



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PAULO AUGUSTO DUARTE FIRMINO

**DO PROCESSO DE FORTALECIMENTO POLÍTICO-INSTITUCIONAL DO STF À
PEC 33/2011: UMA DISCUSSÃO NECESSÁRIA**

BRASÍLIA/DF
MARÇO - 2016

PAULO AUGUSTO DUARTE FIRMINO

**DO PROCESSO DE FORTALECIMENTO POLÍTICO-INSTITUCIONAL DO STF À
PEC 33/2011: UMA DISCUSSÃO NECESSÁRIA**

Dissertação de mestrado apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Orientador: Prof. Dr. Argemiro Moreira Martins. Área de concentração: Direito, Estado e Constituição. Linha de pesquisa: Constituição e democracia

BRASÍLIA/DF

MARÇO – 2016

PAULO AUGUSTO DUARTE FIRMINO

**DO PROCESSO DE FORTALECIMENTO POLÍTICO-INSTITUCIONAL DO STF À
PEC Nº 33/2011: UMA DISCUSSÃO NECESSÁRIA**

Dissertação de mestrado apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Orientador: Prof. Dr. Argemiro Moreira Martins. Área de concentração: Direito, Estado e Constituição. Linha de pesquisa: Constituição e Democracia.

Aprovada em: / /

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Dr. Argemiro Moreira Martins
Orientador

Professor Dr. Menelick de Carvalho Netto
Examinador

Professor Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira
Examinador

Professor Dr. Juliano Zaiden Benvindo
Suplente

Ao Senhor Jesus, que abriu o espaço para toda e qualquer busca de Justiça em nossa sociedade.

AGRADECIMENTOS

A Deus: só nós sabemos o quão difícil foi.

Ao meu amor e aos nossos futuros filhos, que esperaram um pouco mais para serem gestados.

A minha família, cujo apoio não teve preço!

Ao fantástico professor Dr. Argemiro Martins, obrigado por ter acreditado em mim, por servir de modelo aos meus conceitos, além de tantas e tantas, somadas a tantas e tantas horas de compartilhamento e construção do conhecimento.

Aos professores Dr. Menelick Carvalho e Dr. Paulo Blair pelas ricas contribuições e porque cada um de vocês atuou, ainda que sem saber, de forma a me permitir as condições de concluir esta dissertação.

Aos gestores da autarquia DFTrans, ao Dr. Mauro, da chefia do jurídico da Semob, bem como a todos os colegas feitos nesses dois ambientes, que também ajudaram em tudo.

Ao Programa de Mestrado em Direito da UnB, aos professores e funcionários da maravilhosa Secretaria da Pós.

*Palavras são sempre poucas e as poucas que tenho
se me fogem nos momentos em que mais preciso
delas!*

RESUMO

Esta dissertação examina o processo contínuo de fortalecimento do Supremo Tribunal Federal que dá sinais de um desequilíbrio político-institucional relativo à posição ocupada pela Corte. Esse problema é contraposto pelos caminhos abertos pela PEC 33/2011, que configurou uma raríssima tentativa de resposta estruturada ao referido desequilíbrio que se mostra capaz de prejudicar pontos relevantes da democracia. Nesse sentido se utiliza uma abordagem qualitativa e o desenvolvimento dessa abordagem se faz em vários domínios do espaço jurídico-político, mas em especial o da judicialização da política e do ativismo judicial. O objetivo é provocar um despertar para a necessidade de um aperfeiçoamento democrático nesse âmbito, no Brasil, que se pretende a partir da: descrição do processo de fortalecimento político-institucional do STF; da delimitação do âmbito desse fortalecimento, ensejado por uma confluência dos demais Poderes e pelo avanço jurisprudencial do próprio STF, em um processo autoalimentado de fortalecimento político-institucional; e evidenciando, a partir do estudo da PEC nº 33/2011, que esse processo implica riscos e prejuízos à democracia.

Palavras-chave: Judicialização da política. Ativismo judicial do STF. Última palavra em Constituição. Controle do STF. PEC nº 33/2011.

ABSTRACT

This dissertation examines the continuous process of strengthening the Supreme Court of Brazil, which shows signs of a political-institutional imbalance on the position occupied by it. This problem is opposed by the paths opened by the PEC n° 33/2011, which sets up a rare attempt to structured response to that imbalance able to harm some relevant points to democracy. The approach taken in this research is qualitative and its development is in many areas of this legal-political space, but especially the judicialization of politics and judicial activism. The objective of this analysis is to provoke the awakening to the need for democratic improvement in this area in Brazil, based on the description of the Brazilian Supreme Court political and institutional strengthening process; and the delimitation of the scope of this strengthening, occasioned by a confluence of other branches of government and the jurisprudential advance of this Court, which creates a self-powered process of political and institutional strengthening; and also demonstrating, from the study of PEC n° 33/2011, that this process involves risks and damages to democracy.

Keywords: Judicialization of politics. Judicial activism of Brazilian Supreme Court. The last word in Constitution. Brazilian Supreme Court control. PEC n° 33/2011.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 - O STF E O CENÁRIO POLÍTICO BRASILEIRO. DO REGIME MILITAR ATÉ A PROMULGAÇÃO DA CF/88. MUDANÇA NA POSTURA	Erro!
Indicador não definido.	
1.1. O STF no contexto da ditadura militar brasileira	16
1.2. No momento constituinte	30
1.2.1. Carta de propostas constitucionais do STF. Conservadorismo e preservação para o momento constituinte brasileiro.....	35
1.2.2. Atuação perante a Comissão Afonso Arinos	37
1.2.3. Atuação perante a Assembleia Nacional Constituinte	40
1.3. O espaço do STF na Constituição de 1988	56
CAPÍTULO 2 – O FORTALECIMENTO INSTITUCIONAL DO STF E O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE. O MOMENTO POSTERIOR À PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO	70
2.1. A atuação dos Poderes Executivo e Legislativo e a escalada de fortalecimento do STF e de judicialização da política pós-CF/88	71
2.2. Alterações normativas na escalada de fortalecimento do STF: instrumentos de controle e sobrelevo da posição político-institucional no pós-88	83
2.2.1. Mecanismos de controle de constitucionalidade concentrado e os novos mecanismos do controle difuso	85
a) A criação da ADC e as modificações no sistema jurídico da ADI e da ADPF. Fortalecimento e ascensão do STF.....	85
b) Novos mecanismos do controle difuso: súmula vinculante e repercussão geral	95
2.2.2. O fortalecimento normativo da posição político-institucional do STF.....	98
a) Teto remuneratório nacional.....	98
b) Aposentadoria compulsória dos ministros do STF.....	101
c) Garantias parlamentares.....	105
d) Criação do CNJ.....	108
2.3. O fortalecimento do STF a partir do ativismo judicial: a judicialização da política e a politização da corte	111
2.3.1. A jurisprudência do STF em processo de modificação ampliativa dos seus instrumentos de controle.....	113
2.3.2. A jurisprudência do STF tem modificado o objeto e o parâmetro do controle	121
2.3.3. Avanço da jurisprudência do STF no controle de espaços e atores políticos.....	125
2.3.3.1. Uma análise da ADI 4357, que julga as inovações sobre precatórios trazidas na EC nº 62/09: evidência do nível de ativismo judicial da Corte no âmbito da judicialização da política no Brasil.....	132

CAPÍTULO 3 – A IMPORTÂNCIA DA DISCUSSÃO DE ELEMENTOS DA PEC Nº 33/2011 PARA O APERFEIÇOAMENTO DA DEMOCRACIA NO BRASIL	139
3.1. Quadro-síntese do espaço ocupado pelo STF no cenário político-institucional do Brasil a partir da Constituição Federal de 1988.....	140
3.2. Do processo de fortalecimento do STF à possibilidade de contrapartida: situando doutrinariamente o âmbito da discussão trazida pela PEC nº 33/11.....	146
3.2.1. Dworkin, Habermas e a preponderância das cortes jurisdicionais	145
3.3. A PEC nº 33/11: uma resposta aberta ao crescimento político-institucional do STF	158
3.3.1. A PEC nº 33/11 como uma resposta sistêmica	160
3.3.2. Da adesão à PEC nº 33/11 ao sufocamento institucional empreendido pelo STF	161
3.4. Dos caminhos abertos pela PEC nº 33/11.....	165
CONCLUSÃO	174
REFERÊNCIAS	180
ANEXOS	193

INTRODUÇÃO

Já há algum tempo, em especial após a Reforma do Poder Judiciário, percebe-se claramente um processo de crescimento pronunciado e já bem andado da capacidade de abrangência e de controle do Supremo Tribunal Federal (STF).

A Corte vem sendo chamada a dirimir controvérsias sobre quaisquer matérias políticas e das mais importantes relativas à vida pública no Brasil. Concomitantemente a isso se nota inclusive uma liberdade de atuação muito grande, com a possibilidade bastante real de não se submeter a quaisquer limites, mesmo aqueles decorrentes de princípios básicos que sempre foram associados à atividade jurisdicional.

Em meio a esse cenário se observa o surgimento, tramitação e arquivamento da PEC nº 33/11 e as respostas que ela propõe conferir, diretamente e indiretamente.

Para bem enfrentar esse cenário se fez necessária uma retrospectiva abrangente, que retoma desde a posição do STF durante o regime de ditadura militar e chega até a presente época.

Nessa análise se identificam alternâncias na conduta da Corte: de complacência a ativismo; de ativismo conservador a progressista. Tudo em um cenário de crescente judicialização da política no Brasil.

A postura que se identifica no STF no contexto do regime ditatorial militar foi preponderantemente a de complacência com os fundamentos lançados pelo Poder Político de então, sem uma verdadeira autonomia. Dessa forma, ainda que o STF tenha sido institucionalmente acrescido de instrumentos de controle durante o regime militar, os efeitos desse acréscimo não se mostraram tendentes a algum autofortalecimento exacerbado e nem mesmo a uma judicialização da política pronunciada. Portanto, não foi naquele momento que se verifica o processo de fortalecimento da Corte, mas sim no período seguinte.

Já no momento da redemocratização e durante os trabalhos constituintes, ainda que fosse evidente uma conduta conservadora da Corte, inclusive em relação aos valores do regime autoritário, nota-se a gênese desse ativismo judicial da Corte e da judicialização da política mais pronunciada no Brasil. Nesse momento, a postura do STF já se mostra bem mais disposto ao confronto com os detentores do poder político da época. Deixa de lado a atuação exclusivamente, ou quase exclusivamente jurisdicional, na qual se proclama o direito a partir de estrita provocação judicial, para passar a influenciar direta e intencionalmente na seara

política, sob constante ameaça de controle judicial dos trabalhos constituintes¹.

Aí a verdadeira ruptura na postura da Corte, dispondo-se a confrontar esse novo Poder Político, muito embora dessa vez estabelecido democraticamente. Nesse contexto, mediante uma atuação forte, ao mesmo tempo em que engajada, busca, em meio a uma substancial judicialização da política, fazer prevalecer suas posições, conservadoras.

Se desde o momento constituinte se verifica um processo de fortalecimento político-institucional do STF, com marcas da atuação mais incisiva da Corte, no momento posterior ocorre um fortalecimento desmedido. Inicialmente esse processo de fortalecimento e abrangência do pós-CF/88 decorreu de uma atuação política dos ministros da Corte em confluência com os demais Poderes. Como se verá adiante, essa atuação dos demais Poderes se tratava essencialmente de recurso estratégico, que viabilizasse pautas desses Poderes. Isso ocorreu tanto por parte do Poder Executivo, quanto também do Poder Legislativo, muito embora as estratégias pudessem divergir, sendo que somente veio arrefecendo nos últimos governos.

Todavia, de forma a suprir esse citado arrefecimento, não se pode olvidar uma firme e progressiva atuação jurisprudencial do próprio STF, que passou a atuar ampliando os instrumentos de controle e criando outros. Nesse contexto se verifica um processo autoalimentado de fortalecimento que tende a fazer preponderar suas posições internas em possivelmente qualquer assunto relevante no Brasil. De forma colateral ainda se impede a tendência de reversibilidade e mesmo alguma discussão aberta que propicie uma devida revisão desse processo de fortalecimento.

É certo que esse processo implica desequilíbrio, riscos e prejuízos à democracia no Brasil. Dessa forma se mostra inequívoca a necessidade de se poder discutir uma redefinição nesse cenário.

A PEC nº 33/11, ao mesmo tempo em que evidencia com propriedade esse desequilibrado cenário, ainda serve como balizador desse justificável e necessário debate sobre inserção de mecanismos de compensação do desequilíbrio, com ajustes necessários, de modo a garantir um ambiente mais democrático no cenário político-institucional brasileiro.

Esquemáticamente, essa análise a ser desenvolvida se divide em três capítulos. Neles se evidenciam as oscilações e a gradação cronológica desse processo de fortalecimento

¹ Vale fazer desde já o destaque de que alguns princípios que costumeiramente são associados de forma intrínseca ao Poder Judiciário, como o princípio da inércia (agir mediante provocação processual), e o da separação de poderes, além de outros, foram todos eles cedendo mais e mais espaço para doutrinas, princípios e atuações que cada vez mais confundem a constituição com a própria corte suprema.

da Corte, bem como a principal resposta que se lhe procurou conferir no cenário político nacional.

No primeiro capítulo é apresentado esboço geral acerca da posição político-institucional do STF e as principais variações desde o regime militar até a promulgação da CF/88. Ali se demonstra que muito embora tenham sido criados relevantes instrumentos de controle e a Corte tenha alcançado alguma ampliação de abrangência, tais modificações normativas eram admitidas pelo regime militar como forma de maior controle em face do Poder Judiciário e por vezes do Legislativo. Nesse tópico se evidencia que nenhum desses mecanismos de fato alterava a posição de resiliência adotada pela Corte, afastando a possibilidade de ativismo naquele período.

Já no momento constituinte, que se evidencia nos tópicos que seguem àquele suprarreferido, enfoca-se uma mudança de postura do STF, ora disposta a confrontar a nova conjuntura do Poder Político. Imbuído de um forte ativismo conservador, a Corte atuou no sentido de inviabilizar alguma mudança mais estrutural ligada à reformulação do STF ou à criação de uma corte constitucional (em sentido estrito do termo).

Como resultado mais direto de uma profusão de valores e atuações em sentidos variados se observa uma nascente Constituição que, afóra alguns poucos pontos restritivos, preponderantemente fortaleceu o STF, principalmente no tocante ao controle concentrado de constitucionalidade, ao passo que mantinha a sua estrutura geral.

Em seguida, no capítulo 2, sintetiza-se o processo de fortalecimento político-institucional do STF no momento pós-CF/88. A partir de um engajamento político dos ministros da Corte se notam resultados no sentido de prevalência do STF, mediante a redefinição e reinstituição à Corte dos mecanismos de controle ou abrangência que foram subtraídos na promulgação constitucional. Vários outros, inovadores, ainda foram criados.

É também no tópico que trata da reinstituição dos mecanismos de controle ou abrangência conferidos à Corte que se registra a atuação inequívoca dos Poderes no sentido de construção de um espaço de forte judicialização da política no Brasil. Ali fica clara a confluência de uma atuação política dos ministros da Corte juntamente com os outros Poderes, bem como seus interesses, permitindo ao STF não somente ainda mais instrumentos de controle, como também mais ampliação da abrangência institucional.

No fechamento do capítulo 2 se demonstra uma atuação jurisprudencial que veio deixando de ser meramente amplificadora dos instrumentos de controle normativos. Ali se evidencia que a Corte passa a rumar em sentido flagrantemente inovador, inclusive

disposto a contrariar o texto constitucional, construindo um espaço de autofortalecimento político-institucional, aparentemente ilimitado, tendente a obstruir tentativas de reconstrução e reequilíbrio desse cenário. Abre-se, com isso, espaço para as reflexões feitas no último capítulo.

Por fim, resta evidente que a PEC nº 33/11 não se trata de uma reformulação política anacrônica ou desencaixada do contexto político-institucional brasileiro. O terceiro capítulo, então, apresenta um estudo acerca da PEC nº 33/11 e do seu significado. Demonstra que essa pretendida reformulação é capaz de oferecer uma resposta contundente ao processo desenfreado de fortalecimento da Corte, sem se limitar, porém, à literalidade das medidas propostas. Afinal, abre um caminho relevante no sentido de construir um espaço permanente de discussão aberta no âmbito da sociedade acerca da posição do STF.

A partir de toda essa construção empreendida é que se busca expor a necessidade de um despertar para riscos e prejuízos de um desequilíbrio democrático no Brasil, no tocante a essa posição ocupada pelo STF. Medidas como a PEC nº 33/11 devem ser analisadas a fundo e debatidas de forma aberta no âmbito da sociedade não somente no tocante ao seu sentido mais literal, mas também na busca de viabilizar uma construção verdadeiramente democrática e equilibrada relativa à posição político-institucional da Corte Suprema no Brasil. Nesse pesado esforço, o resultado acaba expandindo os horizontes da pesquisa, principalmente na medida em que acaba correspondendo mais a instigar para possibilidades do que propriamente para um fechamento em pontos substancializados.

CAPÍTULO 1 - O STF E O CENÁRIO POLÍTICO BRASILEIRO. DO REGIME MILITAR ATÉ A PROMULGAÇÃO DA CF/88. MUDANÇA NA POSTURA

Sem sombra de dúvida, o STF alcançou projeção impressionante no atual cenário político brasileiro².

É certo que alguns mecanismos de empoderamento da Corte foram aprovados ainda durante o regime ditatorial militar³, contudo, diante da postura complacente da Corte diante do Poder Político da época, não propiciavam o grau de autonomia necessário para que se vislumbre, ali, a gênese dessa projeção da Corte. Afinal, era o regime militar que detinha a posição suprema.

Foi o contexto do momento constituinte brasileiro da Constituição de 1988 que ensejou uma nova postura da Corte e que acaba por se somar a novos interesses e consegue contribuir no sentido dessa projeção do STF⁴. Foram alguns picos de engajamento em direção a uma postura mais proativa e com vistas a influir diretamente nos trabalhos políticos que definiriam os contornos exatos da Constituição Federal.

Contudo, é certo que para a projeção iniciada naquele período houve uma confluência de variados fatores, que não apenas essa mudança da postura passiva da Corte. A uma postura mais engajada se somou o peso de um momento conturbado, recém-egresso de uma ditadura militar, que servia a conclamar em muitos setores da sociedade e da política, para uma ampla autonomia do Poder Judiciário e da Corte Suprema, como resposta a esse passado antidemocrático.

O resultado de toda a confluência de fatores foi se ter desenhado constitucional e institucionalmente no cenário político brasileiro uma Corte Suprema muito forte. Nesse novo momento, contudo, já não mais somente perante o Poder Judiciário, mas perante todo o Poder Político do país e perante a própria sociedade houve um verdadeiro processo de fortalecimento da Corte.

Não é sem razão, portanto, que no atual momento e contexto o Supremo Tribunal Federal indubitavelmente se situe entre as Cortes Supremas de maior grau de

² Algumas das causas, porém não as únicas, desse progressivo destaque conferido ao STF nos últimos anos são apontadas por Cristiano Barroso, conforme se verifica no seguinte excerto: “[...] posição de destaque no cenário institucional, que pode ser associada a vários fatores, tais como o processo de constitucionalização recente do Brasil, a autonomia do Poder Judiciário e o estímulo de outros atores políticos” (BARROSO, 2013, p. 10).

³ De forma a deixar expresso o entendimento constante na presente pesquisa, apenas de modo a simplificar a redação é que se passa a usar a expressão regime militar com mais frequência que regime ditatorial militar.

⁴ Todavia, veremos adiante, principalmente no último tópico do capítulo 1 e no capítulo 2, que a principal parcela de construção dessa projeção do STF no cenário nacional se deu de forma paulatina, dia a dia, tanto em razão de uma “opção” do republicanismo brasileiro quanto também em razão de um ativismo judicial cada vez mais marcante.

influência política, não apenas em se considerando os países da América Latina, mas talvez até mesmo do mundo ocidentalizado⁵.

No âmbito do presente capítulo, estudam-se três momentos importantes à compreensão dessa projeção da Corte no cenário político-institucional nacional.

Em um primeiro momento serão estudadas as relações e pretensões do regime militar com o STF e a postura da Corte perante pontos fulcrais da ditadura militar, estabelecida a partir de 01 de abril de 1964.

A análise perpassa a quase paradoxal atuação do regime ditatorial ora no sentido de uma concentração de poderes na Corte, para efeito de servir como órgão de cúpula do Poder Judiciário, mas em alguns outros, no sentido de uma desmobilização do STF. Por parte do Supremo sem dúvida que houve um grande retrocesso no tocante à postura, em detrimento de mecanismos de controle que lhe vinham sendo acrescidos. Em que pese uma oscilação entre picos de crise e de complacência da Corte, é inegável, principalmente após o AI-5, a subserviência perante o regime, evitando confrontos e negando à Corte qualquer rotulação de ativismo⁶ judicial.

Já no segundo momento, o dos trabalhos constituintes, podemos observar a retomada dessa independência em um nível mais profundo perante o Poder Político. Quando o

⁵ A esse respeito se poderiam citar algumas obras doutrinárias, como a de Luís R. Barroso (2009), Gilberto Bercovici (2013) e várias outras, que evidenciarão a categórica afirmação e nesta própria pesquisa se verá mais adiante parte dessa dimensão de poder da Corte, com traços substanciosos que não se encontrariam com facilidade em outros países. Nesse sentido se poderia indicar o nível de realização do controle abstrato e concentrado, a influência participativa na cúpula da Justiça Eleitoral, a influência participativa na cúpula do órgão de controle do Poder Judiciário, dentre tantos outros mecanismos de poder. Contudo, uma das melhores fontes que suportam a afirmação, sem dúvida, é uma entrevista concedida por um dos mais referenciados constitucionalistas no país, José Gomes Canotilho. Vejamos alguns pontos levantados pelo autor nessa entrevista: Pergunta: “Uma corte constitucional num um caso penal. Que tal?”

Resposta: “Tenho dúvidas, um tribunal com tanto poder. O tribunal brasileiro é dos tribunais com mais poderes no mundo”.

Pergunta: “O senhor compara com quais?”

Resposta: “Primeiro, é mais poderoso que o dos Estados Unidos. Tem um conjunto de fiscalizações que não existe nos EUA. Depois, articula as dimensões de tribunal de revisão com as funções constitucionais. E daí vai criando o direito constitucional e, ao mesmo tempo, julgando casos. Tenho dito: o Brasil tem uma outra Constituição feita pela jurisprudência sobretudo do STF. Os tribunais constitucionais [de outros países] não têm essas funções, de serem tribunais penais. E por isso é que eu digo que [o STF] é o tribunal com mais força”.

Pergunta: “E em relação aos da Europa?”

Resposta: “É muito mais poderoso, muito mais. Não há nenhum tribunal por lá parecido com o STF. Acumula competências e poderes que a maior parte dos tribunais não tem, pois só são constitucionais. Ou, por outro lado, são só supremos tribunais que não têm as funções que tem o tribunal constitucional”, conforme matéria da autoria de Ricardo Mendonça, da Folha, disponibilizada em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1375636-os-reus-do-mensalao-tem-alguma-razao-diz-jurista-guru-dos-ministros-do-stf.shtml>>.

⁶ Como ativismo, no presente capítulo, pretende-se dizer uma tendência do órgão judiciário, no caso a Corte Suprema, efetivada no sentido ir além dos limites estabelecidos pela norma com vistas a uma interferência inovadora, por vezes em ideia imbuída de construir o próprio sistema normativo. Normalmente se evidencia quando retira de outros Poderes ou instituições a decisão sobre significativa matéria ou quando se busca estabelecer controle sobre eles, recusando os pontos em que sobre si haveria algum tipo de controle.

processo de redemocratização já avançava, remarca-se uma ruptura de postura da Corte. Naquele período se assistiu a um STF bastante proativo no cenário político e que já começa a delinear uma pauta própria, embora se mantivesse intrinsecamente conservador. O âmbito dessa proatividade tocava até mesmo a definição de direitos fundamentais e a interação entre poderes, mas o foco da presente pesquisa restava mantido na posição do Supremo perante o Poder Judiciário, em meio ao Poder Político.

Não raramente se viram ali, nesse segundo momento, alguns embates e atuações bastante engajadas dos ministros visando a definir os rumos dessa nova democracia brasileira. Com isso a Corte se mostrava disposta a deixar de lado o tão propalado princípio da inércia judicial, passando a interferir inclusive mediante orientações e pressões para definição de importantes dispositivos constitucionais. Esses embates e confluências foram observados principalmente (não somente) em alguns debates ocorridos no âmbito da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (Comissão Afonso Arinos) e da Assembleia Nacional Constituinte (ANC).

No terceiro momento, com a edição da CF/88, verifica-se a prevalência da manutenção da estrutura da Corte e, em uma análise imediata já se nota que muito embora tenham sido retirados alguns mecanismos de controle, outros tantos foram acrescentados e já se começa a vislumbrar uma definição do STF como tribunal da federação, guardião da Constituição e importante instância política nacional.

A partir daí, da análise desses três momentos distintos, muito embora intrinsecamente conectados e com áreas de profunda intersecção, viabiliza-se a compreensão do momento que segue à promulgação da Constituição Federal.

1.1. O STF no contexto da ditadura militar brasileira

Durante a ditadura militar, o Supremo Tribunal Federal, não diferentemente do Judiciário como um todo⁷, acabou por se mostrar condescendente com o Poder Militar ditatorial instalado no Brasil entre as décadas de 60 e 80, que muitas vezes acabava optando por judicializar e institucionalizar a repressão⁸.

⁷ Durante a ditadura militar, o Supremo Tribunal Federal, não diferentemente do Judiciário como um todo, foi condescendente com o Poder Militar ditatorial instalado no Brasil entre as décadas de 60 e 80, que muitas vezes acabava optando por judicializar e institucionalizar a repressão.

⁸ Mas, tudo isso deu, em um período tão conturbado, uma margem de arbitrariedade muito grande ao STF. Boa parte da repressão no Brasil foi judicializada e Anthony Pereira, em sua crítica, esclarece que "[...] os regimes

Diante disso, certamente que a jurisprudência predominantemente autodefensiva do STF⁹, frequentemente lhe renderia (e ainda lhe rende) críticas ferozes. Essas críticas são justificadas inclusive em razão da importância da sua função na esfera político-jurídica do país, além do inconcebível grau de violação de direitos humanos e de vulneração dos princípios básicos da democracia, como era habitual ocorrer no Brasil dessas décadas.

Durante esse período, além das diferenças de orientação, conduta e personalidade de cada um dos ministros, houve oscilação da sua própria jurisprudência. Alguns ministros não apoiaram o golpe militar, como Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva. Outros eram sabidamente (às vezes declaradamente) favoráveis, como Villas Boas, Pedro Chaves e Ribeiro da Costa (VALÉRIO, 2010, p. 198). Apesar disso, em diversos julgados essas diferenças de orientação se tornavam imperceptíveis. Isto é: ministros que apoiavam o golpe, em várias ocasiões, conferiam votos que beneficiavam réus de processos judiciais que envolviam crimes políticos. E não raramente também ministros contrários ao regime votavam favoravelmente a ele.

Exemplifica essa oscilação de jurisprudência noticiada acima os julgamentos de *habeas corpus*, principalmente a questão da competência para o seu julgamento. Em um primeiro momento a jurisprudência entendia haver uma competência mais reduzida do STF perante os *habeas corpus* provenientes da Justiça Militar em processos por crimes políticos. Em um segundo momento, mudou-se o entendimento jurisprudencial, deixando por conta do STF decidir sobre a concessão ou não de *habeas corpus* de muitos dos principais opositores do regime.

Diante da precariedade da instrução criminal ou investigação promovidas pelo regime, em regra se passou a conceder a soltura¹⁰. Essas oposições, contudo, ainda que

autoritários judicializam a repressão porque têm condições de fazê-lo. Uma vez que a judicialização traz vantagens para os regimes autoritários, os que conseguem judicializar a repressão são aqueles que podem contar com tribunais ‘dignos de confiança’ – tribunais civis ou militares cujos vereditos se harmonizam com a concepção de legalidade adotada pelo regime, e que não irão contestar as bases do poder autoritário.” (PEREIRA, 2010, p. 284).

⁹ Nesse sentido se abordam mais à frente alguns momentos que demonstram bem essa situação de jurisprudência defensiva, na qual a corte busca mecanismos de aliviar seu trabalho, apegando-se, por vezes, a certas formalidades/instrumentos pelos quais se reduzam as demandas ou os aspectos das demandas a serem analisados. Cita-se de antemão que a criação da argüição de relevância, proposta por comissão de ministros do STF, que foi um mecanismo criado para limitar a quantidade de recursos cujo mérito subia à apreciação da Corte. Ademais, também se poderia citar a jurisprudência da Corte quanto ao mandado de injunção (MI) assim que estabelecido pela CF/88, pois temendo uma avalanche de ações impetradas diretamente no Supremo, convenientemente passou a entender que a disposição constitucional dessa importante garantia de direitos, o MI, não seria autoaplicável, precisaria previamente de lei que a regulamentasse.

¹⁰ Essa resistência inicial é a que se verifica por exemplo no segundo momento posterior ao não conhecimento dos HCs 40.649, 40.651, 40.652, 40.655 e 40.606 (VALÉRIO, 2010, p. 95), quando houve a oscilação do entendimento sobre competência para julgar *habeas corpus*, quando se deixou de lado o entendimento que dava

fossem pontualmente reiteradas e oscilantes¹¹, não passavam infensas ao crivo do regime. Com isso, além da suspensão temporária da vitaliciedade do AI-1, pareceu bom aos militares uma suspensão indefinida do *habeas corpus* já no AI-2, reduzindo-se os requisitos para a demissão de membros do Judiciário, além de garantir a competência da Justiça Militar para crimes contra a segurança nacional¹² e forçar o esgotamento nessa Justiça, antes de subir a questão ao STF. Inclusive, por meio desse AI-2 também se aumentou a composição da Corte, ajustando-a ainda mais ao Poder Político, então nas mãos da ditadura.

Foi nessa época em que se renunciava a ampliação dos membros da Corte e a instituição de mais turmas na Corte, quando se identificou, possivelmente, a maior tensão entre o STF e o regime. Nesse momento o Presidente do STF e alguns ministros passaram a dar declarações de plena insatisfação com os rumos renunciados a título de reforma do Poder Judiciário, mais especificamente, do próprio STF, a resposta militar não tardou (VALÉRIO, 2010, p. 130).

Todavia, o que se observou foi que apesar das imposições feitas ao STF principalmente a partir do AI-2, a jurisprudência da Corte ainda não havia se rendido totalmente aos arbítrios do regime. Não lhe confrontava os fundamentos, porém, não lhe era de todo subserviente.

No aspecto dos *habeas corpus*, até os ministros colocados na Corte pelos presidentes militares não fizeram refluir substancialmente o posicionamento então adotado jurisprudencialmente. Antes, tais ministros passaram a acompanhar o entendimento já consolidado. Daí a edição do AI-5 ter sido tão dura, suspendendo o *habeas corpus* e permitindo à mera arbitrariedade do Presidente da República demitir magistrados, entre outros. Mas, após a edição do AI-5 e do AI-6, segundo Valério (2010, p. 193), a pequena resistência da Corte caiu, restando definitivamente “enquadrada” perante o regime, ao contrário do que afirma o STF¹³.

por incompetente a Corte Suprema quando o ato violador fosse cometido por autoridade militar, passando a proclamar competente o STF a depender do tipo de crime que se imputava ao paciente. Nesse momento se passou a conceder *habeas corpus* em favor de subversivos perseguidos pelo regime, desagradando profundamente uma parcela da cúpula militar. Otávio Valério (2010, p. 95) aponta essa como uma das principais causas das medidas destinadas à Corte quando da edição do AI-2.

¹¹ O que muitas vezes acontecia era que mesmo não se desejando contrariar o regime, não se encontrava saída ou subterfúgio legal para cancelar judicialmente atos da ditadura, como se verifica em muitos casos de concessão de *habeas corpus* por excesso de prazo da prisão cautelar, ou por total inépcia da acusação, tão costumeiros.

¹² Outra medida foi a transferência para o Superior Tribunal Militar (STM) da responsabilidade pelo julgamento de civis que cometessem crime contra a segurança interna do país, ou seja, os que fossem enquadrados na Lei nº 1802 de 5 de janeiro de 1853” (COITINHO, 2010, p. 02).

¹³ No sítio oficial do STF na Internet, mais especificamente, no texto “O Supremo Tribunal Federal e o Golpe de 64” (Brasília, 2004), disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62507>>, cujo acesso se deu em 10 ago.

Diante disso, é forçoso concluir que não configurou uma escolha totalmente livre e isenta dos ministros do STF a condescendência com o regime militar, visto que houve durante praticamente todo o período em questão uma forte pressão dos militares, que se autoconferiram o poder de alterar a Constituição, de forma até mais significativa do que pelo Legislativo¹⁴. Além disso, os militares modificaram a composição do STF, cassaram ministros¹⁵ e ainda suspenderam direitos essenciais, dentre outros, como o direito de *habeas corpus*, de vitaliciedade, direitos políticos em geral.

Contudo, entendemos que toda essa pressão, conquanto tenha sido grande e até irresistível, não serve de justificativa para a aludida compactuação da Corte para com o regime militar, pois certamente o nível de violação de direitos e garantias fundamentais e a total vulneração da democracia devia ter exigido, ao menos dos membros da Corte, o constante repúdio à ditadura e aos seus atos de abuso. Nesse sentido se acompanha Valério, quando diz que:

para não correr o risco de exagerar os méritos do Supremo no período, é preciso mencionar que a corte jamais se rebelou contra a proibição de apreciação judicial dos atos revolucionários contido nos atos institucionais. Conforme analisado em capítulo anterior, o Supremo também jamais questionou a validade ou a constitucionalidade dos atos institucionais. Por fim, ao menos no período compreendido por este trabalho, o STF também não se manifestou formalmente sobre as diversas denúncias de tortura e abusos cometidos contra os presos políticos. Por mais que a fase mais forte da repressão militar tenha ocorrido após o Ato Institucional nº 5, eram frequentes as denúncias de tortura desde o ano de 1964 (2010, p. 118).

Não obstante a ponderação do Autor a respeito do pesado momento instituído pelo AI-5, é fato que se acham casos julgados pelo STF que comprovam a complacência. E isso, tanto antes da edição do referido Ato Institucional, quanto também no momento posterior.

2015, afirma-se de forma simples que sempre houve resistência do Supremo. Ocorre que, conforme se verifica dos fatos relatados E corroboram essa crítica a seguinte observação: “Após os Atos Institucionais nº 5 e 6, o Supremo estava definitivamente em quadrado” (VALÉRIO, 2010, p. 190).

¹⁴ Nesse sentido vide todos os Atos Institucionais. Mas, a própria Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, trazia em seus considerandos: “CONSIDERANDO que, decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo Federal fica autorizado a legislar sobre tôdas as matérias, conforme o disposto no § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968; CONSIDERANDO que a elaboração de emendas a Constituição, compreendida no processo legislativo (artigo 49, I), está na atribuição do Poder Executivo Federal”.

¹⁵ Por meio de um decreto de 16 de janeiro de 1969, três ministros do Supremo foram aposentados compulsoriamente após decisão do Conselho Nacional de Segurança: Hermes Lima, Evandro Lins e Silva e Victor Nunes Leal. Os ministros Antônio Carlos Lafayette de Andrada e Antônio Gonçalves de Oliveira renunciaram em protesto contra as cassações e acabaram oficialmente aposentados por decreto no mês seguinte (disponível em: <<<http://g1.globo.com/politica/50-anos-do-golpe-militar/noticia/2014/03/golpe-de-1964-fez-do-supremo-um-enfeite-institucional-diz-pesquisador.html>>>. Acesso em 18 ago. 2015).

No momento anterior ao AI-5, contudo, a complacência era mais velada, como de costume. Muitas vezes, buscando subterfúgios em condições processuais, estruturais, ou ainda em outras desculpas, que em realidade furtavam do STF o necessário conflito com o regime nesses casos que envolviam graves violações de liberdade individual. Assim entendemos ter ocorrido no julgamento do caso padre Vito. Tal padre, ao expor em carta ao prefeito as razões sociais pelas quais se negava a celebrar uma missa comemorativa ao Dia da Independência, foi expulso do país por ato do Presidente. Ao judicializar a questão no âmbito do STF, obteve a negativa do seu pedido de continuar no país como resposta.

In verbis trecho da decisão do STF:

O juízo de conveniência e da oportunidade da medida é privativo do Chefe da Nação; e sua apreciação é política, própria, no alto sentido da expressão, a qual, jamais, o Judiciário reapreciará como tal, pois, se assim o fizesse, estaria invadindo área da competência do Poder Executivo, e descumpriria o princípio que se insculpe no art. 6º da Carta Maior, que vem de tempos demasiado remotos, inspirado na própria lição de Montesquieu, já citado pelo eminente Relator, no pertinente ao direito de liberdade dos cidadãos em geral (Habeas Corpus nº 58409, rel. min. Djaci Falcão, julgamento em 30/10/1980).

E o mais grave em casos como esse é o sabido efeito legitimador de decisões judiciais com seus termos técnicos e a premissa de que realiza, de forma supostamente imparcial e isenta, a subsunção da norma ao caso concreto. Nesse caso do padre Vito, portanto, como em tantos outros, as decisões do STF acabaram tendo o condão de cancelar e corroborar o abuso cometido pelo Executivo¹⁶.

Após o AI-5 essa postura da Corte perante o regime se torna ainda mais evidente e menos oscilante. Nesse sentido se poderia citar jurisprudência da Corte quanto a provas criminais extraprocessuais, colhidas em inquéritos militares, por exemplo, pelos quais sabidamente se verificavam gravíssimas violações a direitos fundamentais que inclusive eram resguardados pelo ordenamento da época. *In verbis*:

As confissões judiciais ou extrajudiciais valem pela sinceridade com que são feitas ou verdade nelas contidas, desde que corroboradas por outros elementos de prova inclusive circunstâncias. O inquérito policial ou militar pode conter provas, diretas ou indiretas, que, não infirmadas por elementos colhidos na instrução criminal, demonstrem procedência da acusação, justificando a convicção livre do julgado, (RTJ 75/46 a 50). O reconhecimento dos réus, em juízo, por testemunhas idôneas e insuspeitas, desmoraliza a negativa dos réus, que, a prevalecer, tornariam inexplicáveis

¹⁶ Inclusive, essa era a ideia da legalidade autoritária propagada por Anthony Pereira, conforme aborda na obra “Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, Chile e na Argentina”.

os reconhecimentos feitos. Acusação procedente. Recursos criminais improvidos (RC 1312/RJ, rel. min. Cordeiro Guerra, acórdão em 03-10-78).

Não obstante, mais significativo ainda que esses casos de complacência diante de violações de direitos fundamentais ocorridas durante a ditadura militar foram os julgamentos nos quais não se deixou de consignar a total inconstitucionalidade do cerne da ditadura militar no Brasil, que foram os Atos Institucionais e a pretensa ideia de que a “Revolução Militar” estaria imbuída do poder constituinte originário. Ferreira resgata esse entendimento da Corte sobre o mais importante ponto jurídico-político da ditadura militar do Brasil:

A segunda controvérsia referia-se ao art. 173 da Constituição de 1967, que excluía da apreciação do Poder Judiciário “os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964”, listando, em especial, atos com base nos Atos Institucionais n. 1, 2, 3 e 4 (incluindo-se aí o referido Decreto-Lei n. 128/67). O relator, Aliomar Baleeiro, e os demais Ministros se posicionaram no sentido de que se tratava de lei em tese, e, como tal, dentro do âmbito de incidência da referida Súmula. Além disso, entenderam que a regra contida no art. 173 da Constituição em vigor afastaria do Supremo Tribunal Federal a possibilidade de analisar a pretensão do impetrante¹⁷ (FERREIRA, 2013, p. 28).

