o que o obriga a pedir vista para melhor examinar a matéria e organizar seus argumentos.²⁰⁶

Barroso reconhece que o Supremo funciona como um arquipélago, de onze individualidades, muito em razão do elevado número de processos de cada gabinete, sendo impossível haver diálogo e interação com tantos processos para decidir.²⁰⁷ O Supremo funciona, em certa medida, como uma corte individual.²⁰⁸ Mas Barroso diz gostar desse modelo em que os votos “não são combinados” com antecedência, embora seja favorável à “distribuição dos votos, ou pelo menos da ementa ou da conclusão alguns dias antes da sessão” de julgamento.²⁰⁹ Quando o então ministro Cezar Peluso sugeriu que o STF poderia se reunir previamente para deliberar sobre os temas, a maioria dos ministros reagiu contrariamente, afirmando a deliberação ao vivo pela como um dos grandes fatores de legitimidade do STF.²¹⁰ Marco Aurélio considera a TV Justiça o controle externo do judiciário brasileiro;²¹¹ por isso sugeriu que a proposta de Peluso exigiria que os ministros passassem “a fazer teatro no Supremo”, ou seja, deliberando previamente, para que “depois colocássemos a capa para fazer de conta que estaríamos ouvindo o advogado e que a sustentação dele poderia influenciar o convencimento da Corte”.²¹² Gilmar Mendes, no entanto, acredita que é uma “hipótese a ser considerada”.²¹³

Barroso sustenta que a TV Justiça influi sobre a disfuncionalidade deliberativa do tribunal, embora suas vantagens sejam muito superiores às suas desvantagens.²¹⁴ Basicamente, a transmissão ao vivo das sessões de julgamento contribui para uma certa “perda de naturalidade” dos ministros, que dificulta a “construção informal de consensos”: é mais difícil que um ministro volte atrás

²⁰⁶ Folha de S Paulo. Leia a transcrição da entrevista de Luís Roberto Barroso ao UOL e à Folha. 21.12.2013.

²⁰⁷ Revista Consultor Jurídico. “Maior trabalho de gabinetes do STF é com casos que o ministro não vai julgar”. 2.7.2015.

²⁰⁸ Arguelhes e Ribeiro (2015).

²⁰⁹ Revista Consultor Jurídico. “Maior trabalho de gabinetes do STF é com casos que o ministro não vai julgar”. 2.7.2015.

²¹⁰ Revista Consultor Jurídico. Entrevista: José Celso de Mello Filho. 15.3.2006.

²¹¹ Revista Consultor Jurídico. A constituição brasileira é pouquíssimo amada. 22.3.2006.

²¹² Os Constitucionalistas. Marco Aurélio: “Precisamos repensar o Supremo”. 28.10.2015.

²¹³ Folha de S. Paulo. Às vezes os confrontos são necessários. 22.3.2010. Como adiantado, Fux também aprecia a ideia.

²¹⁴ Folha de S Paulo. Leia a transcrição da entrevista de Luís Roberto Barroso ao UOL e à Folha. 21.12.2013.

em sua posição.²¹⁵ Além disso, a transmissão ao vivo faz como que os votos fiquem mais longos, porque os ministros “se sentem na obrigação de dizer a que vieram”.²¹⁶ No fim das contas, a decisão acaba sendo um apanhado de votos individuais, que pouco dialogam entre si.²¹⁷ No limite, é possível que uma decisão unânime seja formada por onze razões individuais distintas. Por outro lado, Barroso admite que as vantagens da TV Justiça são em termos de transparência e pedagogia, na medida em que ela “mudou a percepção do Judiciário, deu transparência, deu credibilidade e, de certa forma, sofisticou o debate público no Brasil”.²¹⁸ Prova disso, foi a discussão sobre a lei de biossegurança, aprovada quase que de forma despercebida no congresso, mas que ganhou amplo destaque nos noticiários quando foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal; e se o debate no Supremo teve muito mais repercussão que no congresso, isso reflete, por um lado, a centralidade política do tribunal e, por outro, a crise de representatividade do parlamento.²¹⁹

Entre outras propostas, Barroso propôs que, ao final de todo julgamento, o plenário aprove a “tese jurídica” firmada pela maioria, para orientar a jurisprudência e a sociedade sobre as decisões do Supremo.²²⁰ Com o incentivo do presidente Ricardo Lewandowski e outros colegas, a medida foi adotada, de modo que o STF passou, segundo Barroso, a ser um “tribunal de teses”.²²¹ Desse modo, a deliberação passa a ser mais coletiva, na medida em alguma base de consenso mínima é exigida, o que confere maior racionalidade argumentativa à corte e fortalece sua jurisprudência, transferindo parte da autoridade de quem está decidindo para a autoridade da razão de decidir. Assim, a jurisprudência tende a variar menos com a mudança de composição da corte. A ementa, muitas vezes, refletia o voto do relator, mas não do tribunal; agora, o Supremo têm de “produzir um denominador comum dos fundamentos, que é a tese jurídica”.²²² Com essa inovação, a tendência à concentração do controle de constitucionalidade tem se confirmado cada vez mais. O ministro Teori, nessa linha, assim como Gilmar, passou a reivindicar efeitos *erga omnes* para as decisões

²¹⁵ Folha de S Paulo. Leia a transcrição da entrevista de Luís Roberto Barroso ao UOL e à Folha. 21.12.2013.

²¹⁶ Folha de S Paulo. Leia a transcrição da entrevista de Luís Roberto Barroso ao UOL e à Folha. 21.12.2013.

²¹⁷ A prática deliberativa do Supremo Tribunal Federal foi analisada por Silva (2013) e Rodriguez (2013), que argumentam que os ministros decidem, mas não deliberam.

²¹⁸ Folha de S Paulo. Leia a transcrição da entrevista de Luís Roberto Barroso ao UOL e à Folha. 21.12.2013.

²¹⁹ Folha de S Paulo. Leia a transcrição da entrevista de Luís Roberto Barroso ao UOL e à Folha. 21.12.2013.

²²⁰ Revista Consultor Jurídico. "O grande papel do Judiciário é a proteção dos direitos fundamentais das minorias". 2.7.2015.

²²¹ Revista Consultor Jurídico. "O grande papel do Judiciário é a proteção dos direitos fundamentais das minorias". 2.7.2015.

²²² Revista Consultor Jurídico. "O grande papel do Judiciário é a proteção dos direitos fundamentais das minorias". 2.7.2015.

do Supremo, não apenas as que “decorrem do controle concentrado de constitucionalidade”.²²³ Para Teori, “a força expansiva das decisões não é vinculante, é persuasiva”.²²⁴ Ao avaliar o ano de 2014, Barroso sugeriu que o STF vive uma “revolução profunda e silenciosa” na sua dinâmica de julgamentos, com pequenas mudanças institucionais e deliberativas que colocam o plenário no caminho de se tornar “corte constitucional”.²²⁵ A aprovação da emenda regimental n. 49, de 28 de maio de 2014, de sua iniciativa, deslocou competências do plenário para as turmas, especialmente matérias penais e reclamações, permitindo ao plenário dedicar-se, essencialmente, às ações diretas e repercussões gerais.²²⁶

Em 2015, Barroso passou a defender que as cortes constitucionais possuem três papéis fundamentais: contramajoritário, representativo e iluminista.²²⁷ O papel contramajoritário é o mais estudado deles, ao contrário do representativo, que “tem sido largamente ignorado pela doutrina em geral”.²²⁸ Contramajoritário é o poder de invalidar leis ou atos normativos dos poderes eleitos por um órgão não eleito, no que ficou conhecido por “dificuldade contramajoritária”.²²⁹ Em geral, visa proteger os direitos das minorias e as regras do jogo democrático. Barroso afirma que o STF tem desempenhado esse papel com “parcimônia e autocontenção”, pois é “relativamente reduzido o número de leis federais declaradas inconstitucionais”.²³⁰ Representativo, por outro lado, é quando a corte atua para “atender demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo Poder Legislativo”, assim preenchendo o vazio decorrente das omissões legislativas; o papel iluminista,

²²³ Revista Consultor Jurídico. "Caminhamos a passos largos para o common law", afirma Teori Zavascki. 10.11.2015. O ministro Gilmar Mendes tem feito essa defesa pelo menos desde sua sabatina.

²²⁴ Revista Consultor Jurídico. "Caminhamos a passos largos para o common law", afirma Teori Zavascki. 10.11.2015.

²²⁵ Revista Consultor Jurídico. Ano trouxe mudanças e amadurecimento do Supremo Tribunal Federal. 31.12.2014.

²²⁶ Revista Consultor Jurídico. Ano trouxe mudanças e amadurecimento do Supremo Tribunal Federal. 31.12.2014.

²²⁷ Suas ideias foram defendidas numa série de palestras ao longo do ano. As citações no texto referem-se a trechos do paper preparado para palestra na Universidade de Nova Iorque, em 4 de dezembro de 2015.

As principais ideias dessa palestra, entretanto, foram publicadas em dois artigos: Barroso (2014) e Barroso (2015).

²²⁸ Palestra. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. Universidade de Nova Iorque. 4.12.2015. Uma ideia de representação (argumentativa) foi desenvolvida por Alexy (2005, p. 578-9).

²²⁹ O termo é de Bickel (1986). Palestra. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. Universidade de Nova Iorque. 4.12.2015.

²³⁰ Palestra. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. Universidade de Nova Iorque. 4.12.2015. Os dados empíricos indicam, contudo, que o número de leis estaduais declaradas inconstitucionais é muito mais elevado, conforme a pesquisa de Costa e Benvindo (2014), o que tornaria o argumento do ministro relativamente frágil nesse ponto.

por fim, é excepcional e serve para promover “certos avanços civilizatórios e empurrar a história”.²³¹ As decisões iluministas não invalidam leis nem expressam o sentimento da maioria da sociedade, mas “são necessárias para a proteção de direitos fundamentais e para a superação de discriminações e preconceitos”, como foi a decisão que equiparou as uniões estáveis homoafetivas às uniões convencionais, abrindo caminho para a autorização do casamento entre pessoas do mesmo sexo.²³²

O STF tem, por isso, papel iluminista e representativo. Barroso entende que “Em uma democracia todo o poder é representativo, inclusive o que os juízes exercem. Os juízes não são eleitos, mas os juízes também atuam em nome da sociedade e no interesse da sociedade”.²³³ Por isso, se “o poder que o Supremo exerce é representativo”, ele deve prestar contas à sociedade, de modo transparente, sobretudo argumentativamente: “A sociedade tem que entender o que o Supremo está decidindo e porque o Supremo está decidindo”.²³⁴ O STF deve satisfações à opinião pública, o que “não significa ser subordinado ou submisso à opinião pública”.²³⁵ Assim, o Supremo legitima sua atuação na medida em que consegue sustentar suas razões no debate público. A interlocução com a sociedade, portanto, é parte da construção de sua legitimidade. Finalmente, Barroso entende que a mobilização social, o povo nas ruas, é o que move a história, produzindo as grandes transformações sociais; e lembra que o país viveu essa mobilização em junho de 2013, mas que essa energia se perdeu.²³⁶ No entanto, Barroso sugere que “pra fazer andar a história, não precisa estar com o povo gritando, atrás. É preciso interpretar isso e fazê-la andar”, de modo que caberia ao Supremo, em certas circunstâncias, “empurrar a história”.²³⁷ Esse impulso mobilizador esteve presente em diversas épocas no Brasil, como escreve Michel Debrun, que advertia que apesar de se falar em povo no Brasil, isso frequentemente é feito como um gesto de cima.²³⁸

Edson Fachin.

²³¹ Palestra. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. Universidade de Nova Iorque. 4.12.2015.

²³² Palestra. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. Universidade de Nova Iorque. 4.12.2015.

²³³ Folha de S Paulo. Leia a transcrição da entrevista de Luís Roberto Barroso ao UOL e à Folha. 21.12.2013.

²³⁴ O Globo. É preciso uma revolução no modo como o Supremo atua, diz ministro Luís Roberto Barroso. 2.11.2013.

²³⁵ O Globo. É preciso uma revolução no modo como o Supremo atua, diz ministro Luís Roberto Barroso. 2.11.2013.

²³⁶ Folha de S Paulo. Leia a transcrição da entrevista de Luís Roberto Barroso ao UOL e à Folha. 21.12.2013.

²³⁷ Folha de S Paulo. Leia a transcrição da entrevista de Luís Roberto Barroso ao UOL e à Folha. 21.12.2013.

²³⁸ Debrun (1983).

Se Marco Aurélio define as relações na corte afirmando que cada ministro “é uma ilha”,²³⁹ Fachin ressalta que “Ninguém tem uma ‘uma Constituição para chamar de sua’”.²⁴⁰ Se o STF é formado por onze ilhas, nenhuma delas pode pretender ser senhora da constituição, nem a própria corte, ao contrário do que quer o ministro Celso de Mello, para quem a constituição é “aquilo que o STF diz que ela é”.²⁴¹ Fachin sustenta que “o juiz não é legislador” no sentido tradicional, mas legislador negativo, que não produz normas para o caso concreto.²⁴² Quando há um vazio legislativo, o STF o preenche sem que isso seja atividade legislativa: “o juiz, ainda que densifique, no caso concreto, a norma, não faz uma atividade criadora da legislação”.²⁴³ O preenchimento normativo que decorre do mandado de injunção, por outro lado, “é uma atividade hermenêutica de produção de uma norma legitimada por uma espacialidade que a própria Constituição garantiu”.²⁴⁴ A regra é que “o Supremo não cruze a rua” para interferir na competência dos outros poderes.²⁴⁵ A atuação do STF deve ser contida, mas “quando há alguma inércia que seja juridicamente qualificada com um vácuo jurídico, não vejo nenhum ativismo”; nesse caso, o que ocorre é “uma participação do Judiciário legitimada por uma norma constitucional”, de modo que se o ativismo é criticável, por um lado, por outro ele é uma exigência.²⁴⁶ Assim, Fachin entende que o judiciário não tem atravessado a rua mais do que deveria. O judiciário tem por função impor limites, às vezes, limites a si próprio, com cada ente atuando nos limites da “espacialidade” que lhe é própria; mas, quando houver uma inércia legislativa, o tribunal pode atuar, como ocorre quando o Supremo julga mandado de injunção.²⁴⁷ Fachin entende que a tensão entre o julgador e o legislador é da essência do estado democrático: em regra, “o Judiciário está de um lado da rua e o Legislativo do outro”; e, em princípio, “nem um nem outro devem atravessar a rua com facilidade”, a não ser que os próprios parlamentares recorram ao judiciário para denunciar que a constituição ou uma lei interna do parlamento não esteja sendo aplicada.²⁴⁸

Para Fachin, o protagonismo do judiciário deriva da constituição, em razão da ampliação da garantia de direitos e do acesso à justiça, que redesenhou o cenário político brasileiro. Por isso,

²³⁹ Carta Capital. Toga turbinada. 10.2.2008.

²⁴⁰ Gazeta do Povo. Juiz não pode tomar o lugar do legislador, diz o novo ministro do STF. 12.6.2015.

²⁴¹ Folha de São Paulo. Celso de Mello defende o impeachment de juízes. 19.5.1997.

²⁴² Gazeta do Povo. A nova caminhada de Fachin. 7.7.2015.

²⁴³ Revista Consultor Jurídico. País precisa de mudanças na cultura constitucional, não na Constituição. 16.7.2015.

²⁴⁴ Gazeta do Povo. A nova caminhada de Fachin. 7.7.2015.

²⁴⁵ Gazeta do Povo. A nova caminhada de Fachin. 7.7.2015.

²⁴⁶ Gazeta do Povo. A nova caminhada de Fachin. 7.7.2015.

²⁴⁷ Programa Debates Brasilianas.org. Entrevista: Luiz Edson Fachin. 28.9.2015.

²⁴⁸ Programa Debates Brasilianas.org. Entrevista: Luiz Edson Fachin. 28.9.2015.

Fachin sugere que a constituição, ao permitir tantas aberturas importantes, reservou ao poder judiciário uma “atividade permanente de fixação dos sentidos da constituição”, ou seja, a judicialização da política.²⁴⁹ O judiciário, por um lado, exerce tarefa de controle; por outro, promove determinados direitos e garantias. Como controle, o judiciário atua mais “numa espacialidade de limite que na abertura de possibilidades”²⁵⁰, sendo função, sobretudo, de “defesa da diferença e das minorias” (tutela contramajoritária).²⁵¹ A tarefa é uma “dimensão promocional”, como quando o judiciário determina o fornecimento de medicamentos a determinado paciente: o judiciário não apenas aplica a lei, mas a constituição permite a construção do direito, a partir de um conjunto de princípios e regras.²⁵² No entanto, Fachin defende que o juiz não deve ser gestor de políticas públicas: ele pode invalidar o orçamento de um município por inobservância a princípios constitucionais, por exemplo, mas não pode se fazer substituir à câmara dos vereadores.²⁵³ Por outro lado, Fachin entende que a alta visibilidade e exposição a que os juízes são submetidos exige que eles não devem considerar apenas o processo racional de aplicação da norma, mas as consequências de suas decisões; por isso, sustenta que o poder judiciário deve - “não como poder moderador” - oferecer segurança e previsibilidade à sociedade.²⁵⁴

Fachin afirma que a corte é liberal numa dimensão, mas conservadora noutra. É liberal porque em muitas matérias privilegia a autonomia individual para decidir, sem invadir para determinar uma orientação, como, por exemplo, no caso da união homoafetiva e do uso da maconha. Em outras matérias, ela é conservadora para garantir direitos históricos conquistados, ou seja, conservadora de garantias constitucionais.²⁵⁵ Além disso, Fachin entende que o juiz não é impermeável à opinião da sociedade, mas muitas vezes ele deve ser contramajoritário, não só para a defesa de minorias sociais, mas também de minorias políticas, como os parlamentares.²⁵⁶ Por isso, sua tarefa não se resume ao gabinete, devendo submeter-se ao debate na sociedade. Assim como Marco Aurélio, Fachin entende que a atuação do juiz deve ser examinada pela cidadania, embora, diferente dele, entenda que isso não significa se expor, necessariamente.²⁵⁷ Já como ministro nomeado, mas

²⁴⁹ Programa Debates Brazilianas.org. Entrevista: Luiz Edson Fachin. 28.9.2015.

²⁵⁰ Programa Debates Brazilianas.org. Entrevista: Luiz Edson Fachin. 28.9.2015.

²⁵¹ Revista Consultor Jurídico. País precisa de mudanças na cultura constitucional, não na Constituição. 16.7.2015.

²⁵² Programa Debates Brazilianas.org. Entrevista: Luiz Edson Fachin. 28.9.2015.

²⁵³ Revista Consultor Jurídico. País precisa de mudanças na cultura constitucional, não na Constituição. 16.7.2015.

²⁵⁴ Gazeta do Povo. A nova caminhada de Fachin. 7.7.2015.

²⁵⁵ Programa Debates Brazilianas.org. Entrevista: Luiz Edson Fachin. 28.9.2015.

²⁵⁶ Programa Debates Brazilianas.org. Entrevista: Luiz Edson Fachin. 28.9.2015.