Analisado o âmbito da Justiça no Brasil, observa-se que mesmo em relação ao Superior Tribunal Militar (STM), tribunal com formação preponderante de militares julgadores, não se encontra no STF uma diferença substancial de atuação. A começar pelo fato de que muito embora julgasse recursos oriundos daquele tribunal, não se identificaram atritos sérios de posicionamento da Corte Suprema para com o STM. Em segundo, como se viu acima, em relação à base da ditadura, que era a edição dos Atos Institucionais, nenhuma das duas cortes os entendeu inconstitucionais. O STM, mesmo sendo um tribunal formado e constituído dentro da ótica militar, que também tinha espasmos de independência e audácia, foram detectados¹⁸, como por exemplo ocorreu em relação controversa matéria da anistia¹⁹.

¹⁷ Até houve divergência nesse julgamento, de Victor Nunes Leal, mas ele restou vencido.

¹⁸ Nesse sentido convém reproduzir, de forma meramente exemplificativa, o pensamento de Skidmore: “Dizia-se que o STM era mais liberal do que a justiça civil. Quando do governo do general Médici, alguns generais mais liberais foram nomeados ministros do STM, justamente para afastá-los dos comandos ativos” (SKIDMORE, 1989, p. 262, apud Bechara, 2014, p. 14). O próprio sítio do STM na Internet destaca, a respeito de sua história, muito embora de forma que entendemos ser dissimuladamente ou equivocadamente enaltecida, alguma autonomia perante o Executivo que muitas vezes não se encontrava em tribunais que estavam exatamente justificados em sua existência a partir do múnus da garantia dos direitos fundamentais. Inclusive, “é válido citar que, em 1936, o então Supremo Tribunal Militar reformou sentenças proferidas pelo Tribunal de Segurança Nacional, este sim um tribunal de exceção, e que, no período dos governos militares de 1964 a 1984, levou juristas famosos na luta em defesa dos direitos humanos, como Heleno Fragoso, Sobral Pinto e Evaristo de Moraes, a tecerem candentes elogios à independência, altivez e serenidade com que atuou o Superior Tribunal Militar na interpretação da Lei de Segurança Nacional e na aplicação dos vários Atos Institucionais” (*O papel da*

Mas, além de uma boa convivência da Corte Suprema no comprometido sistema judicial da época, ainda é importante registrar que, percebe-se, por vezes, uma atuação dela como “longa *manus*” do regime militar. Nesse sentido, se poderiam citar a criação de mecanismos de empoderamento da Corte perante o Poder Judiciário, que até poderia espriar para conter o Legislativo, tanto de controle quanto de abrangência, como a ampliação na participação no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), criação do Conselho Nacional da Magistratura (CNM), a representação de inconstitucionalidade e posteriormente a interpretativa, a edição de medida cautelar nesse controle concentrado, a ação avocatória e a arguição de relevância, muitos deles propostos inicialmente pelos próprios ministros da Corte (Anexo I²⁰). Obviamente que todos esses mecanismos somente se viabilizaram em razão de

Justiça Militar. Disponível em: <<http://stm.jus.br/o-stm-stm/memoria>>. Acesso em 12 ago. 2015).

Contudo, certamente que em regra havia um alinhamento ainda maior do STM para com o regime do que da parte do STF. Como se verifica no julgamento do *habeas corpus* negado pelo STM, concedido pelo STF, com esteio no foro privilegiado do então governador do Estado de Pernambuco, Miguel Arraes. Mas, não se nota essa substancial diferença. Então, a diferença estaria na intensidade da convivência, no compartilhamento de valores (tanto que o segundo HC impetrado por Miguel Arraes foi negado pelo mesmo STF – VALÉRIO, 2010, p. 110).

Todavia, a atuação em geral do STM desperta os mais variados debates acadêmicos, muito embora menos iludidos, na atualidade, e nesse sentido convém citar um certo esboço desse conflito de informações que foi sintetizado por Coitinho, a respeito desse tribunal da Justiça Militar, quando aborda que de um lado estavam os que entendiam que: “O STM era extremamente importante para os advogados de presos políticos porque constituía a única arena legal em que os casos poderiam ter alguma solução definitiva, seja a condenação do réu ou sua absolvição. Segundo estes advogados, o Superior Tribunal Militar foi “uma corte de Justiça de extraordinária independência e altivez, decidindo com elevado espírito de justiça [...] os recursos que a ela foram encaminhados” (ROSA, 1985: 35). Para Anthony Pereira, esta exaltação da qualidade dos juízes e do tribunal militar constituía uma estratégia para ‘desarmar os juízes’ deste tribunal, fazendo com que decidissem apenas com base na lei e não a partir de convicções pessoais (PEREIRA, 2010: 216)” (COITINHO, 2010, p. 4).

Mas, não se poderia deixar de registrar que não era apenas o STF a sofrer pressão direta ou mesmo retaliação do regime. Certamente que houve no STM também momentos de grande pressão e tensão, como a que decorreu do ato de cassação do Ministro Militar Gen. Peri Constant Bevilacqua (do STM), em 30/12/1968.

Daí a pertinência dos estudos de Pereira (2010, p. 128), de onde se abstrai que em realidade havia certa convivência não de um ou outro tribunal, mas da própria estrutura judicial brasileira como um todo. Nesse contexto se inserem o STM e o STF, conforme se depreende dos números que o autor levanta quanto ao fato de que havendo condenação em primeira instância, as chances do réu “opositor do regime” de obter provimento recursal eram pequenas. O STM dava pela manutenção da decisão de piso em 87% dos casos, e o STF em 66,66%. E mesmo que outros autores, como Valério (2010), levantem números bem diferentes desses para o intervalo entre o AI-1 e o AI-2, ainda assim, para o período de vigência do AI-5 eles convergem bastante.

¹⁹ “Dentro do próprio Superior Tribunal Militar - STM, surgiam vozes em prol da anistia. Um exemplo é o General Pery Constant Bevilacqua, que se manifestava favorável ao instituto, citando célebre frase do Duque de Caxias, que também era a favor da Anistia. Outro o do próprio general Olímpio Mourão Filho, futuro ministro do STM, que também se manifestava a favor” (BECHARA, 2014, p. 14).

²⁰ Vide Anexo I, que trata da proposta (ou contraproposta) que os próprios ministros do STF elaboraram e entregaram ao ministro da Justiça, Campos. Ali se pauta um projeto de reforma judiciária. Ali se propôs, ao mesmo tempo, a criação da ação avocatória, da arguição de relevância, da representação por inconstitucionalidade em tese, ou por interpretação de norma, e, afora outros pontos ainda, a criação do Conselho Nacional da Magistratura.

Nesse ponto vale o registro: “[e]mpenhado em não ser reformado a sua revelia, a corte antevia uma manobra para enquadrá-la sob o argumento de eficiência judiciária [...] Quanto à competência, o projeto elaborado pelo próprio STF previa que as arguições de inconstitucionalidade e recursos extraordinários somente seriam admitidos caso o requisito de relevância estivesse presente [...] Também sugeriu o STF a criação da ação avocatória, adotada pela Emenda Constitucional nº 7/77”, e do controle de constitucionalidade de leis federais, que acabou sendo implantado antes, pela Emenda Constitucional nº 16/65, a partir de emenda de reforma do

não se enxergar na Corte alguma grave insubordinação aos ideais do regime.

Aborda-se, porém, a criação dos 04 mecanismos de poder mais emblemáticos, conferidos ao Supremo. Trata-se da representação de inconstitucionalidade, da ação avocatória, da argüição de relevância e como fechamento, da criação do CNM²¹. Com mais precisão conseguem demonstrar uma concentração de poder no Judiciário que seria benéfica ao próprio regime.

Quanto à “representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual” (EC nº 16/65), não espanta que o regime militar tenha se mostrado favorável, pois além de facilitar o controle de normas em geral, ainda que mediante atuação da Corte, ainda dependia de atuação do Procurador-Geral da República (PGR), um dos atores mais próximos do Presidente de República nesse cenário político-institucional.

O PGR era cargo de confiança do Presidente, natural aliado do regime. Portanto, a ele entregar a titularidade da representação dessa ação significaria dispor o regime de mais um instrumento processual capaz de garantir mais certeza e segurança jurídica e, em alguma medida, controle do sistema (FERREIRA FILHO, 2000, p. 08).

Para a cúpula do regime, poderia realmente ser interessante, caso se discordasse da existência de alguma legislação, federal ou estadual²², influenciar seu PGR nesse sentido e a chance de êxito e controle da decisão judicial por parte dos militares seria aparentemente maior. O controle sobre o Judiciário também seria mais fácil, afinal, parece ser mais passível de influência ou controle aquilo que está concentrado em relação ao que está difuso.

Valério (2010, p. 147) ainda destaca uma importante utilização desse mecanismo jurídico-constitucional, que seria a possibilidade de controlar normas sobre serviço público e sobre tributo que tenham desagradado o Poder Político, obviamente, porém, por meio do PGR, afinal havia o entendimento consolidado no STF de que era exatamente o PGR quem devia fazer seu juízo pessoal de oportunidade e de conveniência na propositura da representação.

É interessante que esse entendimento da Corte, a respeito da discricionariedade na representação de inconstitucionalidade, não resguardava a ordem democrático-republicana, porquanto não servia à construção social da ordem normativa e nem era voltado para o bem

Judiciário (VALÉRIO, 2010, p. 120-122).

²¹ Criada pela mesma Emenda nº 7/77 que trouxe a avocatória.

²² Esse controle sobre normas estaduais já havia desde a Constituição de 1934 e foi sendo aperfeiçoado a partir da Constituição de 46.

comum. Ademais, apesar de o STF formalmente blindar o PGR contra imposições do Executivo ou de outros atores, na prática, o que se via era a vulnerabilidade daquele órgão perante o regime.

Agrava mais esse cenário o fato de que essa discricionariedade do PGR poderia ser usada contra a ordem democrática. Um caso que demonstra bem tudo isso é o da Reclamação 849. Nessa Reclamação, apresentada em 1971 no STF, o partido MDB manifestava total irresignação diante do fato de o PGR se negar a representar pela inconstitucionalidade do Decreto-Lei 1.077/70, que suposta e autonomamente regulamentaria o art. 153 (e art. 154²³) da CF/67, institucionalizando a censura no Brasil. Nesse caso o STF assegurou a discricionariedade do PGR, como se tal órgão pudesse dispor livremente, segundo sua mera conveniência, de tão importante missão²⁴.

O STF ainda permitia que o PGR viesse a utilizar da representação de inconstitucionalidade para fazer as vezes de uma espécie de representação interpretativa²⁵. Essa utilização transversa da representação contra inconstitucionalidade ocorria quando o PGR queria que fosse declarada a constitucionalidade de dispositivo normativo que estivesse sendo questionado na Justiça. A ideia, então, era representar pela inconstitucionalidade, desejando, contudo, a improcedência da ação. Portanto, ora de forma ainda mais grave, consolidava-se a possibilidade de dificultar, quase impedir, à Justiça ordinária, nesses casos mais relevantes, entender de forma contrária ao entendimento consolidado na Corte a respeito da constitucionalidade de alguma norma. Entendimento supostamente oponível a todas as instâncias do Poder Judiciário²⁶.

Mais uma vez a Corte acabava corroborando o funcionamento antidemocrático das instituições e em alguma medida conferia até mesmo uma ar de legitimidade tecnocrática²⁷.

Quanto à ação avocatória, passou a servir como fiscalização e hierarquização sutil do Poder Judiciário. Uma concentração de poderes, portanto, útil ao Poder Político²⁸, na

²³ Como se verá mais adiante, não é de se estranhar a chancela conferida pelo STF a essa questão, pois a própria proposta do STF às comissões constituintes apoiava os abusos institucionalmente “permitidos” em face de declaração de estado de sítio, que previstos no art. 154 da CF/88.

²⁴ Nesse episódio, segundo relata o referido Autor (2010, p. 147), o ministro Aducto Lúcio Cardoso, que acolhia a reclamação, ficou tão contrariado que logo depois da sessão pediu sua aposentadoria.

²⁵ Esse mecanismo era parecido com a atual Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC).

²⁶ Então amparada no art. 174, I, do Regimento Interno de 1970.

²⁷ Essa inconstitucional posição do STF somente anos mais tarde foi oficialmente rechaçada, isso é, quando do julgamento da Representação nº 1.349 no STF. A esse respeito sugere-se a leitura da própria representação 1.349 do STF e o julgamento da ADC 01 nessa mesma Corte, pois é o julgado que inaugura o reinício desse tipo de análise no STF, desta vez constitucionalizada, além de fazer um apanhado histórico da situação em comento.

²⁸ Sobre essa Avocatória fazemos o resgate da assunção de Carlos Lenz, que mesmo buscando sobressaltar os

arguição de relevância, ambas instituídas pela Emenda Constitucional (EC) nº 07 de 1977²⁹, que eram instrumentos recorrentemente utilizados pelo regime. Ademais, essa representação pela inconstitucionalidade já prenunciava simultaneamente esse galgar de posição da Corte Suprema e o interesse do regime³⁰, ao menos a sua aceitação.

A advocatória cumpriu em muitas oportunidades essa finalidade precípua para a qual foi idealizada pela comissão de ministros do STF e acolhida, em momentos distintos, pelo Legislador constituinte derivado, tudo com o beneplácito do regime militar. Resguardava, a partir de certa hierarquização do Poder Judiciário, sobrepondo-se o STF, conciliando os interesses do Poder Político e das elites³¹ de então. Isso porque ensejava a prevalência da imposição de uma visão geralmente mais conservadora e aparentemente mais próxima do controle do Executivo.

Apesar de conservadora, nem por isso a medida teria cunho menos político ou politizante³². Era apta a trazer à baila no STF relevantes questões político-jurídico e ideológicas naquele conturbado momento da nação³³.

Seguia nessa mesma orientação a arguição de relevância³⁴. Em seu caso, porém, a situação foi ainda mais emblemática, pois surgiu após os filtros estabelecidos pelo Regimento Interno (RI) do STF de 1970, que excepcionavam algumas hipóteses para efeito de

supostos benefícios da medida instituída durante o regime militar e sob a fundamentação dos próprios ministros do STF, assume que “a instituição da advocatória pela EC nº 7, constitui inegavelmente uma inovação ‘revolucionária’, como salientou, com propriedade, Paulino Jacques. O poder de avocar causas, conferido pelo legislador constituinte ao mais alto pretório do País, veio a reforçar e, naturalmente, ampliar a competência do Supremo Tribunal Federal, tornando mais eficaz a sua atividade como órgão máximo do Poder Judiciário e guardião maior da Constituição e das leis federais, dentro da filosofia que orientou a Reforma Judiciária de não se tentar resolver a chamada ‘crise do STF’ através da mutilação da sua competência. [...] significou também, a advocatória, um reforço aos poderes do Executivo federal” e desse excerto se deve pontuar que se refere mesmo ao período da ditadura militar no Brasil.

²⁹ Essa Emenda foi bem emblemática, pois além de instituir essas duas medidas que, em nosso entender, coadunavam com a lógica do regime militar, ainda criou o Conselho Nacional da Magistratura e, como medida mais drástica, o “contencioso administrativo no Brasil”, sistemática não familiarizada a nossas tradições jurisdicionais.

³⁰ A representação de inconstitucionalidade direta também foi proposta pelos ministros da Corte (Anexo I) juntamente com essas outras duas medidas citadas, ao mesmo tempo em que aparentemente era vista pelo regime como possível veículo a ser usado se necessário.

³¹ Curioso observar que o primeiro caso de deferimento da advocatória se deu exatamente mediante cautelar durante o período de férias dos ministros e sem a regulamentação do Regimento Interno e teve por finalidade resguardar o jurisdicionado de excesso de execução e a economia do Brasil a partir da suposição de que a prevalecer o julgamento do Juiz de Florianópolis, que poderia prejudicar principalmente a confiabilidade estrangeira no regular desenvolvimento das atividades mercantis portuárias, que o excesso de execução poderia, por seu exemplo, gerar.

³² É o que se depreende do relato feito pelo ministro Xavier de Albuquerque do STF na Escola Superior de Guerra em 17-06-1981 (LENZ, 1986, p. 220).

³³ Antes da advocatória, fazia-lhe as vezes o próprio mandado de segurança, em pouquíssimos casos, conforme relata Carlos Lenz (1986, p. 223), mas sempre com muita dificuldade, sofrendo, em geral, o óbice da prática costumeira, que era a sua inadmissão para tal fim.

³⁴ Outras informações sobre esse instituto se encontram nas notas de rodapé nº 10 e 21.

impedir o cabimento de recurso extraordinário nelas (ABREU, 1979, p. 180). Nesse contexto, a argüição de relevância serviu como espécie de exceção da exceção, pois permitia mesmo naquelas hipóteses vedadas, que os ministros do STF admitissem o recurso. Todavia, é necessário registrar que da forma como foi concebido o instituto (Anexo I), seria requisito obrigatório de demonstração a todo recurso extraordinário, figurando como filtro e não como exceção.

O ato que criou oficialmente a argüição de relevância foi a Emenda Regimental nº 3/75. Seu fundamento estaria em uma suposta delegação de competência para que o STF pudesse editar norma primária em seu Regimento Interno (art. 119 da CF/67 após a EC 01/69). Quanto aos seus requisitos, não eram muito evidentes, ensejando alguma desconfiança³⁵, nessa falta de transparência, agravando a situação da falta de previsão expressa na Constituição acerca desse instituto criado regimentalmente e não por lei propriamente dita (CAMPOS, 2012, p. 04). E essa falta de previsão legal ou constitucional do instrumento acabou só em um segundo momento, quando a EC 7/77, acatando a posição da Corte, previu expressamente o filtro da relevância da questão federal.

Em 1980, após nova Emenda Regimental, a argüição de relevância passou a servir para que se ampliasse significativamente o rol de descabimento do recurso extraordinário, porquanto a Corte restaria respaldada para entender relevante a questão federal no caso que quisesse julgar (CAMPOS, 2012, p. 04).

Algum tempo depois o instrumento passou a servir propriamente de obstrução processual de causas irrelevantes, diminuindo o número de causas levadas ao conhecimento do Supremo. Nesse sentido, cita-se:

deste modo, sobreveio a Emenda Constitucional nº 2 de 1985 modificadora do art. 325 do Regimento Interno do STF, na qual o Supremo utilizando-se de técnica de especificação de casos de forma inversa da que adotava anteriormente passou a enumerar os casos em que o recurso extraordinário seria admissível, em tese, enquanto o não cabimento passou a ser regra geral (CAMPOS, 2012, p. 04).

Já nesse momento a argüição de relevância passa a configurar inequivocamente

³⁵ Vale citar Luciana Campos (2012), a respeito da repercussão da medida normatizada pelo STF: “Após a alteração do Regimento Interno o STF recebeu rigorosas críticas em relação ao contorno que dera à competência legislativa primária concedida pela Carta de 1967 e Emenda Constitucional de 1969. A desaprovação devia-se principalmente à constatação de que o texto Constitucional de 1969 (parágrafo único do artigo 119) possibilitava apenas que o Supremo lançasse mão de critérios pertinentes à natureza, espécie ou valor pecuniário da causa. A Constituinte de 1969 não fez alusão à argüição de relevância.” (Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22253/o-antecedente-historico-da-repercussao-geral-no-brasil-a-arguicao-de-relevancia-da-questao-federal#ixzz3iexcytLS>>. Acesso em 12 ago. 2015).

um filtro de cabimento recursal, pois, ressalvadas algumas poucas hipóteses, em todo o resto dos casos somente caberia o recurso quando apresentasse a relevância da questão federal. Era finalmente a mesma ideia inserida na proposta de reforma do Poder Judiciário (Anexo I) feita pelos ministros do STF, quando se idealizou formalmente o referido instituto no Brasil, que abriria as portas oficialmente para o que se denomina jurisprudência defensiva³⁶ da Corte. Fica, então, claro, nesse momento, que importava realmente diminuir o espectro de cabimento recursal para desobstruir o Tribunal. Não obstante, uma desobstrução calculada e ponderada, sendo possível à Corte, ainda nesse contexto, escolher (por vezes arbitrariamente) os casos que iria julgar. A partir desse mecanismo, diminuiu-se enormemente o prosseguimento de recursos na Corte³⁷.

De fato, quando a Corte não quisesse julgar matéria em que poderia se expor perante o regime, ela poderia, sem qualquer fundamentação, simplesmente manifestar que não havia relevância de questão federal. Por outro lado, havia de fato ampla margem de arbitrariedade do STF nessa decisão.

O que se observou disso tudo é que, num momento crítico de regime autoritário, no qual se fazia indispensável um alargamento das hipóteses de cabimento recursal, o STF agiu em sentido contrário. Guiado aparentemente pelos seus próprios interesses, criou esse poderoso sistema de filtros recursais, que se pautava pela verificação da ocorrência de questão relevante.

Ademais, também entendemos que a outorgada Emenda Constitucional (EC) nº 1 de 1969 não possibilitava ao Supremo a criação do sistema que criou, pautado na referida arguição, mas tão somente alguns critérios sobre a natureza, espécie ou valor pecuniário da causa, nos recursos extraordinários. Portanto, a Corte teria agido amplificando o mecanismo de controle que havia sido concedido pela outorgada EC nº 01/69.

O resultado desse instituto criado em cenário conturbado, que durou somente até a edição da CF/88, foram inúmeras críticas ao casuísmo da arguição de relevância, gestada e conduzida pela própria Corte.

As opiniões contrárias que levaram à sucumbência da arguição de relevância diziam respeito aos seguintes aspectos do instituto: julgamento em sessão secreta; ausência de pedido de vista e da possibilidade de debates; dispensa de motivação; inexistência de publicidade das razões de acolhimento, ou

³⁶ Sobre esse ponto recomenda-se a leitura da nota de rodapé nº 10.

³⁷ “Interessante notar que a arguição era apresentada em autos apartados e apreciada pelo STF em sessão de conselho. Das mais de 30.000 arguições feitas, apenas 5% das arguições foram acolhidas” (CAVALCANTE, 2008).

não, da arguição (COELHO, 2009, p.27).

Diante de todo esse conturbado e criticado cenário, Dantas, *apud* Juliana Campos, registrado o desfecho do instituto:

a arguição de relevância veio a ser totalmente eliminada do sistema com a promulgação da Constituição de 1988. Diante da pecha de antidemocrático, o instituto sucumbiu à sede de mudança que guiava o constituinte de 1988. A ideia de que o produto dos vinte e um anos de ditadura militar deveria ser, tanto quanto possível, banido do cenário nacional foi determinante para o ocaso da arguição de relevância (2009, p. 257).

Por fim, além desses mecanismos já citados, a criação do Conselho Nacional da Magistratura³⁸ conferia um fechamento sistemático dessa posição do STF. Esse órgão do Poder Judiciário, também criado em 1977, a partir da Emenda Constitucional nº 7, serviu para um fortalecimento significativo do STF no âmbito desse Poder. Afinal, seu escopo era exatamente conferir aos membros do Conselho o poder disciplinar sobre todo o Poder Judiciário, sendo que, sua composição, conforme o art. 3º da LOMAN, correspondia a sete Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Em suma, pode-se dizer que para o regime, se era fato que por vezes surgiam preocupações no Governo Militar diante de algum entrave estabelecido pelo STF, por outro lado o fortalecimento da Corte no âmbito do Poder Judiciário, por vezes frente ao Legislador, mostrava-se estratégico. Havia o risco de formalmente se fortalecer institucionalmente o STF e a Corte apresentar algum revés ao próprio sistema autoritário que se construía, todavia, ainda assim era vantajoso um certo fortalecimento da Corte porque por vezes servia de “*longa manus*”. Na prática, os confrontos naquele âmbito eram menos frequentes ou mais fáceis de serem controlados do que na difusão do Poder Judiciário como um todo. Ademais, a chancela do STF ao menos aparentemente conferia um aspecto legalista a uma ordem opressora³⁹.

O que se observa, em síntese, é que apesar de mecanismos de empoderamento, até robustos, que foram entregues à Corte, não se podia cogitar, nesse momento, de ativismo judiciário⁴⁰ porquanto sequer havia autonomia da Corte. A supremacia parecia inequivocamente estar nas mãos do regime militar. E quanto a uma iludida expectativa de que a própria função jurisdicional ou institucional de Corte Suprema seja capaz de agir no sentido

³⁸ A esse respeito vide a regulamentação feita pela Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979.

³⁹ Entendemos que partilha da mesma lógica que instituiu o bipartidarismo quando em realidade se poderia ter optado pelo partido único. A mesma que impediu, logo no início da ditadura, que se cassassem ministros na Corte durante o governo Castello Branco.

⁴⁰ Esse termo será conceituado mais adiante.

do resguardo dos direitos fundamentais, ela acaba ruindo diante desse caso⁴¹.

Durante o período de redemocratização, especialmente durante os trabalhos constitucionais, os ministros do STF lutaram para manter todos esses mecanismos suprarreferidos. Não apenas isso, nesse período a Corte manteve muitos traços autoritários e isso, diga-se, mesmo muito tempo depois⁴², resistindo alguns valores até os dias de hoje⁴³. Valores anacrônicos, portanto, que ainda continuaram sendo compartilhados e difundidos pela Corte Suprema no Brasil⁴⁴. Corroborou, portanto, a ideia transição lenta, segura e gradual, inclusive porque, conforme se mostrará em tópico à frente, os ministros indicados pelo regime continuaram a ocupar a cadeira durante os trabalhos do anteprojeto e da Constituinte⁴⁵.

⁴¹ O presente tópico serve para problematizar um ponto e marcar um outro que serão muito úteis mais à frente. Contribui para problematizar uma visão utópica da jurisdição e, em especial, do Tribunal responsável pelo controle de constitucionalidade da CF/88 no Brasil, retirando a aura de incontestável instância moral do STF enquanto instituição e mesmo em relação à titularidade da função desempenhada por essa corte. Marca-se, com a abordagem que se segue, um ponto de ruptura na postura do STF, comparando-se a atuação da Corte no contexto da ditadura com a sua atuação no momento constituinte da redemocratização. Tal ponto vai muito além de apenas buscar para si mais autoridade ou disciplinar questões de alto cunho político, visto que esses pontos continuaram a ocorrer, ainda que com várias ponderações, mesmo durante a ditadura militar. Esse ponto de ruptura é o que se percebe já no momento da redemocratização, um confronto real, nevrálgico, com os interesses dos novos detentores do Poder Político. Tudo isso restará mais claro mais adiante.

⁴² Luci de Oliveira resgata Taylor (2008, p. 171) quando aborda que há alguma dificuldade na identificação dessas preferências na atuação por afinidade entre os ministros no caso do STF, contudo, com a exceção dos ministros indicados dentro do contexto militarista. Somente em um segundo momento que se nota de forma bastante sutil alguma sintonia ideológica entre os ministros indicados por Lula: “Segundo o autor, ‘*Aside from a split between ministers appointed by the military regime and those appointed by presidents during the democratic period, it is very difficult to identify any overarching ideological divide on the court, with the possible - and quite tenuous and largely unstudied - exception of the differences between ministers appointed by President Luis Inácio 'Lula' da Silva and those appointed by his predecessors*’.

⁴³ O voto do Ministro Ayres Britto na ADPF 153, quem em outros tempos chegou mesmo a defender a institucionalidade do AI-5 (Nassif, 2013), espantosamente, foi um dos dois votos que entendiam a Lei de Anistia como não beneficiadora de torturadores do regime, é um bom exemplo dessa “legalidade autoritária” e do tanto que ela se impregnou em variadas instituições, dentre as quais o STF, obviamente, e demonstra que ainda hoje há efeitos dessas inverdades sistemáticas do regime compartilhadas pela Corte Suprema. Para constatar isso basta observar o quanto o referido voto destoa de praticamente todos os registros históricos feitos acerca do período da ditadura militar no Brasil: “Mas eu entendo que, no caso, as tratativas ou precedentes devem ser considerados secundariamente, porque o chamado “método histórico de interpretação”, em rigor, não é um método. É um parâmetro de interpretação jurídica, porque a ele só se deve recorrer quando subsiste alguma dúvida de inteligência quanto à vontade normativa do texto interpretado. Vontade normativa não revelada pelos quatro métodos tradicionais a que o operador jurídico recorre: o método literal, o lógico, o teleológico e o sistemático. Ou seja, o método histórico não é para afastar a priori qualquer dúvida; não é para antecipadamente afastar dúvida de interpretação. É para tirar dúvida por acaso remanescente da aplicação dos outros métodos de interpretação. E, nesse caso da Lei da Anistia, eu não tenho nenhuma dúvida de que os crimes hediondos e equiparados não foram incluídos no chamado relato ou núcleo deontológico da lei” (ADPF 153, rel. min. Luiz Fux, DJe 06-08-10).

⁴⁴ Nesse sentido é interessante observar mais à frente a nota de rodapé nº 49, que trata do discurso de abertura dos trabalhos da Constituinte feito pelo então Presidente do STF, o ministro Moreira Alves. Explicita-se ali a dessincronia capaz de demonstrar que a influência do STF nos trabalhos constituintes poderia equivaler, a depender do êxito, a franco retrocesso.

⁴⁵ É mesmo curioso que esse instituto da vitaliciedade, combatido pelo regime por meio do AI-1, AI-2 e AI-5, cujos efeitos duraram até a promulgação da Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, justamente a vitaliciedade dos ministros do STF foi de fato mais um dos fatores que permitiram uma transição para a democracia que fosse implementada consoante o planejado pelo regime.

1.2. No momento constituinte

Ainda com vistas à atuação do STF no cenário político nacional, no presente tópico se analisa o momento que ora se denomina constituinte. Como constituinte se pretende dizer pré-constitucional. Busca-se remeter àquele momento diretamente vinculado à efetiva criação e conformação da base e do término dos trabalhos da “nova Constituição”, que veio a ser a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88). Tudo isso no âmbito da redemocratização do Brasil.

Contudo, a análise se restringe ainda mais porquanto vai tocar especificamente os dois eventos mais importantes relacionados à elaboração da CF/88: a criação e funcionamento da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, conhecida como “Comissão Afonso Arinos” (Decreto nº 91.450/85) e da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), criada sob o comando da Emenda Constitucional nº 26, supostamente garantida como “livre e soberana”⁴⁶.

Por outro lado, é necessário esclarecer que esses recortes feitos decorrem da necessidade do objeto do estudo. Dessa forma, é de se frisar que seria incorreto pensar que esses marcos exaurem a redemocratização. Muito menos exaurem o longo momento constitucional. Ao contrário, nele se inserem como fruto da atuação de vários fatores concorrentes e dizem respeito não somente ao poder político-institucional, mas também, e talvez principalmente, à sociedade e sua mobilização nacional.

Em uma tentativa de brevíssima síntese descritiva dos principais movimentos, elaborou-se a tabela que segue.

Cronologia

ANTECEDENTES - PRINCIPAIS FATOS PRECURSORES
16 de junho de 1968: Passeata dos 100 mil no Rio de Janeiro, iniciada pelo movimento estudantil, pedindo a redemocratização, ao que se seguiu uma outra passeata, desta vez com aproximadamente 50.000 pessoas.
1971: Carta Política pela Constituinte, documento lançado no Encontro Nacional do MDB.
1974: Lançamento da campanha “constituinte com anistia” pelo MDB.
1977: Manifesto do MDB pedindo convocação da Constituinte.
1978: corporifica-se o movimento nacional pela “Anistia Ampla, Geral e Irrestrita”, que teve o condão

⁴⁶ A previsão dessa Emenda no tocante à Constituinte é a que segue: “Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.” (Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985).

de demonstrar a incompatibilidade dos valores do regime e os valores aspirados pela sociedade em geral.
1980: A 8ª Conferência Nacional da OAB pede convocação de uma ANC.
1983-1984: A mobilização popular levou milhares de pessoas aos cerca de 30 comícios organizados em torno do movimento “diretas já”, que exigia a redemocratização do país.
1984: O "Compromisso com a Nação", manifesto da Aliança Democrática, estipula a convocação da Constituinte.
1985: Criação, ao que tudo indica em janeiro, do movimento multipolar Plenário Pró-Participação Popular na Constituinte.
28 de junho de 1985: Na Mensagem nº 330, de 28 de junho de 1985, o Presidente José Sarney encaminha ao Congresso a proposta de convocação da Assembléia Nacional Constituinte.
17 de julho de 1985: Carta aberta de mais de 120 entidades que compunham o movimento Plenário Pró-Participação Popular na Constituinte, que refutava a “espúria” proposta de Congresso Constituinte e clamava por uma Constituinte de participação efetiva do povo e entidades de representação. Proclamava que Constituinte sem participação direta não era Constituinte verdadeira.
18 de julho de 1985: Criação da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais para elaborar anteprojeto de Constituição.
27 de novembro de 1985: Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. Determina que os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.
07 e 08 de dezembro de 1985: Plenárias do Movimento Pró-Constituinte.
11 a 14 de março de 1986: Caravana a Brasília para entrega de abaixo assinado com 19.214 assinaturas pela Constituinte.
26 de setembro de 1986: Publicação do Anteprojeto Constitucional da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, presidida por Afonso Arinos.
15 de novembro de 1986: Eleição dos deputados federais e de dois terços dos senadores que comporão a Assembléia Constituinte. Primeira eleição do Congresso Nacional em que o direito de sufrágio se estende aos analfabetos, direito este garantido pela Emenda Constitucional nº 25, de 1985”

Fonte: Sítio do SENADO na Internet, com enxertos e adaptações. Acessado em 12/06/2015. E Bechara (2013).

Se por parte da sociedade civil havia um inegável sentimento de mudança, passando a se insurgir frontalmente contra valores cultivados na era que passava⁴⁷ (lentamente, contudo), no plano político-institucional, apesar de se verificar atuação de várias correntes de pensamento, poderia bem ser caracterizado a partir da oposição lógica: transição gradual (complacente) x reformas mais profundas e democrático-participativas. Nesse contexto, não foi raro encontrar uma atuação do STF como um todo ou de ministros da Corte partilhando de valores mais aproximados da transição gradual, menos participativa e democrática.

Interessante que a filosofia do regime de abertura política lenta, segura e gradual, de conciliação, difundida pelo regime militar, parece ter se incorporado na Corte

⁴⁷ Embora de forma provocadora e irônica, Daniel Aarão (2013, p. 220) faz uma excelente exposição sintética, como historiador, desse momento de transição sob a ótica da sociedade em geral: “Em outras palavras, o povo vencera a ‘ditadura militar’, que aliás, fora obra de uns poucos militares exaltados, ‘os bolsões sinceros, mais radicais’. Ditadura militar: o termo fora cunhado desde 1964, encorpara-se, estabelecera-se como senso comum, servindo como uma luva a uma sociedade que desejava autoabsolver-se de quaisquer cumplicidades com um regime considerado, agora, em fins dos anos 1970, abominável”.

Suprema do Brasil, ao menos em parte.

Tomando-se como exemplo o discurso do Presidente do STF no momento mais importante da construção da nova Constituição brasileira, abertura dos trabalhos da ANC, certamente ficará patente essa posição da Suprema Corte em compromisso com as elites⁴⁸. Era um apego impositivo a um conservadorismo, da refutação da ruptura e de propagação da conciliação à brasileira⁴⁹. Conciliação essa, obviamente, bastante compreensiva às razões do regime ditatorial que então passava. Em outras palavras, o regime passava, mas muitos dos seus valores permaneciam.

Por um lado, o STF não era o único ator no cenário político-institucional a compactuar dessa lógica de convivência para com vários ideais do regime que se desarticulava gradualmente.

As razões para a manifestação dessa compactuação conservadora do STF são plúrimas. Em todo caso, porém, a indicação compromissada para ocupar a cadeira vacante na Corte parece ter tido alguma influência. Praticamente todas as cadeiras dos ministros do STF à época dos trabalhos da Comissão Afonso Arinos e da Assembleia Nacional Constituinte provieram de nomeações feitas pelos presidentes militares, conforme se identifica por meio da tabela abaixo.

Quadro cronológico da indicação de ministros do STF

CADEIRAS DO STF ORDENADAS POR MINISTROS QUE AS OCUPARAM E PELA RESPECTIVA INDICAÇÃO PRESIDENCIAL, EM RAZÃO DO PERÍODO DA COMISSÃO AFONSO ARINOS E DO PERÍODO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE				
CADEIRA 01	MINISTRO Djaci Alves Falcão Assumiu a cadeira no STF em: 22 fev. 1967 e saiu em: 26 jan. 1989	Não houve outro ministro a ocupar a cadeira. Ocupou a cadeira durante todo o período da Comissão A. Arinos e da ANC.	Presidente Castello Branco Ditadura Militar	
CADEIRA 02	MINISTRO Cordeiro Guerra Assumiu a cadeira no STF em: 26 set. 1974 e saiu em: 18 mar. 1986	MINISTRO Célio de Oliveira Borja Assumiu a cadeira no STF em: 17 abr. 1986 e saiu em: 31 mar. 1992	Presidente Geisel da Ditadura indicou Cordeiro Guerra	Presidente Sarney da transição civil indicou Célio de Oliveira Borja

⁴⁸ Nota-se que foi muito significativa a ideia de conciliação trazida nos argumentos de Moreira Alves no seu discurso de abertura dos trabalhos da ANC: “Ao instalar-se esta Assembléia Nacional Constituinte, chega-se ao termo final de um período de transição com que, sem ruptura constitucional, e por via de conciliação, se (*Sic.*) encerra o ciclo constitucional”. Trecho extraído de LIMA, João Alberto de Oliveira. PASSO, Edilenice. NICOLE, João Rafael. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Vol. I. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

⁴⁹ Sobre a conciliação brasileira, já denunciava Debrun, em 1976, “não é o espírito de transigência, de compromisso. Essencialmente, é uma estratégia de cooptação de certos dominados (não de todos, apenas dos menos dominados), pelos dominantes, aqui intervém exatamente o hiato de que falei. Até o momento, tem sido sempre possível aos dominantes aliciar parcelas das classes dominadas, dando-lhes certas vantagens diferenciais”. E isso estaria mais evidente (embora sempre existente na história do Brasil como país) quando o “autoritarismo desmobilizador” vai se arrefecendo (DEBRUN, 1976).

CADEIRA 03	MINISTRO Moreira Alves Assumiu a cadeira no STF em: 20 jun. 1975 e saiu em: 20 abr. 2003	Não houve outro ministro a ocupar a cadeira. Ocupou a cadeira durante todo o período da Comissão A. Arinos e da ANC.	Presidente Ernesto Geisel Ditadura Militar	
CADEIRA 04	MINISTRO Decio Miranda Assumiu a cadeira no STF em: 27 jun. 1978 e saiu em: 02 set. 1985	MINISTRO Carlos Alberto Madeira Assumiu a cadeira no STF em: 19 set. 1985 e saiu em: 17 mar. 1990	Presidente Geisel da Ditadura indicou Decio Miranda	Presidente Sarney da transição civil indicou Carlos Alberto Madeira
CADEIRA 05	MINISTRO Rafael Mayer Assumiu a cadeira no STF em: 15 dez. 1978 e saiu em: 14 mar. 1989	Não houve outro ministro a ocupar a cadeira. Ocupou a cadeira durante todo o período da Comissão A. Arinos e da ANC.	Presidente Ernesto Geisel Ditadura Militar	
CADEIRA 06	MINISTRO Néri da Silveira Assumiu a cadeira no STF em: 01 set. 1981 e saiu em: 24 abr. 2002	Não houve outro ministro a ocupar a cadeira. Ocupou a cadeira durante todo o período da Comissão A. Arinos e da ANC.	Presidente João Batista Figueiredo Ditadura Militar	
CADEIRA 07	MINISTRO Oscar Dias Corrêa Assumiu a cadeira no STF em: 26 abr. 1982 e saiu em: 17 jan. 1989	Não houve outro ministro a ocupar a cadeira. Ocupou a cadeira durante todo o período da Comissão A. Arinos e da ANC.	Presidente João Batista Figueiredo Ditadura Militar	
CADEIRA 08	MINISTRO Aldir Guimarães Passarinho Assumiu a cadeira no STF em: 02 set. 1982 e saiu em: 22 abr. 1991	Não houve outro ministro a ocupar a cadeira. Ocupou a cadeira durante todo o período da Comissão A. Arinos e da ANC.	Presidente João Batista Figueiredo Ditadura Militar	
CADEIRA 09	MINISTRO Francisco Rezek Assumiu a cadeira no STF em: 24 mar. 1983 e saiu em: 15 mar. 1990	Não houve outro ministro a ocupar a cadeira. Ocupou a cadeira durante todo o período da Comissão A. Arinos e da ANC.	Presidente João Batista Figueiredo Ditadura Militar	
CADEIRA 10	MINISTRO Sydney Sanches Assumiu a cadeira no STF em: 31 ago. 1984 e saiu em: 27 abr. 2003	Não houve outro ministro a ocupar a cadeira. Ocupou a cadeira durante todo o período da Comissão A. Arinos e da ANC.	Presidente João Batista Figueiredo Ditadura Militar	
CADEIRA 11	MINISTRO Octavio Gallotti Assumiu a cadeira no STF em: 20 nov. 1984 e saiu em: 28 out. 2000	Não houve outro ministro a ocupar a cadeira. Ocupou a cadeira durante todo o período da Comissão A. Arinos e da ANC.	Presidente João Batista Figueiredo Ditadura Militar	

Fonte das datas: Sítio do STF na Internet. Acessado em 04/06/2015.

Muito se explica, a partir da tabela acima. Inevitável, portanto, que ministros que foram indicados, nomeados e empossados no regime militar, que não demonstraram qualquer reação significativa às constantes e sistemáticas violações de princípios básicos da democracia e de direitos fundamentais durante o regime militar, não fossem dar um salto de proatividade e de ativismo em direção a uma posição menos conservadora, de maior participação democrática, por exemplo.

Em relação aos trabalhos da Comissão Afonso Arinos e da ANC, houve uma constante interferência direta e indireta do STF. Engajada e proativa a atuação da Corte, que conforme se verá mais adiante, chegava mesmo a ser ativista, contudo, era imbuída de um

forte apelo conservador e tendente a manutenção do “*status quo*” e de poder ao Supremo, em primeiro lugar, e em segundo, ao Judiciário como um todo⁵⁰ e nesse sentido, foi obviamente em muitas situações apoiado por associações de magistrados.

Entendendo-se legítimo ou não, buscou-se, em várias oportunidades, na condição de Corte Suprema do Brasil influenciar nos trabalhos feitos com o escopo da elaboração da nova Constituição.

Mas, o que causa perplexidade não é a luta por uma situação de poder, ou eventual e pontual atrito, pois isso já ocorreu antes, inclusive durante os momentos iniciais da ditadura militar. Isso ocorreu na forçosa concessão de habeas corpus de prisão provisória com excesso de prazo, por exemplo. Todavia, era decorrente da própria função institucional, afinal, muitas vezes não havia sequer como deixar de conceder a medida. O que chama a atenção é que dessa vez, durante os trabalhos da ANC, houve mesmo confronto com esse novo arranjo detentor do poder político, emergido na redemocratização.

Não localizamos um confronto direto sobre o cerne da ditadura entre STF e detentores do poder político durante o regime militar. Mas, durante os trabalhos constituintes foram vários confrontos diretos e centrais. Fato que se entende como o nascimento de um ativismo conservador disposto ao confronto.

Portanto, a participação da Corte a partir desse período, nas questões sócio-políticas do país, não pode ser de forma alguma desprezada, afinal, serviu para direcionar os rumos da nação em relação a importantes pautas que vão desde direitos fundamentais até a da posição do Poder Judiciário, com ênfase especial na posição do STF no contexto político-institucional brasileiro.

A atuação do STF na seara política dessa época não somente restou registrada em uma série de matérias jornalísticas ou em um considerável número de pesquisas acadêmicas acerca da matéria⁵¹, mas também no próprio texto constitucional da CF/88, na

⁵⁰ De forma ampla e abordando o Judiciário como um todo, vem Mauro Teixeira, que faz uma crítica pertinente que merece a reprodução neste momento: “Por sua vez, também o Poder Judiciário tem se mantido, em grande medida, infenso a reformas que diminuam seu isolamento e seus privilégios. É amplamente reconhecida a desproporção entre os altos salários e a baixa eficiência da Justiça brasileira, situação agravada pela dificuldade em se construir mecanismos eficientes para a fiscalização e o controle externo daquela atividade, para não mencionar as reações indignadas da magistratura a tentativas neste sentido. Parte dessa realidade se deve à bem sucedida construção de uma memória segundo a qual aquele Poder não teve qualquer participação na repressão e mesmo ajudou a combatê-la, o que, como vimos, não encontra eco na realidade. É como se a atuação da OAB e dos advogados de defesa dos presos políticos tivesse o condão de limpar a imagem do Judiciário como um todo. Esta memória tornou possível que as elites judiciárias atravessassem incólumes o processo de transição, não sendo um sequer de seus membros objeto de afastamento (ou mesmo de censura pública) em virtude do comportamento durante o autoritarismo.” (TEIXEIRA, 2011, p. 184).

⁵¹ Dentre as quais se destacam a obra de Koerner, “O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo” e a obra “O Supremo Tribunal Federal durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte”, de Julia

conformação que prevaleceu.

1.2.1. Carta de propostas constitucionais do STF. Conservadorismo e preservação para o momento constituinte brasileiro

O STF não costumava se manter inerte nos períodos em que se cogitava politicamente alguma reformulação do seu papel político-institucional. Em 1965, por exemplo, quando havia o risco de reformulação da Corte e nova definição de composição, os ministros agiram mais rápido e elaboraram proposta de reforma do Judiciário.

É interessante destacar que tanto nessa proposta, como na que será estudada no presente tópico, nota-se um compartilhamento com o regime autoritário então vigente. Já na proposta de 1965 havia a arguição de relevância e o CNM⁵², implantados pela Emenda Constitucional nº 7/77, além da representação por inconstitucionalidade de leis federais, implantada de forma mais amena do que a proposta⁵³ pela Emenda Constitucional nº 16/65.

Já durante os trabalhos constituintes, um dos meios de influência do STF foi a elaboração do documento Anexo II. Não foi, contudo, o único. A defesa desse documento foi enfática durante o anteprojeto da Comissão Afonso Arinos e durante os trabalhos da ANC, mas o aspecto principal da defesa era a manutenção da estrutura do STF.

O documento rechaçava as ideias de corte constitucional, divisão do STF em blocos especializados não-comunicáveis, bem como não cedia à pressão de alguns setores quanto a uma participação maior da sociedade no tocante ao seu funcionamento. Afinal, a proposta mantinha o STF como cúpula da Justiça, deixando a essa Corte o controle de legalidade final, mais relevante, bem como mantinha o controle de constitucionalidade difuso e concentrado em suas mãos.

Em termos de estrutura geral do Poder Judiciário, o STF foi contra a criação de um Superior Tribunal de Justiça, ainda que esse projeto já viesse ganhando muita força ao longo de décadas⁵⁴. Contrapropôs um Tribunal Superior Federal, que funcionaria como uma

Ximenes.

⁵² Nessa proposta já se percebe a ideia de uma ampla abrangência desse Conselho: “[e]m sua competência, a ser regulada em lei, deverá ser incluída a coordenação administrativa e financeira da Justiça Federal de primeira instância e o seu regime disciplinar” (Anexo II).

⁵³ Na proposta do STF havia a ideia de quebra do princípio da inércia e da atuação mediante a competente provocação, quando a Corte poderia de ofício suscitar a prejudicial de inconstitucionalidade: “(I) a representação de inconstitucionalidade de lei ou decreto federal, de iniciativa do Procurador-Geral da República, e a prejudicial de inconstitucionalidade suscitada nos processos em curso pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador-Geral da República” (Anexo II).

⁵⁴ Desde a proposta dos ministros de 1965 já havia a refutação clara da criação do STJ, conforme se verifica na

espécie de subcúpula da Justiça Federal, não detendo a palavra final sequer no tocante à legislação federal.

Também se destaca, da proposta, a manutenção do Conselho Nacional da Magistratura (art. 2º, caput) e a manutenção da ação avocatória (art. 11, “o”), e da arguição de relevância⁵⁵ (art. 11, § 1º, I), apesar de todas as críticas que recebiam.

Ademais, alguns pontos de autoritarismo, que militam contra direitos fundamentais, definitivamente colocam em xeque a credibilidade da proposta apresentada e em alguma medida o próprio aspecto sacro da função judiciária. E não se pode perder de vista que o momento constituinte era exatamente um momento de ruptura.

Observa-se nesse sentido a ideia da manutenção da possibilidade de suspensão de direitos fundamentais nos termos do art. 154 da CF/67, desde que passasse pelo crivo do Supremo. Daí se depreende a lógica de que para o STF não havia problemas maiores em brutais cerceios a direitos fundamentais se a Corte estivesse de acordo com eles.

Além disso, o STF ainda sugeriu que à Justiça Militar ficasse a competência para julgamento não somente dos crimes militares, mas também aqueles praticadas por funcionários assemelhados a militares (art. 21), registrando, ainda, em seu parágrafo único que o foro especial da Justiça Militar poderia ser estendido a civis para a repressão contra crimes contra a segurança externa do país ou contra as instituições militares.

Também parece limitar direitos fundamentais a exigência de, em um ambiente ainda muito autoritário, esgotamento da via administrativa para que pudesse buscar o Judiciário (art. 38, § 1º), sem qualquer ponderação que evitasse os abusos contra o jurisdicionado.

De outra parte, foram poucos os pontos em que se demandou alteração em relação à ordem então vigente⁵⁶. É o caso do art. 4º, § 1º, acerca da remuneração dos ministros do STF não inferior à remuneração dos ministros de Estado⁵⁷ e do art. 41, § 2º, no sentido de

seguinte reprodução: “Não há, pois, qualquer incompatibilidade entre diminuir o fardo do seu trabalho, realmente excessivo e preservar-lhe, ao mesmo tempo, as prerrogativas, sem as quais o Supremo Tribunal ficaria mutilado em sua configuração histórica e perderia a condição de árbitro da Constituição e das leis federais, especialmente do equilíbrio da Federação, da harmonia dos Podêres e da integridade dos direitos individuais [...] desaconselhando a criação do Tribunal Superior de Justiça, que seria sempre um Subsupremo Tribunal.” (Anexo II).

⁵⁵ Muito embora a avocatória e a arguição de relevância não tenham ressurgido com o mesmo nome, no pós-CF/88 outros mecanismos foram criados de modo a compensar essas prerrogativas, oportunizando ao STF desempenhar funções muito similares, conforme se aborda no próximo capítulo (vide repercussão geral, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a suspensão de segurança).

⁵⁶ Além dos pontos já abordados, ainda se destaca o caso da representação para interpretação de lei ou ato normativo, federal ou estadual (art. 11, “I”), em que se mantinha a redação da EC nº 7/77.

⁵⁷ Esse ponto, conforme se verá adiante, no capítulo 2, acabou sendo aperfeiçoado no período pós-CF/88.

que a composição inicial dos TRF seria decorrente de indicação do STF. Pontos que acabam concorrendo para o fortalecimento da posição da Corte.

Em razão dos pontos em que a proposta não logrou êxito já na CF/88, houve pesada crítica dos ministros. Ademais, muitos deles acabaram sendo compensados no período do pós-CF/88⁵⁸, por meio de emendas constitucionais. Fato esse que demonstra que a verdadeira luta empreendida pelos ministros durante os trabalhos constituintes continuaram a ocorrer no momento subsequente.

Por fim, registra-se que esse documento se pautou pela ideia de manutenção do desenho geral do arranjo institucional da Corte Suprema. Dele se depreende certo compromisso com a ordem autoritária que estava estabelecida, pouco importando se aqueles tempos eram propícios a mudanças democratizantes. Ademais, é frequente a atribuição a essa ideia de manutenção da estrutura geral a falta de avanços mais significativos que seria exigível na promulgação da CF/88.

1.2.2. Atuação perante a Comissão Afonso Arinos

Por meio do Decreto nº 91.450/85 o então Presidente da República, José Sarney, criou a comissão encarregada de elaborar o anteprojeto da nova Constituição⁵⁹. A “Comissão, presidida pelo jurista Afonso Arinos de Mello Franco, iniciou seus trabalhos em 1985, com a presença de quarenta e nove pessoas, das quais 30 eram juristas. Seu objetivo era realizar estudos e oferecer sugestões à Constituinte quando esta fosse instalada” (XIMENES, 2009, p. 11).

Em boa síntese sobre ela, Jorge Miranda (1987, p. 33) aborda que

o Presidente Sarney, na linha de pensamento de Tancredo Neves, instituiu uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais destinada a preparar um anteprojecto de Constituição – embora sem valor jurídico vinculativo, evidentemente – a propósito do qual se examinassem questões merecedoras de relevância constitucional, se (*Sic.*) esclarecessem ou apontassem

⁵⁸ É também o caso, além dos já citados, da extinção do mandato dos juízes classistas da justiça do Trabalho (art. 43) e de fato foram extintos em 1999, pela EC nº 24 de 1999; da criação dos juizados especiais, com suas turmas recursais constituídas por juízes também de primeira instância (art. 36, § 1º, “b” e “c”); da instituição do controle concentrado de constitucionalidade local, a cargo dos tribunais de Justiça (art. 36, § 5º).

⁵⁹ “É fato que Tancredo Neves, Presidente eleito no Colégio Eleitoral instituído pelo antigo regime, contando com votos de parlamentares recém-saídos do partido que dera sustentação à ditadura, resolvera criar uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, sob a coordenação de Afonso Arinos, com o fim de elaborar um anteprojeto a ser apresentado à futura Assembléia Constituinte, e que deveria ser formalizada logo após a sua posse. Tal comissão, logo após a morte de Tancredo Neves, foi indicada por seu sucessor, José Sarney em 18 de julho de 1985” (VIANNA, 1999, p. 38).

alternativas, se (*Sic.*) esboçassem soluções sobre as quais os futuros constituintes viessem a trabalhar”. [...] “Em 18 de setembro de 1986 seria esse texto solenemente entregue nas mãos do Presidente da República, que – numa decisão sem precedentes – o mandaria publicar no Diário Oficial da Federação. Pouco depois, em 15 de novembro, foram eleitos os deputados e senadores constituintes.

Segundo Antônio Rocha (2013, p. 64), apesar de a Comissão ter contado com um grupo majoritariamente conservador, a atuação dos mais progressistas⁶⁰ fez valer um resultado que ao final se mostrou bastante progressista⁶¹, inovador em vários pontos, pendendo para o rompimento com algumas amarras ideológicas do sistema que então passava, muito pautado pelo regime militar.

Mas, o STF, que pendia para o polo dos conservadores, que frequentemente partilhava de uma lógica continuísta conciliatória em relação ao regime, afeito a pouca participação popular, teve um papel considerável de influência no documento final elaborado pela Comissão, principalmente em relação aos relevantes pontos que tocavam o sistema de Justiça do país. Nesse sentido o STF, formal e diretamente, apresentou suas propostas à Comissão, e de modo geral, teve bastante apoio da magistratura em geral. Tudo sob a coordenação do ministro Sydney Sanches⁶²

Segundo importante resgate que se fez desse relevante momento histórico-institucional, Koerner aborda que:

Nas sugestões que os ministros do STF enviaram à Comissão Afonso Arinos, estes defenderam a continuidade da forma de organização e atribuições do STF, mas também incorporaram as propostas dos magistrados pelo fortalecimento institucional do Poder Judiciário. [...] A respeito do STF, o anteprojeto mantinha tanto a posição institucional já ocupada pelo tribunal, quanto a forma de organização e as atribuições múltiplas deste, que detinha o controle concentrado e difuso de normas. Foi cogitada a criação de um tribunal constitucional, proposto de José Afonso da Silva, mas a Comissão afinal atendeu às demandas e pressões dos ministros do STF (2013, p. 08).

Koerner (2013, p. 8) ainda complementa que o esboço feito no anteprojeto era mais próximo da posição de “centro”, no tocante à configuração do Poder Judiciário e da Corte Suprema. Daí não se ter ampliando o rol de legitimados ações de controle abstrato de

⁶⁰ Os membros da linha mais comunitarista (explicada adiante), por serem mais atuantes na Comissão, em que pese minoritários, fizeram prevalecer de modo geral sua posição, conforme relata Rocha (2013, p. 62).

⁶¹ Como exemplo destacado por Miranda (1987), mais especificamente no tocante a direitos e Justiça, citam-se: a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão; cláusula aberta sobre direitos (do seu art. 12); garantias relativas à utilização da informática; defesa do consumidor; a criação do Defensor do Povo; direitos dos trabalhadores. Mas, talvez o mais emblemático dos pontos trazidos nas propostas do anteprojeto tenha sido uma forte diluição dos poderes do Presidente da República.

⁶² Informações disponibilizadas por: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Sydney Sanches*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/presidente.asp?periodo=stf&id=22>>. Acesso em 11 jun. 2015.

constitucionalidade. Também, daí se ter apenas limitadamente avançando no controle das omissões inconstitucionais e não ampliar “a participação popular no Judiciário”.

Parece ter também pesado em favor do STF e da sua posição o fato de Sepúlveda Pertence, ligado ao Ministério Público, relator da Comissão Afonso Arinos na parte relativa ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, integrante da Comissão de Sistematização Final⁶³, ter uma predisposição volitiva a ocupar uma cadeira na Corte, conforme se infere. Nesse caso seria razoável se evitar maiores indisposições com ministros do STF. Daí não ser desarrazoado pressupor que tal fato pudesse ter interferido na sua atuação na Comissão. Com efeito, logo em 1989, Sepúlveda Pertence de fato veio a ser nomeado para ocupar a vaga do ministro Oscar Corrêa no STF.

Foi dito “maiores indisposições” porquanto em alguns pontos (e ao menos em um ponto muito relevante) a Corte foi, por assim dizer, derrotada. Esse fato não agradou aos magistrados representados pela AMB (XIMENES, 2009, p. 12). Foi o caso da proposta de criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), antevisto como tribunal que tiraria do STF uma parcela substancial da importância e do poder do Supremo, na medida em que com o STJ a Corte Suprema teria de restar mais especializada nos assuntos constitucionais⁶⁴.

Não obstante o alto grau de comunicações formais entre representantes do STF e a Comissão e o grau de influência⁶⁵, sem dúvida o resultado ainda não pareceu suficiente, conforme se abstrai das críticas feitas pelo ministro Sydney Sanches aos trabalhos da Comissão Afonso Arinos, concluídos à época e que seriam publicados logo depois, no Diário Oficial em 26 de setembro de 1986. Nessa crítica, mais voltada à parte relativa ao Poder Judiciário e à magistratura nacional, destacava-se total discordância do STF diante da criação

⁶³ No tocante aos trabalhos da Constituinte, atuou como convidado, prestando depoimento na Subcomissão de Garantias da Constituição. Tudo isso conforme referência do sítio do STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=27>>. Acesso em 13 jun. 2015.

⁶⁴ Sobre esse receio do STF, cremos que ele apenas tenha repetido o mesmo raciocínio que os ministros tiveram quando do tumultuado ano de 1965, onde elaboraram proposta de reforma do Judiciário. Afinal, os mesmos argumentos foram encontrados em face desses debates envolvendo a criação do STJ. Nesse sentido se mostrou interessante resgatar aqueles argumentos apresentados na proposta de reforma de 1965: “[a] vantagem alegada é passar ao projetado Tribunal Superior de Justiça a maior parte da competência que, desde o início da República, tem sido do Supremo Tribunal Federal. Essa transferência é igualmente preconizada em outro dos projetos, mas em favor dos Tribunais Regionais Federais, que seriam em número de três. Precisamente nesse deslocamento de competência - em sua maior parte, dos recursos extraordinários, que são a via própria para uniformizar a interpretação do direito federal - é que está a mais grave inconveniência da proposta” (COSTA, 2015, p. 480).

⁶⁵ Nesse sentido vale citar o resultado de uma das pesquisas ao acervo digital do STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastaSTF/Curiosidades/1986_jul_14.pdf>> e acessado em 11-06-15, no qual se pode verificar a publicação no Diário da Justiça da época acerca da provocação feita pelo presidente da comissão, Afonso Arinos, no tocante à construção do espaço político e econômico-institucional destinado ao Poder Judiciário, para o qual, além de participações indiretas da Corte, chegando até ao ponto da formalização de um documento produzido no STF acerca das sugestões sobre o Poder Judiciário na nova constituição, conforme já relatado logo antes no corpo do texto.

de um Superior Tribunal de Justiça, que o anteprojeto defendia. A justificativa para tanto foi no sentido de que a criação desse tribunal se mostraria um verdadeiro entrave entre os Tribunais de Justiça dos estados e o próprio STF (SANCHES, 1986).

Uma interessante observação quanto à atuação dos agentes judiciários, como AMB, STF, além do Ministério Público, que merece a reprodução é: "a institucionalização do direito como um instrumento de realização de justiça social refletia um envolvimento apenas indireto das instituições e profissionais jurídicos com a questão da justiça social ela mesma" (AQUINO, *apud* XIMENES, 2002, p. 163).

Em toda essa movimentação do STF, vem bem a calhar a crítica feita por no sentido de que se observava uma corte agindo mais com enfoque em questões individualistas ou corporativas (AQUINO, *apud* XIMENES, 2002, p. 163).

Entende-se dessa atuação da Corte que em regra ela pondera entre quantidade de trabalho *versus* status de poder a ser galgado. Não se observa, desde a atuação perante a essa Comissão, um agente legitimado, mais imparcial, capaz de sacrificar seus interesses em prol de ideais maiores, republicanos, que primassem primeiramente pela nação como um todo, por um Estado verdadeiramente democrático-participativo de direito.

Ademais, não seria sem propósito evocar a proximidade dos ministros com o regime militar para deslegitimar boa parte de seu agir político-confrontador nesse período que, sem sombra de dúvida, era de ruptura e não de conciliação continuísta, ao menos por parte da sociedade.

Todavia, é interessante notar que, uma vez que esses trabalhos não foram definitivos, não eram formalmente um anteprojeto da nova Constituição a ser adotada. Com isso, assim que terminadas essas "lutas simbólicas" travadas entre esses diferentes atores, praticamente todas elas estariam prontas para serem revividas e reanalisadas, logo que instalada a Assembléia Nacional Constituinte (ANC).

E essa era exatamente a chance de o STF fazer prevalecer totalmente a sua vontade, perante a ANC, mas também era a oportunidade de atores comunitaristas, como José Afonso da Silva, tentarem construir com mais liberdade a sua pauta. Principalmente na importante discussão sobre a corte constitucional, em que restaram vencidos. Ou ao menos no sentido de construção de um espaço mais participativo em relação à Corte Suprema.

1.2.3. Atuação perante a Assembleia Nacional Constituinte

Conforme já abordado no item anterior, não demorou muito para que os debates mais importantes para a presente pesquisa, todos eles fossem retomados nessa nova arena e ainda novos outros surgissem. Portanto, seriam mais discussões e movimentações em torno de: posição do STF no âmbito institucional; papel a ser desempenhado pela Corte no cenário político-jurídico do país; sua composição; condições de seus membros; e ainda atribuições correlatas da Corte.

E conduzindo tais debates ou levantando pontos a serem discutidos, não apenas ressurgem alguns dos atores que também atuaram na Comissão Afonso Arinos (advogados e professores e tantos outros), mas desta vez haveria o Congresso Constituinte a conduzir os trabalhos e apresentar ao final o seu produto, que seria a nova Constituição do Brasil.

O ambiente, portanto, não seria o mesmo daquele que se vislumbrou para a Comissão Afonso Arinos. Diante da importância desses trabalhos, esse cenário ainda passou a sofrer uma enorme interferência dos mais variados setores da sociedade civil, do empresariado, de grupos econômicos e instituições nacionais e internacionais, além de tantas corporações, públicas e privadas e de associações em geral.

Diante da importância do momento, como era de se supor, ainda mais enfática e firme foi a atuação do STF perante os trabalhos da ANC em relação aos trabalhos da Comissão Afonso Arinos. Uma nova postura do STF, ora confrontadora dessa nova confluência detentora do poder político, pôde ser observada desde a instalação até a conclusão dos trabalhos da ANC.

Perante a ANC, o STF procurou agir em várias frentes: seja pela via oficial, de forma escrita⁶⁶ ou de forma oral⁶⁷; pela via extraoficial, como por conversas particulares com agentes políticos⁶⁸, avisos repassados à imprensa, em conferências e em eventos⁶⁹; além da via privilegiada pela posição institucional da Corte, que também agia de forma engajada em julgamentos ocorridos em sua jurisdição⁷⁰. Inclusive, conforme se verificou, o STF franca e

⁶⁶ O STF repetiu, em boa medida, as recomendações transmitidas à Comissão Afonso Arinos, desta vez recebendo o número 10.965, assinada pelos 11 ministros, entregue à Comissão de organização de Poderes (XIMENES, 2009, pp. 2-3) e conforme se pode verificar no ANEXO II.

⁶⁷ Ainda na mesma orientação da Corte apontada na nota de rodapé anterior, o ministro Sydney Sanches do STF discursou em nome da Corte, ainda perante a Comissão de organização de Poderes a necessidade de manutenção do STF da forma como era, sendo “injustificável sua transformação em Corte Constitucional, de competência limitada, estritamente, a temas dessa ordem, sem o tratamento das relevantes questões de direito federal”, fato que inclusive permite vislumbrar uma pretensão continuísta, de manutenção de status e de poder pela Corte (XIMENES, 2009, p. 08).

⁶⁸ É o que se presume da indicação de Koerner (2013, pp. 157/162) acerca dos noticiados vínculos pessoais de vários ministros para com o Presidente da República, ministro do Executivo e com constituintes.

⁶⁹ Diz Koerner (2013, p. 174) acerca dessa movimentação dos ministros da Corte: “[a]ntes da aprovação do texto final, expressam suas opiniões em declarações à imprensa, seminários e eventos promovidos pelo próprio STF”.

⁷⁰ Dentre tantos que se podem citar, cita-se a relatoria do Ministro Moreira Alves, quando mandou distribuir ao

estrategicamente compactuou com a possibilidade constante de uma judicialização dos trabalhos da Constituinte (KOERNER, p. 07), afinal havia a brecha no sentido de que a ANC foi erigida a partir de uma Emenda Constitucional. Para alguns, apesar de constituinte, a ANC agia supostamente no âmbito da Constituição vigente, não agindo soberanamente⁷¹.

Essa gravosa forma de interferência nos trabalhos da Constituinte, que tinha o condão de fortalecer todos os meios de utilizados para influenciar ou impor algo à ANC, abalava pressupostos básicos conferidos ao Poder Constituinte, acerca da ilimitação, incondicionalidade e da soberania⁷². Também expôs, por via transversa, uma gravíssima fissura no entendimento da Corte, qual seja, os Atos Institucionais do regime militar, que recortaram a CF/46, foram reconhecidos pelo STF como constitucionais, ao que pressupomos dotados de soberania, enquanto a ANC e suas resoluções seriam despidas dessa soberania⁷³, muito embora a EC 26/85 tenha expressamente registrado: “Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional”.

PGR, injustificavelmente, o pedido totalmente inepto do PL, de consulta da Corte Suprema sobre a possibilidade de a ANC editar resoluções (como a do Projeto de Resolução n.1 de 1987) para alterar as normas vigentes (KOERNER, 2013, p. 149).

⁷¹ Nesse sentido se citam as preliminares arguidas pelo PGR nos INQ de nº 273 DF e 307 DF (em que os constituintes foram denunciados no STF), pois muito embora houve previsão do Regimento Interno da ANC (RIANC) que abonasse os constituintes denunciados de tipificação de conduta criminosa, o STF entendeu ali que não havia nem a soberania (KOERNER, 2013, p. 160) e muito menos o caráter de Poder Constituinte genuíno, mas hibridamente constituído, portanto.

⁷² Interessante destacar que para Sieyès o Poder Constituinte seria ilimitado, incondicionado e soberano (FIORAVANTI, 2007). Todavia, em contextualização feita por Canotilho, tem-se: “Se em Locke a sugestão de um poder constituintes aparecia associada ao direito de resistência reclamado pelo radicalismo *whig*, em Sieyès a fórmula *pouvoir constituant* surge estreitamente associada à luta contra a monarquia absoluta.

Se em Locke a sugestão de um poder constituinte aparecia associada ao direito de resistência reclamado pelo radicalismo *whig*, em Sieyès a fórmula *pouvoir constituant* surge estreitamente associada à luta contra a monarquia absoluta. Os momentos fundamentais da teoria do poder constituinte de Sieyès são os seguintes: (1) recorte de um poder constituinte da nação entendido como poder originário e soberano; (2) plena liberdade da nação para criar uma constituição, pois a nação ao ‘fazer uma obra constituinte’, não está sujeita a formas, limites ou condições preexistentes. Os autores modernos salientam que, no fundo, a teoria do poder constituinte de Sieyès é, simultaneamente, desconstituente e reconstituente. O poder constituinte antes de ser constituinte é desconstituente porque dirigido contra a ‘forma monárquica’ ou ‘poder constituído pela monarquia’. Uma vez abolido o poder monárquico, impõe-se uma ‘reorganização’, um dar ‘forma’, uma reconstrução da ordem jurídico-política. O poder constituinte da Nação entende-se agora como poder reconstituente informado pela ideia criadora e projectante da instauração de uma nova ordem política plasmada numa constituição. Os poderes conformados e regulados por esta constituição criada pelo poder constituinte (inclusive o poder de rever ou emendar a constituição - poder de revisão) seriam poderes constituídos” (2000, p. 73).

E se tomarmos o entendimento sintetizado de Gilmar Mendes: “[e]m suma podemos apontar três características básicas que se reconhecem ao poder constituinte originário. Ele é inicial, ilimitado (autônomo) e incondicionado” (2014, p.104).

⁷³ Nesse sentido se discorda da fundamentação de Gilmar Mendes (2014, p. 106-107) quando arrola como características do poder constituinte presente na ANC a soberania, haja vista que com o respaldo do STF ela veio a ser afastado, ao menos em tese.

Sobre tudo isso ainda se deve ponderar que essa atuação acabou do STF tocando não somente a organização do Poder Judiciário ou a posição da Corte no cenário político-institucional nacional, ora enfocados, mas sim várias outras questões estratégicas ao país como um todo⁷⁴, que por questão de corte metodológico, tendo em vista o objeto da presente pesquisa, não será analisada.

Adentrando o âmbito desse agir direto da Suprema Corte, ante sua importância e sua influência correlata, é necessário tecer considerações sobre a sua postura, sobre prováveis objetivos pretendidos e efeitos alcançados.

Começando pela sessão de abertura dos trabalhos ANC, marcada não somente pela instalação da sessão, mas por um emblemático discurso feito pelo Presidente do STF, o ministro Moreira Alves⁷⁵. Em seu discurso sobressaiu um tom de conciliação, inserindo-se dentro daquela lógica que propugnava a transição lenta, segura e gradual, supostamente “sem

⁷⁴ O STF versava, oficialmente ou informalmente, sobre o que deveria vir a ser a nova Constituição, como no caso do mandato presidencial de Sarney que, continuando após a vigência da nova Constituição, em tese não haveria óbice a que a nova Constituição viesse assim que promulgada a limitá-lo.

⁷⁵ A reprodução do discurso a que tivemos acesso se deu por meio da obra “A gênese do texto da Constituição de 1988”, de João Lima e outros, de 2013. O que se deve evidenciar desse discurso são exatamente seus trechos mais emblemáticos, os quais ora se buscam resgatar. Com isso, a respeito da sua posição continuísta-conciliadora, registraram-se as palavras do ministro: “termo final do período de transição com que, sem ruptura constitucional, e por via de conciliação, se encerra ciclo revolucionário”.

No tocante à tentativa de culpar a própria Constituição de 1946 pela superveniência do golpe militar, o ministro pondera: “[e]nfraqueceu substancialmente o Poder Executivo, fortalecendo o Legislativo, sem lhe dar, porém, meios de agilização normativa, reduzido que ficou o quadro legal do País às leis constitucionais e ordinárias” permitindo, “sem as necessárias cautelas, um pluralismo partidário que, com a adoção do voto proporcional, fragmentou os Partidos”, e concluindo que essa “sucessão de crises: que culminou com o suicídio de Vargas; a de que resultou o impedimento de Café Filho; a que desaguou no efêmero regime parlamentarista; e a que deu margem à Revolução de 1964” conforme consta do discurso de Moreira Alves, na matéria: *Instalação da Assembleia Nacional Constituinte completa 25 anos*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/comunicacao/institucional/noticias-institucionais/instalacao-da-assembleia-nacional-constituente-completa-25-anos-1>>. Acesso em 10 jun. 2015.

Interessante também destacar que Moreira Alves não atacou a Constituição de 1967, mas apenas a chamou de centralista. Menos ainda atacou a EC nº 1 de 69, mas apenas que exacerbou a Constituição então vigente, como se tudo corresse em um estado de normalidade dentro de um regime democrático de um Estado de Direito. E sobre o federalismo das constituições, o discurso se pautou no sentido de que “a de 1934 afastara o federalismo dualista da de 1981, e implantara o federalismo cooperativo; a de 1967 foi além, encaminhando-se para o que já se denominou federalismo de integração”, rumando ainda para a seguinte constatação: “a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 não alterou substancialmente a orientação adotada pela Constituição de 1967, mas sob certos aspectos, a exacerbou”. Com isso olvidava de registrar que essa Constituição de 1967, semi-outorgada, foi, em realidade, na sua essência imposta pelo regime militar, marcadamente autoritária, inviabilizava um verdadeiro federalismo, inclusive em razão do seu aspecto plástico, ou seja, cuja redação não correspondia ao que se efetivava na vida política e institucional. Mais ainda, não atentava para o fato de que a EC 1/69, outorgada pelo regime, não somente vilipendiava qualquer resquício de suposta liberdade constitucional para desta vez escancarar a ditadura plena e absoluta que operava no Brasil de então, na vigência do AI-5, e que, na prática, impedia qualquer ato típico de federação que fosse contra algum forte interesse dos militares. E para efeito de demonstração do que se diz, cita-se a seguir o art. 176 da CF/67: “É respeitado o mandato em curso dos Prefeitos cuja investidura deixará de ser eletiva por força desta Constituição e, nas mesmas condições, o dos eleitos a 15 de novembro de 1966”, conforme consta do discurso de Moreira Alves, na matéria: *Instalação da Assembleia Nacional Constituinte completa 25 anos*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/comunicacao/institucional/noticias-institucionais/instalacao-da-assembleia-nacional-constituente-completa-25-anos-1>>. Acesso em 10 jun. 2015.

ruptura” com o longo período ditatorial no Brasil, que o ministro resolveu denominar “ciclo revolucionário”. Culpava a Constituição de 1946 pelas sucessões de fatos que desaguarão no movimento militar de 1964. Mais ainda, era muito complacente até mesmo com a Constituição de 1967 (Constituição na qual o STF tantas vezes se apegou para limitar a liberdade da ANC) e a EC 1 de 69, outorgada pela ditadura militar.

Restava assim evidente uma conivência muito grande com o regime anterior, ditatorial militar, ora acobertado e mascarado, por parte do STF (não somente, mas também dele), exatamente como fora dito tantas vezes no tópico anterior. E esse discurso teve obviamente uma repercussão altamente negativa⁷⁶. Com essa repercussão se evidenciava um sentimento de ruptura muito disseminado entre os parlamentares constituintes e pessoas em geral que estavam presentes na sessão.

É impositivo lembrar o grau de institucionalidade do discurso e o ministro o fez na condição de Presidente do STF. Nesse sentido, o silêncio posterior a ele tem de ser interpretado como conivência, quando não até a concordância, da Corte como um todo⁷⁷. Lamenta-se principalmente, desse episódio, esses recados que estavam sendo formal e institucionalmente transmitidos aos constituintes. Entende-se, então, que esse discurso pauta em muitos aspectos a influência do STF, não somente em relação aos trabalhos da Comissão Afonso Arinos, mas principalmente no tocante aos trabalhos da ANC⁷⁸.

⁷⁶ Segue resumo constante do sítio da Câmara dos Deputados a respeito das principais repercussões do discurso do ministro Moreira Alves: “Apesar dos reparos à Constituição de 67 e à emenda de 69, e pela ausência de referências mais explícitas ao engajamento popular no processo que resultou no fim do regime militar e desaguou na Constituinte, o discurso de Moreira Alves gerou certo descontentamento, como relata nota publicada na coluna Informe JB do Jornal do Brasil de 2/2/1987: ‘o discurso não agradou à maioria dos políticos presentes à solenidade’. [...] Também sintomático do ambiente de animosidade em relação ao período autoritário recentemente encerrado foi a reação do ex-presidente da UNE, Aldo Arantes, à referência de Moreira Alves à ‘revolução de março de 1964’. Aos gritos, Aldo protestou: ‘Aquilo não foi revolução coisa nenhuma. Foi golpe militar’. Antes, o ministro havia declarado solenemente: ‘Ao instalar-se esta Assembleia Nacional Constituinte, chega-se ao termo final do período de transição com que, sem ruptura constitucional e por via de conciliação, se encerra ciclo revolucionário’”, conforme consta do discurso de Moreira Alves, na matéria: *Instalação da Assembleia Nacional Constituinte completa 25 anos*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/comunicacao/institucional/noticias-institucionais/instalacao-da-assembleia-nacional-constituente-completa-25-anos-1>>. Acesso em 10 jun. 2015.

⁷⁷ Mas, ao menos da parte do ministro Octávio Gallotti, não houve silêncio. Houve sim um claro apoio à palavras do ministros Moreira Alves. Nesse sentido segue um achado de Koerner, que ora se reproduz: “A esse respeito, ver ainda a edição de 1º. de fevereiro de 1987 de O Estado de S. Paulo. Octavio Gallotti, em discurso proferido em março de 1987, referiu-se ao discurso de seu colega como “admirável oração, fadada a figurar, na história e nos anais do Parlamento, como notável contribuição do Poder Judiciário, conduzindo, no dia imediato, com segurança exemplar, os trabalhos da eleição da mesma augusta Assembleia, ora reunida” (2013, p. 148).

⁷⁸ E por mais que alguns pontos do discurso tenham se pautado pela necessidade de diminuição das desigualdades sociais e desigualdades federativas, colocando esses pontos como sérios obstáculos a serem transpostos, ante a luz de conivência da Corte, ou ao menos do discurso, com o regime e o período anterior, torna-se forçoso enquadrá-lo mais dentro de uma lógica de discurso de conveniência, como por exemplo aqueles discursos que eram feitos no governo Figueiredo supostamente em defesa da democracia. Mas, se tomarmos como exemplo de um verdadeiro discurso de ruptura um que foi pautado exatamente nos trabalhos da ANC, de

Prosseguindo na abordagem, certamente que a Constituinte teria de versar sobre as atribuições tradicionalmente conferidas ao STF e que haveria nesse momento alguns impasses explícitos e outros velados. Velados, como na perspectiva da já referida possibilidade de judicialização dos trabalhos, fato que era do conhecimento dos constituintes, ante constantes ameaças e insinuações feitas nesse sentido no Congresso. Explícitos, quanto à posição no âmbito institucional do STF, ao seu papel, à sua composição, às suas atribuições correlatas.

Quanto aos grupos de pressão que circundavam os trabalhos constituintes relativos ao STF, poder-se-ia, a grosso modo, polarizar em dois grupos. O primeiro grupo, no qual se viam vertentes mais conservadoras, defendiam costumeiramente a manutenção do *status quo*, deixando as coisas o mais próximo possível de como já estavam. O segundo, no qual se viam vertentes mais voltadas à inclusão participativa, era de defensores da ideia da “comunidade de intérpretes”, mais voltado à ampla participação popular, nas mais variadas instituições.