²⁵⁷ Gazeta do Povo. A nova caminhada de Fachin. 7.7.2015.

ainda antes da posse, Fachin declarou que seria um juiz discreto, que “fala no processo”: nas turmas, no plenário e em seus votos.²⁵⁸ Barroso, em igual circunstância, afirmou que adotaria postura de “recolhimento”²⁵⁹, tendo advertido, em outras oportunidades, não estar disposto a criticar votos ou posicionamentos dos outros ministros publicamente, deixando suas considerações para o plenário da corte.²⁶⁰ Toffoli, assim como Barroso, adotou o mesmo tom de discrição: “O meu perfil, que eu adotarei, será um de falar nos autos”.²⁶¹ Assim, os discursos de tais ministros estão próximos ao perfil de discrição sugerido pelo presidente do tribunal, ministro Ricardo Lewandowski.²⁶²

Por fim, Fachin sugere que o Supremo deve ter como vocação tornar-se corte efetivamente constitucional.²⁶³ Por isso, entende que a abrangência da atuação do STF tem sido demasiada, por exemplo, em relação ao foro por prerrogativa de função, que é uma das causas do volume elevado de trabalho do STF. Fachin considera a excessiva atribuição de funções ao STF uma pequena disfunção; e que é preciso prestigiar o juiz de primeira instância, que está próximo aos fatos.²⁶⁴ Pelo mesmo motivo, Fachin tem se diz contrário à ordinarização dos tribunais superiores.²⁶⁵ A construção do STF como corte constitucional parece derivar mais das iniciativas de seus ministros que de inovações legislativas. Fachin entende que mudança de cultura antecede a mudança da lei, por isso tem sustentado que “O Supremo, para se tornar Corte Constitucional, deve ser um tribunal de teses e não de casos”.²⁶⁶ É o que tem acontecido, gradativamente, sobretudo desde que o ministro Roberto Barroso foi nomeado, com o compromisso de racionalizar o processo deliberativo da corte. Muitas competências do plenário foram deslocadas para as turmas, especialmente ações penais, mediante alteração no regimento interno; e o passou a fixar teses ao final de cada julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Assim, os ministros parecem pavimentar o caminho para que o Supremo se torne efetivamente corte constitucional, o que, para Gilmar Mendes, já é realidade.²⁶⁷

²⁵⁸ Gazeta do Povo. Juiz não pode tomar o lugar do legislador, diz o novo ministro do STF. 12.6.2015.

²⁵⁹ Revista Consultor Jurídico. "Tribunal não cumpre seu papel com 80 mil processos". 7.6.2013.

²⁶⁰ Folha de S Paulo. Leia a transcrição da entrevista de Luís Roberto Barroso ao UOL e à Folha. 21.12.2013.

²⁶¹ Revista Consultor Jurídico. É legítimo expressar posições de seus eleitores. 4.10.2009.

²⁶² Folha de S. Paulo. Judicatura e dever de recato. 13.9.2015.

²⁶³ Programa Debates Brasilianas.org. Entrevista: Luiz Edson Fachin. 28.9.2015.

²⁶⁴ Programa Debates Brasilianas.org. Entrevista: Luiz Edson Fachin. 28.9.2015.

²⁶⁵ Revista Consultor Jurídico. País precisa de mudanças na cultura constitucional, não na Constituição. 16.7.2015.

²⁶⁶ Revista Consultor Jurídico. País precisa de mudanças na cultura constitucional, não na Constituição. 16.7.2015.

²⁶⁷ Revista Consultor Jurídico. Índice de concessão de HCs no STF justifica atuação da corte. 2.2.2014.

Capítulo 3.

O Supremo na política e a política no Supremo.

Virada na atuação do STF.

A expansão global do poder judiciário tem sido ressaltada desde o trabalho de Tate e Vallinder (1995).²⁶⁸ Hoje em dia, alguma espécie de revisão judicial está presente na maioria dos países do mundo.²⁶⁹ A expansão do poder judiciário envolve duas dimensões: por um lado, alguma forma de jurisdição constitucional está presente na maior parte dos países do mundo; por outro, o fenômeno representa um certo deslocamento decisório sobre questões políticas das arenas majoritárias para a arena judicial. É comum a ideia de que a expansão do poder judiciário ocorreu por ondas, sendo a primeira seu surgimento nos Estados Unidos, com a decisão *Marbury v. Madison*; a segunda no pós-guerra, com a afirmação de cartas de direitos; e a terceira com o fim dos regimes militares nos países latino-americanos.²⁷⁰ Os horrores da guerra e as restrições de liberdade impostas pelos regimes militares e fascistas reforçaram a ideia de que também as instituições democráticas podem violar direitos fundamentais, o que explica parte da expansão judicial como um fenômeno mundial.²⁷¹ O judiciário funcionaria como guardião das liberdades e dos direitos fundamentais, assim reforçando a democracia, que não mais se confundia com a regra da maioria.

Os ministros do STF tentam explicar a expansão do controle de constitucionalidade, especialmente o controle concentrado no pós-1988, a partir de alguns fatores, que podem ser constitucionais, processuais e jurisprudenciais. Entre os fatores normativos, alguns decorrem da Constituição de 1988: (i) constituição extensa e analítica, que disciplinou muitos direitos, que puderam ser traduzidos em pretensões judiciais; (ii) ampliou o rol de legitimados para a propositura de ações diretas, o que permitiu que uma incontável variedade de temas pudessem ser judicializados perante o STF;²⁷² (iii) criou novas ações para controle concentrado, quais sejam, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Outros, decorrem de inovações processuais e constitucionais: (i) a emenda constitucional n. 3/1993, que criou

²⁶⁸ Tate e Vallinder (1995).

²⁶⁹ Ginsburg (2008, p. 81).

²⁷⁰ Hirschl (2004, p. 7 ss).

²⁷¹ Ginsburg (2003, p. 2).

²⁷² Os efeitos da expansão do rol de legitimados para a propositura de ações diretas foram examinados por Vianna et al (1999).

a ação declaratória de constitucionalidade, ampliando o rol de ações do controle concentrado; (ii) as Leis n. 9.868/1999 e 9.882/1999, que disciplinaram as ações do controle concentrado, inclusive com a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões; (iii) a emenda constitucional n. 45/2004, que instituiu a súmula vinculante, com efeitos gerais e abstratos, e ampliou o rol de legitimados da ação declaratória de constitucionalidade. Houve, também, fatores teóricos: (i) a doutrina da efetividade das normas constitucionais ou da força normativa da constituição, que permitiu que os direitos pudessem ser exigidos judicialmente; assim, a constituição permitiu que todo tipo de demanda pudesse ser exigida no âmbito do controle concentrado, resultando no conhecido processo de judicialização da política. Por fim, fatores jurisprudenciais: (i) em 1993, o STF entendeu que podia exercer o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais (ADI 926);²⁷³ (ii) mudança de composição da corte, especialmente com a aposentadoria do ministro Moreira Alves e a indicação do ministro Gilmar Mendes.

Como já se adiantou no capítulo anterior, esses fatores explicam muito sobre a judicialização, mas pouco sobre ativismo. As inovações normativas no controle de constitucionalidade foram acompanhadas por uma mudança de postura do Supremo Tribunal Federal, que passou a atuar de modo mais expansivo, decidindo sobre questões antes reservadas ao poder legislativo. A judicialização da política exige do judiciário respostas sobre uma variedade de questões constitucionais; mas, se a judicialização é inevitável, o ativismo judicial não é, pois diz respeito a uma questão de postura do tribunal diante das questões que recebe.²⁷⁴ Isto é, o ativismo não decorre necessariamente da judicialização da política, pois ter que decidir os casos não informa sobre parâmetros e limites para a decisão. O judiciário pode ter que resolver todo tipo de questão, mas nem por isso deve responder às demandas de modo ativista. A expansão do poder judiciário é um fato, mas o debate sobre sua atuação frequentemente é elevado a um nível de abstração que diz pouco sobre suas capacidades institucionais e seu desempenho deliberativo.²⁷⁵

²⁷³ ADI 926. Rel. Min. Sydney Sanches. Julgado em 1.9.1993. DJ 6.5.1994.

²⁷⁴ Em sua sabatina e manifestações públicas, Barroso defendeu que a judicialização é uma questão de fato, e o ativismo uma questão de atitude. O ministro já defendia isso em textos acadêmicos, antes de integrar a corte, como em Barroso (2009, p. 9-11).

²⁷⁵ Sunstein e Vermeule (2003, p. 885-6).

Para muitos ministros, o ano de 2003 parece ter sido um marco de virada para o protagonismo da corte. Possivelmente, dois fatores foram determinantes: a aposentadoria do ministro Moreira Alves,²⁷⁶ com a indicação de três novos ministros no período, implicou uma sensível mudança de postura da corte, além de jurisprudencial: o STF se permitiu doses de ativismo, atuando de modo “mais solto”²⁷⁷ e menos autocontido; por outro lado, a mudança no jogo eleitoral, com a recomposição das elites políticas, resultou no uso estratégico do tribunal para a promoção de agendas inviabilizadas pelo rearranjo político, sobretudo em questões sociais.²⁷⁸ No regime militar, o Procurador-Geral da República exercia cargo de confiança do presidente. Ele era o único legitimado para a propositura de ações diretas, o que implicava uma dupla limitação ao controle concentrado: quantitativa e temática. Quantitativa, pois havia um único legitimado para a propositura de ações. Temática, porque esse legitimado não detinha independência suficiente para desafiar os interesses do presidente ou das elites políticas da época, que tinham controle sobre a agenda das ações originárias perante o STF, evitando demandas indesejadas. Sem esse filtro, a renovação da corte, mais plural e sensível à concretização da constituição, com a abertura temática promovida pela variedade de intérpretes, permitiu uma nova atuação jurisprudencial, orientada para a promoção de políticas sociais e a efetividade dos direitos.²⁷⁹ Esses fatores não explicam tudo, mas são parte de um todo a ser considerado, a sugerir que o protagonismo do STF não decorre apenas da constituição, de uma tendência mundial ou de sua própria jurisprudência, como sugerem seus ministros.

Moreira Alves foi um fiel defensor da ideia de que o juiz só deve falar nos autos dos processos, postura que espelha a contenção da corte entre 1975 e 2003, por vezes denominada de “Corte Moreira Alves”. Hoje, o cenário é diferente: Moreira Alves reconheceu, em rara entrevista, que o STF tem sido mais político que antigamente, o que considera irreversível; mas ressalta: “O problema aí é saber justamente se a Constituição outorga esse poder ou se ele foi criado pelo tribunal”.²⁸⁰ As falas dos ministros do STF sugerem duas respostas: por um lado, a constituição de 1988

²⁷⁶ Moreira Alves atingiu a idade limite para permanecer na corte em 19 de abril de 2003. Na jurisprudência de Moreira Alves estava o embrião de algumas ideias sobre controle de constitucionalidade: experimentações de um processo objetivo. Siddharta Legale Ferreira e Eric Baracho Dore Fernandes (2013, p. 30-36) exploram a contribuição de Moreira Alves para desenvolvimento do controle de constitucionalidade como processo objetivo.

²⁷⁷ Para usar a expressão do ministro Marco Aurélio.

²⁷⁸ Os trabalhos de Fabiana Luci Oliveira (2012) e Andrei Koerner e Lígia Barros de Freitas (2013a) oferecem dados sobre o uso estratégico das elites políticas no período de transição política entre os governos FHC e Lula.

²⁷⁹ Andrei Koerner e Lígia Freitas (2013a) sugerem uma convergência entre o regime jurisprudencial e o regime governamental no início do governo Lula, que passou a desafiar tanto governo quanto oposição, num segundo momento.

²⁸⁰ Valor Econômico. Entrevista Moreira Alves – O STF é uma corte abastada da realidade política, diz Moreira Alves. 24.8.2011.

permitiu a judicialização da política, com a abertura dos legitimados para a propositura de ações diretas e o oferecimento de novos mecanismos de acesso à Justiça. Por outro lado, o STF não explorou o potencial da constituição de imediato, experimentando verdadeiro ciclo de ativismo judicial a partir de 2003, com a aposentadoria do ministro Moreira Alves. Há, portanto, uma conjugação de fatores: o protagonismo do STF decorre tanto da constituição, quanto de uma construção própria do tribunal, ou seja, de uma combinação entre judicialização da política e ativismo judicial.

“Eles é que judicializam”.

Ativismo judicial é um termo fugidio, impreciso. Pode significar muitas coisas, entre as quais (i) invalidação da leitura constitucional de outros poderes; (ii) pouca vinculação aos precedentes; (iii) inovação legislativa em decisões judiciais; (iv) uso de hermenêutica criativa; ou (v) julgamento orientado a determinado fim.²⁸¹ Usualmente, relaciona-se ao comportamento do juiz ou tribunal e suas técnicas de decisão. O que os ministros entendem por ativismo judicial? Entre ministros e senadores, o tema é tratado como interferência do judiciário no legislativo: às vezes indevida, outras vezes necessária. Embora pareça haver certo constrangimento entre os ministros para apontar casos de ativismo do STF, seus discursos se referem ao ativismo, em regra, como uma interferência legítima, de diferentes graus, que quase sempre está nas mãos dos parlamentares: o judiciário apenas ocupa o vazio decorrente de uma disfuncionalidade legislativa. Esta é a resposta padrão, quase institucional, na tentativa de mitigar os rastros de uma atuação expansiva, que por vezes compromete a própria legitimidade do tribunal.²⁸² Nessa dimensão, o ativismo adquire feição positiva, necessária e quase heróica, apesar de ancorar-se numa denúncia de disfuncionalidade legislativa. E qual seria a postura da corte diante de um ativismo legislativo? O discurso padrão dos ministros desconsidera que instituições fortes podem conviver em harmonia, ainda que desafiando-se mutuamente. Ativismo ou autocontenção não derivam da fraqueza de outro poder. O ativismo pode ser progressista para a garantia de direitos, mas pode ser igualmente conservador, a depender da composição do tribunal e de sua agenda política. Não se trata de um equilíbrio excludente, em

²⁸¹ As categorias de ativismo listadas seguem a classificação de Keenan Kmiec (2004).

²⁸² A defesa dos ministros do STF contra a acusação de ativismo é institucional é repetitiva, como um certo clichê. Randy Barnett explora categorias do direito que se tornaram clichê (2008, p. 493). O autor argumenta que o ativismo judicial possivelmente tem se tornado o maior clichê constitucional.

que um poder cresce na ausência do outro. O judiciário não se apaga quando o legislativo cresce. Às vezes se fortalece.

A retórica de que o judiciário atua legitimamente na omissão do legislativo, sem invadir competências, parece bem aceita de forma difusa pelos próprios parlamentares, como se o ativismo judicial fosse mais legítimo e aceito nesses termos. Na prática, ampara-se na ideia de que instituições fortes resultam da fragilidade de outro poder. No entanto, as instituições funcionam de modo diverso: judiciário forte pode conviver com legislativo forte. O protagonismo judicial não deve significar ou pressupor crise legislativa, tampouco o ativismo legislativo deve sugerir deferência ou autocontenção judicial. Há momentos em que a atividade parlamentar demanda respostas judiciais fortes, e há momentos em que a própria iniciativa judicial estimula uma resposta legislativa ativa e refletida. Os dados empíricos de J. Mitchell Pickerill revelam que o legislativo delibera seriamente sobre a constituição em momentos de maior ativismo do poder judiciário, não no contrário.²⁸³ Isso é válido para a sociedade norte-americana, pelo menos em relação ao federalismo, tema de seu estudo, mas os dados sugerem que o jogo é mais complexo do que faz supor os discursos dos ministros do STF. Nessa medida, a retórica de que a decisão política demanda um judiciário deferente é normativamente insuficiente e empiricamente incorreta.

O ativismo diz respeito ao comportamento do juiz e ao modelo de decisão judicial. A rigor, os juristas têm se interessado em definir modelos de decisão judicial, enquanto os cientistas políticos têm se dedicado a examinar o comportamento dos juízes. No fundo, a discussão é sobre o papel do judiciário nas fronteiras entre o direito e a política.²⁸⁴ Para os ministros do STF, o ativismo é uma necessidade: efetivar a constituição diante das omissões do legislativo. Por outro lado, rejeitam o termo “ativismo judicial” por sua carga valorativa adquirida, sobretudo pejorativa, embora parte da doutrina confira ao termo caráter elogioso.²⁸⁵ De modo elogioso, o ativismo serve para promover efetividade às normas constitucionais. De modo pejorativo, serve como denúncia de usurpação de poderes. Por isso, o uso do termo adquire feição negativa ou positiva conforme a ênfase orientada aos métodos ou resultados, respectivamente. Desde uma leitura mais progressista ou conservadora, o ativismo é legítimo, caso se concorde com o resultado; ou, quando se discorda, o ativismo é ruim, por operar um método inadequado.

²⁸³ Pickerill (2004, p. 95).

²⁸⁴ Koerner e Freitas (2013a).

²⁸⁵ Em grande parte, por influência do trabalho de Dworkin (1996).

A judicialização da política, por outro lado, parece inevitável. Hirschl identifica três categorias abrangentes de judicialização da política: (i) o uso de meios e procedimentos judiciais na esfera política; (ii) o envolvimento judicial no processo de elaboração de políticas públicas; e (iii) a judicialização de desacordos sobre temas estritamente políticos.²⁸⁶ A segunda categoria diz respeito à forma, a terceira ao conteúdo. Assim, por um lado, significa o uso de procedimentos judiciais para a resolução de desacordos político, como, as Comissões Parlamentares de Inquérito, no Brasil; por outro lado, significa a revisão judicial da atividade política à luz da constituição, mediante provocação.²⁸⁷ Em geral, quando os ministros comentam o protagonismo judicial, referem-se a essa última dimensão da judicialização. Gilmar Mendes argumenta que o acesso ao STF é facilitado, pois basta um único parlamentar para judicializar uma questão.²⁸⁸ De fato, os partidos podem propor ações diretas, desde que tenham representação no congresso nacional. O elevado número de partidos na democracia brasileira sugere que a fragmentação política é fator determinante para o elevado grau de judicialização da política, na medida em que a eleição de um único parlamentar é suficiente para a propositura de ações diretas.²⁸⁹ Assim, a fragmentação política transcende a ampliação do rol de legitimados para a propositura de ações. Por isso o desabafo de Fux: “eles é que judicializam”.²⁹⁰ Isoladamente, é correto afirmar que os parlamentares judicializam, mas não são eles os únicos responsáveis pelo elevado grau de judicialização.

Quando os ministros dizem que “eles é que judicializam”, em parte têm razão. A fragmentação política explica a disfuncionalidade deliberativa do legislativo brasileiro e suas omissões normativas. Os próprios parlamentares recorrem ao STF para que (i) decida sobre questões difíceis ou impopulares; (ii) resolva os impasses da coalizão política governante; ou (iii) implemente agendas de direitos de minorias.²⁹¹ Na medida em que transferem a responsabilidade sobre questões sensíveis, a fragmentação política reduz a capacidade legislativa de resistir à expansão dos tribunais. Louis Fisher sugere que deixar as decisões políticas antipáticas para a corte parece tentador, mas é

²⁸⁶ Para uma explicação das três categorias abrangentes de judicialização da política, ver Hirschl (2006).

²⁸⁷ Quem primeiro fez essa diferenciação foi Tate (1995).