Embora não houvesse uma rigidez ideológica, haja vista que esses grupos não deixam de ser modelos do campo das ideias, tipicamente se associam também a ideias de constituição menos participativa, aproximando-se, ao menos um pouco, da noção de constituição-garantia⁷⁹, cuja primazia está focada essencialmente nas liberdades negativas.

Como principal proposta desse grupo para efeito de Poder Judiciário, especialmente para efeito de cúpula do Judiciário, era a manutenção do STF da forma como já era, como tribunal instância máxima judiciária que acumula prerrogativas de corte constitucional. Em seguida parece vir a manutenção do âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Por fim se defendia a manutenção de todos os mecanismos de controle que haviam sido conferidos à Corte.

Nesse grupo, de forma preponderante, citam-se não apenas o STF⁸⁰, mas as

Siqueira Castro, perceberemos toda a diferença: “Todavia, a locução Estado de Direito pura e simplesmente já soa um tanto conservadora, um tanto obsoleta, quiçá reacionária porque o Estado autoritário, as ditaduras, o *absom* (*Sic.*), em certa medida, pelo menos tecnicamente, se subordinam a uma ordem jurídica, embora autoritária e absolutista. Daí por que se procura associar a legalidade estatal a um compromisso com o avanço social e democrático da sociedade preferindo-se utilizar a expressão Estado Social e Democrático de Direito. (DANC suplemento 83, Ata da 13ª Reunião, em 13.05.87, p. 8)”, apud Ximenes (2009, p. 04).

⁷⁹ A respeito da conceituação de constituição-garantia, cita-se: “A tradução normativa desta filosofia política é representada pela Constituição garantia, que se limita a estruturar o Estado e a proclamar certos direitos dos cidadãos, com o fito de protegê-los do próprio Estado. O constitucionalismo cuida então de reconhecer e garantir os chamados direitos de III geração, que representam, basicamente, trincheiras contra a intervenção arbitrária do Estado no domínio individual (liberdade de expressão, liberdade de associação, direito de ir e vir etc.). Tais direitos são assegurados pelo Poder Público, sobretudo através de uma abstenção, razão pela qual o Estado que os tutela pode ser mínimo” (SARMENTO, 1999).

⁸⁰ Exemplifica isso a citação de Ximenes: “Dentre os atores jurídicos “institucionalizados” cumpre salientar os

entidades representativas do Poder Judiciário como um todo, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)⁸¹, o Ministério Público⁸², além de outros (Ximenes, 2009, p. 9). Em síntese e de forma geral se poderia dizer que sua atuação, quando não puramente imbuído de preocupações corporativistas⁸³, era no sentido do compromisso com uma lógica conservadora.

Do outro lado, contudo, ficavam os que frequentemente adotavam posição comunitarista. Para efeito dos trabalhos constituintes da CF/88, mostra-se interessante reproduzir a conceituação da atuação dos comunitaristas nos trabalhos constituintes feita por Julia Ximenes:

enquanto os comunitaristas, representados por Charles Taylor (2000) Michael Walzer (1990,2003), defendem a importância das identidades sociais. Sustentam a configuração de valores compartilhados por uma comunidade política, o que justificaria um envolvimento por parte do cidadão, além do momento de participação nas eleições (2009, p. 02).

Esse grupo, de interesses mais diversificados, mais ideológico e menos corporativista (ou institucionalizado), vinha marcando presença desde a Comissão Afonso Arinos, comumente apegada a modelos de constituição-participativa. De forma geral havia um compartilhamento de valores, como o da participação social no processo de interpretação e aplicação da Carta Política. Nesse sentido, seriam mais consistentes e mais eficazes as decisões da jurisdição constitucional quando as respostas hermenêuticas fossem temporalmente adequadas às perguntas da sociedade sobre o sentido, o alcance e a própria necessidade da sua Constituição (COELHO, 1997, apud, XIMENES, 2009, p. 09)

embates entre o Supremo Tribunal Federal e a Associação dos Magistrados Brasileiros. Em sugestão apresentada ainda na etapa preliminar (Comissão Afonso Arinos), e depois exposta pelo Ministro Sydney Sanches em audiência pública na Comissão Temática III (da Organização dos Poderes e Sistema de Governo), durante a etapa 3, o STF se mantém da forma como era, considerando como ‘injustificável sua transformação em Corte Constitucional, de competência limitada, estritamente, a temas dessa ordem, sem o tratamento das relevantes questões de direito federal’. [...]a pressão exercida pelo Poder Judiciário, em especial a atuação do próprio STF, auxiliou na desistência da criação da Corte Constitucional” (2009, p. 8).

⁸¹ Quanto à atuação da OAB, há de se fazer uma ressalva de atuação muito menos ideologizante e muito mais corporativista. Nesse sentido, especificamente quanto à criação da Corte Constitucional, chegou a haver aceitação, em dado momento, mas entendemos que a razão para tanto era que a OAB viu nessa possibilidade de mudança uma oportunidade corporativista de forçar a inserção de advogados em mais essa estrutura, haja vista que o STF, em si, não trazia disposição nesse sentido para sua composição.

⁸² Muito embora não se relacione diretamente com o nosso objeto, seria possível exemplificar a atuação do Ministério Público em sentido contrário à original proposta do Defensor do Povo, trazida pela Comissão Afonso Arinos. Um outro exemplo que se fornece é a própria atuação de Sepúlveda Pertence nos trabalhos constituintes, de quem se extrai por vezes uma forte tendência de conservadorismo em relação à manutenção da estrutura jurídico-institucional do Brasil, afora a defesa de pautas que entendemos eminentemente corporativistas (SILVA, 2005).

⁸³ Como corporativista se pretende fazer alusão à defesa, seja argumentativa, seja mediante medida ou atos concretos que busquem primeiramente resguardar os interesses de alguma categoria, agrupamento ou facção bem discriminada, mesmo diante da possibilidade de se prejudicar com isso um bem maior, bem comum, algum interesse geral da nação.

Também se verificou atuação desse grupo quanto aos pontos ora analisados, sendo que a atuação principal⁸⁴ se poderia dividir em “três eixos: o primeiro, sobre a criação ou não do Tribunal Constitucional; o segundo, sobre a composição deste Tribunal; e finalmente sobre suas funções (jurídicas e políticas)” (XIMENES, 2009, p. 02).

Ocorre que não se constatava uma equivalência de forças. Havia um fator de desequilíbrio muito acentuado nessa disputa ideológica. É que do lado mais conservador estava o Supremo Tribunal Federal, privilegiado por uma posição político-institucional extremamente relevante. Tocar nesse tipo de pauta de forma flagrantemente contrária à posição adotada pelos ministros do STF poderia parecer intromissão e confronto.

Ademais, a possibilidade de judicialização dos trabalhos da Assembleia⁸⁵ certamente afetava todo o ambiente da Constituinte. Isso já seria o suficiente para conferir um peso muito grande às opiniões dos ministros da Corte⁸⁶, quando não o próprio acato dessas opiniões. Confirma isso o fato relatado por Koerner, no início dos trabalhos da Constituinte, quando uma proposta de Resolução nº 1, que conferiria à ANC (Congresso Constituinte) a possibilidade de alterar normas vigentes, inclusive com a possibilidade de afetar a questão do mandato presidencial. A essa prerrogativa, porém, do STF se opôs o STF⁸⁷.

Tal movimentação teve um apelo tão forte que retiraram esses pontos mais significativos da proposta de Regimento Interno da ANC e o que restou da proposta foi incorporada ao preâmbulo do Regimento Interno da ANC (RIANC) (KOERNER, 2013, p. 149-150).

Também não se pode deixar de fazer menção ao que Koerner registra do momento posterior, quando a questão enfrentada pelo STF tocava exatamente a soberania, ou não, da ANC. Veja-se:

porém, os ministros do STF decidiram unanimemente em sentido oposto,

⁸⁴ Atuação principal porque a definição do espaço da Corte Suprema no país é uma das pautas mais relevantes nesse cenário político-jurídico.

⁸⁵ Talvez essa fosse a resposta mais imediata possível e, em boa medida, forte a ponto de conter a ala menos conservadora da ANC, que pretendia mudanças profundas no funcionamento do Judiciário e também do órgão de cúpula.

⁸⁶ Enxergando sob esse prisma, realmente ressaí a conclusão que corrobora o entendimento de Koerner de que essa posição privilegiada do STF funcionaria como uma espécie de instância de legitimação dos trabalhos. Legitimação porque supostamente legítimo passava a ser aquilo que conformasse a posição dos ministros, “juízes julgadores” dos trabalhos da ANC, muito embora ainda houvesse algum espaço de confronto aí.

⁸⁷ A questão do mandato presidencial gerou uma forte tensão e o acionamento do STF pelo Partido Liberal (PL). O PL teria ajuizado uma consulta ao STF para que se esclarecessem os limites soberania da ANC em relação à Constituição ainda vigente, de 1967, com a EC nº 1/69 do regime militar. Nesse caso, apesar de não haver previsão processual para esse tipo de demanda ajuizada pelo PL, o presidente do STF, Moreira Alves, ao invés de arquivar a demanda, fez uma manobra bastante insinuativa, dando-lhe prosseguimento, enviando o feito à PGR para se manifestar.

rejeitando a preliminar suscitada pela PGR. O relator, Sydney Sanches, considerou que o Rianc não poderia eliminar a exceção dos crimes contra a honra estabelecida pela EC n. 1/1969 para a inviolabilidade dos parlamentares. Senão, "a norma regimental (*interna corporis*) estaria exorbitando de sua estrita e eventual esfera de incidência e operando em área, que se rege pela Constituição em vigor". Esta estabelecia a exceção à inviolabilidade nos casos de crime contra a honra e não conferia imunidade processual aos deputados. Nos crimes contra a honra não era exigida licença prévia das casas do Congresso e "[m]enos ainda da Assembleia Nacional Constituinte, cujo dispositivo regimental só procura proteger o Constituinte no âmbito e no exercício do respectivo mandato" (KOERNER, 2013, p. 161).

Era um claro sinal do STF de que não aceitaria ficar de fora e passivo ao processo político de criação da nova Constituição. Era também um claro sinal de que os constituintes todos consideravam a possibilidade real de ver os trabalhos constituintes sofrerem controle do STF.

Agravava ainda mais essa situação o fato de setores mais conservadores e a própria Presidência da República, quando se viam acuados por algum ato ou posição predominante na Constituinte, buscavam de fato, ou ameaçavam buscar, o STF para resolver qualquer impasse. Era o uso da Corte como recurso estratégico (KOERNER, 2013, p. 142/148). E isso faz ainda mais sentido se lembrarmos que o art. 173, da CF/67, que buscava dar validade retroativa aos os Atos Institucionais do regime militar, afastando-os da apreciação do Poder Judiciário, foram reconhecidos pelo STF como válidos, ainda que tenham recortado a CF/46.

De outra parte, a ANC, criada exatamente para definir a nova Constituição, configurando verdadeiramente um Congresso Constituinte, não obteve o reconhecimento de fato da sua soberania quanto à atuação pelo STF.

Com isso, fica evidenciado que o Comando Supremo militar não restou minimamente "amarrado" pelo STF à democrática CF/46, enquanto, de outra parte, o STF amarrou a ANC à autoritária Constituição de 67, outorgada pelo regime militar.

Dessa forma, a partir do resgatado entendimento do STF, a ANC, muito embora incorporasse, pelo resultado, o Poder Constituinte, de fato não gozava da ilimitação, incondicionalidade e da soberania, recepcionados doutrinariamente desde a célebre defesa de Sieyès acerca do *Tiers État*.

Quanto aos ministros do STF, pode-se dizer, de forma geral, que adotavam posições que iam de centro à de direita. Encaravam com reservas a Constituinte e em muitas ocasiões transpareceu a ideia da desnecessidade de uma nova constituição. Como cerne da

atuação nos trabalhos constituintes se poderia indicar a forte preocupação com preservar o STF de mudanças mais profundas, em atuação que muitas vezes contou com o apoio da representação geral dos magistrados.

O cerne das preocupações demonstradas pelos ministros da Corte era exatamente a posição institucional dela no novo Estado e a sua atuação foi sempre no sentido de preservá-la de qualquer mudança brusca na configuração político e jurídico-institucional.

A proposta de criação de uma corte constitucional⁸⁸ no Brasil, e, por desdobramento, a criação de um Superior Tribunal de Justiça, foi a principal dessas preocupações do STF e precisamente nesse ponto entendemos que se encontram as motivações das maiores interferências diretas.

Nesse aspecto, observa-se que a proposta do STF era o continuísmo, deixar a estrutura como estava, ou seja, a de um Tribunal Supremo, no topo da estrutura judiciária, acumulando às funções de cúpula da Justiça, o controle de constitucionalidade abstrato. As justificativas usadas eram bem antigas, datadas da contraproposta feita pelos ministros da Corte em 1965, como reforma judiciária. O cerne dessa argumentação se encontra essencialmente na tradição, além de pincelar a questão federativa⁸⁹. Mas, parece mais plausível que tenha preponderado uma ideia de apego corporativista à posição da Corte, desvencilhada de algum ideal maior, de construção de nação ou outro que o valha.

⁸⁸ Como Corte Constitucional se busca remeter a um colegiado não hierarquizado no âmbito do Poder Judiciário, mas eminentemente político e que tem a incumbência de decidir sobre as questões que lhes são postas.

⁸⁹ Vejamos trecho dessa argumentação da Corte feita já desde 1965, que à época dos trabalhos constituintes foi retomada: “v - TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTIÇA

Por um dos projetos em discussão, a Justiça Comum, em contraste com a Justiça Especial, seria composta dos Juízes e Tribunais Federais (não especializados) e dos Juízes e Tribunais dos Estados, criando-se, como cúpula dessa estrutura, um Tribunal Superior de Justiça, em correspondência com os Tribunais Superiores da Justiça Militar, da Eleitoral e da Trabalhista.

A idéia é original, mas apesar dessa originalidade e por causa dela, o Supremo Tribunal, movido por considerações doutrinárias e de conveniência pública, é contrário à criação do mencionado Tribunal Superior de Justiça.

De um lado, não há muita coisa em comum entre a competência dos Tribunais Federais de segunda instância e a dos Tribunais de Justiça dos Estados, para que se imponha um órgão coordenador das duas estruturas. Bem diversa é a situação do Superior Tribunal Militar e dos outros Tribunais Superiores (Eleitoral e Trabalhista), que tratam, cada qual, de matéria especializada. O argumento da simetria não tem, aqui, portanto, valor decisivo, nem corresponde às peculiaridades das justiças federal e estadual.

Por outro lado, a expressão Justiça Comum, desde suas origens em nosso direito, resultou de sua condição de depositária de toda a competência não atribuída às justiças especiais, e entre estas sempre se incluiu a antiga Justiça Federal, pela circunstância de ter competência definida, e não remanescente. Não há, pois, justificação doutrinária, nem de ordem prática, numa renovação terminológica que a colocasse no âmbito da Justiça Comum.

A vantagem alegada é passar ao projetado Tribunal Superior de Justiça a maior parte da competência que, desde o início da República, tem sido do Supremo Tribunal Federal. Essa transferência é igualmente preconizada em outro dos projetos, mas em favor dos Tribunais Regionais Federais, que seriam em número de três.

Precisamente nesse deslocamento de competência - em sua maior parte, dos recursos extraordinários, que são a via própria para uniformizar a interpretação do direito federal - é que está a mais grave inconveniência da proposta.” (COSTA, 1965, p. 479-480).

Defendendo a necessidade de criação da corte constitucional, ou alguma estrutura mais próxima a ela, vinham vários constituintes, em regra imbuídos de uma ideologia comunitarista. O escopo era o de conferir um ar mais político e politizado ao “guardião da Constituição”, desvencilhando-o de estar inserido dentro da estrutura judiciária e dos interesses corporativistas que ali residem. Por parte de alguns constituintes, como Plínio de Arruda Sampaio⁹⁰, ainda se denota uma desconfiança em relação ao STF, levando em consideração sua subserviência ao regime militar. Ademais, não se pode perder de vista o fato de que a Corte permanecia essencialmente com os mesmos membros da época do regime militar. Além do que, era nítido o descompasso entre a atuação mais voltada para a ruptura, por parte da ANC e a posição marcadamente conservadora adotada pela Corte.

Essa discussão sobre corte constitucional trazia consigo, frequentemente, a questão da criação ou não de um Tribunal que pudesse ocupar a posição de cúpula do Poder Judiciário, até então ocupada pelo STF.

Era a ideia da criação de um Superior Tribunal de Justiça, sendo que a pretensão mais ventilada nos trabalhos da Constituinte, de que se teve notícia, a respeito desse tribunal a era a de que ele deveria ser a cúpula da jurisdição sobre a legislação federal⁹². Inclusive, já era antiga a noticiada ideia de reforma judicial que desafogasse o STF⁹³ a partir

⁹⁰ Sobre uma esclarecedora entrevista concedida por esse constituinte se cita: “Em entrevista concedida em 2005, Plínio de Arruda Sampaio, Ex-Deputado Constituinte (1987-1988) pelo PT, relator da subcomissão do poder Judiciário e do Ministério Público, quando indagado sobre os debates do processo constituinte, em torno do artigo 103, afirmou categoricamente que: “Na comissão, o grande lobby, a grande dificuldade que eu tive aqui foi o pessoal que estava ligado ao Supremo. O Supremo não queria isso (um Tribunal Constitucional), ele queria essa coisa mista que saiu, que eu acho que foi uma pena, eu fui derrotado nisso. A figura mais forte era esse que depois foi Ministro do Supremo, o Maurício Correia. Eles estavam preocupados com os artigos 101 e 102, o 103 eles deixaram passar [...]. Eu fui ao Supremo conversei muito com eles, mas eles não abriram mão. Através do Maurício Correia fizeram as emendas e mudaram. Com o artigo 103 eles não criaram o menor problema eles estavam interessados era nisso (arts.101 e 102). Uma vez que eles ganharam o que eles queriam eles não fizeram nenhuma força, então isso passou sem muita dificuldade” (CARVALHO, 2013, p. 20).

⁹¹ Em relação à posição admitida por esse constituinte vale reproduzir seu discurso: “Com relação ao Supremo Tribunal Federal, o certo é que, se esta Constituinte cumprir as expectativas do povo brasileiro, vai criar um novo quadro judicial e jurisdicional neste País, porque vai criar direitos onde hoje não há direitos, vai criar deveres onde hoje não há deveres, e vai limitar faculdades de direitos que hoje compreendem essas faculdades. Então a interpretação disso, em relação à Constituição, vai ser muito mais forte do que hoje, sobretudo no período de consolidação. Era necessário dar à questão constitucional um tratamento realmente privilegiado. Também hesitei muito em não colocar isso na própria competência do Supremo Tribunal Federal, por uma razão simples: temos, de fato, instituições muito pouco ancoradas na História deste País, e o Supremo Tribunal Federal é uma instituição ancorada, com os defeitos que tenha tido e sobretudo com as dificuldades que teve no período autoritário. (DANC, suplemento 83, p. 99)” apud Ximenes (2009).

⁹² Podem-se observar vários resquícios desse entendimento, como ocorreu no caso do art. 105, I, “d”, da CF/88, a respeito do que Nelson Nery Junior entendia competir ao STJ conflitos de competência entre TRT’s. Então, se fizer sentido esse pensamento de Nelson Nery, evidencia-se que o STJ foi idealizado para funcionar como espécie de cúpula da própria Justiça em si.

⁹³ A ideia, porém, de se desafogar o STF não é recente, mas vem desde ao menos a década de 30 no Brasil: “Em artigo publicado em 1960 o futuro Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid abordou com profundidade o problema, sugerindo a criação de uma corte de cassação para aliviar o STF de suas funções não constitucionais, ficando o

da criação de outra estrutura judiciária, deixando a Corte Suprema mais focada (não exclusivamente) em matéria constitucional.

Há de se pontuar que a criação do STJ, tal qual já proposta pela Comissão Afonso Arinos, não dependia exclusivamente da criação de uma corte constitucional. Nesse ponto é que a ideia de STJ⁹⁴ pôde ganhar fôlego, mesmo com as reiteradas oposições do STF a respeito, qual seja, a de que seria plenamente viável a continuidade do STF, inclusive na cúpula, porém, mais afeito às questões constitucionais.

E, embora estivesse praticamente superada a questão da corte constitucional já na etapa 2 da Comissão de Sistematização, uma mescla de posições foi a que chegou à etapa 3 para ser deliberada. Na proposta do final da etapa 2, enquanto se mantinha o STF, reduzia-se sua competência à matéria constitucional, todavia, o STF seria composto por 19 ministros, com uma seção constitucional, sendo que parte da sua composição teria vitaliciedade e outra mandato⁹⁵ (XIMENES, 2009, p. 8). Para os conservadores, entre os quais o STF, o caminho ficava livre para pressionar quanto a esses outros aspectos menores, mas que ainda assim tinham muita importância.

Sobre o desfecho desse cenário em construção, segundo Ximenes (2009, p. 8) “diante da reação contrária, a estratégia adotada foi incorporar as sugestões apresentadas pelos constituintes Maurício Corrêa⁹⁶⁹⁷ e Michel Temer, reduzindo as atribuições do STF, que

Supremo com uma competência que o transformaria em corte quase que exclusivamente constitucional,” (VALÉRIO, 2010, p. 119).

⁹⁴ O STF também se opunha, embora a resistência aí fosse menor, à criação de um Superior Tribunal de Justiça, no rigor da palavra. Preferia então um Tribunal Superior Federal. Sua justificativa em geral dizia respeito a uma possível 4ª instância de jurisdição, pois do juízo de primeiro grau se poderia recorrer ao Tribunal e do Tribunal, para o STJ e então, desse STJ se poderia sacar alguma questão constitucional e chegar até à Corte Suprema.

⁹⁵ *In verbis*: “Art. 14 – O Supremo Tribunal Federal compõe-se de dezenove Ministros, nomeados pelo Presidente da República, sendo onze vitalícios e oito com mandato de doze anos, todos bacharéis em direito, há pelo menos vinte anos, de notório saber jurídico e reputação ilibada. § 2 – Renovar-se-ão os Ministros com mandato pela metade a cada seis anos, vedada a recondução. § 4 – Os Ministros vitalícios serão indicados pelo Presidente da República, reservando-se quatro vagas para membros da magistratura. § 8 – A seção Constitucional será composta pelos Ministros com mandato e quatro dos vitalícios, os quais serão indicados pela Seção Especial e terão investidura pelo prazo de seis anos vedada sua recondução” (XIMENES, 2009, p. 08).

⁹⁶ Conforme as palavras de Maurício Corrêa, registradas no Diário da ANC “No que tange à proposta de V. Exa. sobre a Corte Constitucional, o Tribunal Constitucional, eu desejaria manifestar a minha contrariedade. Não estou de acordo. Meditei, pensei e acredito que as transformações no Poder Judiciário não podem ser feitas sob o impacto – vamos dizer – ideológico, mas têm de obedecer a uma tradição que não pode ser esquecida; uma tradição que vem desde o Direito Romano, passou pelo Direito Português, passou pelas Ordenações Manuelinas, Filipinas, etc., e chegaram a todas a essas composições jurídicas até os dias de hoje. A eliminação do Supremo Tribunal Federal é uma ruptura difícil de ser digerida neste momento. Basta que diminuamos as atribuições do Supremo Tribunal Federal. Vamos manter o seu nome, tirar a questão da relevância, diminuir as suas atribuições no que tange ao recurso extraordinário, para que ele – Supremo Tribunal – não fique afogado. (DANC, suplemento 83, p. 102)”.

⁹⁷ Em relação ao ex-ministro Maurício Corrêa talvez se possa aplicar a mesma lógica que se inferiu da atuação de Sepúlveda Pertence, haja vista que o primeiro também se tornou ministro do STF alguns anos depois, em 1994.

seriam transferidas, para o novo Superior Tribunal de Justiça”.

A partir daí o debate passou a ser outro: a composição da Corte⁹⁸ e as partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade e a vitaliciedade.

No tocante à composição, a pressão do STF foi vitoriosa: onze ministros, todos indicados pelo Presidente da República, ouvido o Senado Federal, como nas Constituições brasileiras anteriores, todos vitalícios. Então, o que se viu é que além do STJ, praticamente tudo permaneceu como estava.

Por seu turno, a ampliação da capacidade de propor a inconstitucionalidade de leis foi um ponto da ala mais comunitarista que acabou prevalecendo. Com efeito, foi ajustada a ampliação dos agentes capazes de provocar o controle abstrato de constitucionalidade e que ao final era ainda mais fortalecedora do STF:

Oportuno destacar um outro elemento caracterizado como comunitarista: a legitimidade para propor a ADIn. Durante a fase G da Etapa 3, na Comissão Temática III, várias emendas buscaram incluir diferentes entidades da sociedade civil como partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade, ampliando a "comunidade de intérpretes". Desta feita, houve uma vitória "comunitarista" no tocante à recepção das ideias de Haberle (1997) sobre a "comunidade de intérpretes". Destaque-se que na Constituição anterior a legitimidade para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade junto ao STF era exclusiva da Procuradoria-Geral da República (XIMENES, 2009, p. 09).

In casu, os membros do STF não admitiam a diminuição de poder e a perda de espaço, daí uma briga muito grande não somente no tocante à criação de uma outra corte que pudesse retirar as atribuições do Supremo. Entretanto, duas situações devem ser consideradas, a primeira é a de que houve muita negociação no âmbito da ANC e muitas delas disseram respeito à posição do STF, resguardando-se o mais relevante, já a segunda situação diz respeito a um binômio quase paradoxal no qual a Corte quase sempre se encaixa: ampliação dos mecanismos de controle e de poder *versus* receio de avolumar seus trabalhos.

A própria ampliação dos agentes capazes de ajuizar ADI, por exemplo, sofreu certa resistência inicial e conservadora dos ministros da Corte⁹⁹, pois visivelmente geraria maior volume de demandas judiciais (a essa altura ninguém poderia dizer o quanto). Não

⁹⁸ Em relação à composição da Corte, uma proposta apresentada pelo Presidente dos Magistrados, Desembargador Milton dos Santos Martins, era no sentido de que uma parte dos ministros da Corte tivesse de ser indicada dentre juízes de carreira, emblematicamente beneficiando os magistrados em geral (XIMENES, 2009, p. 08).

⁹⁹ “Na sugestão apresentada pelo Supremo, mencionada anteriormente, o monopólio da ADIn permanece com o Procurador-Geral da República”.

obstante, é interessante notar que essa ampliação acabou conferindo mais poder à Corte¹⁰⁰, razão pela qual logo depois foi prontamente assimilada pelo Supremo.

Por outro lado, afastou-se aquilo que poderia configurar um dos maiores temores dos ministros da Corte: a participação mais efetiva do “povo” nas questões do Tribunal. Isso porque dificilmente algo que é aberto à sociedade, conferido à participação popular, consegue depois voltar ao *status quo ante*.

Nesse sentido é conveniente citar que

acerca do Judiciário, a polarização se dava sobre as bases do constitucionalismo: as atribuições de controle da constitucionalidade e a participação popular nesse Poder. À direita, buscava-se preservar o STF, tribunal supremo com poderes concentrados de controle da constitucionalidade, e o Judiciário composto por uma magistratura profissional (Ferreira Filho, 1985a, 1985b; Reale, 1985a, 1985b). À esquerda, a proposição era de que as controvérsias sobre as leis fossem resolvidas pelo Legislativo, uma delegação deste ou um tribunal, e que houvesse ampla participação popular no Judiciário (XIMENES, 2009, p. 09).

O que se observou, em síntese, nessa movimentação toda que envolveu ANC, o STF e tantos outros atores, sempre atuantes, foi uma evidência forte de que mudanças profundas envolvendo o Judiciário, principalmente o STF, seriam muito difíceis e provavelmente seriam obstaculizadas quando não estejam exatamente de acordo com a vontade dos seus ministros ou mesmo dos magistrados.

Koerner, a respeito da atuação do STF perante a Comissão Afonso Arinos, mas que pode ser estendida à atuação perante a ANC, registra que as propostas

avançavam limitadamente no controle das omissões constitucionais e não ampliavam a participação popular no Judiciário. A respeito do STF, o anteprojeto mantinha tanto a posição institucional já ocupada pelo tribunal, quanto a forma de organização e as atribuições múltiplas deste, que detinha o controle concentrado e difuso de normas. Foi cogitada a criação de um tribunal constitucional, proposto de José Afonso da Silva, mas a Comissão afinal atendeu às demandas e pressões dos ministros do STF (2013, p. 147).

Assim, em relação a essa pauta substancial, da criação da Corte Constitucional no Brasil, Bicudo explicita essa movimentação dos magistrados, afinal:

quando se fala em recolocar o Supremo Tribunal Federal naquilo que o Supremo Tribunal Federal, pelo menos na minha visão, deve ser - a corte constitucional do Brasil - os juízes se rebelam e querem continuar com a competência que têm hoje, porque à medida em que a sua competência se

¹⁰⁰ Veja-se que sempre que quiser examinar dada questão poderá pedir, ou mesmo sinalizar, isso a algum dos tantos entes legitimados e certamente algum deles ajuizará. Isso configura um “salto de poder” muito grande.

avoluma, maior o seu poder. E os juízes do Supremo Tribunal Federal não querem perder esse poder. Então, a questão de um novo Poder Judiciário começa a sofrer o impacto da própria cúpula da magistratura brasileira, em especial do Supremo Tribunal Federal (1997, p. 68).

Disso o resultado foi deixar de haver uma mudança estrutural e as mudanças pontuais que ocorreram, afora a criação do STJ, acabaram por refutar a ideia de corte constitucional, trazendo, no somatório, ainda mais poder ao controle do STF. “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, e em fortalecer o Poder Judiciário, acentuando seu insulamento institucional, sem controles ou participação externos” (KOERNER, 2013, p. 178).

No caso, ressentem-se que a jurisdição constitucional do país talvez não tenha sido construída da forma mais republicana possível¹⁰¹. Não foi com base em princípios democráticos maiores que se organizou a Corte, mas principalmente por pressões corporativistas. Essas funções, competências e atribuições que estavam em jogo sem sombra de dúvida não poderiam, e não podem, ser tratadas como patrimonializadas por algum grupo ou tribunal, ou mesmo ramo do Poder. A lógica que deveria ter prevalecido integralmente para efeito de organização das principais instituições deveria ser a mais voltada para o bem comum¹⁰², para o resguardo da democracia.

Seria de se esperar que o Estado passasse a se estruturar em razão da sociedade e não a sociedade em razão de grupos político-institucionais dominantes do Estado. Diante disso, não se perde de vista que a oportunidade aberta pela ANC talvez tenha sido única. Era exatamente o momento mais adequado para que se pudessem promover as mudanças estruturais. O que se estava debatendo no âmbito da ANC, era de todo importante, emblemático e bastante significativo. Ali seria definida uma das partes mais relevantes de nossa democracia¹⁰³, a redação original da CF/88, e seria conferida uma orientação geral de

¹⁰¹ Como base conceitual de republicano aí se toma por base Michelman, *apud* Habermas, a respeito da concepção de interpretação republicana como oposição à liberal. É atual e não apenas a clássica que decorre da época do direito romano, ainda, no sentido equiparar os direitos políticos a direitos da subjetividade. Nessa concepção recente se destaca a primazia de um processo inclusivo na formação da vontade política ou pública, mas continua voltada para o centro do bem comum, por oposição ao bem de interesse individual ou corporativo e que por vezes se resumia ao voto. Nessa compreensão o voto é resultado de uma série de julgamentos e de um verdadeiro processo deliberativo aberto comunicacional, que deve ser construído pelo cidadão (HABERMAS, 2010, p. 333-338).

¹⁰² Como bem comum pretendemos fazer oposição ao benefício próprio, individualizado ou corporativizado. Não-altruísta, incapaz de se justificar em uma arena pública de debate que precise se legitimar a partir da sua fundamentação. À luz de interesses maiores, da nação.

¹⁰³ Sobre essa controvérsia, porém, compartilhamos do pensamento COELHO (1997) no sentido de que “quanto mais aberto à participação social se mostrar o processo de interpretação e aplicação da Carta Política, mais

rumo das mudanças que ocorreram nos anos seguintes.

Então, não se mostra desarrazoado admitir que boas ponderações e debates sobre a Constituição brasileira possivelmente sequer chegaram a figurar entre os debates da Constituinte, ante o grau de interferência do STF. A possibilidade de judicialização dos trabalhos constituintes pesou bastante, embora não exclusivamente.

Ademais, não se pode olvidar a polarização também provocada pela participação institucionalizada do STF nas matérias do seu interesse e seus mecanismos de pressão serviram para dissuadir forças contrárias aos interesses da Corte em boa parte dos conflitos. Aos constituintes, portanto, defender alguma proposta contrária ao entendimento do STF poderia significar correr alguns riscos. Até mesmo em relação às propostas que de fato chegaram a ser analisadas, é bem difícil supor que tenham tido a liberdade suficiente de maturação da ideia e arejamento oriundo dos debates, tanto que por vezes sequer a proposta era levada a votação.

Diante disso, apesar de percebermos uma mudança de postura por parte do Supremo, possivelmente a gênese do ativismo judicial, na qual se viu um STF disposto deixar de lado a atuação típica da jurisdição técnico-normativa¹⁰⁴, passando a interferir diretamente em assuntos eminentemente políticos, como o eram os trabalhos da ANC, mas agindo a partir de interesses prevalentemente privados ou corporativistas. Foi nesse momento que se percebeu, de forma significativa, uma Corte realmente disposta a confrontar frontalmente a conjuntura detentora do poder político de então.

Essa nova postura da Corte foi extemporânea e perdida (desorientada). Não foi observada durante o grave período da ditadura militar, mas nos novos tempos, ora democráticos. É mais grave que isso, com comprometimento da Corte com valores construídos ou solidificados durante o regime militar. Insistia em segurar qualquer ruptura

consistentes e mais eficazes serão as decisões da jurisdição constitucional enquanto respostas hermenêuticas temporalmente adequadas às perguntas da Sociedade sobre o sentido, o alcance e a própria necessidade da sua Constituição”. E ao menos em tese a criação da Corte Constitucional no Brasil poderia ter servido a diluir parte de um discurso tecnicista, excludente e exclusivista dos julgamentos constitucionais do STF, expondo devidamente as fundamentações políticas da escolha da decisão e possivelmente avançando até de forma mais progressista, como verificamos ocorrer em casos de criação de Corte Constitucional na América do Sul (Glopenn, 2010) e ainda desvencilharia de interesses corporativistas do Poder Judiciário. Sabe-se, por outro lado, que novos interesses acabam surgindo. Entretanto, a vantagem seria desvencilhar a Corte Constitucional de alguma corporação específica, como por exemplo ocorre hoje com STF, na medida em que inserido dentro da estrutura do Poder Judiciário.

¹⁰⁴ Ou nas palavras de Dworkin: “‘centrada no texto legal’ [...] Ela insiste em que, tanto quanto possível, o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras específicas num conjunto de normas públicas à disposição de todos. O governo, assim como os cidadãos comuns, devem agir segundo essas regras públicas até que elas sejam mudadas [...] uma concepção centrada no texto jurídico” (DWORKIN, 2001, p. 6-7).

mais forte, quando, na verdade, era impositivo ocorrer essa ruptura exatamente durante os trabalhos constituintes.

Não se pode olvidar que essa atuação do STF, ao mesmo tempo conservadora e bastante impositiva abrangia muito mais que estruturas institucionais, como a posição do Poder Judiciário ou da Corte, mas afetava até mesmo direitos individuais e garantias, ainda que muitas vezes pela via indireta ou pela via processual (vide Anexo II)¹⁰⁵.

Tudo isso demonstrou, além de conferir substanciais indícios de acúmulo de discricionariedade e poder da Corte sobre questões centrais do país, um grave efeito colateral, o abalo à crença cega da legitimidade dos posicionamentos da Corte. Colocou em xeque, portanto, qualquer confiança exacerbada na função da jurisdição-política, que tantas vezes se mostrou equivocada durante esses períodos já abordados. Por fim, como aspecto mais importante, permite o questionamento mais franco a respeito do acúmulo indiscriminado de poder e competências na Corte e dos limites do ativismo judicial, temas que se prosseguem na abordagem mais à frente.

1.3. O espaço do STF na Constituição de 1988

Na tabela a seguir é possível esclarecer alguns dos principais pontos de mudança no cenário político institucional nacional que envolvem a projeção do STF. No comparativo já se percebem pontos relevantes que merecerão maior atenção, logo em seguida, de modo que certamente ajuda na compreensão das questões a serem estudadas no presente item.

Quadro comparativo de disposições constitucionais

QUADRO ESQUEMÁTICO DAS PRINCIPAIS MUDANÇAS COM A CF/88 NO TOCANTE À POSIÇÃO DO NO CENÁRIO POLÍTICO, JURÍDICO E SOCIAL DA NOVA DEMOCRACIA BRASILEIRA
--

¹⁰⁵ Mesmo após promulgada a Constituição, em relação às funções jurisdicionais conferidas pela CF/88 ao STF, ainda se percebe o referido anacronismo da Corte. Segundo Koerner, Ministros do STF e juristas, conservadores ou progressistas, passavam a afirmar que dispositivos da Constituição não poderiam ter aplicação imediata, a depender de lei. Em primeiro lugar, estavam a fixação da taxa de juros em 12% e do valor do salário mínimo; o mandado de injunção; o habeas data e os instrumentos coletivos. Os ministros do STF fizeram reuniões reservadas com os dirigentes de outros tribunais para definir como aplicariam os dispositivos controvertidos. Temiam uma avalanche de processos e as implicações de suas decisões. Em 6 de outubro, o STF decidiu que os mandados de injunção enviados à corte seriam aceitos, protocolados e distribuídos, mas ficariam parados à espera de lei do Congresso Nacional. Para os pedidos de habeas data, teriam como requisito a prova de que a informação foi solicitada e não foi fornecida pelo órgão competente (2013, p. 177).

ANTES DA CF/88 ¹⁰⁶	COM O ADVENTO DA CF/88
INTERVENÇÃO FEDERAL NOS ESTADOS	
A possibilidade de intervenção federal já estava presente na última Constituição democrática, a de 46, nela já se trazia a possibilidade de intervenção federal por violação dos princípios sensíveis. Esse comando foi aproveitado quase sem alterações pela Constituição do regime militar.	Surge, em 1988, a competência do STF de determinar intervenção (art. 34) também para assegurar a observância dos princípios constitucionais dos “direitos da pessoa humana”, fortalecendo ainda mais a Corte; por outro lado, o art. 36 dividiu a competência do Supremo para julgar intervenção com o Superior Tribunal de Justiça. Dessa forma a decretação da intervenção passou a ser permitida também no caso de desobediência à ordem ou decisão judiciária e/ou requisição do Superior Tribunal de Justiça, além da possibilidade de provimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, de representação do Procurador-Geral da República, no caso de recusa à execução de lei federal.
JULGAMENTO DOS MINISTROS DO STF NOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE	
Nesse aspecto nada mudou desde a CF 46 até a CF/88. Dessa forma restava mantido que os ministros do STF serão, nos crimes de responsabilidade, processados e julgados pelo Senado Federal.	
SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE LEI FEDERAL	
A suspensão, por ato do Senado, da execução no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do STF praticamente nada mudou desde a CF 46.	A única diferença que passou a haver na redação da nova Constituição, em seu art. 52, foi que não se previu mais o caso do decreto declarado inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.
INICIATIVA DE LEIS REFERENTES AO PODER JUDICIÁRIO / MINISTROS DO STF COMO PARÂMETRO DE VENCIMENTOS NO JUDICIÁRIO	
Até a CF/67 a iniciativa de lei que organizava, criava e regulamentava os cargos públicos competia exclusivamente ao Presidente da República, bem como a iniciativa de lei sobre a organização dos juízos e tribunais e garantias da magistratura.	O diferencial na CF/88 é que além de ter sido assegurado ao Poder Judiciário autonomia administrativa e financeira, inclusive para os tribunais elaborarem suas propostas orçamentárias, o encaminhamento da proposta passou a competir no âmbito da União, aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores. E a eles também passou a incumbir a iniciativa sobre a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; a criação e a extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros, dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, dos serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados; a criação ou extinção dos tribunais inferiores; a alteração da organização e da divisão judiciárias. Nesse sentido, inclusive, seguiu o parâmetro dos ministros do STF para efeito de vencimentos no Judiciário, conforme o art. 37 da CF/88, quando se frisou que “os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo” e que “os vencimentos dos magistrados serão fixados com diferença não superior a dez por cento de uma para outra das categorias da carreira, não podendo, a título nenhum, exceder os dos ministros do Supremo Tribunal Federal”.
COMPETÊNCIA TÍPICA DO STF	
Desde as Constituições anteriores que já havia uma posição pronunciada, ao menos formalmente, da Suprema Corte do Brasil. Havia variados mecanismos pelos quais já se admitia uma participação relativamente considerável do STF na seara política e	Já a CF/88 trouxe ao STF o julgamento do recém-criado <i>habeas data</i> , nos casos mais estratégicos; a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente

¹⁰⁶ Nesta pesquisa optamos por não trabalhar com a EC 1/69 como sendo uma constituição no sentido formal, haja vista ter sido outorgada/promulgada como Emenda.