²⁸⁸ Correio Braziliense. Entrevista - Gilmar Mendes. 17.8.2008.

²⁸⁹ Para aprofundamento das razões derivadas da fragmentação política horizontal, ver Ferejohn (2002, p. 56-57).

²⁹⁰ Valor Econômico. Fux diz que não sabia dos 3 mil vetos. 13.2.2013.

²⁹¹ A relação entre a fragmentação do poder político e a afirmação dos tribunais está em Ferejohn (2002) e Graber (1993).

irresponsável.²⁹² Numa palavra: por serem incapazes ou desinteressados em resolver certas disputas, os parlamentares não querem ou não podem conter o protagonismo judicial, que se torna inevitável. Além disso, a judicialização é útil para a oposição, para desafiar políticas públicas governamentais e aumentar sua exposição na mídia.²⁹³ A judicialização também é potencializada por grupos dominantes que receiam perder o poder político.²⁹⁴ Portanto, a judicialização é condicionante para a expansão dos tribunais, mas não é, em si, determinante. O protagonismo judicial deriva do comportamento dos juízes e tribunais (ativismo como questão de postura) e dos incentivos da classe política à judicialização. Por isso, o discurso-padrão dos ministros de que “eles é que judicializam” é uma defesa simplista, assim como a crítica-padrão de que o ativismo deriva de interesse particular do judiciário em expandir seus poderes.²⁹⁵

A pesquisa de Costa e Benvindo (2014) revela o elevado nível de litigância dos partidos, com baixo nível de procedência. Os dados sugerem o uso estratégico da judicialização pelos partidos menores, que combinam a possibilidade de provimento provisório com uso estratégico do controle como mecanismo de pressão e visibilidade.²⁹⁶ Numa palavra: os partidos minoritários judicializam certas demandas para marcar posição e chamar atenção. A pesquisa reforça a tese de que a fragmentação política estimula a judicialização e, em certa medida, corrobora as conclusões de Taylor e Da Ros (2008), no sentido de que o uso do controle concentrado pode ser entendido como uma estratégia política mais abrangente de alteração legislativa que a busca pelo provimento judicial. Por outro lado, o recurso ao controle concentrado tem suas vantagens e desvantagens. Por um lado, permite que uma norma seja rapidamente suspensa e afastada do ordenamento jurídico. Por outro lado, uma decisão desfavorável implica uma última palavra provisória sobre o assunto, com sérios ônus para a superação futura do conteúdo da decisão. Além disso, a seletividade da pauta do STF influi sobre a agenda do julgamento, que pode levar anos. Nesse particular, o controle concentrado parece se tornar atraente para os grupos minoritários, mas não para entidades com certo poder de lobby e influência legislativa, como partidos fortes e o Presidente da República, para quem a superação ou modificação legislativa por vezes se torna o caminho mais interessante, pois

²⁹² “For members of Congress to shy away from these issues, claiming that the Court must make the ultimate determination, in tempting but irresponsible”. Fisher (1988, p. 5)

²⁹³ Sobre o interesse da oposição pela judicialização, ver Dotan e Hofnung (2005) e Taylor (2008).

²⁹⁴ Para uma análise abrangente do uso dos tribunais pelos diversos atores políticos, ver Taylor e Da Ros (2008).

²⁹⁵ A conclusão sobre a narrativa simplista da crítica-padrão sobre a judicialização da política está em Hirschl (2006).

²⁹⁶ Costa e Benvindo (2014, p. 32-34).

uma decisão desfavorável não significaria declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade sobre a matéria. Por isso, a fragmentação política parece contribuir para a judicialização da política, permitindo às minorias políticas a possibilidade de reverter uma decisão no curto prazo.²⁹⁷

Mas se os poderes disputam entre si, que razão leva os atores políticos a aceitarem uma postura expansiva da corte? Os ministros responderiam que é por conta do poder moderador do STF, que lhe confere poder de árbitro sobre as disputas políticas. Desse modo, a corte parece servir bem aos interesses das coalizões governantes para a solução dos conflitos políticos.²⁹⁸ De fato, a pesquisa empírica de Costa e Benvindo (2014) conclui que boa parte do controle concentrado é destinado a resolver conflitos federativos. Nas sabatinas, os senadores não rejeitam o ativismo judicial. Muitos deles percebem o papel do Supremo com entusiasmo, até para suprir as omissões do próprio legislativo. A rigor, os próprios parlamentares e governantes parecem ter interesse direto no controle de constitucionalidade, dele se apropriando para fazer prevalecer suas preferências políticas.²⁹⁹ Os políticos ganham mais do que perdem com a revisão judicial, por isso deve-se ter em conta os interesses políticos como parte da explicação para a expansão da revisão judicial no Brasil e no mundo, que não decorre apenas de desenhos institucionais.

Há elementos que explicam o interesse dos parlamentares e governantes no judiciário, em diferentes cenários. Por um lado, um governo com dificuldade de implementar sua agenda política pode recorrer ao judiciário para superar algumas barreiras e promover mudanças³⁰⁰. Por outro lado, elites receosas de perder poder político podem aparelhar os tribunais para que desafiem autoridades políticas do próximo governo;³⁰¹ Assim, essas elites fazem uso estratégico do tribunal para garantia de poder político, mesmo que estejam fora do governo, já que o tribunal pode lhes assegurar vitórias importantes.³⁰² Portanto, de modo geral, o reforço do poder de uma corte suprema pode interessar às elites governantes em cenários de incerteza, para a manutenção de seus poderes políticos, embora nada garanta que a corte decidirá de maneira simpática às suas iniciativas. Todavia, embora

²⁹⁷ Costa e Benvindo (2014, p. 32 ss).

²⁹⁸ Fisher (1988, p. 4-5).

²⁹⁹ Em diversos países, esse interesse é sustentado por dados empíricos de cientistas políticos, como Ran Hirschl (2008), Keith Whittington (2005) e Mark Graber (2005).

³⁰⁰ Whittington (2005, p. 583). Exemplo disso é a reforma política brasileira, que vem sendo judicializada, como na ADI 4650, que pôs fim ao financiamento de campanhas por pessoas jurídicas. O congresso nacional apresentava dificuldades de formar consensos sobre o tema, rejeitando a maior parte das propostas apreciadas, de modo que quando a questão foi judicializada, um dos argumentos mais utilizados foi o de que esse aspecto da reforma política deveria ser promovido pelo STF, pois o congresso tenderia a permanecer incapaz de deliberar sobre o tema.

³⁰¹ Whittington (2005, p. 583).

³⁰² Ginsburg (2008, p. 83-84).

nem sempre a corte possa decidir conforme seus interesses, a mera possibilidade de que o faça faz com que os governantes e parlamentares tolerem decisões indesejáveis.³⁰³ Se os governos e parlamentos podem apropriar-se de um judiciário forte, aparelhando a corte constitucional, o modelo de indicação de ministros passa a ser tomado mais a sério. De fato, no Brasil, o modelo foi pouco questionado, ocorrendo apenas quando (i) o presidente pareceu indicar um correligionário seu, segundo a percepção da comunidade jurídica e parlamentar; ou (ii) quando um mesmo governo teve a possibilidade de indicar a ampla maioria dos ministros da corte. Fora essas situações, as sabatinas não apresentaram desafios aos indicados no Brasil.

Enfim, os ministros afirmam que o protagonismo do STF decorre da constituição de 1988. No entanto, se a previsão de guarda da constituição fosse suficiente para explicar o protagonismo do STF, seu ativismo seria tão antigo quanto a constituição. A renovação da corte permitiu que ela finalmente pudesse explorar seu potencial, tornando-se protagonista. Mas isso é apenas parte da explicação. A corte por si não se tornaria protagonista se essa expansão não fosse particularmente útil aos outros poderes. E tanto o governo, quanto maiorias e minorias parlamentares, têm muito a ganhar com uma instituição que se imponha como árbitro final. De modo que o argumento de que o protagonismo do STF deriva do desenho institucional da constituição de 1988 é insuficiente e ignora os incentivos políticos para sua expansão.

O Supremo incontido.

O Supremo como poder incontido tem uma dupla dimensão. Por um lado, retrata sua expansão, como poder que define os limites de sua própria atuação; por outro, simboliza sua pretensão de autoridade interpretativa final da constituição, que não poderia ser desafiada pelos outros poderes. Nas manifestações públicas dos ministros encontram-se discursos de supremacia judicial, que decorreriam da constituição e sugerem que a constituição é aquilo que o Supremo diz que ela é. Aqui se pretende rejeitar essas premissas.

A constituição é aquilo que o Supremo diz que ela é?

³⁰³ Whittington (2005, p. 585).

Essa frase é famosa por conta do ex-juiz da Suprema Corte norte-americana, Charles Hughes, que disse: “Nós estamos sob uma Constituição, mas a Constituição é o que os juizes dizem que ela é”.³⁰⁴ Esse é o discurso tradicional de supremacia judicial, reforçado por alguns ministros do STF, especialmente por Celso de Mello. Essa fala pode ser desafiada tanto num plano empírico quanto normativo. Segundo Fisher, as constituições não governam apenas através dos textos, mesmo que interpretados por um conjunto de juizes. Elas são permeáveis a fatores externos ao direito, como ideias, costumes e o permanente diálogo entre as instituições políticas.³⁰⁵ O controle, efetivamente, está em algum lugar que não na Suprema Corte. A opinião pública e os próprios debates sobre as decisões do tribunal configuram uma arena de pressão e ressignificação da constituição, que tenciona a corte na tomada de decisões. É como se a própria possibilidade de reação às suas decisões conferisse elevado grau de responsividade judicial em relação à sociedade. A vigilância em relação ao desempenho do Supremo legitima sua atuação, de modo que submetê-lo à crítica e ao policiamento tende a torná-lo mais cuidadoso, argumentando e decidindo melhor. Por isso, é importante afirmar que o judiciário pode muito, mas não pode tudo.

O judiciário não tem a última palavra nem sob um ponto de vista normativo nem empírico porque a dimensão de última palavra é sempre provisória, na medida em que a construção de significados constitucionais é uma tarefa diária, que está de algum modo compartilhada entre diferentes atores da sociedade.³⁰⁶ Combater a última palavra não significa enfraquecer o poder judiciário. Ao contrário, afirmar que sua autoridade pode ser exercida sem supremacia judicial, tomando a interpretação da constituição como uma tarefa não exclusivamente judicial, permite ao texto constitucional uma abertura sensivelmente mais popular. Confere, a um só tempo, mais responsabilidade ao legislador e mais responsividade ao judiciário, favorecendo, em vez de polarizar, a construção interpretativa da constituição. Muitas vezes, quando a corte adota uma postura mais contida, não pretendendo impor uma palavra final sobre um assunto, ela exerce um papel pedagógico, estimulando o debate entre os poderes e a sociedade, na medida em que foge da lógica binária constitucional/inconstitucional. Por isso muitos teóricos defendem que a corte pode ser mais ao decidir menos. Suas decisões tendem a provocar uma resposta legislativa, que é mais efetiva que uma declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, de sim ou não. É o que defende Bickel,

³⁰⁴ “We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is”. Hughes (1908, p. 139).

³⁰⁵ Fisher (1988, p. 11).

³⁰⁶ É o que sustenta Christine Bateup (2006, p. 1109).

por exemplo, ao tratar das virtudes passivas da corte³⁰⁷; e Sunstein, ao defender o modelo de minimalismo judicial.³⁰⁸

O constitucionalismo centrado excessivamente na atuação dos tribunais é um problema, por duas razões. Por um lado, a crítica constitucional levada a efeito pela doutrina é enfraquecida, na medida em que se reserva a refletir sobre a jurisprudência do tribunal, sem contribuir efetivamente para o desenvolvimento de novas soluções para o constitucionalismo. Por outro lado, sem efetiva crítica à sua atuação, a corte pode não se sentir desafiada a atuar de forma responsiva.³⁰⁹ Os ministros frequentemente atribuem ao STF um “papel moderador” ou de “vanguarda iluminista” da sociedade, que podem aproximar-se de uma espécie de paternalismo judicial, que compromete a autonomia reflexiva e mitiga o potencial deliberativo da sociedade, que se satisfaz com um tutor.³¹⁰ Existe sempre o risco de que a sociedade espere pelo judiciário para ditar os rumos da sociedade, como uma “vanguarda iluminista” capaz de “empurrar a história” em momentos difíceis. Esse discurso pode desmobilizar a capacidade de articulação cidadã, que pode reservar essa tarefa quase que exclusivamente ao poder judiciário.³¹¹

Uma das críticas mais contundentes nesse sentido são feitas pelos teóricos do constitucionalismo popular, sendo Tushnet um de seus pioneiros. O constitucionalismo popular deve ser recebido a partir de uma perspectiva crítica, pois muitas de suas soluções não explicam a complexidade da sociedade brasileira, embora ele seja útil para desafiar a supremacia judicial e desnaturalizar seu discurso histórico.³¹² O constitucionalismo popular não combate a revisão judicial, necessariamente, mas a ideia de supremacia judicial e o discurso de última palavra.³¹³ Tushnet, a princípio, posicionava-se fortemente contrário à revisão judicial, mas em obras recentes admite a sustentação de um controle fraco, prevendo a ampla possibilidade de superação das decisões judiciais por decisões políticas majoritárias, o que favoreceria o diálogo institucional entre a corte e o parlamento.³¹⁴ Próximo a essa ideia está o modelo canadense, que pretendeu evitar o modelo de

³⁰⁷ Bickel (1986, p. 28). Ver, também, Mendes (2011, p.112-113).

³⁰⁸ Sunstein (2001).

³⁰⁹ Hirschl (2013, p. 3).

³¹⁰ Carvalho Netto (2003, p. 11) e Maus (2000, p. 191).

³¹¹ Segundo Marcelo Cattoni (2006, p. 79-80): “A moda do momento é transferir o nosso destino e o nosso exercício da cidadania para o Supremo Tribunal Federal, sob a desculpa da incapacidade dos cidadãos brasileiros de exercerem a sua cidadania. Nós já fizemos isso em relação ao imperadores, em relação à Presidência da República, em relação aos militares. (...) vamos, agora, transferir para o Supremo Tribunal Federal e para o Judiciário tal responsabilidade? (...) Nós temos é de parar de transferir as nossas responsabilidades.”

³¹² Gargarella (2013).

³¹³ Kramer (2004, p. 208-9).

³¹⁴ Tushnet (1999), (2003) e (2008).

supremacia judicial norte-americano, evitando o monólogo judicial e estimulando o diálogo entre os poderes.

A cláusula do não-obstante, prevista na seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá (Constitutional Act, 1982), permite ao poder legislativo superar determinadas decisões judiciais, mantendo a legislação imune de revisão judicial pelo prazo (prorrogável) de cinco anos. Para melhor entender esse modelo, é preciso analisar empiricamente casos em que a corte decidiu pela inconstitucionalidade de lei e qual foi a reação legislativa, se é que houve. Foi o que fizeram Hogg e Bushell, em relação ao período de 1982 a 1997, concluindo que o legislativo muitas vezes responde às decisões judiciais que declaram inconstitucionalidade de lei sem necessariamente recorrer à seção 33 da Carta de Direitos. Nesses casos, o legislativo costuma atender às objeções feitas pela corte editando uma nova lei sobre a matéria, ou simplesmente acatando os termos da decisão, o que configura, em ambos os casos, verdadeiros diálogos institucionais. Assim, o diálogo tem sido a regra, na medida em que muitas vezes as decisões judiciais chamam atenção para equívocos ou falhas da lei, mesmo que sem declaração de inconstitucionalidades, de modo que a manifestação da corte permite a superação desses equívocos por parte dos Legisladores e o estabelecimento de um debate público produtivo.³¹⁵ Por isso, a tarefa de revisão judicial não precisa ser uma atividade de afirmação da supremacia de um poder sobre o outro, mas o início de um diálogo entre as instituições.³¹⁶

De fato, o argumento de que o legislativo sempre pode superar as decisões judiciais ignora suas capacidades institucionais de levar esse desafio adiante. Quando a corte invalida uma lei, geralmente o faz com o discurso de defesa dos direitos fundamentais ou proteção do processo democrático. É difícil superar essa retórica, de modo que a decisão legislativa comumente acaba sendo identificada como uma tentativa de limitar direitos.³¹⁷ A própria seção 33 da Carta de Direitos canadense sugere que a superação legislativa de decisões judiciais é permitida “não-obstante” contrarie os direitos fundamentais da Carta, tal como interpretados pela Suprema Corte.³¹⁸ Esse peso retórico explica, em parte, o fato de a referida cláusula ter sido pouco utilizada até hoje pelo legislativo canadense. No entanto, o fato de poucas vezes o legislativo superar decisões judiciais não

³¹⁵ Hogg e Bushell (1997, p. 101-4).

³¹⁶ Tremblay (2005) rejeita essas objeções, sugerindo que o que ocorre efetivamente não é diálogo, mas monólogos que se contrapõem.

³¹⁷ Petter (2003, p. 196).

³¹⁸ Waldron (2006).

implica, necessariamente, ausência de diálogo, sendo, talvez, um forte indicativo de que a mera possibilidade de revisão das decisões judiciais já cria uma antecipação que favorece a construção de manifestações mais moderadas e consensuais.³¹⁹ No entanto, o que parece ocorrer, em muitas situações, é a aceitação das decisões judiciais pelo poder legislativo, o que não significa diálogo, necessariamente, mas subordinação.³²⁰ No Brasil, isso é bastante comum. Os ministros acham que estão promovendo o diálogo quando, na prática, parecem promover monólogos, a despeito de se apropriarem das teorias dos diálogos institucionais para legitimarem ainda mais sua atuação, permitindo soluções cada vez mais criativas e expansivas.³²¹ É o que permite aos ministros, por exemplo, proferirem soluções ousadas, na medida em que concedem prazo para que o legislador se manifeste a respeito. Além disso, a interpretação conforme a constituição praticamente inviabiliza a superação das decisões do Supremo, na medida em que não afasta a lei, mas prescreve um significado ao texto.³²² Por isso, os discursos de última palavra servem para acomodar as deliberações legislativas aos parâmetros definidos pela corte. No fim das contas, o fato de a seção 33 ser pouco utilizada pelo legislativo pode ser um indício da supremacia do judiciário.³²³

A possibilidade de superação legislativa das decisões do Supremo, no entanto, está sempre presente, o que confere, em certa medida, possibilidade de reações (*backlash*). As decisões do Supremo podem ser superadas, por exemplo, por emendas constitucionais, sendo esse o caminho mais aceito. A aprovação de emendas no Brasil não é um processo tão difícil quanto nos Estados Unidos, tendo a Constituição Federal de 1988 sido emendada dezenas de vezes. Por isso, por mais que o STF tenha uma última palavra processual sobre uma questão, o debate pode permanecer vivo, tendo sempre o legislativo, na prática, a prerrogativa de editar uma emenda constitucional para superar um determinado entendimento judicial. O Supremo pode revisar emendas constitucionais, mas isso raramente acontece, e, em todo caso, o legislativo continua com a prerrogativa de superar aquele entendimento através de uma nova emenda. Alterando a constituição, o legislativo altera o próprio parâmetro de controle sobre as normas, o que praticamente inviabiliza uma nova manifestação do tribunal, a não ser em casos de violação a cláusulas pétreas.

³¹⁹ Roach (2001).

³²⁰ Manfredi (1999).

³²¹ Revista Consultor Jurídico. Ano trouxe mudanças e amadurecimento do Supremo Tribunal Federal. 31.12.2014.

³²² Esse argumento é desenvolvido por Silva (2006, p. 205).

³²³ Mathen (2007, p. 131).

Por outro lado, as decisões do Supremo também podem ser revistas por legislação infra-constitucional, embora seja um caminho mais improvável. As decisões do STF vinculam o próprio poder judiciário e a administração pública, mas não o poder legislativo, que pode sempre editar uma nova lei, mesmo que idêntica a uma legislação declarada inconstitucional, o que não se caracterizaria como descumprimento de decisão judicial. O legislativo interpreta a constituição ao produzir normas, que possuem presunção de constitucionalidade, mesmo que idênticas a textos declarados inconstitucionais. Sua manifestação é autorizada e o debate está sempre aberto. Entender de modo diverso é confundir a constituição com a interpretação que o STF faz da constituição. Mas o legislativo pode, sempre, promover a sua leitura sobre a constituição, desafiando o entendimento da corte. Se o tribunal promove decisões com eficácia *erga omnes* e apenas o legislativo não está vinculado, é porque sua interpretação da constituição pode ser levada a sério, reanimando as discussões com a edição de uma nova legislação. Não seria incomum se o próprio STF reconhecesse a superação legislativa de eventual decisão sua³²⁴, pois, de fato, as decisões do Supremo também podem ser superadas por novas decisões do Supremo.

Os discursos de supremacia judicial, no entanto, pretendem vincular a interpretação da constituição fora da corte, inclusive no legislativo. É o que ocorre, por exemplo, quando Fux sugere que algumas normas já nascem inconstitucionais, por conterem o “germe da inconstitucionalidade”.³²⁵ Nas sabatinas, os senadores sugeriam que a diferença entre judiciário e legislativo é que, basicamente, os juízes julgam com olhos para o passado, enquanto os legisladores atuam com olhos para o futuro.³²⁶ Nessa medida, quando o judiciário decide com o olhar para o futuro, muito provavelmente o faz assumindo postura ativista, com discurso de supremacia judicial. Pois, quando o judiciário se ocupa não apenas da resolução de uma controvérsia passada, resultado de um caso concreto, mas pensando o futuro, ele inevitavelmente faz cálculos, adotando comportamento estratégico e consequencialista. Em muitos casos, ele o faz com a pretensão de vincular sua interpretação aos demais poderes e à própria sociedade, impondo uma resposta final sobre o assunto. É essa a dimensão de futuro. No entanto, apesar de o poder judiciário e a administração pública deverem observar as decisões judiciais, nada exige que a sociedade e as instituições tomem a decisão judicial

³²⁴ Foi o que ocorreu na ADI 3.772, em que a Lei n. 11.301/2006 superou uma orientação sumulada pela corte (súmula n. 726).

³²⁵ JOTA. “O Ministro Fux e o ‘Germe da Inconstitucionalidade’”. 2.10. 2015.

³²⁶ Teori também fez essa distinção em sua sabatina.

como limitação de sua atividade interpretativa futura.³²⁷ Ou seja, a decisão judicial não pode vincular o exercício de interpretação constitucional que é próprio a todos aqueles que vivem a constituição, na linha de Häberle.³²⁸ A afirmação da supremacia judicial sugere, no entanto, que a interpretação da constituição promovida pela corte só pode ser superada por outra decisão da corte, o que limita as possibilidades de deliberação pública sobre questões fundamentais da sociedade.

Juliano Zaiden Benvindo sugere que a própria afirmação da supremacia judicial é um discurso por mais poder, que ao menos deveria ser justificado de forma robusta, sem resumir-se a mera retórica.³²⁹ Os ministros, porém, têm afirmado a última palavra do STF sem esclarecer seus propósitos e significados, como se decorresse naturalmente da afirmação da supremacia da constituição. Nessa medida, a afirmação de última palavra ignora a complexidade das relações entre os poderes e a cidadania, que implicam a impossibilidade de uma última palavra, sempre provisória,³³⁰ e ignora que, no fim das contas, as decisões judiciais se sustentam na medida em que são aceitas como razoáveis e convincentes.³³¹ Enfim, não há nada que impeça que um poder responda ao outro. O debate público permanece aberto, sendo um processo circular. Uma decisão não fecha, ela abre possibilidades. Não encerra a deliberação, que permanece viva. Um poder sempre pode reagir ao outro, democraticamente.³³² A afirmação de última palavra pelo STF ignora, por fim, as construções interpretativas informais, que fogem à regra do tudo ou nada, e desconsidera a construção genuína de significados pelo legislativo, permitindo certa irresponsabilidade pragmática ao legislador, para aprovar textos presumivelmente inconstitucionais.

A supremacia judicial decorre naturalmente da supremacia da constituição?

O grande mérito dos autores que desafiam a supremacia judicial é chamar atenção para o fato de que o controle judicial de constitucionalidade não decorre naturalmente da supremacia da

³²⁷ Murphy (1986, p. 407).

³²⁸ Häberle (1997).

³²⁹ Benvindo (2014).

³³⁰ Sob um ponto de vista procedimental, o STF tem a última palavra provisória, pois o legislativo sempre poderá editar uma nova lei, mesmo que com conteúdo idêntico à lei declarada inconstitucional. O próprio STF reconhece essa possibilidade, conforme os precedentes: Rcl 2.617 AgR/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 23.2.2005; e Rcl 5.442 MC/PE, Rel. Min. Celso de Mello, j. 31.8.2007. O desenvolvimento da ideia de última palavra provisória está em Mendes (2011).

³³¹ Fisher (1988, p. 244). Um estudo sobre a necessidade de legitimidade pública para o cumprimento de decisões judiciais está em Murphy e Tanenhaus (1968). E para um exame da legitimidade do STF perante a opinião pública, ver Falcão e Oliveira (2013).

³³² Mendes (2011).

constituição. A proteção da constituição não deve ser exercida por um controle de constitucionalidade forte, necessariamente, em que a corte tem a última palavra na interpretação constitucional. O constitucionalismo assegura a supremacia da constituição, não da corte constitucional. A revisão judicial é uma questão de escolha democrática, não uma decorrência natural da constituição. Mark Graber entende que a juristocracia é uma preferência construída democraticamente, o que não a imuniza diante das exigências da democracia e tampouco é superior ou inferior a priori a qualquer outro modelo que não tenha um controle judicial forte de constitucionalidade, podendo funcionar como um bom reforço democrático aos problemas da democracia de muitos países.³³³

A constituinte brasileira fez uma opção explícita pela revisão judicial, o que não significa um projeto de supremacia judicial, tampouco que tenha sido algo planejado para ser assim. O artigo 102 da constituição estabelece que compete precipuamente ao STF a guarda da constituição, o que significa que o STF é um intérprete necessário, mas não atribui a este poder o monopólio interpretativo do texto constitucional. Não existe nesse dispositivo ou em qualquer outro texto normativo autorização para o discurso de supremacia judicial. Afirmar a efetividade das normais constitucionais como imperativas e auto-aplicáveis não sugere que o único responsável por interpretá-las seja o Supremo Tribunal Federal. Portanto, do art. 102 da constituição decorre a revisão judicial, mas não a soberania interpretativa do STF, que é um intérprete a mais.³³⁴

O mesmo ocorre no constitucionalismo norte-americano. Larry Kramer é um dos teóricos mais importantes do constitucionalismo popular. Ele examinou as origens do constitucionalismo norte-americano para situar o lugar do povo na interpretação constitucional. Sua releitura histórica aponta que a constituição não foi planejada para ser objeto de revisão judicial, mas para a limitação dos governos pelo povo.³³⁵ Não se imaginava nos debates constituintes um modelo de controle judicial de constitucionalidade forte, tal como o conhecemos hoje. A constituição foi pensada para a reivindicação popular, sendo a revisão judicial apenas um substituto para os casos de evidente inconstitucionalidade.³³⁶ A supremacia constitucional não implica, por si, supremacia judicial.³³⁷ *Marbury v. Madison* (1803) afirmou a supremacia da constituição, permitindo ao judiciário invalidar leis em desacordo com a norma superior, pois é tarefa do judiciário interpretar as leis, fazendo

³³³ Graber (2005, p. 446-447).

³³⁴ Para um exame da última palavra, supremacia judicial e diálogos institucionais, ver Mendes (2011) e Brandão (2012). Para uma desconstrução dos discursos de última palavra, ver Benvindo (2014).

³³⁵ Kramer (2001, p. 9).

³³⁶ Kramer (2004, p. 59 ss). Ver, também, Paixão e Bigliuzzi (2011).

³³⁷ Ver, a esse respeito, Michelman (2003, p. 594-598), Waldron (1993, p. 42-43) e Paulson (2003, p. 2708-2724).

prevalecer a norma superior (constituição). Mas disso não decorre que a leitura judicial prevalece sobre a leitura dos outros poderes, que também interpretam a constituição.³³⁸

Corte contramajoritária?

Desde Bickel (1962), os teóricos se dividem sobre a *dificuldade contramajoritária* do poder judiciário para invalidar atos normativos dos poderes políticos, que possuem legitimidade popular, ao contrário do judiciário, que é um poder não eleito. Resistir às decisões majoritárias frequentemente é visto como uma virtude judicial. No entanto, nada impede que os ministros compartilhem visões de mundo com as maiorias. Inclusive, existem estudos empíricos que sustentam que, no longo prazo, a corte tende a adaptar-se às manifestações majoritárias da sociedade.³³⁹ Nas sabatinas, ressaltava-se que aos legisladores competia olhar para o futuro, inovando normativamente, enquanto aos magistrados caberia olhar para o passado, suas tradições e jurisprudência. Os ministros, em regra, estavam de acordo com essa postura, uma vez que olhar para o futuro significa fazer cálculos políticos, papel compatível com a atividade parlamentar, mas não judicial. No entanto, Barroso passou a reivindicar o papel de “vanguarda iluminista” para o STF, que deveria, em certas situações, “empurrar a história”. Mas se à corte cabe “empurrar a história” ou ser “vanguarda iluminista” da sociedade, com papel representativo, ela se aproxima mais de uma arena majoritária, embora “empurrar a história” possa significar agir contramajoritariamente em certas ocasiões. Barroso também sugere o STF é um poder deferente às iniciativas majoritárias, pois na maioria das vezes atua validando a constitucionalidade da lei federal impugnada, endossando a vontade da maioria.³⁴⁰

Existem quatro argumentos que sugerem que a corte não é tão contramajoritária quanto se supõe.³⁴¹ Em primeiro lugar, o modelo de indicação presidencial, com posterior sabatina pelo Senado, embora não afete a independência judicial, sugere certa aproximação dos ministros em relação às maiorias que os apoiaram. Em segundo lugar, os ministros atuam estrategicamente para não se distanciarem tanto da opinião pública, pois o apoio popular é necessário para a efetivação de

³³⁸ Uma releitura sobre o caso *Marbury v. Madison* está em Tushnet (1999, p. 7).

³³⁹ Friedman (2009, p. 364 ss).

³⁴⁰ O argumento de Barroso encontra respaldo nos dados de Thamy Pogrebinski (2011), que revelam que em cerca de 90% dos casos o STF atua validando a legislação federal.

³⁴¹ Os argumentos são de Or Bassok (2012), que relativiza a atuação do tribunal enquanto corte contramajoritária.

suas decisões. De fato, em suas sabinas e manifestações públicas, os ministros não parecem indiferentes às vozes da sociedade, embora não se permitam pautar por elas. Assim, é possível que haja, em certa medida, uma aproximação entre as decisões judiciais e as opiniões majoritárias. Em terceiro lugar, os ministros se antecipam, em certos casos, às resistências da sociedade sobre determinados assuntos, evitando reações que pretendam superar suas decisões. Nos Estados Unidos, é o que eles chamam de *backlash*, que mantém o debate vivo na sociedade. Em quarto lugar, os ministros podem ser deferentes à opinião pública diretamente. Se o STF é efetivamente deferente em relação ao congresso nacional, a conclusão é que (i) o STF não exerce papel contramajoritário de modo relevante; (ii) não há efetivamente supremacia judicial, na medida em que (iii) o STF tem sido deferente às iniciativas do congresso nacional, preferindo aproveitar partes da lei em declarações parciais de inconstitucionalidade; e (iv) quando o STF atua na omissão legislativa, concede prazo para que o parlamento supra a lacuna, evidenciando efetivo diálogo institucional (ou seja, que o diálogo é um fato).

Tendência à concentração do controle de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal opera como três cortes distintas: constitucional, recursal e ordinária.³⁴² Não é só o tipo de demanda que varia, mas o próprio comportamento da corte. São três personas, para lidar com três modalidades de ações: (i) processos constitucionais, especialmente ações do controle concentrado; (ii) processos recursais, onde prevalecem os recursos extraordinários e os agravos de instrumento; (iii) e os processos ordinários, especialmente os de competência originária, como as ações penais.³⁴³ Os ministros revelam preferência pelos processos de natureza constitucional e pelos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida. Basicamente, defendem que o plenário do STF se dedique apenas a matérias constitucionais e que as demais competências sejam deslocadas para as turmas ou para outros tribunais.³⁴⁴ Os dados do I Relatório Supremo em Números (2011) revelam que a corte se ocupa em 92% dos casos (1988-2009) de recursos, sendo quantitativamente, portanto, uma “corte recursal suprema”, não uma “corte constitucional”. Por isso, os autores da pesquisa concluem: “Não é uma corte que escolhe o

³⁴² Falcão, Cerdeira e Arguelhes (2011, p. 16).

³⁴³ As três competências gerais do STF também foram esmiuçadas por Vieira (2008), como tribunal constitucional, tribunal de apelação e foro especializado.

³⁴⁴ Parte dessas mudanças já se concretizou, como sugerido no capítulo anterior.

que julga fundamentalmente julgar. É antes uma corte escolhida pela parte. Não constrói seu destino”.³⁴⁵ No entanto, os autores da pesquisa desconsideram que o elevado número de ações confere relevante poder de agenda ao presidente do tribunal, em geral, e aos relatores dos processos, em particular, para definir o que vai ou não ser julgado. A demora, muitas vezes, é uma estratégia para não enfrentar o mérito de determinadas questões, que acabam prejudicadas. Nessa medida, o STF, invariavelmente, tem construído seu destino na medida em que controla sua agenda, e assim o faz, ainda, influenciando o debate público, com manifestações na imprensa sobre questões ainda não decididas pelo tribunal ou pelo congresso.

Existem dois supremos funcionando. O plenário, televisionado, é o que todos conhecem. Mas há um outro Supremo, desconhecido, responsável por 90% dos processos da corte: um tribunal dedicado a demandas repetitivas, em geral agravos, que respondem pelo maior trabalho dos gabinetes. Visto dessa forma, o STF não é corte constitucional. Mas, desde o ponto de vista das pautas que ocupam o plenário, predominam matérias constitucionais, o que tem levado os ministros a afirmar ser o plenário do Supremo verdadeira corte constitucional. Os ministros tentam transformar o plenário do STF em corte constitucional, sobretudo em relação às ações do controle difuso. No julgamento da Reclamação n. 4.335/AC, Gilmar Mendes defendeu que as decisões do plenário da corte, mesmo no âmbito do controle difuso, produziram efeitos vinculantes e *erga omnes*. É a chamada tese da abstrativização do controle difuso, já defendida pelo ministro em sua sabatina. Naquela oportunidade, Gilmar já sustentava a desnecessidade de manifestação do Senado Federal para conferir efeitos vinculantes às decisões do STF que declarem inconstitucionalidade de lei no âmbito do controle difuso.³⁴⁶

Gilmar Mendes tem afirmado que a constituição de 1988 fez uma opção clara pelo controle concentrado, que teria sido reforçado em detrimento do controle difuso, que tem se reduzido.³⁴⁷ Essa fala, no entanto, é controversa. Em primeiro lugar, porque o fortalecimento do controle concentrado não implica diminuição do controle difuso, necessariamente. Em segundo lugar, porque o controle difuso tem prevalecido no STF, pelo menos em termos quantitativos, conforme

³⁴⁵ Falcão, Cerdeira e Arguelhes (2011, p. 21).

³⁴⁶ Conforme sua sabatina no Senado Federal. Em diversos momentos da sabatina, Gilmar se dedicou a sustentar a tendência à concentração do controle de constitucionalidade.

³⁴⁷ Esse pensamento foi o *leitmotiv* de sua apresentação no Senado, em sua sabatina, e está presente em seus livros, como em Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 1104).

as estatísticas processuais da corte. Conforme dados de 9 de dezembro de 2015, dos 54.375 processos do acervo do tribunal, 39.396 eram ações de controle difuso (AI, ARE e RE) e 2.074 eram ações de controle concentrado (ADC, ADI, ADO e ADPF). Portanto, as ações de controle concentrado correspondem a apenas 5,26% das ações de controle difuso e a 3,81% do acervo geral do STF. É muito pouco para refletir uma concentração do modelo de controle de constitucionalidade no Brasil ou uma reduzida atenção ao controle difuso. O que os dados sugerem é que o controle difuso continua relevante.³⁴⁸

O reforço do controle concentrado pela constituição de 1988 não significou uma opção por essa modalidade de controle em detrimento da outra. A constituição forneceu novos instrumentos, valorizou os institutos processuais, conferindo abertura, mas nada disso implica desprestígio do controle difuso, que, aliás, permite aos cidadãos promoverem sua própria interpretação da constituição, de forma irrestrita e permanente. Nessa medida, o controle difuso promove a sociedade aberta dos intérpretes da constituição de modo significativo, mais que qualquer representação civil em audiência pública ou como *amicus curie*. O Tribunal Constitucional Federal alemão costuma ser referido como paradigma de defesa da modalidade concentrada de controle de constitucionalidade, especialmente por Gilmar Mendes, mas a constituição alemã prevê o recurso constitucional, modalidade de controle que permite a qualquer cidadão poder promover sua leitura da constituição diretamente no tribunal.³⁴⁹ Essa cláusula foi prevista como “queixa constitucional” no projeto que originou a lei que regulou o controle concentrado no Brasil, mas foi vetada pelo Presidente da República em 1997, que temia o aumento no volume de processos no STF. Portanto, se a ideia de sociedade aberta dos intérpretes da constituição de Peter Häberle é inspiração para Gilmar, o controle difuso deve ser valorizado.³⁵⁰

A quem interessa o controle de constitucionalidade?

³⁴⁸ A importância do controle difuso diante da expansão do controle concentrado está em Lunardi (2014) e Carvalho Netto (2001).

³⁴⁹ O impacto positivo do recurso constitucional para a legitimidade do Tribunal Constitucional Federal alemão é examinado por Christine Landfried (1995, p. 308 ss).

³⁵⁰ Häberle (1997). Valor Econômico. A inspiração para Gilmar Mendes. 21.11.2008.