<p>por vezes até na social. Esses mecanismos tendiam a ser reproduzidos nas novas Cartas Políticas no Brasil. Em linhas gerais, não apenas a CF/67, mas também a de 1946 e até mesmo a de 1934 estabeleciam ao STF: a incumbência dos julgamentos tidos previamente por mais relevantes que envolviam autoridades políticas; julgamento dos casos mais relevantes, em tese, de ações mandamentais; os litígios que envolvessem entes nacionais, federativos, entre si; os litígios que envolvessem entes estrangeiros com nacionais. A homologação de sentença estrangeira; a execução de ações da sua competência; julgar os crimes políticos, tudo isso além do julgamento do recurso extraordinário e da representação de inconstitucionalidade. E o julgamento do pedido de medida cautelar já se fez presente na CF/67 desde a EC nº 07/77.</p>	<p>interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; conflitos de competência entre tribunais superiores; o mandado de injunção, quando houver deficiência na regulamentação indispensável de direitos e liberdades constitucionais; a arguição de descumprimento de preceito fundamental, cuja delimitação maior se fez por meio da Lei decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei nº 9.882/99. A previsão constitucional expressa de concessão de medida cautelar continuou em relação ao controle de constitucionalidade, mas restrita ao julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade;</p>
CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF	
<p>Instituído esse controle formal abstrato de inconstitucionalidade de lei no Brasil desde a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, sua redação se manteve quase sem alteração com o advento da CF/67, incumbindo ao Procurador-Geral da República a representação em questão. O cabimento de representação para interpretação normativa se fez presente já na CF/67, formalmente, desde a EC nº 07/77.</p>	<p>A grande inovação ocorrida na CF/88 foi exatamente a abertura do rol de legitimados ativos para propor a ação de inconstitucionalidade. Essa medida amplia significativamente a projeção do STF no cenário político-jurídico nacional porque torna praticamente qualquer questão, incluindo aquela que de interesse à Associação dos Magistrados do Brasil, suscetível de controle da Corte. Ademais, ainda se instituiu o controle da inconstitucionalidade por omissão, medida para tornar efetiva norma constitucional, quando se conferiu prazo de até trinta dias para que o Poder competente adotasse as providências necessárias.</p>
CRIAÇÃO DO STJ	
<p>Nas Constituições imediatamente anteriores havia o Tribunal Federal de Recursos (TFR). Esse Tribunal não funcionava exatamente como um tribunal superior. A criação do STJ foi um contraponto ao avanço de projeção da influência e participação do STF no cenário político-jurídico nacional, haja vista que além de essa nova Corte ter absorvido várias competências do TFR, o STJ ainda (pontuais) obteve algumas atribuições antes conferidas ao STF.</p>	<p>A CF/88 criou o Superior Tribunal de Justiça como uma ideia de cúpula incumbida da legislação federal não adstrita a alguma Justiça especializada. Além das atribuições do Tribunal Federal de Recursos, também absorveu atribuições e competências do STF. Sua competência alcançou alguns casos de pedido de intervenção federal; o julgamento de algumas autoridades; alguns conflitos de competência entre juízos; a resolução de alguns conflitos entre alguns entes da federação; a supervisão administrativo-orçamentária da Justiça Federal.</p>
INFLUÊNCIA NA NOMEAÇÃO DE JUÍZES FEDERAIS E ORGANIZAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA INFERIORES	
<p>Na Constituição de 1946 o STF detinha um considerável espaço de poder no tocante à nomeação de juízes federais, haja vista elaborar lista quántupla para a escolha presidencial. Mas, esse espaço desapareceu na Constituição seguinte, a de 1967.</p>	<p>Na CF/88 a influência do STF nesse ponto ressurgiu, mas de forma muito procedimental, que é exatamente a competência privativa quanto à iniciativa de projeto de lei sobre a Lei Orgânica da Magistratura, pelo que se define como será o concurso público para nomeação e posse de juiz.</p>
ORGANIZAÇÃO DO TSE	
<p>Sobre a participação de ministros do STF no TSE, na CF/46 e na CF/67 eram 02 os juízes do TSE providos do STF até a edição da EC nº 01/69. Vide nesse sentido o art. 110 da CF/46 e 124 da CF/67 e o art. 131, I, "a", trazido pela EC nº 01/69.</p>	<p>Nesse ponto se manteve uma maior influência do Supremo na Corte máxima da Justiça Eleitoral, trazida pela outorgada C nº 01/69, na medida em que o art. 119 compôs o TSE com três juízes dentre os ministros do Supremo Tribunal Federal, dois juízes dentre os ministros do Superior Tribunal de Justiça e dois juízes dentre seis advogados.</p>

Fonte das datas: Sítios do Planalto e da Câmara dos Deputados na Internet. Acessado em 04/06/2015.

Confirma-se, a partir do quadro acima, o argumento já levantado anteriormente no sentido de que muito embora não se tenha feito uma reformulação da posição e da participação do Supremo Tribunal Federal no espaço político-jurídico nacional, com profundas alterações¹⁰⁷ (ressalvada talvez a criação do STJ e algumas mudanças no controle concentrado), mesmo assim o Supremo saiu sensivelmente fortalecido com o advento da CF/88.

Não obstante essas considerações, é relevante atermo-nos mais detidamente às mudanças provocadas pela CF/88 e a esse novo cenário político-jurídico e institucional que passou a existir, com ênfase na posição do STF. E essas são as considerações que ora seguem.

Verifica-se que não houve alteração da composição da Corte, já consolidada ao longo da história com o número de onze ministros e de igual forma no tocante à liberdade de se dividir em turmas, ressalvado o interregno entre o AI-2 e a Constituição de 1967. Também não prosperou aquela proposta feita perante a ANC, em que conviveriam ministros com atribuições diversas no STF, razão pela qual restou mantido o arranjo anterior da Corte, de modo geral, além da vitaliciedade dos ministros¹⁰⁸.

Ademais, quanto aos ministros, a CF/88 passou a instituir a remuneração deles como parâmetro para o Poder Judiciário, identificando assim a posição destacada de cúpula nesse Poder. Quanto às demais condições de ministro da Corte, o que se verificou é a manutenção da situação anterior, em linhas gerais, mas com pequenas alterações, a exemplo da idade máxima, que passou a ser prevista, para a nomeação presidencial, de sessenta e cinco anos de idade. Fato esse que, por sinal, resguarda a Corte de ingerências mais frequentes do Poder Executivo, levando-se em consideração que cada ministro iria restar ao menos cinco anos antes de atingir a idade-limite (à época) para a aposentadoria compulsória, aos setenta anos.

Quanto ao aspecto da posição do STF perante o Poder Judiciário, sem dúvida que a principal mudança ocorrida com a CF/88, a respeito da qual excepcionalmente não prevaleceu a posição do STF, foi a criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁰⁹, que,

¹⁰⁷ Corrobora esse apontamento a assertiva feita por Oscar Corrêa (1985, p. 4), quando da sua abordagem histórica da Corte, que ora se transcreve: “na Constituição de 16.7.1934, denominada Corte Suprema (art. 63, a), diminuído para 11 o número de ministros (art. 73), a discriminação de competência assumia (art. 76), mais ou menos, a fórmula atual”

¹⁰⁸ Vide nota de rodapé nº 98, a respeito da proposta que prevalecia no final da etapa 2 da ANC, enquanto se mantinha o STF, reduzindo-se sua competência essencialmente à matéria constitucional.

¹⁰⁹ Clarifica o que está sendo abordado o registro feito por Ferreira: “O Ministro Moreira Alves tinha a exata noção da importância institucional do Supremo Tribunal Federal, ao reconhecê-lo como “grande Corte da

conforme noticiado mais acima, já vinha sendo gestada desde a década de 60 no Brasil, inclusive como forma incipiente de se buscar minimizar o abarrotamento do Supremo¹¹⁰. Nessa linha de raciocínio exposta no tópico anterior, limitavam-se as matérias analisadas pelo Supremo mais àquelas diretamente previstas na Constituição (BARROSO, 2009).

Sobre esse tema é interessante destacar que a proposta do STF (Anexo II) à Comissão Afonso Arinos e à ANC admitia a criação de um reclamado Tribunal Superior Federal, que funcionasse como órgão de cúpula da Justiça Federal, desde que em matéria não-constitucional. Contudo, não se admitia o STJ porquanto figuraria como órgão de cúpula de toda a Justiça, Federal e Estadual, e não apenas da Justiça Federal.

Conforme se verifica do arranjo constitucional da CF/88, parece inequívoco que a Constituinte pretendeu conferir a esse novo tribunal uma posição de destaque no âmbito da Justiça e não apenas no âmbito federal. A ideia possivelmente seria a de conferir uma parcela da posição de cúpula da Justiça ao STJ, ou ao menos de cúpula em termos de interpretação de legislação federal, afinal, seria quem restava incumbido de decidir definitivamente quanto à interpretação da legislação federal (incluindo os tratados federais), ressalvados os espaços reduzidos da legislação especializada, como a trabalhista e a eleitoral. Ademais, o STJ também decidiria até mesmo sobre conflito entre lei ou ato local em face de lei federal, dispositivo sempre criticado por ministros do STF, na medida em que se entendia tratar de questões relativas à federação.

Quanto às competências desse novo tribunal (STJ), vale registrar que além das atribuições do TFR, em regra geral, chegou mesmo a absorver algumas atribuições que antes eram do Supremo, como: atribuições relativas à intervenção federal, a competência para julgamento de algumas autoridades por prerrogativa de foro, alguns conflitos de competência entre juízos, análise e julgamento dos “remédios constitucionais”, a resolução de alguns conflitos, entre entes da federação, e exercer supervisão administrativo orçamentária da Justiça Federal. Além disso, como era de se pressupor, ao STJ ainda incumbiria o julgamento dos recursos oriundos de tribunais, estaduais e federais (não apenas federais) e dos litígios

Federação” para identificar os seus momentos de crise funcional, como avalanche de processos gerados pela utilização do recurso extraordinário por partes inconformadas com o resultado dos julgamentos nos Tribunais inferiores. Ainda em decorrência disso, pode-se verificar que o Ministro Moreira Alves trabalhou ativamente na Assembleia Nacional Constituinte de 1987, criticando a retirada da função que o Supremo Tribunal Federal desempenhou por mais de noventa anos no seu papel de Tribunal unificador da aplicação do direito federal infraconstitucional. Por isso, nesse momento, não houve uma transformação profunda do Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional exclusiva, tal qual o modelo europeu com mandatos temporários” (2013, p. 31).

¹¹⁰ “A reforma do STF já vinha sendo discutida desde pelo menos 1956, quando houve apresentação de um projeto de reforma constitucional [...]. Em 1963 o Conselho Federal da Ordem dos Advogados preparou um projeto de reforma do STF, relatado por Seabra Fagundes [...] o próprio STF elaborou e entregou ao Ministro da Justiça, Milton Campos, um trabalho sobre a reforma judiciária” (VALÉRIO, 2010, p. 121-122).

envolvendo entes internacionais.

Além dessas e algumas outras atribuições, o STJ restou incumbido da supervisão do Conselho de Justiça Federal, um órgão do Poder Judiciário que se propõe ser definidor de critérios e controlador da Administração Judiciária no âmbito da sua competência. Veio a exercer algumas funções do então extinto Conselho Nacional da Magistratura (CNM) (SADEK, 2010, p. 11). E precisamente nesse ponto se verifica um certo solapamento da posição político-institucional do STF. Afinal, havia a preponderância e influência do STF perante o CNM, órgão que foi criado durante o regime ditatorial, com vistas ao controle da primeira instância do Judiciário, pois a essa altura os juízes já se acessavam os seus cargos mediante concurso público e não mera indicação política¹¹¹.

Dos pontos apresentados, sem dúvida que a principal questão a abalar essa posição do STF no cenário jurídico-político nacional com a criação do STJ foi mesmo a competência da pacificação sobre a interpretação da legislação federal, ora conferida à nova Corte Superior, mas que antes incumbia ao Supremo. Daí um apego tão grande da Suprema Corte no sentido de tentar impedir a criação de um STJ. Não raramente se assistiu a uma preocupação maior com essa competência da justiça comum do que com a questão do controle constitucional. Júlia Ximenes corrobora esse pensamento. Vejamos:

percebe-se aqui que o Supremo entende que questões de interpretação da legislação federal são mais importantes do que questões constitucionais, e que a cúpula do Poder Judiciário deveria exercer esta competência, inclusive por estar "o mais afastado possível das áreas de influências locais, regionais ou setoriais". Portanto, desaprovava ainda a criação de um Tribunal intermediário, a proposta de criação do Superior Tribunal de Justiça – STJ. O Supremo pretendia se manter como órgão da cúpula do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, exercer o controle da constitucionalidade concentrado (2009, p. 8).

Entretanto, se em uma análise superficial pode parecer que a criação dessa nova Corte de Justiça foi simplesmente um abalo na posição institucional do STF, interna e externamente ao âmbito do Poder Judiciário, o certo é que configurou muito mais uma solução de ruptura, afinal, havia na Constituinte a possibilidade bastante factível de transformação do STF em Corte Constitucional, além da possibilidade de divisão interna do Supremo em classe de ministros distinta e estritamente especializados, alijando, aí sim, os ministros do STF de maior abrangência da competência.

¹¹¹ A esse respeito se percebe que a CF/67 acabou com a indicação do STF para a formação do quadro de juízes federais, do revogado art. 105 da CF/46, instituindo o concurso de provas e títulos em seu art. 118. Regra essa que restou mantida na CF/88, em seu art. 93, I.

Portanto, a criação do STJ, da forma como restou estabelecida não configurou, por si só, o cenário que mais limitava o STF em relação à discussão e definição da interpretação da legislação federal.

Ademais, já era possível, à época, enxergar, não somente no Brasil, mas em boa parte do “mundo ocidentalizado”, o fenômeno da constitucionalização do direito, no qual o direito civil perde parte do seu superdimensionamento para a Constituição e ela passa a ocupar na prática o cerne de todo ordenamento jurídico, de onde fluem a fundamentação de todos os ramos do direito. E nessa toada, certamente que a legislação federal também passaria pelo mesmo processo, inclusive dependendo de uma interpretação sempre o máximo possível conforme a Constituição Federal.

Não seria difícil supor que essa tendência permitiria não estancar a projeção da Corte Suprema. Como o tribunal da federação, não alheio à legislação federal, passa então a atuar como responsável por uma leitura ampliada e extensiva da Constituição, o que permite um leque infindável de possibilidades interpretativas. E isso acabou devolvendo ao Supremo uma posição isolada de cúpula da Justiça, ao mesmo tempo em que ainda figura como Tribunal máximo da federação.

Nesse sentido é que entendemos que sequer chegou a representar uma parcial derrota para efeito de posição político-institucional da Suprema Corte no Brasil a criação do STJ.

Em relação ao TSE se pode observar que, à luz da comparação das três últimas constituições, na CF/88 o STF já surge com o privilégio cunhado na outorgada EC nº 1/69, pois na composição daquela Corte, três cadeiras são de ministros do STF na CF/88 (art. 119). Número que permanece superior, portanto, aos dois ministros para compor essa cúpula eleitoral, segundo redação da CF/67 original e da CF/46 (respectivamente, arts. 124 e 110). Além disso, manteve-se a regra de que a presidência do TSE seria exercida por um dos ministros do STF (art. 119 da CF/88).

Diante desse cenário resta inequívoca a suposição de que a participação maciça de três ministros do STF na composição do TSE, que conta com apenas sete juízes, confere ao Supremo uma posição de influência muito grande na Justiça Eleitoral. Afinal, sendo o TSE desse ramo da Justiça, é precisamente ele quem tem a incumbência da pacificação e uniformização da jurisprudência em matéria eleitoral. E a importância estratégica dessa Corte é imensa, pois conforme se verifica de seus julgados, ela define muitos rumos político-eleitorais do país. Inclusive porque é ela que organiza todo o processo eleitoral no âmbito

federal, e define as posições adotadas de âmbito nacional. Em última análise, é quem dirá o candidato vencedor para senador, presidência da república e deputado federal¹¹².

Ainda a respeito dessa posição do STF no âmbito dos tribunais superiores, uma importante medida adotada pela CF/88 foi deixar ao julgamento do STF os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal.

Quanto à participação do STF para efeito do Judiciário como um todo, a CF/88 foi expressa ao ofertar à competência do STF o julgamento das causas em que “a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados” (art. 101, I, “n”, da CF/88). Ademais, colocou sob a responsabilidade do STF a iniciativa do Estatuto da Magistratura, legislação máxima para a carreira de juiz no país. Mas, sem sombra de dúvida, o mais significativo foi a CF/88 conferir à responsabilidade dos presidentes do STF e dos Tribunais Superiores o exercício da iniciativa de leis para o exercício da autonomia administrativo-financeira, desta vez definitivamente estabelecida constitucionalmente. Deixa, portanto, de ser atribuição do Presidente da República a iniciativa da proposição que verse especificamente sobre o Poder Judiciário¹¹³.

No tocante às competências propriamente judiciais de controle, a ênfase feita recai sobre aquelas que sofreram alguma modificação mais substancial de afetação do STF e da sua posição no cenário jurídico-político e social. E isso exatamente para que se pudesse ter a dimensão de um processo que envolve a Corte Suprema no Brasil e que deve ser considerado para efeito de se demonstrar um ganho de poder e possibilidade real de controle de situações das mais relevantes politicamente, de modo que se possa vislumbrar uma projeção do STF.

No controle de constitucionalidade no STF, as principais inovações da CF/88 que atingem tanto a fiscalização concentrada como a difusa, podem ser assim destacadas, conforme orientação de Luís Roberto Barroso (2006, p.65):

- a) a ampliação da legitimação ativa para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art.103);
- b) a introdução de mecanismos de controle da inconstitucionalidade por

¹¹² No caso dos cargos eletivos dos estados, sabe-se que a influência do STF, mediante a via oblíqua da participação de ministros no TSE é grande, contudo, em face da existência dos TREs, ela acaba sendo indireta.

¹¹³ Também não se procurou resgatar a regra inserida no art. 105 da CF/67 por força do Ato Institucional nº 2, segundo a qual “[o]s Juizes Federais serão nomeados pelo Presidente da República dentre cinco cidadãos indicados na forma da lei pelo Supremo Tribunal Federal”.

- omissão, como a ação direta com esse objetivo (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI);
- c) a recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º);
- d) a previsão de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental;
- e) a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais (art. 102, III).

A representação de inconstitucionalidade (ora ação direta de inconstitucionalidade), medida criada ainda durante o regime militar, tendo em vista facilitar o controle do Legislador federal e o controle do Legislador estadual, era prerrogativa do Procurador Geral da República. E o Supremo em um primeiro momento se pautou pela necessidade de permanência da exclusividade da PGR para a representação¹¹⁴, mas acabou restando vencido. O rol de legitimados ativos para essa representação se tornou sensivelmente ampliado¹¹⁵. Dessa forma, a Ação Direta de Inconstitucionalidade se evidenciou como um dos mais importantes instrumentos dessa projeção do STF no cenário nacional¹¹⁶, pois com rol de legitimados profundamente ampliado¹¹⁷, praticamente qualquer legislação federal ou estadual pode ser submetida ao crivo do STF.

Por outro lado, é importante registrar, o outro tipo de representação, a representação interpretativa¹¹⁸, em que o STF atuou na Constituinte no sentido de mantê-la e voltada para a uniformização, sem olvidar a hierarquização, do Judiciário, acabou não sendo adotada pela redação original da CF/88.

Em contrapartida, criou-se por meio da CF/88 a ADI por omissão. Inicialmente foi concebida muito mais para efeito de adaptar proposta já constante do anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, de notificação do Poder ou órgão omissor para que supra a omissão que prejudique o cumprimento de disposição constitucional. Essa medida poderia figurar

¹¹⁴ Nesse sentido se podem achar muitos relatos de variados ministros, mas possivelmente o mais proeminente foi mesmo Moreira Alves e um interessante resgate dessa postura foi registrada na obra de Siddharta Ferreira (2003, p. 09).

¹¹⁵ Mas, o STF defendia, em um primeiro momento, a exclusividade do PGR para sua provocação, vindo a aceitar de imediato, em um segundo momento, essa nova disposição de ampliação dos agentes legitimados.

¹¹⁶ Nesse sentido vêm os autores Gilmar Mendes (2014, p. 1.058) e Barroso (2002, p. 28).

¹¹⁷ A CF/88 assim dispôs: “Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa; V - o Governador de Estado; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.”

¹¹⁸ Predecessora da Ação Declaratória de Constitucionalidade. Foi idealizada a partir da utilização transversa da representação por inconstitucionalidade, chegando a ser aceito esse uso pela jurisprudência do STF durante algum período, mas que ensejou a sua redação expressa na EC nº 07/77.

apenas como um “apelo ao Legislador” (na maior parte dos casos para o Legislativo), mas abria um importante precedente no tocante a solapar, com mais esse instrumento, a ideia de soberania do Legislativo e conferiria, por consectário, ao STF, uma posição bastante privilegiada no tocante ao cenário nacional. Certamente que mesmo se tivesse se mantido, como nos anos iniciais da CF/88, já servia para deslegitimação do “Legislativo em mora”, em que pese poder se direcionar também aos outros ramos do Poder Político.¹¹⁹

Quanto à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), a CF/88 trouxe o termo “na forma da lei”. Como a regulamentação demorou, nenhum caso fora conhecido, até então. Mas, mesmo após a regulamentação ainda ficou durante um tempo aguardando julgamento da Corte exatamente por não se ter uma clareza do seu real significado e abrangência. Essa regulamentação¹²⁰ se deu pela edição da Lei 9.882/99, em que pese essa legislação não ter se pautado estritamente pelas considerações constituintes a respeito da medida, mas atuou principalmente no sentido de tentar fechar algumas lacunas que haviam entre o controle de constitucionalidade abstrato e o concreto. Maior delimitação sobre o tema e especificamente sobre a ação, porém, ainda comportaria uma nova regulamentação.

Ainda assim, não se poderia olvidar a principal questão do controle de constitucionalidade no Brasil, que combinou, desde a vigência da CF/46, os dois aspectos principais a respeito dos quais as jurisdições dos países costumam divergir, que é o controle concreto¹²¹ com o controle abstrato¹²², feito em processo objetivo e subjetivo. Fato esse que confere à Corte uma posição acentuadamente fortalecida, bastante peculiar se comparada às democracias mais centrais no mundo ocidental¹²³.

¹¹⁹ O comando Constitucional inclusive foi expresso quanto à medida criada, *in verbis*: “§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

¹²⁰ Mendes (2014, p. 1080) relaciona que ante esse quadro de incerteza no tocante à ADPF inclusive teria ensejado o apelido de “esfinge” do direito brasileiro no julgamento da ADPF-QO 1/RJ, em 2003.

¹²¹ Primeiro controle admitido no Brasil, a partir da vertente norte-americana de inspiração.

¹²² De forte inspiração europeia continental, iniciado durante o regime militar por questão de conveniência e que apresentava uma concentração de poder tolerada na Corte Suprema do Brasil, haja vista a facilidade de influência direta do Executivo, caso fosse necessário.

¹²³ A esse respeito vale reproduzir o pensamento de Luís Roberto Barroso: “A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.” (BARROSO, 2009, p. 04)

Em verdade, possibilita a Corte agir em várias frentes no tocante a quase toda matéria política que entender necessária e que ainda vem cumulado com a possibilidade de medida cautelar, ao menos em relação à ADI¹²⁴. Essa medida é dotada de relevância muito grande, pois torna possível, antes de se ter um julgamento definitivo da Corte, um entendimento provisório (que pode ou não se tornar definitivo) capaz de suspender dada legislação até o julgamento final. Cria nitidamente com isso o que comumente se denomina “legislador negativo” no Supremo, mas de força, por vezes, até maior que a do Legislador ordinário, haja vista a maleabilidade dos efeitos cautelares e ausência de controle dos seus atos.

Em relação à intervenção federal, para o que, diante da vulneração de princípios sensíveis ou descumprimento de legislação federal, exige-se também um controle de constitucionalidade por parte do Judiciário (Mendes, 2014, p. 1218), identificam-se duas alterações destacadas. A primeira contrariou a pressão do STF durante a constituinte, pois trata de repartir com o STJ parte dessa competência que antes ficava praticamente de forma exclusiva com a Corte Suprema¹²⁵. A segunda veio no sentido de fortalecer o STF ao atribuir-lhe a possibilidade de intervenção federal para assegurar a observância do princípio constitucional dos “direitos da pessoa humana”, que é emblemática, ainda que essa inovação não tenha ensejado maiores repercussões¹²⁶ até o presente momento.

No âmbito das ações mandamentais, muita coisa foi mantida, mas houve espaço para inovações muito importantes que marcaram uma nova postura da democracia brasileira.

Na competência de julgar mandado de segurança, muito embora não se verificarem modificações substanciais, há algumas como o fato de que o STF passar a ser constitucionalmente competente julgar o mandado de segurança contra ato do Procurador Geral da República. Medida relevante, haja vista o grau de importância de que se revestiu o Ministério Público da União na CF/88 e até depois da sua edição.

Ainda em relação às ações mandamentais veio a garantia constitucional do

¹²⁴ Na CF/88, de forma expressa essa medida veio restrita à sua incidência na ADI, muito embora na jurisprudência do STF se tenha admitido seu uso mais alargado.

¹²⁵ Infere-se isso da leitura de importante doutrinador, Gilmar Mendes (2014, p. 1221) que ora se nos faz oposição.

¹²⁶ Esse ponto cria, ainda que formalmente, importante ponto de projeção do STF perante a sociedade de modo geral e que somente se ensejou diretamente nesse novo momento constitucional. E mesmo diante do fato de que ao longo desses anos não logrou muita efetividade, há de representação do Ministério Público, nesse sentido, para serem citados, como o pedido de intervenção federal IF 5129 no STF, com foco no presídio Urso Branco, em Rondônia. Trâmite disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2642453>>. Acesso em 19 out. de 2015.

mandado de injunção, por meio da qual se resguardaria a todo aquele que viesse a sofrer prejuízo em virtude da falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. E, a depender da interpretação adotada sobre essa garantia, será possível visualizar um cenário em que os tribunais de cúpula competentes para o julgamento da ação atuem no caso concreto como editores de normas, como espécie de legislador positivo, para o caso concreto. E ao STF restou a competência precípua de julgamento desse tipo de ação, pois à Corte se incumbiu o julgamento da ação quando se evidencie a morosidade normativa da Presidência da República, do Congresso Nacional ou de suas Casas Legislativas, das Mesas de uma dessas Casas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

Por fim, além de se manter a importante garantia do *habeas corpus*, a redação da CF/88 incorporou o *habeas data*, proposto já desde o anteprojeto constitucional da Comissão Afonso Arinos (art. 48). Essa medida relevante ao cidadão, que garante a todos o acesso a informações que existam em bancos de dados a seu respeito, além da correção de informações equivocadas, também serviu ao STF no aspecto da contrapartida, tendo em vista que essa ação mandamental, voltada “contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal” conferiria a esta última Corte a decisão final sobre relevantes questões e permitindo impor sua decisão às mais altas autoridades políticas, conforme se verifica.

A reclamação para a preservação da sua competência é tipicamente a institucionalização desse destaque que se conferiu à Corte Suprema. Sobre tal aspecto entendemos que o principal alvo era a autonomia do Poder Judiciário frente ao STF. Figuraria, assim, como mais um elemento hierarquizador da Justiça no Brasil. Afinal, caso desrespeitado o entendimento da Corte sobre sua competência bastaria impulsionar no sentido do ajuizamento dessa representação de modo a se conceder o pleito proposto. Mas, também servia quanto à autoridade da Administração Pública que não procurasse dar máxima atenção aos julgados daquela Corte.

E há os demais pontos em que o STF é expressamente mencionado pela CF/88, como: idade da aposentadoria compulsória dos ministros da Corte; concessão de *exequatur* a cartas rogatórias de tribunais estrangeiros; no julgamento de parlamentares; conflito entre entes federativos e entre entes nacionais e organismos internacionais; extradição;

homologação de sentença estrangeira; *habeas corpus* de forma geral; revisão criminal e ação rescisória; execução das suas sentenças; julgamento do Presidente da República (ressalvado que ficou expresso o julgamento também do vice-Presidente); julgamento dos ministros nos crimes de responsabilidade, em que não se verifica modificação textual considerável em razão da edição da CF/88.

Por fim, é de se ponderar, se por um lado, segundo a redação original da CF/88, deixou de existir o CNM¹²⁷ e CNJ, não prevaleceu a proposta da manutenção da ação a advogacia e da arguição de relevância, nem prevaleceu a pressão pela representação interpretativa, que acabou se desdobrando na Ação Declaratória de Constitucionalidade. Por outro lado, logo no momento imediatamente posterior à edição da CF/88, a função desses mecanismos, ainda que em novos instrumentais, acaba sendo reconstituída.

Ainda que o STF tenha passado a compartilhar formalmente um considerável espaço no âmbito da cúpula da Justiça Nacional, principalmente com o STJ, mesmo assim verificamos que o STF desenvolveu e acompanhou mecanismos, como o da constitucionalização do direito, de se tornar o centro, de fato, da jurisdição no Brasil. Portanto, o STF se fortaleceu no cenário de vigência da CF/88, despontando isoladamente para os mais variados meandros da vida pública e política do Brasil.

Diante do quadro que se delineou no presente item, nota-se que inegavelmente houve um esforço verdadeiramente ambivalente, sendo que ao mesmo tempo em que era conservador no sentido de manutenção do delineamento geral da organização e funcionamento da Justiça do país, logrando êxito em pontos relevantes relativos à definição do novo texto constitucional, como o controle híbrido de constitucionalidade, mas por outro lado não se olvida que em que pesem alguns revezes, as mudanças que tocaram direta ou indiretamente a Suprema Corte no Brasil, incluindo a mudança registrada na sua postura, serviram para projetar essa Corte em uma sem precedente ascensão de poder.

Esse cenário anterior até aquele que efetivamente surge no momento da promulgação constitucional muito tem a contribuir com o entendimento desse momento seguinte e principalmente para efeito de se dimensionar a atuação da Corte nesse novo cenário que ora se passa a construir, bem como a abertura desse cenário para modificações impulsionadas pela Corte e por fatores externos e que a ela façam referência, alterando-lhe a posição.

¹²⁷ Ponto inclusive defendido pelo Anteprojeto desenhado pela Comissão Afonso Arinos.

CAPÍTULO 2 – O FORTALECIMENTO INSTITUCIONAL DO STF E O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE. O MOMENTO POSTERIOR À PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

O impulso fornecido pelo arranjo constitucional e a mudança de postura da Corte acabaram resultando na criação de um verdadeiro processo de fortalecimento do STF, com um visível sobrelevo da sua posição no âmbito político-institucional nacional¹²⁸.

No cenário pós-CF/88 continua a ocorrer o processo de ascensão do STF. A partir dali pode ser identificada, em um primeiro momento, uma confluência de forças entre as cúpulas dos Poderes. Foi uma solução estratégica do Poder Executivo e até do Legislativo¹²⁹, mas que ao final acabou arrefecendo.

Além dessa atuação política perante os demais Poderes, houve uma forte ascensão da Corte decorrente da sua própria jurisprudência, cada vez mais ativista. A jurisprudência da Corte se aproveitou dessa confluência de forças endógenas e exógenas à Corte no primeiro momento para seguir um projeto de autoempoderamento e crescente judicialização da política no Brasil, que se verifica de forma mais clara já em um segundo momento. Redirecionando e intensificando um já nascido ativismo judicial conservador para um ativismo progressista¹³⁰, veio o STF, em um contexto de crescente judicialização da política¹³¹.

Enfim, no período do pós-CF/88 ocorre um processo de constante concentração de poder a partir da amplificação dos mecanismos e a possibilidade da redefinição do próprio

¹²⁸ Foram poucas reduções de controle e muitos e relevantes os acréscimos, de modo que mesmo a criação de um combatido Superior Tribunal de Justiça não conseguiu ofuscar a projeção da Corte Suprema nesse novo período constitucional.

¹²⁹ Será visto mais adiante que por parte do Executivo a estratégia significava em geral a busca de respaldo a alguma orientação política, geral ou específica. Por parte do legislativo significa, ora, um respaldo à política adotada pelo Executivo, ora, uma pauta legislativa autônoma vinculada ao momento político que se estava vivendo, ou ainda, pauta aprovada em razão do interesse e pressão dos ministros da Corte, evitando-se com a aprovação os riscos de confronto institucional.

¹³⁰ Conceitua-se ativismo progressista por oposição ao ativismo conservador, porque a postura da Corte apresenta uma guinada evidente, deixando de se pautar pela ideia de um sistema normativo jurídico fechado, para se pautar pela orientação enfática de construção de significação e ressignificação da Constituição com ampla discricionariedade, onde o texto normativo configura o ponto de partida. Deixa uma postura conservadora, como aquela relativa ao não-julgamento de mandado de injunção ou de ADPF em função da falta de regulamentação legal da matéria, para uma postura disposta a alterar sem respaldo normativo direto não somente o instrumento do controle, mas também o objeto e o parâmetro.

¹³¹ Como judicialização da política preferimos reproduzir o pensamento de Vallinder a respeito do tema: “we refer to the infusion of judicial decision-making and of courtlike procedures in the political arenas where they did not previously reside”. To put it briefly, We refer to the “judicialization” of politics. Thus the judicialization of politics should normally mean either: 1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of the decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, 2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper (VALLINDER, 1995, p. 13).

objeto de controle, quando tem havido uma disposição de realizar interpretações constitucionais audaciosas, por vezes sem amparo na letra da CF/88, rumando para posições mais proeminentes e de domínio de espaços na vida política do Brasil.

Com isso, abarca tanto a afetação de projetos políticos como disputas político-eleitorais, todavia com critérios variáveis e por vezes construídos para o caso concreto, a partir de convicções pessoais de ministros da Corte.

Mediante a identificação exemplificativa de casos emblemáticos e atuações efetivas da Corte e da cúpula dos outros Poderes, torna-se mais fácil vislumbrar consequências dessa nova confluência de forças, principalmente diante do nível da judicialização da política no Brasil e do ativismo judicial e politização do STF.

Nesse sentido se trabalha em uma espécie de panorama, no qual são destacados pontos exemplificativos e significativos o suficiente a demonstrar limites, potencialidades e as inferências que são feitas a respeito do problema e do tema.

2.1. A atuação dos Poderes Executivo e Legislativo e a escalada de fortalecimento do STF e de judicialização da política pós-CF/88

No presente tópico, em relação à atuação estrategicamente favorável à escalada de fortalecimento da Corte por parte de uma articulação entre seus ministros os detentores do poder político institucionalizado.

A abordagem, portanto, enfoca esse esforço do próprio STF, do Poder Executivo e do Poder Legislativo em confluência com atuação dos ministros da Corte (então bastante politizada). Esse enfoque, porém, não ocorre por se desconsiderar a importância da atuação de vários outros importantes atores que podem ser identificados nesse processo de fortalecimento da Corte, mas sim por questão de corte metodológico, com vistas ao objeto de análise.

Em um primeiro momento do pós-88, que se estende até ao meio final do Governo Lula, a Corte logrou receber importante apoio do Poder Executivo nesse sentido, que, por vezes, apoiava alguma pauta levantada jurisprudencial ou politicamente¹³², pelos

¹³² Sendo que uma boa parte dessas mudanças decorreu de acolhimento de entendimento jurisprudencial da Corte. E ao longo de quase três décadas desde o advento da Constituição foram várias as modificações de entendimento da Corte sobre os limites dos seus próprios poderes. Mas, não se olvidam as modificações estrutural-legais decorrentes de atuação mais direta perante o Poder Legislativo ou Executivo, ou mesmo da participação em comissão legislativa. Nesse sentido se poderia citar a participação de ministros em comissões orientadoras de trabalhos legislativos, como no caso da preparação da regulamentação da ADPF (MENDES,

ministros da Corte. Mas, comumente tal apoio ia além, acrescentando mais disposições ou alcance à medida ou instrumento de controle conferido ao STF.

O resultado disso é que praticamente todas as modificações normativas que ocorreram no sentido de permitir ao STF posição mais destacada, mais mecanismos de poder, foram desde o princípio amparadas e até estimuladas pela Corte¹³³, quando não chegaram a ser mesmo gestadas ou iniciadas por ela.

Constata-se a substancial força política que em geral ganha as pautas da Corte¹³⁴ no Legislativo, principalmente nos momentos em que há essa convergência de esforços entre os Poderes nesse mesmo sentido.

No tocante ao agir do Poder Executivo nesse sentido de fortalecimento da Corte, procurando conferir-lhe medidas de controle, costumeiramente configurou uma estratégia política e de longa data no Brasil. Não foi exclusividade política do regime democrático ou do regime autoritário. Ao menos a criação de mecanismos de empoderamento político do STF pôde ser constatada até mesmo durante o regime militar¹³⁵, apesar de diferenças, e continuou nos períodos seguintes, de consolidação democrática, que desaguaram na promulgação da CF/88 e ainda no período a ela subsequente.

As justificativas formais que mais se encontraram nesse processo de fortalecimento da Corte são no sentido de organização do sistema jurisdicional, de consolidação da segurança jurídica, previsibilidade das decisões judiciais e de necessidade de ampliação de direitos e de autonomia da Corte, resguardando a independência do Poder Judiciário.

2014).

¹³³ Existe, no entanto, alguma exceção. Por exemplo a amplitude da ADPF.

¹³⁴ Veja-se que várias medidas, detalhadas no próximo tópico, foram-lhe concedidas a partir de entendimento originado na jurisprudência da Corte, como foi o caso do efeito vinculante das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade. A partir de análise mais detida dos institutos, constata-se que a ação avocatória, a arguição de relevância, além de impactante participação no Conselho Nacional da Magistratura e da pleiteada remuneração mínima dos ministros a ser prevista diretamente na CF/88, foram pontos alternados e desdobrados, abrindo espaço para a criação, respectivamente: da ADC, da repercussão geral, do CNJ e do teto remuneratório do funcionalismo público no Brasil. É interessante notar que se comparados os institutos de origem, criados anteriormente à edição da CF/88, será possível observar que os novos institutos, pós-CF/88, configuram instrumentos mais poderosos do que os primeiros. Até mesmo parte das atribuições do STJ, principalmente no tocante à federação, tem sido devolvida ao STF.