A revisão judicial não é em si antidemocrática, funcionando bem para a garantia e promoção dos direitos fundamentais. É antidemocrática, no entanto, se servir para a manutenção de privilégios de elites sociais e econômicas, contra a mudança social que determinadas garantias poderiam promover em termos de cidadania.³⁵¹ A questão é saber que interesses estão sendo privilegiados pelas decisões judiciais. As instituições podem privilegiar determinados atores em detrimento de outros.³⁵² Se a revisão judicial tem servido bem à garantia dos direitos das minorias, então ela tem razão de existir. Se, ao contrário, ela tem servido mais aos interesses de pequenas elites privilegiadas da política, então a instituição deve ser repensada em outras bases. É importante, pois, verificar a conexão entre os discursos e as práticas da revisão judicial brasileira, para que se saiba a que propósitos ela tem servido, para assim verificar seu nível de legitimidade democrática. Frequentemente se afirma, em defesa do controle concentrado, que ele é importante para a proteção dos direitos fundamentais, especialmente das minorias. No entanto, esse discurso tem sido desafiado por alguns dados empíricos. A pesquisa de Costa e Benvindo (2014), por exemplo, sugere que o STF tem privilegiado interesses corporativos e federativos nesse tipo de controle, deliberando pouco sobre direitos fundamentais. De fato, o controle concentrado não é uma exigência da necessidade de proteção aos direitos fundamentais. Outros países apresentam modelos distintos, como o controle fraco de constitucionalidade ou a supremacia do parlamento, sem que os direitos fundamentais estejam desprotegidos. O controle concentrado não necessariamente protege mais e melhor esses direitos.

A pesquisa de Costa e Benvindo (2014) reflete sobre a concentração do controle de constitucionalidade brasileiro, se ele tem aperfeiçoado o sistema para a garantia de direitos fundamentais, a justificar o entusiasmo de muitos ministros com a tendência de abstrativização do controle brasileiro, inclusive o difuso.³⁵³ Desde 1965, quando foi introduzido no direito brasileiro, o controle concentrado tem servido mais aos interesses do governo e menos aos da população. Por isso, questionam: as transformações do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade têm aprimorado a defesa dos direitos fundamentais? Esse é o *leitmotiv* da pesquisa. A concentração do controle em si restringe as possibilidades de uso do sistema para defesa dos direitos fundamentais. A abertura dos atores legitimados fala mais sobre o potencial do modelo, não sobre como ele tem funcionado

³⁵¹ Freeman (1990, p. 367).

³⁵² Graber (2005, p. 447).

³⁵³ As iniciativas de concentração do controle brasileiro no período pós-1988 são analisadas por Benvindo (2010, p. 83-131).

efetivamente. E se o controle concentrado não tem cumprido seu potencial, há um descompasso entre discurso e prática na defesa dos direitos fundamentais. Para dar conta disso, a referida pesquisa analisou as Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas pelo STF entre 1988 e 2012, para avaliar o desenvolvimento do controle concentrado na prática cotidiana do tribunal.³⁵⁴ A pesquisa tenta responder: (i) se o controle concentrado tem cumprido sua promessa de defesa dos direitos fundamentais; (ii) o que tem ocupado o STF, se interesses corporativos ou direitos fundamentais; (iii) que atores a pauta da corte têm privilegiado; (iv) como os atores têm feito uso estratégico do tribunal; e, finalmente, (v) que interesses estão associados ao controle concentrado.

Os dados da pesquisa sugerem que o índice de procedência de ADIs contra leis federais é muito inferior ao índice de procedência contra leis estaduais, que alcança mais de 80%. No geral, o índice de impugnação de normas federais é muito baixo, só passando de uma dezena no ano de 2006. Esse dado é relevante, pois a legislação federal é a que costuma tratar mais diretamente de direitos fundamentais, já que a União possui competência legislativa mais abrangente nessa matéria, enquanto que a legislação estadual se dedica mais à organização estatal. Dentre as ações procedentes, contra leis federais ou estaduais, apenas 72 ADIs versam sobre direitos fundamentais, o que revela que esse tema não tem sido predominante no âmbito do controle concentrado.³⁵⁵ Portanto, a abertura do rol de legitimados para propositura de ações diretas não significou reforço na defesa de direitos fundamentais. A pesquisa tenta responder a quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade, mas os dados sugerem que os próprios atores legitimados têm usado o controle de modo restrito e pouco eficaz. A maior parte das ações diretas de inconstitucionalidade é destinada a resolver conflitos federativos, em geral impasses entre os governadores e as assembleias legislativas estaduais. Os governadores dos estados são grandes usuários do controle concentrado. Em geral, buscam invalidar legislações de governos anteriores ou da Assembleia Legislativa estadual. A pesquisa conclui: “o sistema de controle concentrado de constitucionalidade vigente no Brasil possui uma predominância jurisprudencial de argumentos formais ou de organização do Estado, cumulada com uma atuação ligada a direitos fundamentais cuja maior parte é ligada à garantia de interesses corporativos”.³⁵⁶

Em linhas gerais, a pesquisa identificou que a abertura e democratização do controle concentrado pela constituição de 1988 não significou ampliação da defesa dos direitos fundamentais,

³⁵⁴ Costa e Benvindo (2014, p. 5 ss).

³⁵⁵ Costa e Benvindo (2014, p. 21-22; 54 ss). Resultados semelhantes são obtidos por Oliveira (2012).

³⁵⁶ Costa e Benvindo (2014, p. 77-78).

servindo mais para a defesa de interesses corporativos e para resolver conflitos federativos. O que se verifica, de fato, é um descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Na imprensa, os ministros frequentemente são chamados a comentar alguns poucos casos. Mas eles não são significativos do modo como o tribunal opera. A valorização do controle concentrado deve ser compatível com suas promessas, o que não tem se verificado na prática. A defesa de uma corte constitucional deve significar, necessariamente, a ampliação da defesa dos direitos fundamentais. Se o controle concentrado não tem dado conta disso, o controle difuso não deve ser preterido. No fundo, os problemas do STF não são de celeridade nem de eficiência, mas de seletividade. A agenda do tribunal é muito pouco transparente. Seja qual for o modelo, a legitimidade da corte depende de sua agenda de defesa dos direitos fundamentais.

Atuação estratégica dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Os ministros atuam estrategicamente dentro e fora da corte. Internamente, controlam a agenda do que vai ser decidido, colegiada ou monocraticamente. Individualmente, os relatores controlam o resultado das decisões colegiadas na medida em que controlam o tempo em que o processo vai ser decidido. O mesmo se aplica ao presidente da corte, que controla a pauta do plenário. Fora da corte, os ministros se manifestaram publicamente, na constituinte, contra a criação de uma corte constitucional e têm feito, hoje em dia, manifestações no sentido oposto, na tentativa de transformar o STF em corte constitucional. Portanto o STF tem atuado não só como arena, da qual os atores políticos fazem uso estratégico, mas como ator interessado no processo político, ao contrário do que sugerem seus ministros.³⁵⁷ Os ministros têm possibilidades individuais de influenciar, internamente, o próprio tribunal e, externamente, os demais atores políticos. O presidente do STF tem poderes individuais ainda mais significativos, por controlar a agenda do tribunal e poder conceder liminares no recesso forense. Invariavelmente, os ministros fazem cálculos quanto à agenda de deliberações. E o fazem com pedidos de vista e com poder de agenda individual sobre os processos

³⁵⁷ Compartilho com Arguelhes e Ribeiro (2015) suas principais ideias sobre a capacidade do STF, em geral, e de seus ministros, em particular, influenciarem o processo político a partir e para além de suas decisões judiciais. As ideias sobre a atuação dos ministros do STF como ator e arena na constituinte são de Koerner e Freitas (2013b), assim como a percepção de que os ministros frequentemente atuam na imprensa como “opinantes constitucionais”, pelo menos desde a constituinte.

em que são relatores. Tudo isso pode ser feito até de maneira legítima, embora em desacordo com o discurso dominante dos próprios ministros.

Seletividade e poder de agenda.

O STF é um tribunal relativamente monocrático. O maior trabalho dos gabinetes é com demandas repetitivas, que se resolvem com decisões monocráticas. Por isso, muitas vezes o STF decide não decidir, individualmente, de diversas formas: com o manejo da pauta de julgamentos, atribuição isolada do presidente; com pedidos de vistas, que conferem poder de agenda individual aos ministros; e a partir de artifícios processuais, como com a proliferação de decisões liminares, sem que o mérito seja apreciado por vários anos.³⁵⁸ Entre outubro de 1988 e dezembro de 2009, o Supremo recebeu 4.353 ADIs, decidindo sobre o mérito de 2.853 (66%) delas, conforme dados de Fabiana Luci de Oliveira (2012). Desse total, 64% não foram conhecidas. A expressividade desses números sugere que muitas vezes os juízes recorrem a elementos formais para não decidir sobre questões sensíveis. O STF não tem controle sobre o que chega ao tribunal, mas tem controle sobre sua agenda: o não conhecimento de ações, os pedidos de vista e o controle da pauta pelo presidente são instrumentos à disposição dos ministros para definir o que vai ser objeto de deliberação da corte. Em síntese: são mecanismos que conferem poder de veto individual sobre o colegiado.³⁵⁹

Assim como a pesquisa de Oliveira (2012), a pesquisa de Costa e Benvindo (2014) revela o alto índice de prejudicialidade das decisões, a rigor decorrentes da modificação das normas impugnadas, no hiato temporal entre a data da impugnação da norma e do julgamento da ação. Embora o STF esteja diante de uma elevada carga processual, ele tem poder de agenda sobre o que vai ou não decidir. Em certos casos, o Supremo decide não decidir, de modo que o decurso do tempo acarreta a prejudicialidade de muitas ações. Praticamente, para cada ação julgada procedente no período analisado (1988-2012) outra foi considerada prejudicada pela demora na decisão. O tempo médio de julgamento no período foi superior a 5 anos, suficiente para que os atores políticos se mobilizem para a alteração da norma impugnada antes do julgamento pelo tribunal. Nesse particular, uma decisão mais célere tenderia a elevar o nível de procedência das ações, reduzindo os de

³⁵⁸ Esse argumento está em Arguelhes (2005), e também em Mendes (2011, p. 222).

³⁵⁹ As pesquisas de Fabiana Luci de Oliveira (2012) e Arguelhes e Ribeiro (2015) fornecem dados sobre o caráter monocrático da colegialidade do STF.

prejudicialidade, que têm sido apreciados pelo próprio relator.³⁶⁰ No entanto, os ministros engavetam processos com frequência. Esperam o tema “amadurecer” para que seja deliberado ou aguardam um desfecho na esfera política. Em ambas as situações, atuam estrategicamente.

O ministro Marco Aurélio, enquanto relator do processo sobre aborto de fetos anencefálicos (ADI 3.510), retardou o julgamento da ação por vários anos. Quando finalmente solicitou inclusão do processo em pauta, o ministro declarou: “Foi uma decisão refletida. Perguntei a mim mesmo: Devo tocar o processo? Para quê? Para queimar uma matéria de tão alta relevância? Não. Agora, creio que o Supremo já está maduro para tratar da matéria. Já temos clima para julgar e, creio, autorizar a interrupção da gravidez de anencéfalos”.³⁶¹ Portanto, o ministro revela que já tinha simpatia por um desfecho, e que por isso deixou de pedir pauta ao processo até sentir que o plenário decidiria conforme sua inclinação. Em certa medida, quem controla o tempo da decisão, controla seu resultado. Na maior parte das vezes, os ministros controlam a agenda de forma silenciosa, sem controle público e sem pronúncia do colegiado. Quando a matéria está na agenda do dia, porém, a pressão da sociedade impõe constrangimentos, que impedem o ministro de segurar o processo sem refletir déficits democráticos e constranger seus colegas. Como essa prática é comum, os ministros em geral se sentem constrangidos de cobrar publicamente a retomada do julgamento.³⁶²

Os relatores, portanto, influem decisivamente sobre o resultado dos julgamentos. Fabiana Luci de Oliveira (2012) examina o índice de procedência de ADIs com decisão de mérito no período de janeiro de 1999 a dezembro de 2006. Excluindo-se as decisões monocráticas, foram 692 ações julgadas. Em apenas seis casos o voto do relator não formou a maioria do julgamento, ou seja, em 99% dos casos o voto do relator foi igual à decisão da corte. Esse dado pode ser revelador de duas circunstâncias: a elevada carga de trabalhos faz com que os ministros acompanhem o relator com maior frequência ou, o que é mais provável, os relatores fazem cálculos estratégicos sobre a agenda de votação, para que os processos só sejam inseridos em pauta quando entenderem que

³⁶⁰ A pesquisa de Costa e Benvindo (2014, p. 21; 46 ss) aborda a prejudicialidade como estratégia de não-decisão.

³⁶¹ Blog Josias de Souza. “STF julgará interrupção da gravidez de anencéfalo”. 31.5.2008.

³⁶² Foi o que ocorreu na ADI 4.650, quando Gilmar pediu vistas do processo por um ano e cinco meses. A média do tempo de devolução dos pedidos de vista é superior a um ano, conforme dados do 3º Relatório Supremo em Números (2014).

sua orientação deve prevalecer no colegiado. Assim, o STF tem muito poder sobre o que decide, na medida em que decide quando decidir.³⁶³

Os dados da pesquisa de Costa e Benvindo (2014) sobre o perfil de improcedência das ações também são sugestivos do papel do relator no processo decisório: apenas cerca de um sexto dos processos levados a julgamento são declarados improcedentes. O tempo médio das ADIs julgadas improcedentes é semelhante ao tempo das ações julgadas procedentes: cerca de 5 anos, tempo significativamente superior aos demais tipos de ações. Esses dados, combinados com o elevado número de processos julgados prejudicados, monocraticamente, revelam que o relator tende a “excluir de forma mais rápida os pedidos que são considerados manifestamente improcedentes”, levando ao plenário apenas os casos em que decidirá pela procedência, ou aqueles casos de improcedência que demandam debates mais sensíveis.³⁶⁴ Novamente: quem controla a agenda, controla a decisão. Os dados de Costa e Benvindo (2014), combinados com os de Fabiana Oliveira (2012), já referidos, sobre o relator formar maioria em 99% das ADIs julgadas, sugerem que o poder de agenda do relator é determinante para o resultado do julgamento. Se os relatores seguram processos, seja para não decidir, seja para submetê-los a julgamento apenas quando entender que há maioria em seu favor, os dados revelam ainda que, pelo baixo nível de improcedência das ADIs, o relator tende a levar a julgamento ações que ele vai decidir pela procedência ou que se referem a desacordos muito sensíveis e complexos, em casos de improcedência, que inviabilizam uma rejeição monocrática. Portanto, quando o relator está inclinado pela improcedência da ação, em vez de levar ao plenário um voto de improcedência, ele tende a segurar o processo em seu gabinete, para que possa não-decidir, monocraticamente.

Manifestações políticas na imprensa.

Os ministros influem sobre as principais questões políticas do país não apenas em seus votos, mas também fora da corte, em manifestações públicas na imprensa, contra iniciativas dos governantes e parlamentares. Foi o caso, por exemplo, das reações à PEC n. 33/2011, que pretendia limitar a atuação do Supremo Tribunal Federal em relação às súmulas vinculantes e às ações diretas de inconstitucionalidade, ampliando o quorum de declaração de inconstitucionalidade para 4/5 da

³⁶³ Os dados e as conclusões sobre o peso do relator nas decisões do STF são de Oliveira (2012, p. 109-112). Aspectos mais gerais sobre o processo decisório no STF estão em Oliveira, Falavinha e Braghin (2015).

³⁶⁴ Costa e Benvindo (2014, p. 52).

composição do tribunal e prevendo a possibilidade de sustação das decisões de inconstitucionalidade pelo congresso nacional mediante aprovação de 3/5 de seus membros, com posterior referendo da sociedade brasileira.³⁶⁵ Quando a PEC foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, a reação dos ministros foi categórica.³⁶⁶ O ministro Gilmar Mendes afirmou: “é inconstitucional do começo ao fim”, “rasgaram a Constituição”, “é melhor que se feche o Supremo Tribunal Federal”.³⁶⁷ O presidente do STF à época, Joaquim Barbosa, sugeriu que a PEC, “se aprovada, fragilizará a democracia brasileira”.³⁶⁸ Da mesma forma, quando a Presidente da República, Dilma Roussef, em resposta aos protestos de junho de 2013, sugeriu propor o debate para a convocação de uma constituinte exclusiva para reforma do sistema político, a reação dos juristas, em particular dos ministros do STF, foi imediata, esfriando o simples debate sobre a matéria.³⁶⁹ Naquela oportunidade, o ministro Ayres Britto sugeriu que “nenhuma Constituição tem vocação suicida”,³⁷⁰ enquanto que o ministro Gilmar afirmou que o Brasil adormeceu “como se fosse Alemanha, Itália, Espanha, Portugal e amanheceu parecido com a Bolívia ou a Venezuela”.³⁷¹ Quando essas manifestações ocorrem, os atores políticos tendem a perceber as falas (individuais) dos ministros como posicionamentos institucionais, do STF. Em certa medida, as vozes dos ministros são percebidas como ecos do tribunal. Um ou outro ministro extrapola, tendo suas manifestações individualizadas, como Marco Aurélio e Gilmar Mendes, particularmente. O primeiro se notabilizou como voz dissonante no colegiado da corte e pela loquacidade com se apresenta na imprensa. Gilmar Mendes, por outro lado, pela verborragia com que se manifesta sobre iniciativas da classe política.

As manifestações políticas dos ministros na imprensa também são utilizadas como recurso estratégico para reforçar a autoridade e a estabilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal. É o caso, por exemplo, da fala de Luiz Fux sobre o “germe da inconstitucionalidade”, que será aqui retomada. O ministro Fux tem afirmado que eventuais leis editadas no sentido oposto às decisões

³⁶⁵ Nos últimos anos, os parlamentares têm esboçado reações ao poder do STF, apresentando projetos de lei sobre a duração dos mandatos e critérios de escolha dos ministros (PEC 342/2009) e limitando os efeitos de suas decisões (PEC 3/2011).

³⁶⁶ As reações dos ministros à aprovação da PEC 33/2011, pela CCJ da Câmara, foi examinada por Benvindo (2014) e Arguelhes e Ribeiro (2015, p. 133-134).

³⁶⁷ Folha de S. Paulo. Barbosa diz que reduzir poderes do STF fragiliza democracia. 25.4.2013.

³⁶⁸ Folha de S. Paulo. Barbosa diz que reduzir poderes do STF fragiliza democracia. 25.4.2013.

³⁶⁹ Um exame das reações dos juristas à proposta de debate sobre a constituinte exclusiva foi feita por Araújo (2015) e Costa e Araújo (2015).

³⁷⁰ G1. Juristas questionam proposta de Constituinte para reforma política. 24.6.2013.