¹³⁵ Esse fortalecimento era admitido quando utilizado em favor dos direcionamentos do regime militar e perante variadas frentes, como em face de ato do Poder Legislativo, do Poder Judiciário em geral, dos estados-membros. Detidamente foi citamos acima que apesar de não ser muito tolerado autonomia ou independência da Corte perante o regime militar, tanto que foram adotadas severas medidas contra a Corte por meio do AI-2 e do AI-5, todavia, o conservadorismo, a concentração de autoridade em pequeno grupo com poder de decidir e a proximidade maior da Corte perante o regime em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, tudo isso ensejou, mediante a EC nº 16/65 e 07/77, medidas de fortalecimento como a ação avocatória, a arguição de relevância, a representação por inconstitucionalidade de norma e se instituiu o Conselho Nacional da Magistratura, além de outros instrumentos de controle em favor da Corte.

Todavia, em boa parte dos casos é possível perceber que as reais motivações eram: a de poder instrumentalizar a Corte, ou tentar isso, em favor da lógica de governo adotada no período; conter as instâncias inferiores do Poder Judiciário e outros atores políticos; hipertrofiar essa Corte jurisdicional, que em muitas situações se mostra mais suscetível de cooptação, porquanto concentrada e composta por indicação presidencial; manter boas relações com os ministros da Corte de modo a facilitar eventual necessidade de utilização desse espaço político-jurídico aberto na Corte; por fim, também se verifica certa estratégia de poder no sentido de empurrar para ela o peso da escolha política, para que a Corte sofra eventuais desgastes¹³⁶.

A ideia de concentrar as possibilidades de controle de atos públicos em geral em um único órgão pode parecer interessante aos mais variados governos, democráticos ou não. No caso do Brasil isso faz ainda mais sentido, haja vista que a Corte é totalmente indicada pela Presidência da República, mecanismo¹³⁷ que pode contribuir em variados aspectos para a implementação de um projeto de governo, muito embora possa também falhar. Ainda assim, pode servir para proteger a autoridade que indicou os membros da Corte ou mesmo para legitimá-la, quando a decisão jurisdicional respaldar seu ato, questionado na Justiça ou em alguma instância política.

Afinal, do outro lado costumava estar o desconhecido juízo de primeira instância, ou até de tribunal, não muito afinado com o governo. Nessa lógica, tais juízes podem fazer oposição ao Executivo pelos mais variados interesses, que forçaria uma desgastante estratégia de cooptação mais individualizada. Diferentemente ocorre com a Corte Suprema no Brasil, concentrada em um só lugar e com reduzido número de membros, tendo sido todos escolhidos pela Presidência da República.

De fato, é possível constatar haver boas razões para esse canal construído em torno do fortalecimento da Corte a partir do Poder Executivo e da sua base aliada no Legislativo. Mas, não poucas vezes houve a resistência dos demais órgãos da Justiça, principalmente dos juízes de primeiro grau de jurisdição em relação a alguma política central do governo eleito.

O governo do primeiro presidente eleito após a edição da CF/88, Fernando

¹³⁶ Cristiano Maia (2013, p. 106) exemplifica esse tipo de situação a partir do caso da greve do funcionalismo público em que, diante da ausência de regulamentação da matéria ante os custos políticos, resolveu o STF editar decisão de natureza aditiva, que até poderia contrariar o Governo ou Legislativo em algum ponto, mas que certamente retirou deles o custo político de editar alguma medida que contrariasse todos os servidores públicos do país, ou então a sociedade de modo geral, caso a norma a ser editada viesse a ser muito permissiva.

¹³⁷ Esse mecanismo sempre é justificado por aqui como sendo correspondente à ideia montesquieuniana de que *“le pouvoir arrête le pouvoir”* de assimilação pública e difundida.

Collor de Mello, não se manteve alheio a isso. No tocante ao desenvolvimento do seu plano econômico, o Plano Collor¹³⁸, principal medida econômica de governo, ao sofrer grave resistência dos juízos de primeira instância, acabou obtendo o respaldo processual do STF¹³⁹ para o prosseguimento das medidas.

O Presidente Fernando Henrique Cardoso, após sofrer uma verdadeira “guerra de liminares”, não encontrou maiores obstáculos na Corte Suprema quando implementou seu projeto de privatizações estratégicas no Brasil. Segundo Koerner

no quadro político do início dos anos 1990 — de instabilidade política e crise do desenvolvimentismo —, o STF conformou a jurisdição constitucional de modo a limitar a frequência e o alcance de sua atuação conforme prevista pela Constituinte. Ministros do antigo regime e os de orientação liberal elaboraram um regime jurisprudencial que concorreu para a estabilização democrática e a constituição de um regime liberalizante. Ou seja, o STF combinou efetivação e neutralização de regras constitucionais segundo os domínios e o seu sentido estratégico para a direção política do governo federal, voltado às reformas liberalizantes do Estado (2013, p. 81).

Mesmo o Governo Lula, cujo apoio inicial do Congresso parecia ser insuficiente à governabilidade, conseguiu construir pontes com o Poder Judiciário, mais notadamente com o STF, inclusive para emplacar seus projetos em relação a esse ramo do Poder. Quanto a um dos principais pontos do seu governo, as emblemáticas políticas sociais,

¹³⁸ Uma boa síntese sobre o Plano Collor e o percalço nas instâncias de piso na Justiça foi feita por Ballard: *“Upon entering office in January 1990, President Collor promulgated monetary reform measures through a series of executive decrees. This sequence of new monetary plans also drew protesters to court, resulting in lower court decisions impairing the implementation of some of the measures. For example, lower courts attempted to impose injunctions against specific features of President Collor's inflation-fighting “Collor Plan.”. On March 15, 1990, Collor froze Brazilians' savings accounts for eighteen months, denying access to any amount over US\$ 1,000. The measure was widely regarded as a flagrant violation of the 1988 Constitution and is estimated to have prompted the filing of thousands of court cases. Initial lower court decisions were favorable to claimants, threatening to sidetrack Collor's new monetary package. Three days following his introduction of the freeze, Collor issued another executive decree prohibiting courts from granting preliminary injunctions against any earlier decrees relating to the Collor Plan”* (1999, p. 254-255).

¹³⁹ Observa-se que toda essa questão relativa ao Plano Real, ainda agravada pela duvidosa Medida Provisória 173 de 1990, que impedia a expedição de medida cautelar em face do Plano Collor foi parar no STF, questionada quanto a sua constitucionalidade, mediante a ADI 223/90. Mas, impressiona o fato de que, segundo Ballard, *“[t]he STF avoided determining the constitutionality of the decrees by relying on various procedural grounds to refuse to hear petitions for review. Accordingly, the STF's inaction saved it from having to denounce the first democratically elected president in 25 years, who had just entered office with a public approval rating of over 70% and a mandate to defeat inflation”* (1999, p. 27).

No julgamento do caso, ADI 223/90, apesar de configurado caso claro de violação de direito à propriedade decorrente dos congelamentos feitos pelo Plano Collor com a retenção de valores depositados na poupança, e ainda em face da limitação de direitos fundamentais agravados pela MP 173/90, o STF foi solícito ao plano do governo e à política monetária adotada à época. Mais ainda, é forçoso o registro de que tal política, cujo objetivo principal era combater a inflação, pouco tempo depois se mostrou fracassada, deixando ainda mais evidenciado o equívoco do referido julgamento da Corte, que não concedeu a cautelar na ADI e em 1996 considerou a perda do objeto, arquivando o processo.

[...] esse novo tribunal, com juízes com outra formação e concepção sobre o papel da justiça constitucional e a interpretação da Constituição, atuou de forma convergente com o governo [...]. Assim, conformou-se um novo regime jurisprudencial articulado com o regime governamental promocional do governo Lula (KOERNER, 2013, p. 83).

Em síntese, até o meio do Governo Lula houve, em relação aos governos, uma interação de apoio mútuo nas questões mais relevantes. Não foi sem razão que se pôde assistir, por parte dos diferentes governos, a um estratégico fortalecimento do STF. Foi nesse cenário que se cogitaram alguns mecanismos perenes de fortalecimento da Corte, principalmente perante os demais órgãos do Poder Judiciário¹⁴⁰.

Não obstante, ainda durante o Governo Lula e principalmente no Governo Dilma algumas medidas adotadas na condução do processo do “Mensalão”, Ação Penal 470 do STF, confrontaram diretamente o Governo e o seu partido e principalmente a base aliada, abalando algumas das suas principais lideranças políticas, mediante um processo criminal conduzido com algumas inovações casuístas¹⁴¹. Desse processo advieram várias condenações no STF. Nesse momento, pouco parece ter adiantado a indicação de ministros por parte da Presidência da República. E possivelmente nesse momento ficaram evidente os riscos políticos ao governo, daquela estratégia de fortalecimento da Corte. Daí se inferir um arrefecimento após tudo isso, afinal, passou a crescer a desconfiança.

Koerner resgata esse momento da seguinte forma:

assim, no início do governo Lula construiu-se uma convergência de regime governamental e regime jurisprudencial em sentido progressista, voltado a modificar as relações de poder da formação social. Mas parece haver tensões nessa relação, pois com a orientação jurisprudencial mais recente o STF se coloca no papel de guardião e promotor das virtudes republicanas, redefine seu modo de atuação no regime governamental, contrariando lideranças políticas, não só do governo, mas da oposição. As técnicas e os modelos de decisão utilizados pelo STF em sentido progressista poderão ser revertidos em outras direções (2013, p. 84).

A respeito dos mecanismos perenes de fortalecimento do STF, citados mais acima, tem-se exemplificativamente que no Governo Collor se pensou mesmo em resgatar a então extinta ação avocatória para o STF como forma de cortar a oposição judiciária das instâncias inferiores. Inclusive, conforme alerta Marco Aurélio Sampaio (1995, p. 431), essa

¹⁴⁰ No final de contas, o STF proporcionou nos primeiros governos retornos politicamente satisfatórios, ainda que considerada uma crescente autonomia e independência perante a ideologia política predominante de governo.

¹⁴¹ Sobre essa questão se recomenda a verificação da aplicação da teoria do domínio do fato que foi aplicada na condenação de alguns parlamentares articuladores do Governo Lula e Dilma.

medida pensada pelo governo, muito embora não tenha alcançado seu intento mais imediato, acabou refluindo e se desdobrando no sentido da criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), criada mediante a promulgação da EC nº 03/93 pelo Legislativo.

A ADC configura um poderoso instrumento de controle jurídico-político conferido ao STF. Instituiu que a decisão da Corte teria efeito vinculante, também para os órgãos do Poder Judiciário, a partir desse registro expresso na CF/88, mudando definitivamente a concepção do controle de constitucionalidade no Brasil. Portanto, a ADC não deixou de ser uma resposta ao óbice judicial sofrido nas instâncias de piso pelo Plano Collor e ao mesmo tempo foi um acolhimento de desdobramento de pleitos da Corte, quais sejam, da representação interpretativa e da própria ação avocatória¹⁴², que não foram atendidos nos trabalhos constituintes.

Ampliar as hipóteses de incidência desse efeito vinculante conferido a certas decisões do STF chegou a figurar como tendência de governos, inclusive. Durante vários anos e diferentes governos ocorreu um agir deliberado nesse sentido. Para isso confluíam forças do Executivo, Legislativo e do STF, muitas vezes sofrendo a oposição de associações de magistrados e outros grupos.

O Governo Itamar Franco, além da aprovação da EC nº 03/93, também se fez notar, no sentido pretender a vinculação das instâncias inferiores do Poder Judiciário em relação a eventual súmula ou precedente vinculante da Corte Suprema. E desse ponto já se prenuncia não apenas a súmula impeditiva de recursos, mas a súmula vinculante do STF, que confere um peso muito maior do que havia, então, às decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade, principalmente aquelas convertidas em súmula vinculante.

In 1993, the President sent a bill to Congress to amend the civil procedure code with regard to the judgment of identical questions. It would have allowed a court, upon a vote of the absolute majority of its members, to require that court to follow the same súmula for all cases involving the identical question of law (BALLARD, 1999, p. 258).

Os Governos FHC e Lula atuaram no sentido de ampliar formalmente, via Constituição e legislação, esse efeito vinculante.

O primeiro, Governo FHC, porque decorreu da sua política de governo voltada para os assuntos judiciários as Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, que trouxeram desde sua edição a verdadeira inovação, sem o devido respaldo na CF/88, do efeito vinculante ao julgamento da

¹⁴² Também seria possível indicar a suspensão de segurança, que garante ao STF suspender liminares, muitas vezes dadas para resguardar direitos sociais, funcionando a partir de um viés mesclado de instrumento avocatório por parte do STF com um mini controle concentrado.

ADI e da ADPF. E, ainda, porque foi o grande responsável pelo substancial avanço nessa pauta da reforma do Poder Judiciário, consubstanciada na EC nº 45/04, que constitucionaliza o efeito vinculante também ao julgamento das ADIs no STF.

O segundo, Governo Lula, porquanto em sua gestão que foi ultimada e concluída a Reforma do Judiciário da EC nº 45/04¹⁴³. E também porquanto, além de dar grande respaldo à referida Emenda Constitucional, também o fez¹⁴⁴ no tocante às Leis nº 11.417/06 e nº 11.418/06, respectivamente regulamentando a súmula vinculante e a repercussão geral, que ampliavam esses fortes mecanismos de controle instituídos pela referida Emenda¹⁴⁵.

Por outro lado, esse efeito vinculante consubstanciado em norma, seja legislação, seja Constituição, correspondeu a acolhimento de desejo da Corte, que com alguma frequência já vinha se manifestando no sentido da vinculação das suas decisões extraídas em controle abstrato de constitucionalidade.

De todas as medidas voltadas para o Judiciário e STF, que iniciaram durante o Governo Collor, mas que continuaram e se desenvolveram nos governos seguintes, a mais importante foi a que se consubstanciou na EC 45/04, da Reforma do Judiciário. Iniciou mediante a apresentação da PEC nº 96, de 1992, proposta pelo Deputado Federal Hélio Bicudo, mas foi durante o Governo de Fernando Henrique Cardoso (FHC)¹⁴⁶ que alcançou fôlego suficiente, desdobrando-se até o Governo de Luís Inácio Lula da Silva, quando veio a ser finalmente promulgada como EC nº 45/04. E não se identificou, ao longo desses anos e de

¹⁴³ A seguir reproduzimos uma síntese interessante a esse respeito: “[p]ara contornar suas dificuldades e reforçar apoios, o governo Lula incentivou mudanças pela via judicial. Com o apoio de juristas progressistas e entidades de profissões jurídicas estatais, buscou desde logo aproximar-se das elites jurídicas e promoveu a formação de consensos, simbolizados pelos dois pactos republicanos, para a Reforma do Judiciário. As ações do governo nesse campo continuaram nos anos seguintes, com mudanças na gestão e procedimentos judiciais, a promoção, pelo Ministério da Justiça, de estudos e iniciativas de reformas legislativas e o apoio do governo a entidades e movimentos de defesa e a promoção de direito (KOERNER, 2013, p. 82).

Exemplificativamente se poderia destacar a comemoração verbalizada pelo então Presidente da República, quando em discurso feito no dia 10/10/2014, comentou “é preciso abrir a caixa-preta do Judiciário”, relativamente ao Poder Judiciário e à criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) [...]. (OBID. 2004).

¹⁴⁴ Em reportagem sobre o fortalecimento das decisões do STF pelo Presidente Lula, há algumas declarações registradas de autoria dele que são reveladoras, cujo título é *Lula fortalece decisões do STF*, disponível em: <<http://www.ersadvocacia.com.br/conteudo.php?sid=44&cid=97>>.

¹⁴⁵ Exemplo disso ocorreu na possibilidade de escolha dos ministros do momento a ocorrer a eficácia da súmula vinculante.

¹⁴⁶ No Governo FHC houve maior preocupação e articulação no sentido de concluir o trâmite da reforma em questão. Segundo Flávio Carvalho: “só em 02 de agosto de 1995, o tema foi, então, abordado pela primeira vez, após decisão da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados em constituir Comissão Especial – destinada a oferecer parecer à PEC nº 96, de 1992, que teve designado como seu relator”. E foi nesse período que foi apresentada a PEC nº 54, de 1995, “que buscava estabelecer nova redação ao vigente artigo 102 da Constituição Federal, dando sentido uniforme às decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), inclusive, com efeito vinculante” (2009, p. 34).

governos distintos, uma mudança brusca quanto à influência dos trabalhos legislativos constituintes e na política voltada para o Judiciário.

Por seu turno, uma parte considerável das medidas propostas visava a conter certa oposição reacionária das instâncias de piso do Judiciário, que inclusive com frequência vinha travando o seguimento de políticas essenciais ao Governo. Aí se demonstra de forma inequívoca haver na reforma a ideia de evitar “guerras de liminares”¹⁴⁷, como a que se fez sentir na época das privatizações e da implantação do seu programa de governo.

As the global business community watched with interest, a handful of lower court judges temporarily halted the sale by awarding twenty-two injunctions, based mostly on violations of the law regulating privatizations. These judicial pronouncements and earlier court decisions contrary to the government angered Cardoso. He cautioned that the judiciary ought to begin thinking about its own reform, and, within a few months, Cardoso convened a special session in Congress to seek the approval of a constitutional amendment to compel lower courts to adhere to the decisions of Brazil's highest court (BALLARD, 1999, p. 231).

Nesse momento é possível notar que ao menos em alguns pontos a reforma se mostrava adequada do projeto neoliberalizante, ao mesmo tempo em que configurava um marco para o STF e sua posição perante o Poder Judiciário no Brasil. Trouxe em seu bojo ao menos 03 medidas de profundo impacto no processo de fortalecimento da Corte Suprema¹⁴⁸, além de constitucionalizar o efeito vinculante dos julgamentos das ADIs.

Um outro ponto importante que influenciava nesse cenário é o fato de que todo esse processo não estava imune a uma conjuntura internacional.

Nas palavras de Ballard:

this widespread interest in courts can be explained, at least in part, by a global consensus favoring the neoliberal model of economic relations in which courts are expected to provide predictability. This economic liberalization strategy, often labeled the “Washington consensus,” encourages a reduced role for government through privatization, economic stabilization through fiscal adjustment, and liberalization of foreign trade (BALLARD, 1999, p. 231).

¹⁴⁷ Segundo Ballard: “Cardoso's choice of judicial reform proposals is influenced by the government's attempt to remake Brazil's economy and bureaucratic state structure to conform to the global neoliberal paradigm. This argument is based on two premises. First, the Brazilian judiciary affects the success or failure of Cardoso's economic reforms. As the earlier CVRD story illustrates, successful implementation of the government's efforts to engage the global economy hinges, to a degree, on the outcome of court cases in which Brazilians challenge facets of economic and state reform measures. Second, the judicial reforms backed by Cardoso will likely reduce the judiciary's power to block his economic reforms. While the Brazilian Executive supports judicial reform proposals designed to ameliorate court delay, these reform efforts would have the effect of restraining socially oriented lower courts from derailing the government's project to integrate Brazil's economy into the global Market (1999, p. 232).”

¹⁴⁸ Essas 03 medidas são: a súmula vinculante, a repercussão geral e a criação do CNJ.

O projeto ideológico liberalizante que Garavito¹⁴⁹ (2011, p. 258) conceitua como “projeto de Estado de Direito light”, era pautado direta e indiretamente pelo consenso de Washington. Estava voltado para a previsibilidade, segurança jurídica e eficiência da jurisdição. Mas, não se mostrou de todo hegemônico, pois sofria, internamente e também do plano externo, frequentes oposições de um “projeto de Estado de Direito denso”, marcadamente academicista do direito, mais voltado para políticas sociais, segundo Garavito¹⁵⁰.

Diante disso se constatar que esse processo estratégico de fortalecimento da Corte também não poderia sequer ser reduzido a um contexto puramente nacional, ainda que pudesse servir para se estudar muitas movimentações políticas locais¹⁵¹.

Mas, essa estratégia do Poder Executivo de fortalecimento do STF não se mostrou imune a riscos. A Corte veio tomando rumos pouco a pouco desvencilhados daqueles adotados pelo Poder Político, chegando a produzir mesmo algumas rumorosas derrotas de governo, principalmente do Governo Lula e Dilma, na Corte.

A partir disso, nota-se que a estratégia veio perdendo força e demonstrando certo esgotamento¹⁵². Ainda assim, é interessante remarcar que apesar de se verificarem descontentamentos constantes desse último governo, não se nota por parte do Executivo alguma medida mais enfática com vistas a conter a judicialização da política encabeçada pelo STF. Assim, se a conveniência ensejou medidas relevantes voltadas para a Corte, a inconveniência mais recente se mostra incapaz de gerar alguma medida que limite algum dos poderes da Corte.

Já no tocante ao Poder Legislativo, nota-se inicialmente o compartilhamento de

¹⁴⁹ Segundo Garavito (2011, p. 258), atuantes no âmbito da América Latina se desenvolveram essencialmente 02 projetos globais ligados à atuação e reforma do Poder Judiciário, e decorrentes de duas versões do Estado de Direito, densa e light: 01) neoliberal e 02) neoconstitucional. E eles ora se opõem e ora conciliam.

¹⁵⁰ Esses dois projetos, que ora se auxiliam, ora se opõem, tinham vários pontos comuns no tocante à Reforma do Judiciário, como fortalecimento da Corte Suprema.

¹⁵¹ Ainda que com alguma oscilação, em determinados pontos, entre os dois projetos destacados por Garavito, é possível afirmar que enquanto os primeiros governos estariam mais ligados ao projeto neoliberal, o Governo Lula estaria um pouco mais ligado ao projeto neoconstitucionalista e possivelmente isso ajudou a Corte a alcançar em muitos pontos uma projeção chegando mesmo ao ponto do protagonismo político. Nesse sentido se afirma que “[o] governo Lula sinalizou a modificação do caráter do STF ao buscar uma composição mais plural e engajada à concretização da Constituição. Aos tradicionais critérios de escolha dos ministros segundo sua origem regional, carreira jurídica e o apoio de lideranças políticas nacionais relevantes, somaram-se atributos pessoais ou histórias de vida: gênero, etnia, atuação ou apoio a movimentos sociais. Alguns nomeados eram próximos aos partidos de esquerda e movimentos populares, mas outros eram juízes ou juristas profissionais sem atuação política, ligados a lideranças de partidos de centro ou entidades de representação das profissões jurídicas” (KOERNER, 2013, p. 83).

¹⁵² De forma simples se poderia indicar nesse sentido o fim da Secretaria de Reforma do Judiciário no Ministério da Justiça.

uma visão geral de propor como solução de conflitos internos e interpoderes a edição de medida que oportunize ao STF ser a solução dos impasses em geral. Dessa forma, ainda que a medida em questão comportasse grave riscos econômicos, políticos ou sociais, ainda assim costumava configurar boa estratégia oferecer ao STF prerrogativas variadas. Ainda que a própria Corte figurasse como ator interessado no desfecho da matéria, como parece ter sido o caso do teto remuneratório nacional do funcionalismo público.

Portanto, o Legislativo não esteve alheio a todo esse processo. Nem figurou apenas como arena política de posições construídas no âmbito de outros Poderes, frequentemente atuando mediante frentes diversas, mas como ator político. Também era influenciado por esse de caráter supranacional e comumente afeto desse agir estratégico do Poder Executivo em prol do fortalecimento da Corte Suprema. E ainda tinha de dialogar nessa movimentação dos ministros do STF no sentido de fazer prevalecer suas propostas relativamente à Corte¹⁵³.

Sintetizando e reduzindo didaticamente essas várias frentes de atuação de grupos do Legislativo, de onde se verifica uma profusão de ideologias no Parlamento, percebe-se de forma mais clara três grupos bem distintos, ainda que seja conveniente alertar para a necessidade de muitas ponderações a respeito dessa sintetização, que atuam ali e que reagem ao STF de forma distinta. São eles: os grupos minoritários, a base aliada e a oposição.¹⁵⁴

Quanto aos grupos minoritários, que não são nem base aliada governista no Congresso e nem oposição, com frequência utilizam o STF como arena decisória, levando à Corte as mais diversas pautas políticas, até mesmo de forma a conseguir se fazer notar no meio político a partir da amplificação da sua atuação que ocorre quando ajuíza alguma questão política. Dessa forma facilita a judicialização da política ao mesmo tempo em que ocorre a politização do STF, que cada vez mais se vê instigado a decidir sobre turbulentas questões político-partidárias. E por parte desse grupo se presume um cuidado de preservação desse espaço de questionamento público dos atos do Governo ou do próprio Legislativo, e nesse sentido tende a evitar confrontos maiores com o STF.

Por parte da oposição, que também leva ao crivo do STF atos políticos do

¹⁵³ Sobre essa situação, vale conferir o pensamento de Ernani Carvalho: “A ‘aprovação’ ou consenso entre as elites não é caracterizada por um rito formal, ela geralmente se dá por meios informais de barganha, pelo qual um parlamentar verbaliza, no Parlamento, a posição da Suprema Corte. Ou seja, ele sinaliza o caminho em busca do consenso” (2013, p. 17).

¹⁵⁴ A esse respeito se recomenda a leitura de TAYLOR, Matthew M. *Judging policy: courts and policy reform in democratic Brazil*. Stanford, CA: Stanford University Press, 2008.

governo, mas que costuma gozar de espaço suficiente no Parlamento para impor algumas das suas pautas políticas, o confronto com algum interesse da Corte não se mostra em regra estratégico, porquanto além da necessidade de preservação desse espaço aberto para o questionamento de políticas adotadas pelo governo, ainda costuma se resguardar no sentido de evitar que a Corte venha a prejudicar eventual alternância de governo em que saia vitoriosa.

E há a base aliada, que, apoiando as políticas do governo, por vezes busca contornar algum entendimento da Corte ou alguma das suas decisões que venham em sentido contrário, favorecendo o governo. Desse grupo não se espera a iniciativa de medidas que fortaleçam o STF quando não estejam flagrantemente amparadas em posição do governo. E por vezes tem vindo algumas proposições contrárias a esse fortalecimento do STF, mas que entendemos não deixar de configurar também resposta do governo.

Mas, sem dúvida, quanto a esses três grupos e praticamente todos os demais do Legislativo, há uma tendência de o parlamentar reear algum confronto de interesses com o STF em virtude da possibilidade bastante próxima de vir a ser julgado exatamente pela Corte ou por ministros da Corte em alguma causa judicial eleitoral ou criminal, ainda mais porque em se considerando.

Esse ponto, inclusive, pode afetar até o Poder Executivo, quando se considera que o STF pode inviabilizar completamente alguma política central do governo, tudo isso a partir de uma leitura fidedigna ou não de dispositivos ou princípios constitucionais e pode julgar questões graves como do *impeachment*¹⁵⁵, por exemplo.

De forma prática, há a possibilidade de o STF vir a julgar criminalmente ou influenciar no julgamento eleitoral de praticamente qualquer parlamentar federal no Brasil¹⁵⁶. Assim, ainda que seja baixo o índice de condenação de parlamentares processados na Corte, pois dos mais de “500 parlamentares investigados desde 1988, apenas 16 foram condenados no exercício do mandato” e mesmo sabendo que “desses, apenas 8 cumpriram ou ainda cumprem pena, 3 recorrem da condenação. 5 condenados escaparam da pena por prescrição” e

¹⁵⁵ O governo Collor também se fez notar marcadamente no tocante à judicialização da política, quando questionou a sua cassação pelo Senado, no Mandado de Segurança 21689-1, perante o STF, forçando a participação da Corte nessa questão e julgamento de alto teor político. Nesse caso o STF, por singela maioria, não afastou o julgamento feito pelo Senado e nem a consequente inelegibilidade, contudo, nos demais julgamentos que se desdobraram das acusações desse Presidente da República, Collor encontrou respaldo na Corte. Após vários anos daquele primeiro incidente judicial, ainda houve outros tantos, nos quais o ex-Presidente Fernando Collor foi julgado pela Corte e por composições distintas, em síntese: “Desde que deixou a presidência da República, Fernando Collor de Mello respondeu a 14 inquéritos no STF, oito petições criminais, quatro ações penais e constava como parte em mais de duas dúzias de habeas corpus. Na Corte, saiu ileso em todos os casos” (BORGES, 2014).

¹⁵⁶ A possibilidade de ser prejudicado em algum processo judicial em curso, ou mesmo potencial, certamente abala drasticamente a possibilidade de confrontos mais diretos com os interesses da Corte.

somente “1 está na prisão” (SALCEDO, 2015, P. 09) o quantitativo de parlamentares processados sugere uma falta de independência desse Poder em relação ao STF e às suas posições¹⁵⁷. E não se pode olvidar que um processo judicial por si só já é motivo suficiente para gravíssimas crises pessoais e políticas.

O mesmo também parece ocorrer em relação à oposição político-partidária, pois em não poucas situações de flagrante descontentamento com a posição adotada pelo STF ou perante a elite judiciária houve inconstante silêncio, como parece ter ocorrido na questão da validade eleitoral nas eleições de 2014. E também se verifica em relação à base de apoio do Governo PT no Congresso, muito embora aí já se notem algumas medidas pensadas contra a Corte, muito embora poucas e que não costumam lograr êxito no trâmite, além de praticamente sempre sofrerem oposição direta dos ministros da Corte.

Quanto às cúpulas das Casas, assistiu-se nesses últimos anos a alguns confrontos em que se chegou mesmo a cogitar de se descumprirem publicamente decisões do STF no Legislativo. Porém, em todos os casos se verificou, a cúpula legislativa retrocedeu e acatou a decisão, como ao final ocorreu na questão da perda do mandato automática para os parlamentares condenados pelo “Mensalão”¹⁵⁸, na prisão do senador Delcídio do Amaral¹⁵⁹, na verticalização das coligações partidárias, ou na tramitação da PEC 33/11, tratadas mais adiante.

Portanto, mostra-se inegável que a ideia de STF como panaceia vai arrefecendo de modo geral, tanto no âmbito do Poder Executivo como também no do Poder Legislativo. Não obstante, há uma postura resiliente do Poder Legislativo em relação aos entendimentos e determinações do STF. Ainda assim, mesmo que se tenha verificado algum arrefecimento dessa estratégia política de fortalecimento da Corte pelos demais Poderes, será visto alguns tópicos à frente que de certa forma isso tem sido compensado por uma jurisprudência da

¹⁵⁷ Ademais, não se poderia tomar como parâmetro o número excessivamente pequeno de condenação de parlamentar pela Corte, porquanto, todas as condenações suprarreferidas ocorreram apenas entre os anos de 2010-2015. É, portanto, o atual momento do Corte, que foi deixando gradualmente a posição de inércia ainda presente logo após a edição da CF/88 para uma posição cada vez mais ativista.

¹⁵⁸ Em síntese jornalística, publicada no canal de notícias G1 se registrou a mudança de posição: “Na saída, Henrique Eduardo Alves mudou o tom e garantiu que será respeitada a decisão do Supremo que determinou a perda do mandato dos deputados condenados no julgamento do mensalão”, em matéria disponível em: <g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2013/02/camara-vai-cumprir-decisao-do-stf-sobre-perda-de-mandato-de-deputados.html>.

¹⁵⁹ Nesse caso houve um esboço de reação, inclusive no sentido de soltura do parlamentar preso, todavia, ante os riscos políticos que envolveriam contrariar, nesse tipo de caso de matéria penal, o entendimento do STF. Ao fim da movimentação política, sequer a soltura foi determinada. Uma boa síntese sobre o caso e que demonstra possíveis excessos e manobras processuais de cunho político, muito embora apartidário da Corte, é exatamente a de Rômulo de Andrade Moreira e Alexandre Morais da Rosa, cujo título é “Para (não) entender a prisão de um Senador pelo STF”, Disponível em: <<http://jornalgnn.com.br/noticia/para-nao-entender-a-prisao-de-um-senador-pelo-stf>>. Acesso em 15 dez. 2015.

autofortalecimento do STF.

Ademais, mesmo em se considerando que nesses últimos anos tem surgido alguma desconfiança mais fundamentada contra o STF e dos seus ministros no Legislativo, ainda assim algumas medidas continuam a ser aprovadas, por vezes em tempo recorde, como parece ter ocorrido em relação à ampliação da idade da aposentadoria compulsória, a partir de interesses oportunistas do Legislativo. Como ocorreu no caso da ampliação do período de permanência dos ministros na Corte, mediante a “PEC da Bengala”, que tirou da Presidência da República, com o apoio do STF, a possibilidade prática de escolha de vários ministros ainda durante o segundo mandato do Governo Dilma.

Por fim, considerando todo esse cenário exposto, confirmou-se em variados governos do pós-88 uma cumplicidade entre o Poder Executivo, Poder Legislativo e o STF. Seus resultados foram de incontestável fortalecimento da Corte, com nuança fortemente politizadora, como estratégia de poder e respaldo a ideologia de governo ou tendências mundiais, essencialmente acolhendo propostas do próprio STF ou posições consolidadas nesse tribunal.

Disso resultou que em fins do Governo Lula e já durante o Governo Dilma a posição político-institucional da Corte conferida pelo ordenamento jurídico e pela sua própria jurisprudência pode ter incorrido em eventual excesso de mecanismos de poder da Corte e de judicialização da política. É fato que não há retrocessos em relação às competências e atribuições da Corte desde a edição da CF/88. Preocupa a possibilidade de, praticamente em qualquer perspectiva, se afrontar o Poder Político, ainda que respaldado por algumas garantias democráticas. Não há mecanismos de controle contra a ela, inclusive populares. Mesmo em face da edição de emendas constitucionais, há a possibilidade de a Corte contornar o comando normativo, invalidando essa nova orientação jurídico-política.

Obviamente que tudo isso pode trazer em si alguns riscos que devem necessariamente ser considerados, como se observará mais adiante.

2.2. Alterações normativas na escalada de fortalecimento do STF: instrumentos de controle e sobrelevo da posição político-institucional no pós-88

O que se propõe no presente tópico é esmiuçar os principais instrumentos normativos de fortalecimento do STF, construídos essencialmente no cenário descrito mais acima, de modo a tornar mais claro o avanço da posição político-institucional da Corte e dos

mecanismos de controle que foram a ela conferidos. Passa-se, com isso, a oferecer um panorama sobre essa escalada de fortalecimento institucionalizado e abrindo espaço para tratar da atuação ativista e bastante politizada da Corte, do tópico subsequente.

O enfoque, portanto, é dado nas modificações normativas oriundas de emendas constitucionais e de legislações federais que toquem diretamente o STF. O intuito era analisar os pontos normativos de fortalecimento do STF. Nesse sentido é interessante notar que não foi identificada a edição normativa contrária a esse fortalecimento do STF no pós-CF/88, para efeito de se poder fazer a contraposição retórico-dialética.

Nesse caminho normativo sintetiza-se que 14¹⁶⁰ das 90 emendas constitucionais tocaram diretamente o Poder Judiciário e o STF¹⁶¹. Dentre essas 14 emendas, algumas ou alguns pontos delas são de mero ajuste teórico ou prático, como ocorre na EC 22/99, enquanto outras de fato conferem instrumentos de controle à Corte, como a EC nº 03/93, ou sobrelevam sua posição político institucional, como a EC nº 88/2015. Mas, há ainda algumas que disciplinam matéria relacionada ao Poder Judiciário e que, portanto, sofrem o crivo do STF quanto aos mínimos detalhes, como a EC nº 88/2015 ou as ECs nº 20/98, 30/00, 37/02, e a de nº 62/09, estas últimas abordadas em tópico mais à frente.

Em virtude da extensão das normas e da restrição do objeto pesquisado, houve a necessidade de se realizar um corte metodológico no presente tópico. Restringiu-se o exame às disposições normativas, constitucionais e legais que conferem instrumentos de controle à Corte e àqueles que sobrelevam sua posição político institucional. Importa focar naquelas modificações mais emblemáticas e que repercutiram diretamente na posição do STF no cenário político, no tocante à posição político-institucional da Corte, ou no arranjo de poder, a partir dos mecanismos de controle que lhe foram conferidos.

Dessa forma, a análise que segue considera, relativamente ao objeto de estudo, as modificações normativas são analisadas em dois blocos: o dos mecanismos de controle de constitucionalidade concentrado e os novos mecanismos do controle difuso, quais sejam, a súmula vinculante, a repercussão geral, todos conferidos ao STF, e o bloco de alteração da posição político-institucional da Corte com repercussão e influência direta em pautas

¹⁶⁰ Em ordem cronológica seriam: Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993; Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998; Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998; Emenda Constitucional nº 22, de 18 de março de 1999; Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000; Emenda Constitucional nº 35, de 20 de dezembro de 2001; Emenda Constitucional nº 37, de 12 de junho de 2002; Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003; Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004; Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005; Emenda Constitucional nº 61, de 11 de novembro de 2009; Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009; Emenda Constitucional nº 76, de 28 de novembro de 2013; Emenda Constitucional nº 88, de 7 de maio de 2015.

¹⁶¹ Esses dados valem para até o mês de dezembro de 2015.

estratégicas. Esse último bloco, contudo, subdividido em dois. O primeiro de afetação de outros atores políticos, onde se analisam o julgamento dos parlamentares e da elegibilidade e a influência do STF no Conselho Nacional de Justiça. O segundo, onde se analisam o teto remuneratório do funcionalismo público no Brasil e a ampliação da idade da aposentadoria compulsória, como diminuição da ingerência externa nas orientações da Corte.

2.2.1. Mecanismos de controle de constitucionalidade concentrado e os novos mecanismos do controle difuso

Neste momento se abordam, no âmbito do subsistema relativo ao controle da constitucionalidade em geral as edições normativas relativas à ADC, ADI e ADPF, no que seja pertinente ao fortalecimento do STF e também a partir dos novos mecanismos de controle difuso. A organização desses itens abordados a seguir se deu da seguinte forma: a) a criação da ADC e as modificações no sistema jurídico da ADI e da ADPF disponibilizados no fortalecimento a ascensão pelo STF; b) novos mecanismos do controle difuso: súmula vinculante e repercussão geral.

a) A criação da ADC e as modificações no sistema jurídico da ADI e da ADPF. Fortalecimento e ascensão do STF

A primeira modificação constitucional que se seguiu à promulgação da CF/88 relativamente aos mecanismos de controle do STF, que trouxe vários pontos significativos a serem analisados nessa escalada de empoderamento do STF no cenário político-institucional nacional foi a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), trazida pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993. A ADC ainda foi posteriormente regulamentada, juntamente com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), pela Lei 9.868/99 e, por fim, foi complementada pela EC 45/04.

Naquela modificação a finalidade precípua era o resguardo de políticas governamentais, ou até do Legislativo, frente a insurgências das demais instâncias judiciárias, daí o grande apoio do Poder Executivo e do Poder Legislativo¹⁶²¹⁶³.

¹⁶² Não deixa de figurar como resposta à insurgência de significativa parcela da Justiça de primeira instância em face do Plano Collor. Conforme Ballard descreve: “*Declaratory actions of constitutionality, created in 1993, allow the President of the Republic, the Senate, the Chamber of Deputies, or the Procurator-General of the Republic to argue preemptively that a law or administrative act is constitutional or to defend its constitutionality while a challenge is pending in a lower court. [...] The mechanism was apparently developed to give the*

Essencialmente, seu mecanismo consistia em, uma vez instigado por algum dos atores competentes para a propositura¹⁶⁴ da ação, o STF proferiria decisão que, dando pela constitucionalidade da norma, lei ou ato normativo federal, seria vinculante a todo o resto do Poder Judiciário e ao Poder Executivo¹⁶⁵. José Afonso da Silva ainda ressalta que

trata-se de uma ação que tem a característica de um meio paralisante de debates em torno de questões jurídicas fundamentais de interesse coletivo. Terá como pressuposto fático a existência de decisões de constitucionalidade, em processos concretos, contrárias à posição governamental. Seu exercício, portanto, gera um processo constitucional contencioso, de fato, porque visa desfazer decisões proferidas entre partes, mediante sua propositura por uma delas. Nesse sentido, ela tem verdadeira natureza de meio de impugnação antes que de ação, com o mesmo objeto das contestações apresentadas nos processos concretos, sustentando a constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, e sem as contrarrazões das partes contrárias. Então, a rigor não se trata de processo sem partes e só aparentemente é processo objetivo, porque, no fundo, no substrato da realidade jurídica em causa, estão as relações materiais controvertidas que servem de pressupostos de fato da ação (SILVA, 2005, p. 55).

Ademais, ainda se impõe dizer que o mecanismo da ADC encontra sua gênese em delimitação feita no âmbito da jurisprudência do STF, quando se passou a aceitar a utilização da representação de inconstitucionalidade, nos casos de desprovimento da alegada inconstitucionalidade¹⁶⁶. Dessa forma, abriu-se espaço para o surgimento da controversa

government the same power to sustain a law that citizens have to contest it through a direct action of unconstitutionality” (1999, p. 30).

¹⁶³ E é interessante observar que o próprio passar do tempo vai confirmar essa constatação da autora, na medida em que entre as quase 40 ADCs ajuizadas até a presente data, há uma presença preponderante exatamente das que ajuizadas pela Presidência da República, com o respectivo provimento da ação.

¹⁶⁴ Segundo a redação original da Emenda, esses legitimados eram o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, além do Procurador-Geral da República.

¹⁶⁵ Vale, todavia, reiterar que o foco dessa ADC não seria propriamente desafiar atos interpretativos do Poder Executivo e sim do Poder Judiciário.

¹⁶⁶ Registre-se, contudo, que uma espécie de ação declaratória transversa já foi admitida pela jurisprudência da Corte antes da criação da ADC pela EC nº 03/93 e antes mesmo da EC nº 07/77. Esse entendimento jurisprudencial, que chegou a pautar até o Regimento Interno do STF nesse sentido “declaratório”, transverso da representação de inconstitucionalidade. Portanto, regimento interno e jurisprudência dispensaram previsão constitucional nesse sentido. O trecho de relato feito no próprio julgamento da ADC nº 01 registra: “É verdade que o art. 174, 1, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na redação de 1970, autorizava o Procurador-Geral da República, a ajuizar representação de inconstitucionalidade, provocado por autoridade ou por terceiro, com parecer contrário, se entendesse improcedente a fundamentação da súplica, deixando margem à consideração de que, nesse caso, se teria, em realidade, uma representação de constitucionalidade. O dispositivo regimental, contudo, deixava claro que o parecer contrário era admitido nos casos em que a iniciativa do Procurador-Geral da República estivesse vinculada a uma provocação de autoridade ou de terceiro, em que se sustentava a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. A fórmula do encaminhamento da representação com parecer contrário, se não traduzia, com fidelidade, a posição do Procurador-Geral da República, como titular da representação, igualmente não rompia com a exigência de uma pretensão fundamentada ainda que esta fosse do agente provocador dirigida no sentido da declaração de inconstitucionalidade da norma. O que importa é que sempre esteve em causa, uma argüição de inconstitucionalidade e a procedência da representação estava associada à declaração de inconstitucionalidade, assim como a sua improcedência decorria do reconhecimento da constitucionalidade da norma. Essa norma regimental poderia ser explicada pela fórmula da EC n 16, de 1965,

representação interpretativa trazida pela EC nº 07/77, rompida a partir da CF/88, ao que no âmbito dessa Emenda ainda fora instituída a ação avocatória, que permitia ao PGR solicitar a avocação ao STF dos casos considerados mais graves, com risco de julgamento desarrazoado pelas instâncias inferiores.

Portanto, não se mostra indevido inferir que se a ADC da EC nº 03/93 corresponderia a um desdobramento desses dois mecanismos. Com isso, mais essa vez acabou prevalecendo a proposta continuísta feita pelo STF no momento constituinte (Anexo II), no sentido de manutenção de dois institutos constantes da CF/67, a criticada ação avocatória¹⁶⁷ e a representação interpretativa¹⁶⁸, que não haviam logrado ser mantidos na CF/88¹⁶⁹.

Todavia, se com relação a vários pontos a ADC não poderia ser considerada completa novidade na letra da Constituição, por outro lado inaugura previsão constitucional expressa no sentido de eficácia *erga omnes* e de efeito vinculante¹⁷⁰, em julgamento de ADC. Ainda assim, é necessário observar que incorpora da jurisprudência da Corte a ideia de eficácia *erga omnes*¹⁷¹ e segue posição já inclusive adotada pelo Regimento Interno do STF

que se referia à representação contra inconstitucionalidade 'encaminhada pelo Procurador-Geral'. Mas tanto esse texto constitucional como os posteriores (CF/67, art. 115, I, 1; EC 1/69, art. 119, I, 1; CF/88, art. 102, I, a) não deixaram qualquer dúvida de que a representação ou a ação direta era e é de inconstitucionalidade, de modo que seu titular não poderia oferecer representação tendente à declaração de constitucionalidade da norma. Os textos regimentais posteriores não reproduziram a norma do art. 174, 1, do Regimento Interno de 1970, e tomaram claro e inequívoco que a representação ou a ação direta do Procurador-Geral da República deveria ser necessariamente dirigida à declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. E, no julgamento da Representação n. 1.349, o Supremo Tribunal Federal considerou inadmissível representação na qual o Procurador-Geral da República sustentava a legitimidade constitucional da lei impugnada”.

¹⁶⁷Para efeito de verificação, cita-se o trecho do referido instituto da CF/67. Em seu art. 119, I, “o”, consta: “as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido” (EC nº 07, de 13 de abril de 1977).

¹⁶⁸A ação interpretativa veio a atender exatamente uma exigência de consolidação interpretativa, de previsibilidade. Presumidamente do interesse do governo, haja vista ser naturalmente voltada a ele em face da possibilidade de interpretação judicial dando pela inconstitucionalidade de ato normativo ou lei federal que costumam respaldar atos e posições do governo. Para efeito de verificação, cita-se o trecho do referido instituto da CF/67. Em seu art. 119, I, “l”, que assim disciplina: “a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual” (EC nº 07, de 13 de abril de 1977).

¹⁶⁹Então, quando se analisam os três momentos normativos da ADC, a edição da EC 03/93, da Lei 9.868/99 da EC 45/04, verifica-se que muito embora tenha havido algum tipo de suavização dos instrumentos de controle do STF quando da edição da CF/88, como no fim da ação avocatória e da representação interpretativa, pouco tempo depois veio a “vitória” do Supremo Tribunal Federal e do seu pleito perante os trabalhos constituintes, inclusive de forma mais emblemática, porquanto a ADC é bem próxima dessas outras duas medidas e foi dotada de maior âmbito de controle do que elas.

¹⁷⁰Um bom estudo, comparativo, sobre os mecanismos foi feito por Marcelo Novelino Camargo, encontrando-se disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31642-36259-1-PB.pdf>>. Acesso em 21 jan. 2016*.

¹⁷¹Sobre o caráter *erga omnes* de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade, Siddharta Ferreira remonta à conceituação feita pelo ministro Moreira Alves, pioneira na Corte, nesse sentido e que começa a modelar a jurisprudência: “Na Representação n. 1.016, julgou-se a (in)constitucionalidade de leis

em outros tempos. Isso porque, disciplinando a representação interpretativa, o seu art. 187 do STF estabelecia que “a partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário de Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos” (MENDES, 1999).

Assim, considerando que a ADC surgiu de desdobramentos de pontos da proposta feita pelos ministros da Corte e da sua base jurisprudencial, há relevantes indícios do peso político das propostas feitas pela própria Corte.

Mas, se a ADC contou com o apoio de uma confluência de interesses do STF, que confluíam com os do Poder Executivo e do Legislativo, não se pode olvidar que houve importante contraposição feita pela magistratura e também oposição de parcela considerável da doutrina¹⁷². O principal ponto de inflexão foi o excessivo avanço da competência do STF sobre a liberdade de entendimento do restante da Justiça¹⁷³.

Uma segunda crítica ao cerne da ADC se verifica no interessante argumento de violação do princípio da separação de Poderes, porquanto o STF passaria a atuar como órgão consultivo do Legislador, e o produto do Legislador somente teria validade inquestionável após a confirmação mediante ADC, subvertendo a presunção de constitucionalidade das

estaduais que desmembraram o Município de Ibirarema, anexando-o ao de Palmital no Estado de São Paulo, sem prévia consulta às populações interessadas. A representação de inconstitucionalidade não foi conhecida, sob o argumento de que as leis eram anteriores à Constituição então vigente, de forma que se estava diante de uma hipótese de revogação e não de inconstitucionalidade. Não se admitia o controle de lei revogada, que deveria ser feito no caso concreto. O Ministro Moreira Alves destacou que nesses casos há o controle *incidenter tantum* que só adquire eficácia erga omnes se o Senado Federal assim desejar. Também enfatizou que a representação tem efeito *erga omnes* com reflexos sobre o passado, *ex tunc*, independentemente de o Senado atuar porque se trata de “decisão de conveniência política” pelo interesse superior da preservação do respeito à Constituição, como um instrumento especialíssimo de defesa da ordem jurídica.” (FERREIRA, 2013, p. 31-32).

¹⁷² Apesar da diferenciação feita por alguns doutrinadores mesmo antes da edição da EC 03/93, do julgamento da ADC nº 01 é possível perceber que o efeito vinculante, à época, foi compreendido de forma contida no conceito do que posteriormente se convencionou denominar efeito *erga omnes*. Nas palavras registradas do ministro Moreira Alves: “Este, apesar da expansão dada ao controle concentrado (e isso decorre, obviamente, muito mais da ampliação dos legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade do que da criação da ação declaratória de constitucionalidade), continua a ser a regra, só não podendo ser utilizado legitimamente com relação aos atos normativos que, anteriormente, tenha sido declarados, pelo controle abstrato, constitucionais ou inconstitucionais ou que tenham tido a sua execução suspensa pelo Senado quando a declaração de inconstitucionalidade resulte do controle difuso exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Essas restrições, porém, decorrem da eficácia erga omnes do próprio controle difuso e do controle concentrado em abstrato, e não da força vinculante da ação declaratória de constitucionalidade que, nesse terreno, como já foi salientado, apenas possibilita aos concretamente prejudicados com o desrespeito de sua decisão pelos demais órgãos do Poder Judiciário ao prestarem jurisdição que se valham da reclamação ao Supremo Tribunal Federal, meio mais rápido de desconstituir esse desrespeito do que o recurso extraordinário que lhes resta quando ele se dá com relação a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade. A eficácia erga omnes das decisões de mérito proferidas em ambas essas ações as impõem a todos, mas é o efeito vinculante da decisão de mérito na ação declaratória de constitucionalidade que lhe permite, prontamente, defender a segurança jurídica com o respeito de ordem constitucional assegurado por esse meio de controle”. Sentido diferente, portanto, daquele conferido por Gilmar Mendes

¹⁷³ Encontram-se com facilidade críticas de vários doutrinadores a esse avanço, dentre os quais se destacam José Afonso da Silva (2007) e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2013).

leis¹⁷⁴. Além de também se indicar certo desequilíbrio entre os Poderes¹⁷⁵, que inclusive será retomado no último capítulo.

A terceira crítica se pautava pelo fato de a ADC ter admitido uma mitigação do contraditório e da maturação da questão constitucional. E de certa forma, não se mostra descomedido inferir que o próprio efeito vinculante possa concorrer com o resguardo de direitos e garantias fundamentais, em certas situações.

No que diz respeito à formulação jurídico-dogmática (*rechtsdogmatisch*), parece claro que a ampla defesa resta prejudicada, o que significa, na realidade, uma vez que o efeito vinculante se não é elemento tendente à diminuição do rol de direitos e garantias individuais, pelo menos limitador de um dos direitos individuais claramente o é. Portanto, inconstitucionalidade por força do art. 60, § 4º da Constituição Federal. Em todo caso, qualquer discussão sobre o efeito vinculante que exclua a análise política restará insuficiente e uma análise que porventura mais completa se queira fazer em torno de sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade terá de enfrentar esse ponto (LIMA, 2002, p. 42).

O acerto dessas críticas evidencia, então, não somente um peso maior do STF perante o Judiciário, mas também perante todo o cenário político e o arranjo político-institucional trazido pela CF/88, além de ter afetado até garantias fundamentais, como essa do contraditório, na construção constitucional dessa ação.

Por outro lado, é interessante notar que esse movimento feito pela magistratura em sentido contrário restou sem espaço na via política, ante a confluência de forças favoráveis à criação e manutenção da ADC, de modo que restava apenas o caminho da judicialização da questão. Em outras palavras, restava aos representantes da magistratura ajuizar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 913) contra a existência da ADC. O problema é que quem julgaria a ADI seria o STF, ator politicamente interessado no desfecho do feito.

Como seria de se inferir essa ADI, de nº 913, ajuizada pela AMB, repreensivelmente não logrou sequer conhecimento. Mas, por via transversa, a análise dos principais argumentos trazidos naquela ADI acabou ocorrendo no julgamento da ADC nº

¹⁷⁴ Para muitos críticos da época, o STF acabaria funcionando como uma outra câmara de debate a quem se incumbiria de dar a certeza sobre tal constitucionalidade normativa.

¹⁷⁵ Nesse sentido segue a crítica de Martonio Lima: “Não se me afigura problemático que se critique o efeito vinculante apenas por sua natureza política. O problema talvez resida na desigualdade entre os poderes que ele causa, oriundo que é de cortes sem legitimidade democrática, qualidade da qual dificilmente se desvencilhará. Incontestado é o fato de que a questão da “segurança jurídica”, utilizada pelo próprio STF como critério fundante e legitimador da constitucionalidade do ingresso da ADC na Constituição Federal, nada mais representa senão o reconhecimento da necessidade de intervenção na política por parte do STF, sem que esse detalhe seja em instante algum reconhecido pelo STF” (LIMA, 2002, p. 41).

01¹⁷⁶, ajuizada pelo Poder Executivo e Legislativo para fins de se obter a declaração da constitucionalidade da própria EC 03/93¹⁷⁷. E não há, na prática, qualquer possibilidade de contenção de interpretações exacerbadas da Corte¹⁷⁸.

Ademais, observa-se, não somente no presente caso, mas em tantos outros, um efeito amplificador¹⁷⁹ dos mecanismos de controle que foram ofertados ao STF. Em decorrência da sua própria jurisprudência se ampliaram limites por vezes bem estritos nas normas que já concediam medidas de controle, que não deixa de ser medida de empoderamento da Corte.

Nesse julgamento da ADC 01 a Corte ainda estatuiu por conta própria os procedimentos processuais para a ação e isso nem sequer de forma unânime¹⁸⁰, estabelecendo-se que se adotaria, “para a referida Ação Declaratória de Constitucionalidade, até lei específica que o discipline, o processo estabelecido no voto do Relator” (ADC nº 01, Relator Moreira Alves, DJ 27-10-93). Isso sem qualquer respaldo normativo e já caracterizando uma nova postura da Corte, haja vista que alguns anos antes¹⁸¹ se recusara a julgar mandado de injunção e *habeas data* enquanto não adviesse lei regulamentando. E, em nosso entender, violando o princípio da legalidade, imposto a todos os ramos do Poder Público. Mas, também divergia da própria ADPF, que o STF entendia não ser autoaplicável (SARLET, 2001, p. 151).

Ademais, a criação dessa ADC com efeito vinculante expresso na CF/88 ainda acabou servindo para que a Corte já começasse, por conta própria, a se manifestar pela

¹⁷⁶ Segue trecho do acórdão do julgamento da ADC 01: “Improcede, dessa forma, a alegação de que o novo instituto suprime as garantias de acesso ao Judiciário, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Os juízes e tribunais continuam competentes para o processo e julgamento dos litígios concernentes às relações jurídicas corretas, constituídas sob a égide da lei ou ato normativo federal objeto da ação declaratória de constitucionalidade. A sentença proferida na ação declaratória de constitucionalidade, em realidade, tem efeito vinculante para os órgãos do Poder Judiciário, de modo que, no julgamento dos casos concretos, em que a mesma questão constitucional deva ser decidida *incidenter tantum*, o juiz ou tribunal competentes deverão observar aquele pronunciamento. Decisão em sentido contrário constitui afronta à autoridade do julgado do Supremo Tribunal Federal, que pode ser proclamada pelas instâncias superiores nos julgamentos dos recursos, ou mesmo por via de reclamação ao Supremo Tribunal Federal, na forma dos arts. 156 a 162 do Regimento Interno.”

¹⁷⁷ No julgamento das referidas ações, obviamente, como seria de se pressupor, a ADI não obteve provimento e a justificativa foi a ilegitimidade da AMB, enquanto de outra parte, a ADC foi acolhida e provida, declarando-se a constitucionalidade do comando da Emenda.

¹⁷⁸ Raciocínio diametralmente oposto, portanto, daquele adotado para efeito da ADPF, logo que editada a CF/88, conforme citado mais acima, no qual a Corte se esquivava até de julgar os casos enquanto não sobreviesse a devida regulamentação legal. E ainda parece afrontar um dos princípios basilares do Estado de Direito no Brasil, o princípio da legalidade, que institui ao Poder Público o agir mediante legislação aprovada de forma regular.

¹⁷⁹ A respeito desse efeito que resolvemos denominar amplificador, podemos caracterizá-lo como sendo aquele que ocorre quando a norma concede apenas limitadamente algum instrumento ou medida ao STF e, a partir da jurisprudência da Corte, ampliam-se as competências de modo que se venha a ter controle ainda maior e quase sempre aberto das situações que lhes forem submetidas.

¹⁸⁰ Saíram vencidos, em parte, os ministros Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Carlos Velloso.

¹⁸¹ Vide nota de rodapé nº 10.

extensão desses efeitos também no julgamento da ADI¹⁸², da ADPF, chegando a construir até mecanismos de vinculação até no controle difuso. O mesmo ocorreu em relação à concessão de medida cautelar, porquanto primeiramente sem respaldo legal ou constitucional o STF concedeu a medida em sede do julgamento da ADC nº 04. E houve nessa situação um processo mutualístico contínuo em que a norma respaldava um avanço da jurisprudência e vice-versa.

A Lei 9.868/99 também veio imbuída dessa lógica. Ao regulamentar a ADC e a ADI, fortaleceu ainda mais esse processo de criação jurisprudencial de complemento dos mecanismos de controle, estendendo, sem qualquer respaldo na Constituição, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante também ao julgamento da ADI. E a legislação não parou por aí, ampliou o rol de legitimados para a propositura da ADC, de forma que essa ação passou a ter o mesmo rol de legitimados que a ADI, ainda que diversa fosse a redação constitucional. Também estabelece a possibilidade de concessão de medida cautelar em sede de ADC, enquanto a redação expressa da CF/88 somente à ADI conferia essa medida. Ademais, permitia uma inovadora modulação de efeitos da constitucionalidade ou inconstitucionalidade declarada pela Corte em alguma das referidas ações. Configurava, com muitas críticas¹⁸³, um acatamento de posição do STF¹⁸⁴.

¹⁸² A matéria foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Reclamação nº 1.880-6/SP, de relatoria do Min. Maurício Corrêa, quando se decidiu acerca da constitucionalidade do art. 28, parágrafo único, do aludido diploma, o qual define como de eficácia vinculante os julgamentos definitivos de mérito proferidos pela Corte em ação direta de inconstitucionalidade (GOULART, 2005).

¹⁸³ Segundo Manoel Gonçalves F. Filho (2000, p. 04), três questões essenciais, que inovam na lógica até então predominante no Brasil quanto a controle de constitucionalidade e que merecem ser apontadas.

A primeira no sentido de a legislação estatuiu por conta própria, ou seja, sem respaldo direto na CF/88, a modulação dos efeitos da decisão oriunda do controle concentrado de constitucionalidade. A questão seria afastar a rigidez do princípio da nulidade desde a origem da norma, para permitir ampla flexibilidade da Corte, para restringir os efeitos da sua decisão ao momento em que entender mais apropriado, a partir da consideração francamente politizada dos valores segurança jurídica e ou excepcional interesse social.

A segunda, que decorre da primeira, é relativa ao fato de que essas ações do controle concentrado deixaram, com a referida legislação, de ser declaratórias e passariam a ser constitutivas, ainda que na maioria das vezes constitutivo-negativas. E a lei teria criado essa situação ainda que a CF/88, por seu turno, denomine uma das ações como Ação Declaratória de Constitucionalidade.

A terceira, decorre das outras duas, é no sentido de que inegavelmente, ao analisar os aspectos da segurança jurídica e do excepcional interesse social, principalmente este último, o STF passa a analisar não somente o mérito, a conveniência e oportunidade da norma julgada, mas também da sua própria decisão e passa a ser dotado de uma liberdade substancial, inclusive para considerar válido ato que em realidade sempre teria sido inconstitucional. Nesse sentido o autor chega ao ponto de manifestar que a CF/88 não seria mais rígida.

Manoel Gonçalves F. Filho (2000, p. 04) ainda destaca um ponto que pode esclarecer uma das razões para o suporte dos outros Poderes no tocante a esse fortalecimento da discricionariedade do STF e esse encargo de poder sob seu controle, que seria a possibilidade de em ações que toquem a inconstitucionalidade de questão tributária apesar de reconhecerem a inconstitucionalidade do tributo, resguardar os cofres públicos da necessária devolução.

¹⁸⁴ Veja-se, por exemplo, a respeito do efeito vinculante da ADI, registro do ministro Sepúlveda Pertence em julgado “quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade; a mesma força” vinculante haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade.” (Recl. 621-RS, ReI. Min. Sepúlveda

E fechou o ciclo o fato de que a Lei 9.868/99 veio a ser respaldada, ainda que *a posteriori*, pela EC nº 45/04¹⁸⁵, quanto ao efeito vinculante e ao rol de legitimados da ADC, identificados com os mesmos da ADI. Ademais, a EC 45/04 estendeu ao julgamento da ADI eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, inicialmente previstos para a ADC. Era a constitucionalização do entendimento do STF, inclusive no sentido de que essa ADC teria a mesma natureza da ADI e também no sentido de que seus resultados seriam simétricos ao da ADI, todavia com “polaridade invertida”.

De forma muito similar e abrangente veio a regulamentação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), feita pela Lei 12.063/09, mais uma vez vindo a reboque da jurisprudência da Corte no tocante à sistemática da ação, inclusive trazendo a previsão de concessão de medida cautelar, que já vinha sendo concedida pela Corte. Ocorre que a legislação ainda previu que no caso de ser declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. E a isso segue que em caso de omissão de órgão administrativo, haverá prazo de 30 (trinta) dias para a providências necessárias ou prazo estipulado pelo Tribunal, que fará seu juízo político sobre as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido. Desta vez, pela falta de restrição legal, seria admissível cogitar que mesmo órgãos do Legislativo que tenham atribuições administrativas poderiam ser diretamente afetados à decisão do STF.

Esse avanço normativo sobre área não prevista na Constituição também se verificou em relação à ADPF, regulamentada pela Lei 9.882/99. Legislação essa que trouxe um sentido inovador à nebulosa ADPF, no sentido de fechamento do sistema de controle concentrado, ensejando o controle de atos municipais e anteriores à CF/88, que inclusive ensejou algumas discussões a respeito da sua constitucionalidade, mas que sem dúvida amplificava ainda mais a possibilidade de controle da Corte.

Contudo, desta vez, diferentemente da ADI e da ADC, a delimitação da ADPF ocorreu de forma a atrair divergências na Corte¹⁸⁶ (MENDES, 2014), apesar da participação

Pertence, DOU 04.07.1996).

No tocante à modulação dos efeitos Anderson Passos destaca que “[d]esde a década de 70 já se encontram vozes no Supremo Tribunal Federal defendendo a possibilidade da mitigação do princípio da nulidade”, citando o julgamento do recurso extraordinário n.º 78.594/SP, julgado em 07/06/1974, no qual o STF “Para solucionar o referido litígio, o STF entendeu que os atos até então praticados pelo funcionário público seriam válidos, não obstante a inconstitucionalidade da lei que lhe deu investidura. [...] [M]esmo antes da existência da lei 9.868/99 o STF já vinha aplicando a modulação de efeitos em algumas decisões, sobretudo com base nos princípios da segurança jurídica e da proporcionalidade” (PASSOS, 2010).

¹⁸⁵ Destaca-se em tudo isso uma prevalência de posições já antigas e o acolhimento, pelo Poder Constituinte derivado, as posições mais consolidadas no âmbito da Corte, ainda que eventualmente tenham irregularmente surgido sem base constitucional.

¹⁸⁶ Em uma crítica à posição inicial do STF, de contrariedade à orientação normativa para o caso de norma

de ministros. Excetuando senão pelo efeito vinculante e pela possibilidade de concessão de medida liminar, não se verificou na ADPF a normatização vindo a reboque da jurisprudência da Corte.

E foram novos problemas a demandarem diferentes abordagens da Corte, haja vista que matérias que até então não eram analisadas pelo STF em controle concentrado, passaram a ser, como o direito anterior à CF/88 e o direito municipal.

Em realidade, o caso da ADPF foi bem atípico e isso se nota principalmente na sua obscuridade. A ação teve de aguardar décadas até sua definição pela Corte, que, por sinal, somente veio a se dar de forma mais completa anos após a sua regulamentação. E uma das razões para isso foi certa resistência inicial cumulada com certo impasse na Corte. Inclusive, a constatação disso também se pode fazer até mesmo pela dificuldade de se conhecer de alguma ação, e mais dificultoso ainda foi o eventual provimento (SARLET, 2001, p. 151).

E em face da abrangente redação legal relativa à ADPF ocorreu o ajuizamento da ADI 2.231¹⁸⁷. Possivelmente o receio com o grau de abertura da norma fez o STF, no sentido da jurisprudência defensiva, suspender o inciso I, parágrafo único, do artigo 1º e § 3º do artigo 5º, ambos da Lei nº 9.882/99. A ênfase dada na suspensão cautelar era no tocante à controvérsia constitucional concretamente já posta em juízo, bem como deferindo, na totalidade, a liminar.

Não obstante, mais recentemente, uma postura bem mais receptiva e abrangente, capitaneada pelo ministro Gilmar Mendes, nota-se no STF em relação à ADPF. É de se registrar, mesmo diante da regra legal da subsidiariedade dessa ação, que deveria ser manejada somente quando não haja outro meio de se alcançar a medida pretendida, a Corte

anterior à CF/88, Gilmar Mendes, um dos doutrinadores que mais defendem a aplicação mais ampla possível à ADPF, escreve que “[e]mbora a doutrina e a jurisprudência não tenham dúvida em afirmar o cabimento de recurso extraordinário, se se assevera a inconstitucionalidade de lei em face de Constituições anteriores, parece inequívoco que o constituinte concebeu esse instituto, fundamentalmente, para defesa da Constituição atual [...] Tais reflexões permitem afirmar que, para os fins de controle de constitucionalidade *incidenter tantum* no âmbito do recurso extraordinário, não assume qualquer relevância o momento da edição da lei, configurando eventual contrariedade à Constituição atual questão de constitucionalidade e não de mero conflito de normas a se resolver com a aplicação do princípio da *lex posterior*. Diante de todos esses argumentos e considerando a razoabilidade e o significado para a segurança jurídica da tese que recomenda a extensão do controle abstrato de normas também ao direito pré-constitucional, não se afigura despropositado recomendar a revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria” (MENDES, 2014, p. 141).

¹⁸⁷ Sobre essa postura inicial pós-regulamentação, porém, vale registrar apontamentos feitos por ministro da Corte: “Embora ainda penda de decisão a ADIn 2.231, o julgado do STF sobre a admissibilidade da ADPF 545 parece ter superado o debate sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.882/1999. Também no julgamento do mérito da ADPF 33 (sessão de 07.12.2005), o Tribunal, por unanimidade, rejeitou pedido formulado por *amicus curiae*, com o objetivo de suspender o julgamento da ação até o pronunciamento definitivo sobre a constitucionalidade do instituto” (MENDES, 2008, p. 11).

vem fazendo uma leitura ampliativa das possibilidades de cabimento¹⁸⁸.

Enfim, de todo esse processo que se depreende das modificações normativas, relativamente ao controle concentrado de constitucionalidade, que envolve essencialmente a ADC, a ADI e a ADPF, uma série de inferências se tornaram possíveis no tocante ao STF, quando da judicialização das mais diferentes pautas políticas e outras. Inclusive, em razão do grau de abertura e abstração desses instrumentos e também do fato de se ter conferido legitimidade às posições adotadas pelo STF, chegando por vezes a acolher literalmente a jurisprudência da Corte.

O próprio efeito vinculante, generalizadamente chancelado a todo o controle concentrado, evidenciou-se muito forte. Sem dúvida colocou a Corte em um nível hierárquico em relação a todo o Poder Judiciário, conforme se projetava antes das medidas¹⁸⁹. Contudo, principalmente após a Reforma do Judiciário, e a partir do jurisprudencial efeito amplificador dos já robustos mecanismos de controle que lhe vem a ser conferidos, esse sobrelevo também se pôde verificar mesmo em relação aos demais Poderes. As decisões da Corte vieram galgando não apenas se transformar em determinações à administração pública e limite ao Poder Judiciário, mas mesmo em orientações ao próprio Poder Legislativo, conforme se abordou acima.

Ademais, as alterações ainda conferiram ampla margem discricionária e política, chegando ao casuísmo e arbitrariedade, relativamente à decisão de modulação dos efeitos da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da Corte, que também se mostrou suscetível de majoração pela jurisprudência da Corte.

E mais ainda, também se pôde verificar dessa generalização do efeito vinculante no controle concretado irradiação até para todo o controle difuso de constitucionalidade, assimilando, ainda que gradualmente, os elementos do que se denomina como fenômeno da objetivação do controle concreto, como súmula vinculante e repercussão geral.

E nesse processo a Corte passa a ter um alcance ainda muito maior em seus entendimentos, mesmo em casos mais triviais, que são em regra os do controle difuso, sujeitos a alterações constantes.

Essa objetivação do controle difuso de constitucionalidade vai aos poucos

¹⁸⁸ Nesse sentido se indica o caso da ADPF 153, disponível no sítio do Supremo Tribunal Federal na Internet.

¹⁸⁹ Vide nesse sentido as críticas feitas por Manoel G. Ferreira Filho (2000) em relação à ADC, de onde se pode inferir um peso ainda maior à ampliação, que de fato ocorreu, do controle à disposição da Corte.

alterando o perfil do sistema híbrido¹⁹⁰ de controle constitucional do Poder Judiciário que existe no Brasil para conferir cada vez mais força e cada vez mais caráter vinculante ao precedente do caso concreto, do entendimento da Corte manifestado em controle concreto de constitucionalidade.

b) Novos mecanismos do controle difuso: súmula vinculante e repercussão geral

A súmula vinculante, trazida ao ordenamento pátrio por meio da EC nº 45/04¹⁹¹, configura um mecanismo extremamente relevante no cenário político-jurídico à disposição da Corte¹⁹². Visa a pacificar o entendimento jurídico sobre “a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica” (art. 2º da EC nº 45, de 30 de dezembro de 2004).

Seu espaço conceitual de atuação se situa entre a lei formal e um enunciado jurisprudencial. Ela vincula ao mesmo tempo Administração Pública e Judiciário, dispondo, além da obrigatoriedade, de generalidade e, por vezes, até abstração suficiente a sua equiparação com legislação.

Não sendo acatada, enseja reclamação contra o ato administrativo ou decisão judicial a ela contrários, a ser julgada pela própria Corte. No julgamento dessa reclamação o

¹⁹⁰ Diz-se híbrido porquanto há uma combinação do controle em abstrato, sem partes, e do controle incidental, feito no caso concreto, com vistas ao litígio das partes, apesar do caráter de uniformização gradual da jurisprudência. Portanto, além das atribuições tipicamente associadas a uma corte constitucional, o STF ainda desempenha papel de tribunal último ou máximo do país, onde todo juiz pode inclusive declarar inconstitucionalidade no caso concreto que lhe for submetido.

¹⁹¹ A ideia de uma jurisprudência do STF, no controle difuso, e vinculante aos demais juízos é antiga no Brasil. Nesse sentido se destaca o registro feito a respeito das décadas de 40 e de 60: “The Institute of Brazilian Lawyers (Instituto dos Advogados Brasileiros), a group affiliated with the Bar Association, presented in 1946 the idea of a “unified jurisprudence of the STF” that would have been obligatory for all courts. The same idea was reintroduced in 1964 as proposed legislation.” (BALLARD, 1999, p. 290). Todavia, não logrou êxito em outros tempos em razão de falta de apoio no meio político e até na doutrina, de modo que somente com o STF bastante fortalecido, sobre o Poder Judiciário e em privilegiada posição político-institucional é que, a partir da EC nº 45/04 então veio a ser aprovada a súmula vinculante.

¹⁹² Esse instituto, por razões óbvias, encontrou no STF um dos seus maiores defensores. Maria Sadek resgata, nesse sentido, declaração do Presidente do STF, à época da tramitação da PEC que deu origem à EC nº 45/04, que ora reproduzimos: “Saliente-se que o atual presidente do STF sempre se destacou como um ardoroso defensor da súmula vinculante. Em seu depoimento à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, em 4/2/2004, Nelson Jobim afirmou que a “súmula tem por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de norma específica produzida pelo Congresso Nacional, com a sanção do presidente da República, sobre a qual haja controvérsia – entre órgãos do Judiciário ou entre esses órgãos e a administração pública –, que acarrete grave insegurança política. A súmula seria aplicada, ainda, no caso de multiplicação de processos que discutam questão idêntica”. De seu ponto de vista, a adoção da súmula vinculante tornaria menos oneroso o processo judicial, diminuiria o número de processos, além de tornar mais rápida a prestação jurisdicional” (SADEK, 2004, p. 41).

STF poderá anular o ato administrativo ou cassar a decisão judicial. E sobre a revisão ou cancelamento da súmula também quem decidirá é o STF.

A sua regulamentação precisa foi dada pela Lei nº 11.417/06. Manteve em linhas gerais o comando constitucional, mas novamente foi além desse comando na medida em que sem respaldo concedeu ao STF a prerrogativa de poder “restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento” tudo isso com “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público” (art. 4º da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006).

Como visto, trata-se de instrumento de profundo impacto no cenário político-jurídico do país, que chegam a colocar em supremacia o entendimento do STF não somente sobre o Judiciário, mas também sobre a Administração Pública, o que sem dúvida tem o condão de afetar sensivelmente praticamente qualquer pauta sobre a qual decida a Corte elaborar tal súmula.

Diante disso, a restrição com relação aos seus requisitos também se reveste de peculiar importância, afinal eles seriam o parâmetro para se evitar possível excesso ou abuso por parte do Supremo Tribunal Federal. Todavia, o limite da sua atuação nesse tipo de caso, não havendo previsão expressa de algum tipo de interferência externa, ressalvada alguma eventual emenda constitucional, depende da autolimitação, técnica conhecida como *self restraint*, ou autorrestrrição.

Todavia, o funcionamento desse instituto na prática demonstrará que essa autorrestrrição poderá faltar ao STF¹⁹³, como parece ser o caso da Súmula Vinculante nº 11, e poderá editar súmulas sem base na interpretação da norma determinada, mas partir de derivações principiológicas constitucionais evasivas, ou sem a exigida reiteração de entendimento consolidado em julgamentos repetitivos.

Por fim, ainda é necessário registrar que ao se conferir esse efeito vinculante no âmbito do controle difuso, ao instituto da súmula vinculante, deu-se um passo significativo no sentido da crescente objetivação dos julgamentos decorrentes de controle difuso de constitucionalidade. Dessa forma, a súmula vinculante acaba confluindo para uma posição de impositividade do entendimento do STF perante o Poder Judiciário e também perante o Poder

¹⁹³ Siddharta Ferreira, ao abordar a Súmula Vinculante nº 7, onde se determinou que a “norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar”, destaca alguns casos mais polêmicos de edição de súmula vinculante: “[o]utras súmulas vinculantes do período que suscitaram muita discussão foram a Súmula n. 11, referente ao uso das algemas, e a n. 25, que cuidou da prisão civil do depositário infiel.” (2013, p. 40).

Executivo, porquanto toca diretamente também a Administração Pública.

Mas, além da súmula vinculante, a EC nº 45/04 ainda criou a repercussão geral, mecanismo cujo escopo principal é evitar que se leve à apreciação da Corte o julgamento do mérito de questões pouco relevantes para o direito. Configura um desdobramento da mais recente versão da argüição de relevância.

Com isso, alterou-se sensivelmente a lógica do recurso extraordinário, bastante afeta às razões do caso concreto, de provocação da jurisdição no âmbito difuso pela Corte. Inclusive, configura um requisito de demonstração obrigatória e incontornável.

Sua regulamentação foi feita pela Lei 11.418/06, determina que a relevância seja aferida sob o prisma “econômico, social, político ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006) e, indo novamente além do estrito comando constitucional, ainda foi atribuído ao instituto um mecanismo de massificação de julgamento dos recursos repetitivos, o julgamento por lotes, sendo que ao STF incumbiria julgar os casos amostrais dos lotes e aos tribunais de origem dos recursos ficaria a incumbência de julgar os demais recursos repetitivos.

Ambos os institutos são vistos como filtros recursais, ambos foram criados para serem decididos pelo STF e com a mesma razão implícita, diminuir o volume de julgamento do STF que o mais especificamente do recurso extraordinário, criadas para o efeito de diminuir a sobrecarga da Corte. Sua aprovação na EC nº 45/04 configurou mais uma vitória da proposta apresentada pelo STF perante os trabalhos constituintes, que certamente demonstra o peso das propostas feitas pela Corte e que elas continuaram a rondar o Legislativo mesmo depois de encerrados os trabalhos constituintes.

Ademais, a partir dessa sistemática da repercussão geral, principalmente da delimitação conferida pela Lei 11.418/06, a posição da Corte acaba ganhando destaque, ainda que nos julgamentos de casos concretos, porquanto a súmula da decisão sobre a repercussão geral repercute em toda a escala jurisdicional, inclusive porque se trata de mecanismo que dificulta mudanças jurisprudenciais, afetando substancialmente, ainda que de forma indireta, entendimentos jurisdicionais de instâncias inferiores eventualmente opostos à referida súmula.

E ao mesmo tempo em que a repercussão geral acabou fechando esse ciclo no tocante a mais influência e supremacia sobre o Poder Judiciário, avançou, de modo geral, no sentido de conferir ainda mais força aos precedentes da Corte.

Em síntese, em relação aos dois institutos, súmula vinculante e repercussão geral, é válido afirmar que fortalecem ainda mais a Corte no cenário político-institucional,

configurando em si mesmos mecanismos de forte interferência em assuntos que sejam submetidos ao controle de constitucionalidade concreto exercido pelo STF. Mas, desempenham ainda um papel em parte temerário, senão por serem pesados, então porque acabam servindo como subterfúgio no sentido de uma progressiva objetivação do controle concreto de constitucionalidade do STF.

2.2.2. O fortalecimento normativo da posição político-institucional do STF

Neste momento se abordam as alterações normativas relativas à posição da Corte, isto é, de destaque no cenário nacional e de afetação dele, tendente à diminuição de ingerência externa, e que cresce em abrangência e influência sobre órgãos e Poderes. Mais especificamente, a abordagem toca o fortalecimento do STF da análise partir das pautas: a) teto remuneratório, b) aposentadoria compulsória dos ministros do STF c) garantias parlamentares; d) criação do CNJ.

a) Teto remuneratório nacional

A fixação da remuneração dos ministros da Corte como remuneração-limite e parâmetro de todo o funcionalismo público nacional, ensejada pelo bloco das Emendas Constitucionais nº 19/98¹⁹⁴, nº 41/03 e nº 47/05, definitivamente serviu para reduzir espaços de ingerência externa sobre a condução do STF, sobrelevando a posição institucional da Corte.

Em apertada síntese, vale destacar que a EC nº 19/98 alterou o nebuloso teto geral anterior, da remuneração paga à Presidência da República¹⁹⁵, que dificultava um

¹⁹⁴ Muito embora a questão da previsão constitucional delimitando a remuneração paga aos ministros da Corte já tenha sido trazida como proposta à Constituinte, ela não logrou êxito na redação original. Mas, a ideia acabou sendo reanimada a partir de início tenha começado começou a ser tratada a partir da PEC 173-A de 1995, de Origem do Poder Executivo, trazia a proposta de teto remuneratório único com o parâmetro da remuneração do Presidente da República.