³⁷¹ Revista Consultor Jurídico. “Brasil dormiu como Alemanha e acordou como Venezuela”. 25.6.2013.

do STF estariam eivadas do “germe da inconstitucionalidade”, de modo que a corte certamente declararia sua inconstitucionalidade, na medida em que a lei já nasceria inconstitucional.³⁷² Esse discurso, no entanto, além de ofender a pressuposição de constitucionalidade das leis, oferece duas consequências: (i) afirma a supremacia judicial e (ii) inviabiliza a superação legislativa das decisões judiciais. É um discurso de autoridade. Porém, se as leis gestadas são presumivelmente constitucionais, não se pode afirmar que determinada lei nasce inconstitucional. Os efeitos das decisões do STF atingem o poder judiciário e a administração pública, mas não o poder legislativo, que sempre poderá editar uma nova lei para superar os entendimentos do tribunal. Por essas razões, a fala de Fux deve ser rejeitada tanto num plano normativo quanto fático. É uma fala não apenas incorreta, como indevida, na medida em que pretende obstruir o debate público e o circuito decisório sobre a constituição nas arenas majoritárias. É preferível um Supremo mais modesto na retórica, que se permita ser ativista quando acreditar ter melhores razões, que um tribunal que presuma demais de si mesmo sem, contudo, desafiar corajosamente o legislador. A autoridade do STF depende da força de seus argumentos, não do poder de exigir obediência às suas decisões. Suas decisões devem desafiar o legislativo a agir, em vez de exigir silêncio.³⁷³

Comportamento estratégico dos ministros na Constituinte.

Andrei Koerner e Lígia Barros de Freitas (2013b) investigaram as relações entre os ministros do Supremo Tribunal Federal e os atores políticos durante o processo constituinte. Os ministros atuaram como atores interessados na constituinte, orientando os debates e as deliberações, na medida em que atuavam como opinantes constitucionais. Por outro lado, o Supremo era utilizado como recurso estratégico das forças políticas, para respaldar suas posições e resolver conflitos. Assim, os ministros atuavam como atores políticos, em geral falando em nome do tribunal, que atuava como arena decisória, arbitrando conflitos. Portanto, pelo menos desde a constituinte, as manifestações públicas dos ministros influenciavam o processo político fora da corte. Os discursos atuais de que “eles é que judicializam”, nessa medida, desconsideram que os próprios ministros são atores interessados nas deliberações políticas. Na constituinte, os ministros estavam interessa-

³⁷² JOTA. “O Ministro Fux e o 'Germe da Inconstitucionalidade'”. 2.10. 2015.

³⁷³ Essa crítica à retórica que exige silêncio está em Mendes (2011, p. 215).

dos em evitar mudanças profundas na competência do STF. Foram contra a criação do STJ e atuaram para manutenção do Supremo como tribunal de cúpula, conforme a conclusão dos autores da pesquisa: “Em aliança com os conservadores, ministros do STF e juízes foram bem-sucedidos em preservar o STF com muitos poderes concentrados e papéis institucionais acumulados”.³⁷⁴

A atuação do Supremo na Constituinte, portanto, sugere uma postura auto-interessada dos ministros, em aliança com grupos políticos (conservadores), para manter a posição institucional do STF, de tribunal de cúpula e representante de um dos Poderes do Estado. Pretendia-se manter as estruturas institucionais como parte de uma leitura conservadora para sugerir o caráter de revisão da Assembléia Nacional Constituinte, ou seja, como exercício de um poder constituinte derivado. No fim das contas, o STF pretendia preservar a própria ordem constituída (autoritária) da qual ele era intérprete. Portanto, o regime militar foi capaz de limitar o alcance da redemocratização e a efetividade da nova constituição, num primeiro momento, com a permanência de atores comprometidos com a ordem anterior em âmbitos estratégicos do Estado, como eram a constituinte e o próprio STF.³⁷⁵ Nos dias de hoje, com a renovação de sua composição, o STF continua interessado no processo político, mas com o objetivo oposto: deslocar competências para outros tribunais, para que possa se tornar autêntica corte constitucional. Os ministros têm se manifestado na imprensa defendendo a transformação do STF em corte constitucional, apoiando inovações legislativas que restrinjam o número de processos e faça com que a corte deixe de ser a terceira ou quarta instância recursal. Gradativamente, os ministros têm sido bem-sucedidos nessa tarefa.

Personas constitucionais.

Sunstein (2015) identifica quatro personas constitucionais, ou quatro perfis de juízes, segundo seus padrões decisórios. Os juízes heróis são aqueles ativistas, mais propensos a invalidar leis. Os juízes soldados, ao contrário, tendem a ser mais deferentes em relação aos outros poderes. Entre os extremos, os juízes minimalistas são favoráveis a mudanças pontuais, enquanto os juízes mudos optam por não decidir. O modelo de Sunstein é útil para entender os padrões deliberativos dos juízes. Os juízes heróis podem ser mais ou menos contidos, embora, no geral, recorram a dis-

³⁷⁴ Koerner e Freitas (2013b, p. 178).

³⁷⁵ Koerner e Freitas (2013b, p. 181).

cursos ambiciosos, com pretensão teórica de promover grandes mudanças na sociedade, algo semelhante a certos discursos de Barroso, que reivindica ao STF o papel de “vanguarda iluminista” da sociedade, podendo muitas vezes “empurrar a história”.³⁷⁶ Não é incomum Barroso pedir vistas de um processo em que ele concorda com a tese sugerida pelo relator, para examinar melhor os autos a fim de propor uma solução mais abrangente, que promova certos “avanços civilizatórios”, geralmente oferecendo soluções criativas e abrangentes para problemas sociais crônicos.³⁷⁷ Há, portanto, em certas ocasiões, mais que uma tentativa de resolver um caso concreto, com postura de autocontenção e comedimento, mas um certo voluntarismo por parte dos ministros, especialmente interessados na solução de determinados temas. Mas a postura heróica de juiz nem sempre opera para a mudança social, podendo representar certo ativismo conservador, de manutenção do *status quo*. Por isso, embora o juiz herói seja ativista, seu ativismo não é necessariamente progressista. A persona heróica é uma questão de postura, não de posicionamento. Uma interpretação expansiva que pretenda manter as coisas como estão é, a rigor, ativista, apesar de conservadora.

Os juízes soldados, ao contrário, adotam uma postura autocontida em relação às iniciativas dos poderes políticos, em regra acolhendo as decisões majoritárias. Entre soldados e heróis, os juízes minimalistas fogem de leituras ambiciosas da constituição, decidindo caso a caso sem recorrer a teorias abrangentes e sem prestar rígida deferência às iniciativas parlamentares. Atuam apontando caminhos para mudanças sem impô-las, necessariamente, permitindo a atuação dos demais poderes. Tem, portanto, um perfil mais dialógico. Finalmente, os juízes mudos preferem não decidir – de diversas formas, desde controlando a agenda dos processos, sem incluí-los em pauta, deixando que a questão amadureça mais na sociedade; ou recorrendo a questões processuais (formais) para não examinar o mérito da questão. O juiz mudo, portanto, é o mais estratégico. Embora seja o mais reservado, é o que mais faz cálculos. Em regra, os juízes transitam entre essas personas, embora alguns juízes possuam uma característica dominante.³⁷⁸ Sunstein prefere o juiz minimalista, sugerindo que o juiz não deve dizer mais que o necessário para resolver um caso concreto, reservando à política a tarefa de promover os acordos constitucionais.³⁷⁹ De fato, quando a decisão

³⁷⁶ Barroso (2015).

³⁷⁷ Foi o que ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário n. 580.252, em que o ministro pediu vistas dos autos, embora concordasse integralmente com as premissas do voto do relator, para oferecer uma solução mais efetiva (e criativa) ao problema. Esse caso é analisado pelo ministro em sua retrospectiva anual ao Conjur: Revista Consultor Jurídico. As 10 principais decisões da pauta "qualitativa" do Supremo Tribunal Federal. 28.12.2015.

³⁷⁸ Sunstein (2015).

³⁷⁹ Sunstein (1999, p. 3-4).

judicial extrapola os limites do caso, falando mais que o caso requer para sua solução, algumas dificuldades se apresentam. Por um lado, pode-se ter lugar consequências não previstas, que afetam outros atores, a princípio não relacionados à demanda; o que conduz à menor probabilidade de se alcançar consensos, por outro lado, mantendo-se a discussão viva na sociedade, muitas vezes gerando um impasse.³⁸⁰

Em certos casos, o tribunal decide mais do que está colocado pelo caso concreto. Foi o que aconteceu no julgamento do Recurso Extraordinário n. 641.320, em que Gilmar Mendes e Lewandowski divergiram sobre o grau de interferência do Supremo na atuação do Conselho Nacional de Justiça. Gilmar defendia que o STF poderia determinar a ampliação de determinadas políticas públicas ao Conselho, enquanto Lewandowski entendia que aquilo seria uma interferência indevida do STF no CNJ,³⁸¹ embora não houvesse problema se fossem feitas recomendações em vez de determinações. Gilmar, portanto, entendia que o STF poderia tomar uma decisão abrangente, enquanto Lewandowski defendia uma decisão dialógica. Uma terceira postura foi adotada pelo ministro Marco Aurélio, que sugeriu que o tribunal estava extrapolando os limites da demanda, do caso concreto. Além da possibilidade de consequências não previstas de antemão e além da menor probabilidade de consensos, existe uma maior possibilidade de erro da decisão.³⁸² Isto é, se o judiciário extrapola seus limites, está mais sujeito a erros, porque tende a envolver mais aspectos do que deveria, o que significa, em certa medida, o bloqueio do processo de construção política das decisões. Muitas vezes o debate não está maduro na sociedade e a decisão da corte implica a antecipação de uma resposta e um freio à tarefa deliberativa do processo político. Em muitos casos, pode ser que as posições em desacordo se radicalizem, tornando as possibilidades de consensos cada vez menores, polarizando os grupos e dividindo a sociedade. Nessa medida, uma postura mais autocontida seria desejável.³⁸³

Se Sunstein define uma tipologia de personas constitucionais a partir da atuação dos juízes da Suprema Corte norte-americana, a forma como os ministros do STF compreendem suas próprias funções permite o esboço de uma tipologia própria para o caso brasileiro, em três personas: juízes

³⁸⁰ Sunstein (2010, p. 294-297).

³⁸¹ Na ocasião, Lewandowski sugeriu: “Acho que o STF não pode ou não deveria determinar a um órgão que em autonomia administrativa e competências fixadas, obrigações dessa natureza, pontual, no varejo”.

³⁸² Sunstein (2001, p. 46-55).

³⁸³ Sunstein (2009).

iluministas, deferentes e contidos.³⁸⁴ O juiz iluminista pretende fazer a sociedade avançar, entendendo que, em diversas ocasiões, cabe ao STF empurrar a história. É um juiz de vanguarda, que acredita que as decisões judiciais podem promover mudanças sociais significativas.³⁸⁵ É a persona que mais se aproxima do ativismo judicial. O juiz deferente presume muito de si, mas não presume demais: estimula o diálogo institucional, privilegiando a decisão parlamentar. O juiz contido, por outro lado, se propõe a não dizer mais que o bastante para resolver o caso concreto. Muito embora exista um paralelo entre os juízes contidos e soldados, deferentes e minimalistas e entre iluministas e heróis, os padrões contido, deferente e iluminista refletem a atuação dos atuais ministros do STF, sem pretender sugerir um modelo abrangente de explicação dos juízes de uma suprema corte.³⁸⁶ No exemplo citado (RE 641.320), Gilmar teria atuado como juiz iluminista, promovendo uma leitura abrangente sobre políticas públicas; Lewandowski como juiz deferente, incentivando o diálogo institucional; e Marco Aurélio como juiz contido, reservando-se a decidir nos limites do caso concreto. As decisões do STF podem ser explicadas nos termos de um desacordo entre essas três personas, como esse caso ilustra.

As personas explicam padrões de comportamento, mas não vinculam a postura dos ministros, que, em geral, transitam entre elas. As personas não podem ser explicadas em termos estatísticos, quantitativos. Se determinado ministro foi iluminista num elevado número de casos, ele não é necessariamente iluminista, pois ele pode seguir um padrão iluminista em determinados tipos de matérias, mas não em outras. Há juízes que proferem decisões abrangentes em questões de políticas públicas, por exemplo, mas costumam ser contidos em demandas relacionadas ao processo legislativo. Gilmar não é sempre iluminista, atuando como juiz contido e deferente em outros casos, assim como Lewandowski, Marco Aurélio e os demais ministros. A tipologia pretende explicar o comportamento legítimo dos ministros segundo eles próprios, sendo útil como parâmetro de controle da atuação judicial. Por isso, a tipologia permite o exame de posturas ilegítimas, como se fará

³⁸⁴ Uma tipologia de perfis de juízes também é feita por Ost (1993).

³⁸⁵ Para uma relativização das potencialidades das decisões judiciais para promoção de mudanças sociais significativas, ver Rosenberg (2007).

³⁸⁶ Em diversas falas mencionadas nesse trabalho, encontram-se defesas legítimas da atuação dos ministros do STF, que permitiram o esboço dessas três personas. Fux, por exemplo, defendeu uma atuação abrangente do STF em casos de implementação de políticas públicas, como em matérias relacionadas ao direito à moradia, a exemplo da corte sul-africana. Barroso também defende uma atuação expansiva do STF como vanguarda iluminista da sociedade, a fim de empurrar a história, mas noutras vezes estimula o diálogo institucional, defendendo uma postura deferente em relação às deliberações políticas. Marco Aurélio, por sua vez, tem defendido que ao juiz não cabe pretender empurrar a história, mas decidir casos concretos.

adiante, sobretudo quando os ministros transitam entre as personas em matérias relativamente próximas.

Gilmar Mendes, por exemplo, defendeu postura contida na ação sobre financiamento de campanhas (ADI 4.650) e na definição do rito do processo de impeachment (ADPF 378), em homenagem à deliberação do congresso, mas suspendeu, monocraticamente, a tramitação do Projeto de Lei n. 4.470/2012, da Câmara dos Deputados, que definia novas regras sobre a criação de partidos, alegando que a aprovação do projeto teria ocorrido de forma “casuística e direcionada a atores políticos específicos” (MS 32.033-DF). A suspensão da tramitação de projetos de lei é incomum na jurisprudência do STF, sobretudo em decisões monocráticas e sob alegação de casuismo. Gilmar não apontou qualquer violação ao processo legislativo, a não ser a rapidez na tramitação da proposta, o que não constitui vício algum: o tempo de aprovação de um projeto é, em si, uma questão política. Nesse caso, Gilmar decidiu contra a jurisprudência, monocraticamente. Tanto que, posteriormente, o plenário cassou a liminar, permitindo a tramitação da proposta, que foi sancionada pela Presidência da República (Lei n. 12.875/2013). Esses casos se referem a questões sensíveis do processo político, o que, a rigor, exigiria uma mesma postura de juiz. Um padrão, seja ele qual for, mais ativista ou mais autocontido. Nos três casos, porém, Gilmar Mendes transitou (politicamente) entre as personas.³⁸⁷

Persona política.

Bolivarianismo.

Os ministros atuam politicamente em suas manifestações públicas, direcionando a tomada de decisões políticas. A atuação pode ser política no plano individual, dos ministros, ou no plano coletivo, da corte. A corte atua politicamente quando suas decisões são capazes de influenciar o jogo político. Quando um mesmo partido passou a ser responsável pela indicação da ampla maioria da atual composição do tribunal, houve certa mobilização para aprovação da Proposta de Emenda Constitucional 457/2005, a chamada “PEC da Bengala”, que aumentou para 75 anos a idade para aposentadoria compulsória dos ministros do STF, retirando da Presidente da República a possibi-

³⁸⁷ Os discursos de Gilmar Mendes no MS 32.033-DF são examinados por Benvindo (2014).

lidade de fazer novas indicações em seu segundo mandato. Nesse período, Gilmar Mendes apimentou a questão com declarações na imprensa, alertando a sociedade para os riscos de que o Supremo “não se converta numa corte bolivariana”.³⁸⁸

Impeachment.

Desde que o STF se dedicou a discutir o fim do financiamento empresarial de campanhas e a estabelecer o rito do processo de impeachment, Gilmar Mendes tem dado declarações políticas na imprensa, constringendo seus colegas de tribunal e impulsionando iniciativas de oposição ao governo, sem esconder suas preferências. Em meio ao processo de impeachment, afirmou que o Procurador-Geral da República deveria deixar de “atuar como advogado da presidente Dilma”³⁸⁹ e sugeriu que Michel Temer “seria um ótimo presidente do Brasil”³⁹⁰, além de ironizar o governo, sugerindo que “ninguém se mantém no cargo com liminar do Supremo”.³⁹¹ Quando o rito do processo de impeachment foi finalmente definido pelo plenário do STF (ADPF 378), Gilmar, que foi voto vencido, declarou na imprensa que aquele julgamento era um indício de que a corte já teria se tornado bolivariana: “Lembra que eu tinha falado do risco de cooptação da Corte? Eu acho que nesse caso isso ocorreu”. O ministro sugeriu que havia “todo um projeto de bolivarização da Corte”³⁹², que acabou “fazendo artificialismos jurídicos para tentar salvar, colocar um balão de oxigênio em alguém que já tem morte cerebral”.³⁹³ Possivelmente, nenhum parlamentar da oposição tenha feito declarações tão duras ao STF na imprensa nesse período. Gilmar Mendes sustenta que a corte tem se tornado bolivariana pela forma como decidiu o rito do processo de impeachment (ADP 378), que, no entanto, apenas referendou o rito já estabelecido na época do impedimento do presidente Collor. Questionado sobre os desdobramentos da Operação Lava Jato, que revelou casos de corrupção na Petrobras, em relação ao mandato da presidente Dilma, Gilmar Mendes afirmou: “O que se diz é que não há nenhuma prova contra a presidente, mas nós sabemos que isso não se

³⁸⁸ Folha de S. Paulo. O STF não pode se converter em uma corte bolivariana. 3.11.2014.

³⁸⁹ Folha de S. Paulo. Gilmar Mendes diz que Janot não deve atuar como ‘advogado’ de Dilma. 30.8.2015.

³⁹⁰ Folha de S. Paulo. Gilmar Mendes afirma que Temer seria ‘ótimo presidente’. 11.12.2015.

³⁹¹ Folha de S. Paulo. Ninguém se mantém no cargo com liminar do STF, ironiza Gilmar Mendes. 15.10.2015. A fala de Gilmar Mendes foi em referência às liminares concedidas por Teori Zavascki e Rosa Weber, que suspenderam o rito estabelecido pelo Presidente da Câmara, Eduardo Cunha, para o processo de impeachment.

³⁹² O ministro declarou: “É evidente que assim como se opera em outros ramos do Estado, também se pretende fazer isso no tribunal e, infelizmente, ontem (quinta) nós demos mostras disso” (voto-vista, ADI 4.650).

³⁹³ Jovem Pan. Ministro do STF Gilmar Mendes fala em cooptação e bolivarização da Corte. 18.12.2015.

desenvolveu por geração espontânea, e ela estava em funções-chave desde o Ministério Minas e Energia, Casa Civil e Presidência. Tem ela condições de continuar a governar?”³⁹⁴ Se ao STF cabe o papel moderador de mediar conflitos políticos, em todos esses casos Gilmar Mendes tem atuado menos como árbitro, e mais como propulsor de controvérsias políticas.

ADI 4650.

As manifestações políticas dos ministros do STF na imprensa ressoam no tribunal, com reflexos para a deliberação de certas questões. O julgamento da ADI 4.650 revelou o comportamento estratégico do ministro Gilmar Mendes, na tentativa de fazer prevalecer seu posicionamento. A ação proposta pela OAB pretendia pôr fim ao financiamento empresarial de campanhas eleitorais. Em abril de 2014, já havia maioria formada pela procedência da ação, quando o ministro pediu vista do processo. Embora tenha antecipado seu posicionamento em plenário e em diversas entrevistas, o processo só foi devolvido um ano e cinco meses depois, logo após aprovação na Câmara de um projeto de lei que autorizava o financiamento empresarial de campanhas, na linha do que o ministro defendia. Esperava-se que o objeto da ação ficasse prejudicado, ou que outros ministros pudessem mudar de posição, como Dias Toffoli. Quando o processo foi pautado, Gilmar proferiu um voto-vista de quatro horas, acusando a OAB de ter sido cooptada pelo Partido dos Trabalhadores para que propusesse a ação. Ao final da sessão, quando o representante da OAB solicitou a palavra para que pudesse esclarecer esse ponto, o ministro protestou, alegando que o advogado não teria nenhuma questão de fato para esclarecer, no que foi contrariado pelo presidente, que concedeu a palavra ao advogado. O ministro Gilmar, então, abandonou o plenário, em ato que se repetiria no dia seguinte, após o voto de seus colegas pela procedência da ação, antes da proclamação do resultado do julgamento. Assim, Gilmar Mendes pretendia reabrir a discussão na semana seguinte, com a participação do ministro Dias Toffoli, que havia indicado que mudaria seu voto. No entanto, o presidente declarou encerrado o julgamento, em tom de desabafo: “esse julgamento acabou”.³⁹⁵

³⁹⁴ Por fim, Gilmar sugeriu que o Ministério Público também estava copiado: “O Ministério Público talvez pudesse ter sido ator mais presente. Pelo menos na Justiça Eleitoral, parecia meio cooptado”. Folha de S. Paulo. TSE está apto a julgar cassação de Dilma, diz Gilmar Mendes. 8.11.2015.

³⁹⁵ JOTA. Obstruções e modulações: o julgamento do financiamento de campanha. 17.9.2015.

A atuação de Gilmar Mendes no julgamento da ADI 4.650 foi, portanto, permeada por componentes políticos e estratégicos. O ministro potencializou seu poder informal de agenda individual de forma ilegítima e anti-colegiada. Seu pedido de vista no processo foi uma tentativa de reverter o resultado que se desenhava em plenário. Durante sua presidência no STF, Gilmar Mendes comentou sobre pedidos de vista. Para ele, os pedidos são, muitas vezes, inevitáveis, de modo que não devem deixar de existir, mas alertou para a necessidade de reduzir o tempo de retomada do julgamento, fixando prazos, limites para uma dinâmica adequada à vista. Ele se comprometeu a discutir esse assunto internamente, talvez propondo um mecanismo de memória eletrônica, que chamasse atenção para o tempo em que os processos estariam suspensos, assim promovendo algum tipo de racionalidade e constrangimentos.³⁹⁶ O ministro já havia manifestado esse entendimento em sua sabatina, ao responder aos questionamentos do senador Pedro Simon. No entanto, o ministro não esconde que engavetou o processo para que o congresso nacional pudesse se manifestar sobre a questão antes do STF. Ao proferir seu voto, ele afirmou que “O voto-vista não é apenas para o plenário. É um voto para a história. Tem compromisso com a história de se advertir sobre essa situação e de usar o Supremo em uma questão política”.³⁹⁷ De fato, se um ministro pede vista por um ano e cinco meses para melhor examinar um processo, é de se esperar que aprofunde os aspectos constitucionais da questão. Não foi o que ocorreu. Em seu voto, o ministro se dedicou a criticar o governo e seu partido, sem aprofundar o exame da constitucionalidade do financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas. A seguir, seu voto-vista será analisado, para verificar em que medida ele transcende a análise técnica, e em que medida as preferências políticas do ministro penetraram suas razões de decidir. O exame de seu voto-vista e de suas manifestações políticas revela uma persona política, que transcende os perfis de atuação legítima identificados. Enfim, a atuação do ministro Gilmar Mendes nesses casos é incompatível com as manifestações públicas dos ministros do STF sobre as funções que exercem. Está em desacordo, inclusive, com suas próprias falas anteriores.

Voto-vista.

³⁹⁶ STF. Entrevista coletiva do ministro Gilmar Mendes. 18.12.2009.

³⁹⁷ EL PAÍS Brasil. Gilmar Mendes, um bastião da oposição ao PT no Supremo. 20.9.2015.

No início de seu voto-vista, Gilmar Mendes adverte que a ADI 4.650 tem “pedidos bastante ousados”, e que por isso a corte deveria construir uma decisão “constitucionalmente adequada e politicamente factível”, orientando, desde logo, seu voto em (i) argumentos jurídicos recheados de comentários políticos, com teor fortemente especulativo e (ii) argumentos consequencialistas; portanto, com um olhar na constituição e outro na política.³⁹⁸ O ministro sustenta que as regras sobre financiamento de campanhas deveriam observar as “circunstâncias histórico-culturais de cada país”, as “características relacionadas ao sistema de governo” e as “práticas políticas efetivamente vivenciadas”, o que lhe permite, mais adiante, relacionar o financiamento de campanhas brasileiro com as denúncias de corrupção reveladas pela Operação Lava Jato.

O argumento jurídico central de Gilmar Mendes sustenta que “não há vedação expressa à doação de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais”. O argumento de Teori Zavascki, que abriu a divergência acompanhada por Gilmar Mendes, foi no mesmo sentido, ao defender que as regras sobre financiamento eram ruins, mas não inconstitucionais. O voto de Gilmar Mendes, no entanto, foi muito além disso. O segundo argumento jurídico de seu voto trata da postura da corte diante da complexidade da matéria: “a ausência de parâmetros constitucionais específicos (...) recomenda que qualquer modificação seja debatida no Congresso”. Gilmar Mendes defendia, portanto, uma postura contida da corte, em razão da deliberação do congresso nacional da semana anterior, que havia aprovado regras sobre financiamento de campanhas, mas que ainda dependia de sanção presidencial.³⁹⁹ Nessa medida, se não havia vedação constitucional expressa, a decisão caberia ao congresso, não ao judiciário. O terceiro argumento jurídico é de direito comparado, em que o ministro sustenta (i) que a maioria dos sistemas eleitorais conhecidos adota o sistema misto, com financiamento privado de pessoas físicas e jurídicas e limitações de valor. Gilmar Mendes recorre ao direito comparado para argumentar, ainda, que mesmo onde o financiamento de campanhas por pessoas jurídicas foi proibido,⁴⁰⁰ os partidos e candidatos sempre encontraram formas de fazer os recursos de pessoas jurídicas financiarem suas campanhas eleitorais. Assim, as diretrizes normativas sobre

³⁹⁸ As transcrições, citações e referências desse tópico foram retiradas de seu voto-vista na ADI 4.650.

³⁹⁹ A Presidência da República vetou o dispositivo que autorizava o financiamento empresarial de campanhas, com base na decisão do STF na ADI 4.650.

⁴⁰⁰ Como nos Estados Unidos até 2010, quando a decisão no caso *Citizens United v. Federal Election Commission* permitiu o financiamento de pessoas jurídicas com base na primeira emenda à constituição, que protege a liberdade de expressão.

financiamento de campanhas estimulam a criatividade dos atores políticos envolvidos, que inventam “novas formas de financiar suas campanhas, aproveitando-se das brechas da regulamentação, de forma legal ou não”.

Em seguida, o ministro sustenta que o Brasil, (i) por ter um regime presidencialista, que (ii) demanda eleição nacional para escolha do Presidente da República, (iii) dentro de um território vasto, tende a ter campanhas eleitorais “mais caras”, o que implica a inevitabilidade de um sistema misto, com recursos públicos e privados. Por isso, é “imprescindível que os partidos políticos logrem auferir recursos privados, por via de doações, seja de pessoas naturais, seja de pessoas jurídicas”. Gilmar Mendes sustenta que o financiamento privado estabelece uma conexão entre os partidos e a sociedade, concluindo que o financiamento empresarial de campanhas, apesar dos vícios, “viabiliza a concorrência democrática efetiva”. Eventuais abusos podem ser evitados com o aprimoramento da legislação e sua fiscalização. O ministro sugeriu, ainda, que o impeachment do presidente Collor decorreu, em grande parte, aos “ilícitos relacionados ao financiamento de sua campanha eleitoral”, lembrando que, à época, a legislação eleitoral vedava o financiamento eleitoral por empresas.⁴⁰¹ A partir daí, Gilmar Mendes faz um paralelo entre as “relações escusas que se estabeleceram entre grandes empreiteiras e parte do poder político” denunciadas pela CPI do Esquema PC Farias e as denúncias de corrupção então reveladas pela Operação Lava Jato. Segundo o relatório da referida CPI, o país deveria limitar os gastos de campanha, com efetiva fiscalização pela Justiça Eleitoral, em vez de proibir o financiamento eleitoral por empresas, o que, na prática, seria impossível. O ministro sugere que os desvios da campanha eleitoral de Collor foram determinantes para seu impedimento, enfatizando que, atualmente, “o Brasil vê-se às voltas com escândalo de dimensões muito maiores”.

Gilmar Mendes aponta as denúncias da Operação Lava Jato como evidências de um “método criminoso de governança, que visava a perpetuação de um partido no poder, por meio do asfixiamento da oposição”. O ministro se refere ao Partido dos Trabalhadores, que, em sua argumentação, teria sido o grande beneficiário do esquema de corrupção na Petrobras e que teria patrocinado o ajuizamento da ADI 4.650 como pregação de “recém-convertido”. Gilmar Mendes impõe sua própria leitura dos fatos denunciados pela Operação Lava Jato, não se constringendo em fazer pré-julgamentos, em referência a investigações e denúncias, então sem nenhuma condenação judi-

⁴⁰¹ Conforme art. 91, IV da Lei n. 5.682/71, que espelhava o art. 56, IV da Lei n. 4.740/65.

cial; e ignorando que as empresas denunciadas também doaram recursos para os partidos da oposição. A postura de Gilmar Mendes não sugere um ator neutro nesse processo. Segundo o ministro, “A investigação revela que o patrimônio público estaria sendo saqueado pelas forças políticas”. Sua gramática se distancia da prudência e imparcialidade que se exige de um juiz: o ministro afirma que “as investigações revelam”, em vez de sugerir algo como “segundo as investigações”. Assim, mesmo sem acesso aos autos da investigação e apenas com informações jornalísticas, Gilmar Mendes tem suas convicções formadas. Talvez por isso tenha sustentado que “Os recursos serviriam para manter a boa vida dos mandatários” em um “esquema que se afigura como um verdadeiro método de governar”. Assim, os recursos serviriam para o financiamento de campanhas e a corrupção de agentes públicos, “a manutenção de base partidária fisiológica, a compra de apoio da imprensa e de movimentos sociais”.

O voto de Gilmar Mendes praticamente considera como prova as apurações da investigação policial noticiadas na imprensa.⁴⁰² Segundo o ministro, “Parte da propina voltaria ao PT em forma de doações contabilizadas à legenda e às campanhas eleitorais. Outra parte seria entregue em dinheiro ao tesoureiro do partido. Uma terceira financiaria a agremiação, por meio de doações indiretas ocultas”. Dessa forma, ‘os recursos da Petrobras alimentariam indiretamente o PT, gerando créditos não rastreáveis, além de sustentar blogs veiculadores de propaganda do projeto de poder financiado com recursos da sociedade’. Sobre as doações de empreiteiras investigadas à campanha presidencial de Dilma Rousseff, Gilmar Mendes alega que os valores “são tão expressivos que a própria campanha parece ter servido como plataforma para que os recursos fossem novamente desviados, para, sabe-se lá, que finalidade escusa”. Assim, “a doação declarada era apenas uma das portas para o retorno dos recursos públicos ao Partido”. Da mesma forma, “a imagem partidária, cultivada com recursos públicos, era uma preocupação permanente”. Enfim, para o ministro, as empresas estatais “foram assaltadas por um grupo de pessoas que pretenderam usar o estado brasileiro para benefício próprio e de seu projeto de poder”. Além disso, Gilmar Mendes identifica a ADI 4.650, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, como ação patrocinada pelo Partido dos Trabalhadores, como parte de sua estratégia de manutenção do poder político: “Não deixa de ser interessante que o partido que é o grande beneficiário do esquema desvelado pela

⁴⁰² Ao final de seu voto, o ministro sugeriu que não ignora tratar-se de denúncias, não de condenações: “Ressalto que estou me referindo a fatos graves, muitos deles criminosos. Não desconheço a presunção de não culpabilidade e bem sei que não há sentença condenatória com trânsito em julgado em relação a eles. No entanto, essas referências são indispensáveis ao julgamento desta ação”.

Operação Lava Jato e, sem sombra de dúvida, seu mentor, seja também o incentivador e até mesmo patrocinador de providências (esta ADI figura entre elas) que visam proibir a doação de empresas privadas para campanhas eleitorais. Como se explicar tal fenômeno? Sensibilidade de recém-convertido?”

A ADI 4650 requeria a imposição de um limite per capita para doações de pessoas físicas. Gilmar Mendes entende que essa seria uma espécie de autorização legislativa para o crime de lavagem de dinheiro, pois entende que o barateamento das campanhas não está desenhado no horizonte, o que significa dizer que “a restrição das doações às pessoas físicas acarretará, sem nenhuma dúvida: i) a clandestinidade de doações de pessoas jurídicas, por meio do caixa 2; e ii) estímulo à prática sistemática de crimes de falsidade, com o uso de CPFs de ‘laranjas’”. Portanto, a limitação da contribuição de pessoas físicas favoreceria o crime de lavagem de dinheiro. Gilmar Mendes ressalta que o Brasil não possui uma cultura de doações eleitorais de pessoas físicas, de modo que afastar a possibilidade de doação por empresas seria “simplesmente um convite à criminalização das campanhas eleitorais”, na medida em que o alto custo das campanhas eleitorais não poderia ser suportado pelos recursos do Fundo Partidário.

Gilmar Mendes enxerga um ciclo orquestrado pelo Partido dos Trabalhadores para perpetuação no poder, referindo-se às eleições de 2006, 2010 e 2014: “Ao menos nas últimas três eleições gerais, o partido do poder aproveitou-se do patrimônio público, que ingressou em seus cofres mediante doações ao partido, fora de períodos eleitorais, e durante as campanhas, bem como pela via do caixa 2”. Desse modo, a última etapa do projeto de perpetuação no poder ocorreria mediante o desequilíbrio da concorrência eleitoral, com a proibição das doações de recursos de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, pois “sem novos pixulecos, o partido teria condições de financiar, só com o valor já desviado, eleições presidenciais até 2038”.⁴⁰³ Assim, Gilmar Mendes insinua que o PT reivindica o fim do modelo por já ter garantido sua perpetuação no poder: “é nessa quadra da história, com o alforje cheio, que o Partido dos Trabalhadores defende a vedação, ou ao menos a expressiva restrição, do financiamento privado de campanha. É impossível acreditar que o Partido que mais se beneficiou de doações privadas, legais ou não, nos últimos anos, tenha agora se convertido a uma posição contrária a qualquer espécie particular na política eleitoral”. A essa altura, é preciso lembrar que o PT não era o autor da ação, não era parte interessada, tampouco defendia o

⁴⁰³ Pixuleco é uma gíria utilizada como sinônimo de propina ou dinheiro roubado. O uso desse termo é simbólico, pois tem sido utilizado em manifestações antipetistas em referência ao ex-presidente Lula, representado por um boneco inflável vestido de presidiário.

modelo de financiamento eleitoral proposto pela OAB. Gilmar Mendes faz aproximações controversas, sem embasar seus argumentos juridicamente, porque, no fim das contas, são discursos mais próximos da política que do direito. Suas falas, gestos e postura sugerem forte componente político e estratégico em diversas etapas do processo, inclusive em seu voto.

Segundo Gilmar Mendes, fazer a reforma política pela via judicial era o objetivo do Partido dos Trabalhadores: “vejam, esta tem sido, também, a preocupação do Partido que está no poder há 4 mandatos. (...) O que houve, portanto, foi a absorção de um projeto de poder, defendido por um partido que já se confundia com o Estado brasileiro, por parte da sociedade civil organizada, no caso pela OAB. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil adotou a proposta e a apresentou ao Supremo Tribunal Federal”. Para o ministro, o fato de o PT não conseguir consenso entre os parlamentares para aprovação de sua proposta de reforma política, necessitando fazê-la pela via judicial, revela a atuação da Ordem dos Advogados do Brasil como “laranja” do Partido: “Essa visão autoritária e que pretendia ceifar a concorrência democrática no Brasil, oriunda de um partido político, foi, então, encampada como posição defendida pela sociedade brasileira. E isso foi feito por meio da manipulação da OAB”. Enfim, Gilmar Mendes entende que a ADI ajuizada pretendia “manipular a mais alta Corte de Justiça brasileira, pretendendo, com isso, arrancar deste colegiado interpretação legitimadora de um verdadeiro golpe nas instituições representativas brasileiras”. Por isso, o ministro sustenta que “Estamos falando do partido que conseguiu se financiar a ponto de chegar ao poder; uma vez no Governo, passou a manter esquema permanente de fluxo de verbas públicas para o partido, por meio de propinas e pixulecos de variados matizes; e, após chegar ao poder e a partir dele abastecer, de modo nunca antes visto na história do país, o caixa do partido, busca-se fechar as portas da competição eleitoral, sufocando os meios de financiamento dos concorrentes”. Assim, “O partido engordado no poder pretendia fechar as portas de acesso ao Governo pelas quais ele mesmo lá chegou”. Novamente, as notícias relacionadas à Operação Lava Jato foram razões suficientes para embasar suas falas: “E não se diga que estou a exagerar, pois os fatos revelados pela Operação Lava Jato praticamente comprovam tudo o que se está a dizer aqui”.

Por fim, como um tópico menor e desimportante de seu voto, o ministro analisa a “ausência de vedação constitucional às doações de campanha”. Seu argumento jurídico é que se a constituição não veda, logo, é permitido. Gilmar Mendes entende que se o artigo 17, inciso II da constituição proíbe o recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros pelos partidos sem vedar outras hipóteses de financiamento, logo, elas são permitidas, como o financiamento

privado por pessoas físicas e jurídicas, tema que cabe ao próprio legislativo regulamentar. Para o ministro, as doações empresariais reequilibram o processo eleitoral, e não o contrário. Seu argumento é que os governantes já usufruem de grande visibilidade, de modo que resta à oposição buscar financiamento de empresas, cuja vedação beneficiaria diretamente o candidato da situação. A inicial da ADI 4.650 sustenta que o financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas viola o princípio democrático, republicano e da isonomia. Gilmar Mendes, no entanto, sustenta o contrário, que o financiamento privado homenageia esses princípios, “dada a realidade brasileira”. O ministro acredita que o financiamento privado, especialmente por pessoas jurídicas, viabiliza a competição eleitoral, permitindo à oposição financiar suas campanhas, já que considera que o partido governante teria desviado recursos suficientes para financiar suas campanhas até 2038. Por isso, o ministro conclui que o financiamento privado por empresas favorece a igualdade de chances, o princípio democrático, republicano e da isonomia, e não o contrário.

Conclusão.

A pesquisa fez um longo percurso pelas falas dos ministros do STF, desde suas sabatinas. A análise dos discursos dos ministros fornece subsídios para uma renovada crítica sobre o papel da corte. Os ministros se posicionam sobre os grandes temas nacionais como opinantes constitucionais. Manifestam-se na imprensa para orientar os sentidos da constituição, influenciando na deliberação pública para além dos autos judiciais. Opinam sobre processos em pauta e sobre temas ainda não judicializados. Influem sobre a propositura de ações, projetos de lei e políticas governamentais. Enfim, não são atores indiferentes no processo político. A atuação dos ministros fora da corte tem uma dimensão de fala e escuta, que os situam como interlocutores constitucionais da sociedade. Suas falas são percebidas pelos atores políticos como posicionamentos institucionais. Suas vozes são ecos do tribunal.

Embora pareçam ilhas, os ministros assumem discursos relativamente próximos sobre a atuação do Supremo. Em suas sabatinas, não estavam interessados em sustentar qualquer modelo de supremacia judicial. Ao contrário, sugeriam posturas judiciais deferentes às iniciativas políticas, com atuação reservada às omissões legislativas, em função complementar ao congresso. Por outro lado, os parlamentares não desafiam a atuação do tribunal, mesmo quando questionam sobre ativismo judicial. Os ministros assumem um discurso padrão sobre ativismo judicial, que os senadores reproduzem com naturalidade. Defendem que o judiciário não interfere nas competências dos outros poderes. Apenas ocupa, legitimamente, o vazio normativo das omissões legislativas, para efetivar a constituição. O discurso padrão sobre a judicialização da política sugere que o judiciário tem a obrigação de se manifestar, e tem agido dentro da esfera de competência que lhe é própria, com parcimônia. De modo que quando o STF decide na ausência de legislação, apenas cumpre seu papel de guardião da constituição.

As sabatinas revelam as percepções de ministros e senadores sobre o papel que o Supremo exerce. Muitas delas, porém, foram tratadas como formalidades relativamente desimportantes em relação aos outros compromissos parlamentares. Até pouco tempo, os senadores dedicavam mais atenção aos projetos em pauta no congresso nacional, questionando os indicados menos para avaliar suas visões de mundo sobre questões sensíveis, e mais para obter opiniões constitucionais sobre assuntos em deliberação no parlamento. Os senadores pretendiam legitimar suas iniciativas legislativas, emprestando parâmetros de constitucionalidade sobre as matérias em pauta. Nas sabatinas

mais recentes, por outro lado, os senadores tentaram antecipar votos dos futuros ministros sobre questões específicas, em geral um mesmo conjunto de pequenos casos, que interessam ao noticiário político tradicional. Os indicados, contudo, adotaram posturas discretas, optando por não se manifestar sobre casos que poderiam julgar no futuro. O ativismo como atuação legítima diante das omissões legislativas pertencia ao imaginário de sabatinados e senadores. A atuação judicial foi questionada, mas não desafiada. Os senadores pareciam apreciar a revisão judicial. Suas falas revelam a legitimidade e autoridade da atuação do Supremo perante a classe política. As questões sobre ativismo judicial serviam menos como críticas, e mais como curiosidade sobre o potencial da jurisdição constitucional para proteção e afirmação de direitos, inclusive dos próprios senadores. Os indicados estavam interessados no desenvolvimento do STF como corte constitucional, com o deslocamento de competências para outros tribunais, para que ele possa se dedicar apenas aos grandes casos constitucionais.

Em entrevistas, os ministros são chamados a opinar sobre questões do dia a dia, relacionadas ao noticiário político tradicional. Os jornais têm se dedicado pouco a discutir o papel do STF, à exceção dos veículos jurídicos especializados. São comuns referências a um conjunto relativamente pequeno de casos, que pouco revelam sobre o que de fato ocupa a agenda do tribunal e o papel que desempenham. Assim como nas sabinas, os ministros têm defendido a transformação do Supremo em corte constitucional, apoiando inovações normativas que restrinjam o número de processos, para que o tribunal deixe de ser a terceira ou quarta instância recursal. Gradativamente, eles têm sido bem-sucedidos nessa tarefa. Os ministros defendem que o STF se dedique a decidir os grandes casos nacionais e a cobertura da mídia tem conferido a falsa impressão de que eles ocupam a pauta do tribunal. No entanto, mais de 90% das atividades dos gabinetes são dedicadas a temas de pouco interesse público, em geral demandas repetitivas. Por esse ponto de vista, o STF não é corte constitucional. Mas, em relação às pautas que ocupam o plenário, predominam matérias constitucionais, em geral ações diretas e recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida. Algumas competências foram deslocadas para as turmas, para que o plenário possa ser identificado como corte constitucional. A construção do STF como corte constitucional deriva mais das iniciativas de seus ministros que de inovações legislativas.

Os ministros rejeitam o termo ativismo judicial. Preferem falar em protagonismo ou atuação expansiva. Atribuem a centralidade política do STF à constituição e aos parlamentares, não à sua composição ou postura. Os ministros raramente admitem casos de ativismo. Argumentam que

o Supremo não é ativista por decidir favoravelmente ao legislativo em uma maioria de casos. Ignoram que o tribunal pode ampliar a extensão de seu poder em cada decisão, mesmo quando decide favoravelmente aos outros poderes. Os ministros se sentem confortáveis com o discurso de que o judiciário atua legitimamente nas omissões legislativas, sem invadir competências. A expansão do judiciário, contudo, não pressupõe crise legislativa. O discurso de neutralidade, de que o Judiciário apenas responde às demandas que aparecem, esteve nas sabatinas, e está presente nas manifestações públicas dos ministros. Há uma certa percepção de que a judicialização da política se deve aos próprios políticos, o que conduz ao protagonismo judicial. Existe um discurso padrão dos ministros para responder às críticas de ativismo judicial: a omissão do congresso leva a questão ao STF, que não age de ofício, mas não pode deixar de decidir; finalmente, o tribunal decide, garantindo direitos fundamentais. Essa descrição, no entanto, nada diz sobre ativismo judicial. Se a judicialização é inevitável, o ativismo judicial não é, pois diz respeito a uma questão de postura do tribunal diante das questões que recebe. A fragmentação política explica parte da disfuncionalidade deliberativa do legislativo e suas omissões normativas, mas o protagonismo judicial deriva tanto do comportamento dos juízes quanto dos incentivos da classe política à judicialização. O Supremo pode responder às demandas de modo mais ou menos expansivo. A garantia dos direitos fundamentais pode exigir ativismo em certos casos, mas autocontenção em outros. Os ministros, no entanto, não enfrentam esse problema.

Ao contrário das sabatinas, as manifestações públicas dos ministros sugerem discursos de supremacia judicial. Os ministros confundem supremacia constitucional com supremacia judicial, por vezes afirmando que a constituição é aquilo que o Supremo diz que ela é. Em geral, afirmam a última palavra da corte sobre a constituição. Mas supremacia da constituição não significa supremacia da interpretação judicial. Os ministros aproximam a tarefa de decidir na omissão do parlamento com a legitimidade para decidir por último. Discursos desse tipo já existiam em 1997 e 2001, nas presidências de Celso de Mello e Marco Aurélio. Por isso, narrativas de supremacia judicial são anteriores ao próprio protagonismo do Supremo. Os ministros têm afirmado a última palavra do STF sem esclarecer seus propósitos e significados. Os discursos de supremacia pretendem reforçar a autoridade das decisões judiciais, ignorando a complexidade das relações entre os poderes e a sociedade, que implica a própria impossibilidade de uma última palavra.

O STF constroi seu destino. Seus problemas, no fundo, não são questões de celeridade ou eficiência, mas de seletividade. Sua agenda é muito pouco transparente. Os ministros atuam estrategicamente dentro e fora da corte. Internamente, controlam a pauta do que vai ser decidido, colegiada ou monocraticamente. Individualmente, os relatores controlam o resultado das decisões colegiadas na medida em que controlam o tempo em que o processo vai ser decidido. O elevado número de ações confere relevante poder de agenda ao presidente, em geral, e aos relatores, em particular, para definir o que vai ser julgado. A demora, muitas vezes, é uma estratégia para não enfrentar o mérito das questões, que acabam prejudicadas. O STF não atua apenas como arena, da qual os atores políticos fazem uso estratégico, mas como ator interessado no processo político, ao contrário do que sugerem seus ministros. Os ministros têm mecanismos individuais de influenciar o tribunal e os atores políticos, como os pedidos de vista, que conferem poder de agenda individual sobre os processos em que não são relatores. Os ministros fazem cálculos sobre a agenda de deliberações, de modo legítimo ou ilegítimo. Em ambos os casos, porém, atuam em desacordo com os discursos padrões de neutralidade.

Os ministros sugerem perfis de atuação legítimos para o papel que exercem. Suas falas permitem o esboço de uma tipologia de personas constitucionais: os juízes iluministas, deferentes e contidos. As personas explicam padrões de comportamento judicial. Em regra, os ministros transitam entre elas. A tipologia apresentada explica o comportamento legítimo dos ministros segundo seus próprios critérios para atuação de um juiz constitucional. Por isso, o modelo serve de parâmetro para o controle de posturas judiciais desviantes, ilegítimas. Dois exemplos foram úteis para ilustrar comportamentos legítimos e ilegítimos de atuação judicial. O debate entre os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio no julgamento do Recurso Extraordinário n. 641.320 revela que as decisões judiciais podem ser descritas como um desacordo legítimo entre perfis iluministas, contidos e deferentes. Por outro lado, a atuação do ministro Gilmar Mendes na ADI 4.650, dentro e fora da corte, revela um comportamento estratégico traduzível em persona política, ilegítima e incompatível com os critérios de atuação judicial definidos pelos ministros em suas manifestações públicas. A atuação de personas políticas revela que os ministros são menos indiferentes sobre o que vão julgar do que alegam ser.

Bibliografia

ACKERMAN, Bruce. *We the people*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, 3:572, 2005.

ARAÚJO, Eduardo Borges. *A teoria liberal do poder constituinte: uma análise das críticas da comunidade jurídica às propostas de reforma excepcional da constituição*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de influência direta dos Ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade* (Impresso), v. 46, p. 121-155, 2015.

_____. Editorial: O Supremo na Política. A construção da supremacia judicial no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, p. 5-12, 2009.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.

BARNETT, Randy E. Constitutional clichés. *Capital University Law Review*, v. 36, n. 3, p. 492-510, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

_____. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 16, p. 3-42, out.-dez. 2009.

_____. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BASSOK, Or. The Two Countermajoritarian Difficulties. In: *Saint Louis University Public Law Review*. Vol. XXXI: 333, 2012.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. In: *Brooklyn Law Review* v. 71. New York: Brooklyn Law Review, 2006.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “Última Palavra”, o Poder e a História. O Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 201, 2014.

_____. *On The Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Heidelberg; New York: Springer, 2010.

BICKEL, Alexander M. The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

_____. The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics. 2ed. New Heaven: Yale University Press, 1986.

BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antônio G. Moreira (org). Constituição e democracia. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. Prefácio. In: ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. (trad. Menelick de Carvalho Netto). Belo Horizonte : Mandamentos, 2003.

CATTONI, Marcelo. Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Entre Supremacia Constitucional e Supremacia Judicial: novos desafios do controle de constitucionalidade no Brasil. In: Walber de Moura Agra; Celso Luiz Braga de Castro; André Ramos Tavares. (Org.). Constitucionalismo: os Desafios no Terceiro Mundo. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 385-413, 2008.

_____. História do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891). 1. ed. São Paulo: Almedina, 2015.

COSTA, Alexandre Araújo; ARAÚJO, Eduardo Borges. Legitimidade política e compatibilidade constitucional: a recepção pelos juristas das propostas de assembleia constituinte exclusiva para alterar o sistema político. A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 60, p. 207-241, 2015.

_____.; BENVINDO, Juliano Zaiden. A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade?: O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais. Working Paper (SSRN). 2014.

DAHL, Robert. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. Journal of Public Law, 6: 279-295, 1957.

DEBRUN, Michel. A Conciliação e Outras Estratégias. São Paulo: Editora Brasiliense, 1983.

DOTAN, Yoav; HOFNUNG, Menachem. Legal defeats-political wins: why do elected representatives go to Court? Comp. Pol. Stud., n. 75, 2005.

DWORKIN, Ronald. Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; Arguelhes, Diego Werneck. I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011.

_____.; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vítor. 3º Relatório Supremo em Números: O Supremo e o Tempo. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014.

_____.; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista?. Lua Nova, São Paulo, n. 88, p. 429-469, 2013.

FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. *Law and Contemporary Problems*, v. 65, n. 3, p. 41-69, 2002.

FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1988.

FREEMAN, Samuel. *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review*. *Law and Philosophy*, v. 9, n. 4, pp. 327-370, nov. 1990.

FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: How Public Opinion has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

GARGARELLA, Roberto. ¿Por qué estudiar el constitucionalismo popular en América Latina? In: ALTERIO, Ana Micaela; ORTEGA, Roberto Niembro (Orgs.). *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica*. México: Editorial Porrúa, 2013.

GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies – Constitutional Courts in Asian Cases, USA*: Cambridge University Press, 2003.

_____. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York : Oxford University Press, pp. 81-98, 2008.

GODOY, Miguel Gualano de. As audiências públicas e os amici curiae influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? e por que isso deve(ria) importar?. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba*, vol. 60, n. 3, set/dez., p. 137-159, 2015.

GRABER, Mark A. *Constructing judicial review*. *Annual review of political Science, Maryland, Baltimore*, v. 8, n. 1, pp. 425-451, mar. 2005.

_____. The nonmajoritarian difficulty: legislative deference to the Judiciary. *Stud. in Am. Pol. Dev.*, v. 7, n. 35, 1993.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HIRSCHL, Ran. From comparative constitutional law to comparative constitutional studies. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 1, pp. 1-12, jan. 2013.

_____. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *The Annual Review of Political Science*, v. 11, pp. 93-118, 2008.

_____. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006.

_____. Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

HOGG, Peter W. & BUSHELL, Alison A.. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All). In: *Osgoode Hall L. J.*, 35, 1997.

HUGHES, Charles Evans. *Addresses and papers*. New York: G.P. Putnam's Sons, 1908.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of 'judicial activism'. *California Law Review*, v. 92, n. 5, oct. 2004.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. Ativismo Judicial? Jurisprudência Constitucional e Política no STF pós-88. *Novos Estudos CEBRAP (Impresso)*, v. 96, p. 69-86, 2013a.

_____.; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 141-184, 2013b.

KRAMER, Larry D.. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

_____. The Supreme Court, 2000 Term – Foreword: We the Court. *Harvard Law Review* 4, 169, 2001.

LANDFRIED, Christine. Germany. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (orgs.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, p. 307-324, 1995.

LEGALE, Siddharta; FERNANDES, Eric Baracho Dore. O STF nas Cortes Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. *Revista Direito GV*, v. 17, p. 23-46, 2013.

LUNARDI, Fabrício Castagna. *A reconstrução do controle difuso de constitucionalidade à luz da questão institucional: política, cidadania, democracia discursiva e experimentalismo*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

MANFREDI, Christopher e KELLY, James. Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell. In: *Osgoode Hall Law Journal*. Vol. 37, n. 3, 1999.

MATHEN, Carissima. Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy: A Comment on “Charter Dialogue Revisited”. In: Osgoode Hall L. J.. Vol. 45, n. 1, 2007.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Campus Elsevier, 2008.

_____. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MURPHY, W.; TANENHAUS, J. Public opinion and the United States supreme court. *Law and Society Review*, v.2, n.3, pp. 357-82. 1968.

MURPHY, Walter F. “Who Shall Interpret? The Quest of Ultimate Constitutional Interpreter”, *Review of Politics*, 48, 1986.

NEUMANN, Franz. *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*. Leamington, UK, 1986.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

OLIVEIRA, Fabiana Luci; FALAVINHA, Diego H. S.; BRAGHIN, Simone. Processo decisório no STF e o caso da Reforma do Judiciário. *Revista Direito e Práxis*, v. 6, p. 365-394, 2015.

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

ORLANDI, Eni. P. *Discurso em análise: sujeito, sentido e ideologia*. Campinas: Pontes Editores, 2012.

OST, François. Júpter, Hércules e Hermes: três modelos de juez. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. núm. 14, pp. 169-194, 1993.

PAIXÃO, Cristiano. *Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014)*. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, v. 43, p. 415-460, 2014.

_____.; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. 2ª. ed. Brasília: Editora da UnB/FINATEC, 2011.

PETTER, Andrew. Twenty Years of Charter Justification: From Liberal Legalism to Dubious Dialogue. In: U. N. B. L. J.. Vol. 52, 2003.

PICKERILL, J. Mitchell. *Constitutional Deliberation in Congress: the Impact of Judicial Review in a Separated System*. Duke University Press, 2004.

PROGREBINSKY, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Irwin Law, 2001.

RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. A dogmática jurídica como controle do poder soberano: pesquisa empírica e Estado de Direito. In: _____; Flávia Portella Püschel, Marta Rodriguez Assis Machado. (Org.). *Dogmática é conflito : uma visão crítica da racionalidade jurídica*. 1ed. São Paulo: Saraiva, p. 75-88, 2012.

_____. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV. 2013.

ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope: can courts bring about social change*. 2 ed. Chicago, IL: The University of Chicago Press, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Direito e democracia: a reforma global da justiça*. In: PUREZA, José Manuel, FERREIRA, António Casimiro (orgs.). *A teia global. Movimentos sociais e instituições*. Porto: Afrontamento, p. 125-177, 2001.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, p. 557-584, 2013.

_____. *Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 3, p. 191-210, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. *Constitutional Personae: Heroes, Soldiers, Minimalists and Mutes*. New York: Oxford University Press, 2015.

_____. *Decisões políticas teorizadas de modo incompleto no direito constitucional*. Trad.: Leticia Borges Thomas. In: *Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico*. TEIXEIRA, A. V.; e OLIVEIRA, Elton S. de. Barueri: Manole, pp. 294-317, 2010.

_____. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. Michigan Law Review, v. 101, p. 885-951, fev. 2003.

_____. A Constitution of many minds: Why the founding document doesn't mean what it meant before, Princeton: Princeton University Press, 2009.

_____. One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court. Second Print. Cambridge and London: Harvard University Press, 2001.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power. New York: New York University Press, 1995.

_____. Why the expansion of judicial power?. In: _____.; VALLINDER, Torbjörn (orgs.). The global expansion of judicial power. New York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 825-864, 2008.

_____. Judging policy – Courts and policy reform in democratic Brazil. Stanford University Press. 2008.

TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. International Journal of Constitutional Law, vol. 3, n. 4, pp. 617-648, 2005.

TUSHNET, Mark. Non-judicial review. In: Harvard Journal of Legislation. Vol. 40, pp. 453-492, 2003.

_____. Taking the Constitution Away from the Courts. Princeton: Princeton University Press, 1999.

_____. Weak courts, strong rights – judicial review and social welfare rights on comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, pp. 28, 111-161, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck et al. Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista Direito GV, v. 4, p. 441-459, 2008.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. The Yale Law Journal. Vol. 115, p. 1347-1406, 2006.

WHITTINGTON, Keith E. Interpose Your Friendly Hand: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: American Political Science Review, Princeton, v. 99, n. 4, pp. 583-596, nov. 2005.

_____. Political Foundations of Judicial Supremacy. Princeton: Princeton University Press, 2007.