¹⁹⁵ Partimos do entendimento de que antes mesmo da EC nº 19/98 a remuneração do Presidente da República já configuraria o teto geral, sendo que cada poder contava com seus subtetos, que seriam a remuneração da cúpula. Nosso fundamento se encontra na combinação do inciso XI com o inciso XII do art. 37 da redação original da CF/88, pois embora verse sobre os tetos de cada Poder, veda em seguida aos outros Poderes remunerações maiores que as pagas no Executivo. Nesse sentido, para compatibilização desse entendimento com a redação

constante escalonamento progressivo das remunerações¹⁹⁶, e definiu a remuneração dos ministros do STF como remuneração pública limite no país. Essa Emenda ainda estabeleceu parcela remuneratória única, subsídio, com subtetos específicos para os membros do Poder Judiciário. Como mecanismo de contenção de majoração dessa remuneração-teto sem a chancela do Poder Executivo, ou mesmo em detrimento das finanças públicas, a Emenda instituiu um mecanismo específico, a exigência de legislação de iniciativa conjunta entre os Três Poderes para alterar esse teto remuneratório. Evitava assim possível aliança exclusiva entre STF e Legislativo pró-majoração.

Todavia, vulnerando esse único mecanismo de contenção veio o julgamento da ADI 2075 do STF. Nesse julgamento o STF amarrou o início da efetividade do “teto remuneratório” do funcionalismo à superveniência da lei de iniciativa conjunta, que nunca chegou a existir¹⁹⁷. Chegou a registrar que estaria ainda vigente a norma constitucional anterior.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que a Corte reiterava um resguardo de membros do Poder Judiciário cuja remuneração ultrapassasse o normatizado teto¹⁹⁸, já ocorrido anteriormente, ainda criava uma barreira contra o referido mecanismo de contenção criado pela EC nº 19/98.

Para que finalmente se pudesse colocar em prática a lógica da limitação remuneratória já esboçada na própria redação original da CF/88 foi editada a EC nº 41/03, que

trazida pela Emenda 19 haveria a necessidade de estipulação de igual montante de subsídio ao Presidente da República em relação ao valor pago aos ministros do STF. Todavia, é necessário registrar que não identificamos uma consolidação jurisprudencial nesse sentido e nem identificamos muita doutrina que já estabelecesse como a remuneração dos ministros de Estado ou do próprio Presidente da República como teto remuneratório geral.

¹⁹⁶ Até onde pudemos acompanhar da PEC que originou a EC nº 19/98, a proposta original trazia a remuneração paga à Presidência da República como teto remuneratório nacional. Os debates ficaram em torno da constitucionalidade dessa medida, sempre polarizando a questão entre a remuneração-teto do Poder Legislativo e a remuneração-teto do Poder Executivo. O cerne da dissidência acompanhava o voto do Relator da Comissão de Constituição, Justiça e de Redação (CCJR), quanto à possível violação da separação e poderes na proposta original. Todavia, conciliou tudo isso, arrefecendo a dissidência a proposta de teto remuneratório como sendo a remuneração paga aos ministros da Corte.

¹⁹⁷ Acerca do Assunto recomenda-se a leitura da crítica feita pelo doutrinador José Afonso da Silva (2010, p. 346).

¹⁹⁸ No julgamento da ADI 14, bem anterior à ADI 2075, a decisão do STF também acabou por resguardar vários membros da magistratura, além de alguns dos seus ministros, no tocante a verbas de natureza pessoal, em face de comando da Lei Federal nº 7.721/89, que buscou estabelecer limite remuneratório para o Poder Judiciário. O escopo dessa norma era a partir das mais altas remunerações pagas no Poder Executivo (art. 37, XII, da CF/88) estabelecer um limite remuneratório geral. A Lei nº 7.721/89, com fundamento no comando do art. 37, inciso XII, da Constituição Federal, impôs um limite à remuneração dos ministros do STF, e por consequência à dos demais magistrados, quando estatuiu que mesmo as vantagens pessoais passariam a estar submetidas ao limite então estipulado. A Corte, por seu turno, sem divergir da interpretação do teto geral como sendo aquele pago no Poder Executivo, não concordou que vantagens pessoais pudessem estar submetidas ao teto, consecutivamente, a de todos os demais magistrados também não estariam. Entendeu que seria inconstitucional o dispositivo na norma.

também acabou com o mecanismo de contenção obstado pelo STF. Essa emenda estabeleceu também os tetos estaduais e municipais, inclusive do Poder Judiciário, ampliando aí a repercussão da remuneração dos ministros do STF. E essa repercussão ainda foi ampliada pela EC nº 47/05, que conferiu a possibilidade de generalização a todo o funcionalismo público estadual a partir do subteto dos desembargadores¹⁹⁹.

Ante a constitucionalização remuneratória ocorrida e o estabelecimento desse teto nacional como sendo o subsídio pago aos ministros do STF, inevitavelmente se reduzia o espaço de ingerências externas à Corte sob o pretexto de contenção remuneratória. Evidencia isso o fato de que nos anos que sucederam essas medidas ocorreram aumentos remuneratórios substanciais do teto, evidenciando também um diálogo maior entre STF e Legislativo nesse sentido.

Por conseguinte, tratando-se do teto remuneratório, inevitavelmente funcionando como parâmetro direta ou indiretamente para várias carreiras, também se notou o acompanhamento da supracitada evolução remuneratória e mais recentemente até a dos membros do Poder Executivo e Legislativo²⁰⁰, ao que se denomina “efeito cascata”.

Portanto, essa solução encontrada pelo Legislativo no aludido bloco de Emendas, ao passo que trouxe um mecanismo de diminuição de ingerências externas na Corte, figurou como mais um elemento de *status* diferenciado da Corte em relação a todo o funcionalismo público. Mas, acabou se fazendo acompanhar, na prática, de graves riscos à economia em razão do efeito cascata supracitado.

E muito embora traga para o centro dos debates político-institucionais a remuneração dos ministros, inevitavelmente enseja julgamentos a serem feitos pela própria Corte, que podem inclusive vir desarraigados da conformidade à norma constitucional. Poderia, portanto, expor a Corte como ator interessado politicamente e até corporativamente no desfecho do assunto submetido ao seu próprio julgamento²⁰¹, com a possibilidade efetiva,

¹⁹⁹ Todavia, o STF excepcionou regra direta trazida na EC nº 41/03 e corroborada na EC nº 47/05, quando, supostamente dando interpretação conforme, ao afastar a Resolução nº 13/06 do CNJ, no ponto em que reproduzia a CF/88, quando determinava como teto remuneratório da Justiça Estadual o subsídio pago aos desembargadores. A Corte reduziu drasticamente, com isso, o sentido da Emenda, no tocante ao subteto, contrariando frontalmente sua dicção, no julgamento da ADI 3854.

²⁰⁰ Observe-se que até a edição do Decreto Legislativo nº 805/2001, que equiparou a remuneração dos membros dos demais poderes, a remuneração dos ministros do STF era de R\$ 26.723,13, enquanto a do Presidente da República era de R\$ 11.420,21 e a do Vice-Presidente da República era de R\$ 10.748,43, sendo acompanhada, nesse patamar, pela remuneração dos ministros de estado e a dos parlamentares era de R\$ 16.512,09. Isso demonstra uma avidez maior daquele poder por valor maior de remuneração do que a avidez dos demais poderes. Com isso há um efeito cascata em relação a todos os demais salários por ela parametrizados.

²⁰¹ Além do exemplo que foi exposto mais acima, ainda se poderia citar o julgamento do MS 24.875, no qual ministros que haviam se aposentado mantiveram o direito de continuar recebendo, mesmo após a aposentação, acréscimo de 20% sobre os proventos.

por atuação negativa ou positiva, de desequilibrar a economia do país²⁰². Que, ademais, não deixa de fazer escolhas políticas, favorecendo uns e desfavorecendo outros, favorecendo a alocação de recursos em uma área e não em outra²⁰³.

b) Aposentadoria compulsória dos ministros do STF

A EC nº 88, originada na PEC 42/2003, a “PEC da bengala”, aumentou para setenta e cinco anos a idade da aposentadoria compulsória no serviço público, em especial no STF²⁰⁴.

Foi uma medida voltada contra a Presidência da República. Afinal, haveria a chance de a Presidência da República nomear mais cinco ministros, até o final do seu mandato²⁰⁵, para as vagas decorrentes da aposentadoria compulsória eminente de alguns

²⁰² Um caso que demonstra o alcance e impacto da decisão do STF nessa matéria, detendo a possibilidade de afetar gravemente a economia nacional é precisamente o julgamento do processo AO nº 543-PA, segundo o qual apesar de ter ocorrido a edição da Emenda 19, a estipulação do teto único ainda não estaria “em vigor, por não editada a lei a que se refere o art. 48, XV, da Lei Maior, na redação da EC/19, continuando, assim, vigente o sistema original da Carta de 1988, que exclui do limite do teto as vantagens de caráter pessoal. 7. Precedente, ACO 524-0/PA, em que se decidiu que os adicionais 'Tempo de Serviço' e 'Tempo de Guerra' devem ser excluídos do redutor constitucional. Também o 'salário-família', no caso concreto, deve ser excluído do teto, por constituir "vantagem de caráter nitidamente pessoal". 8. Mandado de segurança conhecido por aplicável à espécie o art. 102, I, "n", da Constituição, e deferido parcialmente.” (AO nº 543-PA, rel. min. Néri da Silveira, publicado em DJ 15-03-02).

Esse caso inclusive destoa de um mais antigo, em que fora concedida a liminar para limitar o valor dos subsídios concedidos a membros do MPU aos subtetos estaduais e de carreira (ADI 3831). E de forma a conferir maiores esclarecimentos sobre essa questão em debate, cita-se a seguinte matéria jornalística: “Tesouro paulista vai gastar R\$ 145 milhões de uma só vez com o auxílio alimentação a desembargadores e juízes do Estado. O valor será pago retroativo a 14 de abril de 2006. O benefício contemplará todos os 2.360 magistrados de São Paulo. A autorização do pagamento, concedido por meio de uma portaria assinada pelo presidente Ivan Sartori, foi publicada na edição da última sexta-feira (23) do Diário da Justiça Eletrônico. O auxílio alimentação a membros do Judiciário foi ressuscitado em junho do ano passado, quando, acolhendo pleito das entidades de classe dos magistrados, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução 133, por meio da qual devolveu o bônus à classe” (PORFÍRIO, 2012).

²⁰³ Esse parece ter sido o desfecho da decisão no processo administrativo 319.269, na medida em que com base em gratificação legal a Corte entendeu que os ministros que atuassem no TSE ainda teriam direito ao complemento remuneratório, ainda que a lógica do teto constitucional com subsídio parecesse afastá-la.

²⁰⁴ Mas, apesar de tratar de regra a ser imposta ao funcionalismo público, já em sua redação original e durante toda a tramitação da “PEC da bengala” ocorreu uma preocupação especial, consoante a fundamentação da PEC, em relação aos ministros da cúpula do Poder Judiciário, especialmente do STF, a ponto de não ser desfundamentado supor que o escopo da proposta seria, em realidade, ser prolongar a permanência de determinados ministros na Corte. Daí o porquê de para todos os demais agentes públicos ser necessário aguardar a publicação de lei complementar para valer a aposentadoria compulsória aos setenta e cinco anos de idade, enquanto aos ministros da cúpula do Poder Judiciário a regra se aplicaria imediatamente. É o que diz o dispositivo inserido pela Emenda no art. 100 do ADCT da CF/88.

²⁰⁵ Uma reportagem da G1 Política explica bem o caso: “Até 2018, terão completado 70 anos os ministros Celso de Mello (novembro de 2015); Marco Aurélio Mello (julho de 2016); Ricardo Lewandowski (maio de 2018); Teori Zavascki (agosto de 2018); e Rosa Weber (outubro de 2018)” (PASSARINHO, 2015).

ministros veteranos, fato que deixou de ocorrer em razão da possibilidade de prolongamento do exercício do cargo pelos atuais ministros.

Uma interessante abordagem desse momento foi feita por Thomaz Pereira, é a que segue:

já no caso da EC 88/2015, a maior parte das críticas se deram por acusações de imediatismo. A interpretação política do fenômeno é de que se trataria de emenda aprovada apenas para afetar a atual titular da presidência. Seria inadequado — e desrespeitoso para com as instituições — aprovar uma emenda à Constituição com o objetivo declarado de impedir que a presidenta Dilma Rousseff nomeie mais cinco ministros ao Supremo Tribunal Federal — que deveriam se aposentar compulsoriamente no decorrer de seu segundo mandato — bem como diversos outros ministros em Tribunais Superiores e no Tribunal de Contas da União (PEREIRA, 2015).

Se por um lado havia por parte do Poder Executivo e da base mais governista de modo geral uma oposição à medida, por outro lado se assistiu a uma influência e pressão a ela favorável por parte de vários ministros da Corte²⁰⁶, aproveitando esse momento de grave crise institucional entre Poder Legislativo e Poder Executivo.

A Emenda, por seu turno, impunha uma condicionalidade: submeter os ministros veteranos a nova sabatina, nos termos do novo art. 100 do ADCT. Porém, não logrou êxito.

Tão logo promulgada a Emenda a AMB e o STF voltaram nesse momento sua atuação contra o Legislativo, inviabilizando a condicionalidade da nova sabatina. Tudo isso mediante ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Sobre essa ADI, em síntese, as autoras pedem o deferimento da medida cautelar para suspender a expressão “nas condições do artigo 52 da Constituição Federal”, contida no texto do artigo 100 do ADCT, introduzido pelo artigo 2º da EC 88/2015 ou, alternativamente, a totalidade do artigo 2º da emenda. No mérito, solicitam a declaração de nulidade da referida expressão, com efeito *ex tunc* (retroativo).

As autoras pedem o deferimento da medida cautelar para suspender a

²⁰⁶ De forma mais expressa se verificava a pressão de alguns ministros do STF. Dentre eles, o mais significativo foi o caso em que houve a manifestação do ministro Gilmar Ferreira Mendes, já em 2015, pouco tempo antes da aprovação da Emenda, sobre o que se registra: Essa preponderância (Sic.) de ministros indicados pelo atual governo faz reacender a discussão sobre a necessidade de revisão dos critérios para preenchimento deste importante cargo, especialmente pelos aspectos ético e político que cercam tais nomeações. Muitos, inclusive o Ministro Gilmar Mendes, chegaram a dizer que o Brasil corria o risco de ter uma "corte Bolivariana", em alusão ao sistema ditatorial da Venezuela onde o Supremo tornou-se uma espécie de poder a serviço do Poder Executivo. Em resposta a tudo isso o Congresso Nacional, em 5 de maio de 2016, aprovou a chamada "PEC da Bengala" que alterou a data limite para aposentadoria compulsória dos ministros dos Tribunais Superiores, que passa dos atuais 70 para 75 anos, numa manobra cujo principal objetivo é impedir que a atual presidente da República possa nomear cinco novos ministros neste seu mandato que váia até janeiro de 2019 (MELO, 2015).

expressão “nas condições do artigo 52 da Constituição Federal”, contida no texto do artigo 100 do ADCT, introduzido pelo artigo 2º da EC 88/2015 ou, alternativamente, a totalidade do artigo 2º da emenda. No mérito, solicitam a declaração de nulidade da referida expressão, com efeito ex tunc (retroativo).
Cláusulas pétreas

As entidades sustentam o cabimento da ADI para discutir o tema pois entendem que a norma introduzida pelo Legislador Constituinte derivado viola cláusulas pétreas da Constituição Federal, razão pela qual “mostra-se essa parte da EC 88 suscetível de impugnação por meio de controle concentrado de constitucionalidade, conforme assentado na jurisprudência pacífica desse egrégio Tribunal, dada a vedação contida no artigo 60, parágrafo 4º, incisos III e IV, da Constituição Federal” (ADI 5.316, rel. min. Luiz Fux, DJe 06-08-15).

E o STF, como era de se inferir, julgou cautelarmente a demanda nos termos em que registra a ementa do acórdão a seguir:

Ementa: medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. Emenda Constitucional nº 88/2015. Cumulação de ações em processo objetivo. Possibilidade. Art. 292 do código de processo civil. Aplicação subsidiária. Mérito. Aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade de membros dos tribunais superiores e do tribunal de contas da união. Necessidade de nova sabatina perante o Senado Federal (CRFB, art. 52). Violação à separação dos poderes (CRFB, art. 60, §4º, III). Ultraje à independência e à imparcialidade do Poder Judiciário. Inconstitucionalidade da expressão “nas condições do art. 52 da Constituição Federal” do artigo 100 do ADCT. Sentido da expressão “lei complementar” na nova redação do art. 40, §1º, II, CRFB (ADI 5.316, rel. min. Luiz Fux, DJe 06-08-15).

Em todo esse ocorrido, estranha-se o fato de que com a interpretação provisória do STF fez “letra morta” do art. 2º da Emenda, na medida em que entendeu por sua inconstitucionalidade. Tal dispositivo expressa e invariavelmente se reportou ao art. 52 da Constituição Federal (que é o da sabatina no Senado) para esse momento imediato, provisório, enquanto não editada a lei complementar a que se reportava. Mas, também se estranha o fato de que em vários momentos da tramitação da “PEC da bengala”, sobre ela se observaram comentários ou inferências de ministros da Corte, mas não se verificou nenhum em que houvesse qualquer tipo de questionamento sobre a regra da nova sabatina²⁰⁷. Mais ainda, o

²⁰⁷ Ao contrário, o comentário do ministro Gilmar Mendes no dia da sessão de promulgação da Emenda foi em sentido totalmente oposto a qualquer violação da independência do Poder Judiciário. Da reportagem da G1 se extraiu: “Antes de entrar no plenário, Gilmar Mendes defendeu a proposta que muda a idade para aposentadoria compulsória. ‘Nesse momento, a PEC dá estabilidade para o Supremo’, disse, em referência às cinco vagas que surgiriam no Supremo nos próximos quatro anos” (PASSARINHO, 2015).

Mas, também houve a manifestação favorável de outros ministros, como do Presidente do STF e do ministro Celso de Mello, conforme reportagem da qual se extraiu o excerto a seguir: “Celso de Mello, decano do Supremo Tribunal Federal, elogiou a aprovação da PEC 457, que estende de 70 para 75 anos a aposentadoria compulsória dos titulares dos tribunais superiores. Pela lei anterior, Mello seria o próximo a se aposentar, em novembro deste ano. O ministro considerou a aprovação “sábua” porque privilegia a experiência e lembrou que o limite para a aposentadoria, na Constituição de 1934, era de 75 anos” (CAMPANATO, 2015).

Presidente da Corte e outros ministros²⁰⁸ estiveram presentes na sessão de promulgação da Emenda e não se manifestaram, até então, quanto a essa suposta quebra na independência e harmonia entre os Poderes.

Ademais, o próprio julgamento da cautelar na ADI ressaltou a inconstitucionalidade da expressão “nas condições do art. 52 da Constituição Federal”. Nesse sentido, muito embora não tenha sido despropositada a alegação de que a interpretação feita pelo Senado sobre nova sabatina e não a literalidade do dispositivo é que teria sido a causa do ajuizamento da ADI, o que é improvável, o julgamento foi sobre a disposição clara do texto e não sobre eventual interpretação. Portanto, fica relegada a um segundo plano essa questão de interpretação porque foi dito pelo STF na ADI que a regra da nova sabatina inserida na CF/88 pela Emenda seria inconstitucional.

Diante disso, entendemos estratégico que os ministros não tenham se pronunciado sobre esse ponto da PEC, de modo a evitar qualquer óbice a sua aprovação, que era do total interesse dos ministros da Corte.

Mas, no julgamento, inviabilizaram qualquer condicionalidade para o benefício da nova regra. Portanto, seguindo esse entendimento, fica evidente que muito embora o Constituinte derivado tenha conferido algo maior, que é o benefício em si, concedido aos ministros que não pretendiam se aposentar antes dos setenta anos, aquilo que seria bem menor, a condição da nova sabatina, isso seria inconstitucional. E supostamente em virtude de violação de cláusula pétrea de separação de Poderes. Parece incoerente o Poder Constituinte derivado poder interferir nas nomeações presidenciais, modificando regra antiga, repetida em várias constituições, e ainda agir de forma anti-isonômica para beneficiar sem justificativa somente a cúpula do Judiciário e do TCU e não poder exigir uma condicionalidade, a da nova sabatina, inclusive para verificar a situação concreta dos ministros da Corte.

Ademais, a regra da sabatina é constitucional. Dentre as autoridades sabatinadas, não costumam colocar em questionamento a sabatina pela qual passaram, como se ela fosse supostamente capaz de gerar parcialidade no Poder Judiciário. Nem se colocou em xeque o fato de que alterações no único instrumento institucionalizado de ingerência do Poder Executivo no STF poderia ensejar violação na separação do Poderes.

E impressiona o fato de que se tratava de emenda constitucional. Portanto, seguindo esse raciocínio, é possível que praticamente qualquer outra emenda seja

²⁰⁸ Nesse sentido é a matéria jornalística: Em sessão com ministros do STF, Congresso promulga PEC da Bengala. Brasília, 07-05-15. Disponível em: <g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2015/05/em-sessão-com-ministros-do-stf-congresso-promulga-pec-da-bengala.html>. Acesso em 15 dez. 2015

inviabilizada por interpretações extensivas feitas pela Corte, evidenciando a falta de mecanismos de controle de qualquer tipo de decisão, ainda que ela possa importar em gravíssimo erro, sobre a mais relevante questão, com a finalidade mais indevida.

A medida definitivamente ampliou o espaço de poder da Corte na medida em que torna esse órgão de cúpula um pouco menos suscetível ao mecanismo de controle político que é a indicação de ministros por parte do Poder Executivo e sabatina (poder de veto) ao Senado Federal, afinal, quanto mais tempo os ministros compuserem a Corte, menos indicações ocorrerão²⁰⁹. Então, precisamente nesse ponto a Emenda configurou um forte golpe em propostas de emenda à Constituição que almejam ou almejavam o fim da vitaliciedade dos ministros da Corte e a estipulação de mandato²¹⁰, da forma como ocorre em algumas cortes constitucionais, como a alemã.

c) Garantias parlamentares

A restrição de pontos centrais relativos à imunidade parlamentar, trazida pela EC nº 35/01 aumentou significativamente o grau de cuidado que os parlamentares devem ter em relação à Corte e por vezes até uma inviabilização de proposição de medidas eventualmente contrárias aos interesses do STF. Mais uma vez sobreleva, com isso, a posição político-institucional e de influência externa da Corte.

A EC nº 35/01 inverteu o cenário político de processamento de parlamentar investigado por crime pelo STF. Estabeleceu que muito embora o STF ainda tenha de dar ciência do recebimento de “denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação”, à respectiva Casa Parlamentar, não necessitará mais de autorização desta última para continuar processando o parlamentar. Inversamente do que ocorria antes, a liberdade da Corte para processar o parlamentar somente pode ser afastada pelo voto da maioria dos membros da Casa, que, se ocorrer, sustará o andamento da ação, enquanto durar o

²⁰⁹ É muito raro que algum ministro de afaste do órgão em outra situação que não exatamente a da aposentadoria. Apenas para efeito de registro é que se traz a lume o caso do ministro Francisco Rezek, que renunciou ao cargo em 1990 e a ele retornou em 1992 após nova nomeação presidencial.

²¹⁰ Nesse sentido se poderiam citar: PEC 378/14, de autoria do deputado Zé Geraldo (PT-PA); PEC 342/09 de autoria de Flávio Dino (PCDB-MA), que estabelece mandato de 11 anos; PEC 58/2012, de autoria do senador Roberto Requião (PMDB-PR), que estabelece mandato de 8 anos; PEC 55/15, de autoria do deputado Pedro Cunha Lima (PSDB-PB), que estabelece mandato de 10 anos. E conforme se observa, há um arejamento grande dessas propostas apresentadas por representantes dos mais diversos setores da sociedade. Fato eu pode inclusive denunciar alguma pressão da Corte em sentido contrário, haja vista a manutenção da vitaliciedade ao longo dessas décadas.

mandato parlamentar, e suspenderá nesse interregno a prescrição. Delimita que a partir da “expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável”. Continuou a regra da competência da Corte por prerrogativa de foro para julgar os parlamentares, todavia, ora restava claro que a competência se dava “desde a expedição do diploma”.

Essa autolimitação construída constitucionalmente pelos próprios parlamentares mais uma vez confia ao STF solucionar as situações de crises políticas. Nessa situação, a crise foi ocasionada por rumorosos casos em que, como de costume, verificava-se nas Casas do Congresso o impedimento tácito do processamento de parlamentar indiciado criminalmente.

O resultado dessa mudança é que se antes da EC nº 35/01 nenhum caso tinha a liberação da Casa do Congresso, enquanto após essa Emenda não houve caso de sustação do processo no STF, haja vista os custos políticos, mormente em face de a votação ser aberta²¹¹

O resultado prático de toda essa situação, por sua vez, acabou por possibilitar à Corte se encontrar no epicentro de uma das mais graves crises políticas e governamentais que foi o processo conhecido como caso do “Mensalão”.

Ocorre que diante do grau de prolongada exposição política e midiática que obteve esse julgamento, restaram expostas situações variadas da postura pessoal dos ministros da Corte, ora impulsionados por orientações políticas pessoais e com isso influenciando em praticamente toda a conjuntura política nacional.

Ademais, há ainda uma série de outros impactos menos perceptíveis e comensuráveis nessas medidas constitucionais que ainda assim puderam ser inferidos a partir dessas alterações constitucionais, porquanto efetivamente ensejam o efetivo processamento criminal de parlamentares no STF.

Deve ser observado no Brasil há números alarmantes quanto a investigações e processos criminais como “[d]os 28 partidos que preenchem as cúpulas do Congresso Nacional” apenas nove e “não possuem parlamentares eleitos sob qualquer suspeita de ter cometido ato infracional” e de “pequena expressividade: [...] elegeram apenas 27 congressistas”. De forma geral, considerando as duas Casas do Congresso, são 164 parlamentares em apuração criminal no STF, 29 senadores e 135 deputados federais,

²¹¹ Quanto à EC nº 76, de 2013, sua importância reside exatamente no fato de que manteve, ressalvado o ponto que exigia votação secreta, propositalmente a redação do art. 55, § 2º, da CF/88, quanto a em casos de condenação judicial de parlamentar federal a perda do mandato ser decidida, não apenas declarada, pela respectiva Casa parlamentar.

respondendo a “274 inquéritos e 75 ações penais” (SALCEDO, 2015, p. 10).

Ademais, certamente que esse cenário pesa no Legislativo de modo geral, porquanto ainda que o parlamentar não esteja sendo investigado ou respondendo a ação criminal perante o STF, nada obsta que venha a responder²¹². Ademais, ainda que se considere o altíssimo índice de ausência de condenação em relação aos processos criminais que tramitam no Supremo Tribunal Federal, conforme visto no item anterior, não impede que haja algumas condenações, como vem ocorrendo nos últimos anos, segundo relata Gabriela Salcedo (2015, p. 08).

Portanto, se já não seria com facilidade que algum parlamentar se confrontaria com interesses específicos do STF antes dessa Emenda, após esse confronto se mostra amplamente não-recomendável. Parece inevitável que essa posição de poder ocupada pela Corte iniba uma parte da liberdade como um todo, a partir da consideração dos efeitos em relação a cada dos parlamentares.

Ademais, inclusive porque processos emblemáticos como o do “Mensalão” acabaram por gerar condenações criminais com base em modificações jurisprudenciais marcantes como a adoção de teses inovadoras no Brasil que parecem indicar um indesejável casuísmo.

Com isso, inevitavelmente resta abalada a liberdade parlamentar no desempenho da função de revisitar os institutos e instituições em face do STF²¹³.

Nesse cenário, dificilmente se retira alguma prerrogativa conferida ao Judiciário, mas com muito mais dificuldade se limita, em qualquer reorientação, alguma prerrogativa conferido ao Supremo²¹⁴. Tudo isso mesmo em se considerando os riscos que a falta de cuidado em alguma desmedida entrega de mecanismo de poder possa causar.

E não se trata de afirmar que não houve méritos em toda essa mudança. Mas a questão que se pretende demonstrar é outra, a de que inequivocamente essas modificações serviram para sobrelevar a posição de autoridade do STF no cenário nacional, a partir do avanço da sua competência, aumentando sensivelmente a influência sobre relevantes pautas

²¹² E mesmo no caso de eventual votação favorável de suspensão ou sustação do processo na Corte, ainda assim haveria, ao menos em tese a possibilidade de o STF vir a exercer o controle sobre tal votação, entendendo-a por nula.

²¹³ E essa liberdade política é uma das bases de uma sociedade democrática para Montesquieu. Em sua apegada defesa da liberdade política ao cidadão, infere-se, muito maior deveria ser a daquele que desempenhe as funções parlamentares. Na linguagem de Montesquieu, liberdade política deveria contemplar para o cidadão comum a segurança de liberdade. In verbis: A liberdade política num cidadão, (*Sic.*) é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha a liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo, (*Sic.*) que um cidadão não possa temer o outro (MONTESQUIEU, 1979).

²¹⁴ Diferentemente do que ocorreu com o Legislativo, que ao menos nessa Emenda, fortemente se autolimitou.

políticas.

d) Criação do CNJ

A criação do Conselho Nacional da Justiça foi um dos mais combatidos pontos trazidos pela EC nº 45/04, no bojo da Reforma do Judiciário (SADEK, 2004, p. 79). O CNJ veio para cuidar da autonomia do Poder Judiciário e do cumprimento do Estatuto da Magistratura, da legalidade dos atos administrativos do Poder Judiciário, podendo até mesmo desconstituí-los, além de representar ao Ministério Público por alguns crimes cometidos por magistrados e apurar infrações administrativas deles.

Muito embora tenha sido concebido como um controle externo da atividade judiciária, após muita pressão das entidades ligadas à magistratura nacional²¹⁵, o resultado final representou uma solução de ruptura entre os mais relevantes atores envolvidos, dentre os quais se destacam o Governo Lula, o Poder Legislativo, a OAB e o próprio STF²¹⁶ (CARVALHO, 2013, p. 19), que muitas vezes atuou de modo a convergir os rumos tomados pelo Constituinte derivado²¹⁷. Não prevalecendo totalmente a ideia de controle externo da

²¹⁵ Essa oposição, inclusive, não deixou de existir, mas tomou novos contornos, principalmente após a declaração de constitucionalidade do CNJ pelo STF. Vejamos que fluem “propostas de mudanças no Estatuto da Magistratura, contidas em texto elaborado pelo presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ricardo Lewandowski, dividem opiniões entre os ministros da Corte. Um dos itens mais polêmicos prevê que os interrogatórios de juízes em processos disciplinares ou criminais só podem ser conduzidos por magistrados de instância igual ou superior ao investigado. A medida supostamente esvaziaria o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), também presidido por Lewandowski. O órgão tem como função investigar desvios de conduta de juízes. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/texto-que-pode-reduzir-poderes-do-cnj-divide-ministros-do-supremo-15820011#ixzz3q5p58IRb>>. Acesso em 11 dez. 2015.

²¹⁶ O próprio STF foi um dos atores que manifestou oposição à condução dos trabalhos legislativos acerca da criação do CNJ. Nesse sentido segue uma das matérias jornalísticas da Revista Carta Capital: Esse desprezo pelos bons costumes republicanos está retratado no lamentável episódio da inexplicável resistência à ação fiscalizadora do Conselho Nacional de Justiça. Rejeição que vem de longe, pois é de sempre a recusa do STF a qualquer controle externo. Esse estranho apego à irresponsabilidade ou ao extremado corporativismo – privilégio indefensável que os militares também reclamam para si, isto é, o viciado julgamento inter pares — já era defendido pelo Ministro Carlos Velloso em artigo no Correio Braziliense de 13/02/2004, do qual extraio significativo parágrafo: "Sete ministros do Supremo Tribunal, Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, eu próprio, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, concluímos que o Conselho deve ser integrado por magistrados. Pertence vai mais longe: admite a participação de advogados e membros do Ministério Público. Nós sustentamos que a participação dos advogados ocorrerá mediante representações e manifestações junto ao Conselho. E, quanto ao Ministério Público, sua presença será imprescindível, mas na condição de custos legis, fiscal da lei e da Constituição." Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/control-externo-do-judiciario-uma-exigencia-da-democracia-republicana>>. Acesso em 11 dez. 2015.

²¹⁷ Certamente que a própria Corte Suprema acompanhou intensamente a tramitação da PEC e que logrou interferir em todo esse processo legislativo. Ernani Carvalho, resgatando Andrea Pozas-Loyo e Julio Ríos-Figueroa registra: “Dado o exposto, fica patente a capacidade de algumas supremas cortes latino-americanas poderem interferir na construção de emendas constitucionais que tratam da criação dos conselhos judiciais”.

atividade judiciária, nem a de conselho composto exclusivamente por membros vitalícios do Poder Judiciário.

Em alguma medida não deixou de ser um certo resgate à preponderância do STF sobre conselhos do Poder Judiciário, perdida quando da edição da CF/88, que acabou com o CNM e abriu espaço para o CJF. Mais um ponto, portanto, em que acaba por prevalecer mais um desdobramento das propostas feitas pelo STF aos trabalhos constituintes. Do resultado da EC nº 45/04 se observa um CNJ bastante pautado pela atuação do STF. Essa afetação pode ser dividida em duas frentes.

A primeira é aquela na qual o CNJ fica submetido a controle jurisdicional, que por vezes chega a tocar o próprio mérito da decisão administrativa do órgão²¹⁸. Ademais, vale registrar, a própria existência do CNJ e suas atribuições constitucionais foram objeto de ADI. No julgamento da ADI 3.367, cujo relator foi o ministro Cezar Peluso, muito embora o STF tenha decidido pela constitucionalidade do órgão, registrou:

[...] Em sessão plenária ocorrida em 13 de abril de 2005, em longo julgamento, o Supremo Tribunal Federal admitiu em parte a ação (não o fazendo apenas em relação a tópico que restaria deslocado para a PEC paralela que retornara à Câmara dos Deputados – o parágrafo 8º do artigo 125) e, no mérito, por maioria, julgou improcedentes os demais pedidos, entendendo pela constitucionalidade de todos os dispositivos descritos no artigo 103-B da Constituição Federal, no que restaram vencidos apenas os Exmos. Srs. Ministros Marco Aurélio, que julgava integralmente procedentes os pedidos contidos na ação direta de inconstitucionalidade, Ellen Gracie e Carlos Velloso, que julgavam inconstitucionais apenas os incisos X, XI, XII e XIII do artigo 103-B, e Sepúlveda Pertence, que declarava a inconstitucionalidade tão-somente do inciso XIII do artigo 103-B da Constituição Federal, segundo a EC 45/2004 (OLIVEIRA, 2007).

Andrea Pozas-Loyo, apud Ernani Carvalho classifica muito bem três mecanismos pelos quais se faz notar essa interferência da Corte Suprema: “(1) Nos processos de emendamento, os constituintes pertencem a órgãos constituídos e eles são (ou podem ser) partes de conflitos que a Suprema Corte vai julgar. Através deste mecanismo, os juízes da Suprema Corte podem sinalizar que vão impor normas mais severas contra aqueles que emendam a Constituição de forma que os juízes consideram desfavorável. Desta forma, os juízes exercem influência antes e durante o processo de reforma constitucional. (2) Depois de um processo bem sucedido de emendamento, juízes com poder de revisão judicial podem decidir que uma determinada emenda é inconstitucional, seja por causa de vícios no processo de reforma, seja por causa do conteúdo da emenda. Através deste mecanismo, os juízes podem anular uma emenda que é contrária aos seus interesses após a alteração que foi formalmente aprovada [...]. (3) Além disso, os juízes da Suprema Corte também podem influenciar os resultados dos processos de alteração através de mecanismos informais que dependem de redes sociais compartilhadas entre os membros do corpo constituinte derivado e os juízes da Suprema Corte. Estes mecanismos informais são relativos a um determinado contexto político e, portanto, tornam-se evidentes no estudo de casos concretos” (2013, p. 14).

²¹⁸ Vide, nesse sentido, a decisão do STF no MS 27.708, a respeito da conturbada questão dos precatórios. Nas palavras de Ernani Carvalho: “o STF no Brasil, além de ser o vértice hierárquico do sistema recursal e o guardião da constitucionalidade, acumula também a função de revisor da atividade administrativa e disciplinar do CNJ” (2006, p. 108).

A segunda frente de afetação é a que o STF figura como a instituição com maior peso na composição do CNJ. São 03 conselheiros, dentre 15, de sua escolha direta. Além do fato de que no caso de omissão quanto a alguma indicação pelo competente órgão, caberá ao STF fazê-lo. E sem dúvida a posição da Corte nesse cenário é a de maior peso na participação, haja vista que o conselheiro Presidente é oriundo do STF.

E um outro ponto a destacar é que não obstante toda a primazia concedida à participação do STF no CNJ, ainda assim o STF acabou impondo sua vontade quanto a um outro ponto relevante. Sua atuação vinculou a presidência do CNJ à do STF²¹⁹. A partir daí manifestou o entendimento de que a indicação deveria ser sempre a do Presidente da Corte. Com isso afastava a condicionalidade instituída pela EC nº 45/04 no sentido da sabatina para os membros do CNJ e ainda garantia que esse órgão viesse a ser presidido por um vice-Presidente dele, não-membro do STF.

O peso político dessa orientação do STF foi tão grande que ela acabou sendo convertida em nova emenda, a EC nº 61/09. Por seu turno essa Emenda Constitucional, consolidar normativamente a vinculação da Presidência do órgão à do STF e nos casos de ausência e impedimentos deste, à do Vice-Presidente da Suprema Corte, concedendo à Presidência o direito²²⁰ a voto e ainda afastando para ele a regra da sabatina.

O resultado de toda essa construção permite que se possa mesmo caracterizar o Conselho a partir de atuações personalistas do exercício da Presidência do CNJ. Nesse sentido Maria Sadek registra que

focalizando-se apenas a presidência do CNJ, notam-se contrastes entre os seus três presidentes, tanto nas prioridades quanto nos traços individuais. O primeiro, Nelson Jobim, encarregou-se, sobretudo, de criar o órgão; Ellen Gracie, em seguida, deu ênfase à informatização; Gilmar Mendes privilegiou a formulação de políticas de gestão e de defesa de direitos e garantias fundamentais. Tais prioridades e a maneira como são executadas repercutem de modo mais ou menos intenso no ritmo de institucionalização e no grau de fortalecimento do CNJ; no perfil e na imagem do Poder Judiciário; na dimensão e na intensidade de seus impactos e nas reações das demais instituições públicas (SADEK, 2010, p. 16).

É interessante, então, destacar que, considerando o peso do CNJ perante todo o Poder Judiciário, não é sem sentido considerar que, ante o grau de interferência do STF no

²¹⁹ Entendemos que essa medida foi de encontro à redação da EC nº 45/04, haja vista que nela havia a disposição expressa no sentido de que o CNJ seria presidido pelo “Ministro do Supremo Tribunal Federal, ficando excluído da distribuição de processos naquele tribunal”.

²²⁰ O peso político da Presidência do órgão é sem dúvida muito grande, conforme será analisado logo adiante. Pouco afetou esse peso político o fato de que na edição da EC nº 45/04 o Presidente do CNJ somente votaria em caso de empate entre os demais conselheiros.

CNJ, isso repercute mais uma vez perante todo o Poder Judiciário. Somado aos outros mecanismos de controle e de influência nesse Poder, que já haviam sido conferidos pela Constituição Federal, é possível perceber um verdadeiro processo de fortalecimento da Corte que não se encerrou em 1988, mas continuou pelos anos seguintes, submetendo importantes mecanismos, de amplas dimensões, ao controle do STF.

Tudo isso demonstra efetivamente o sobrelevo da posição político-institucional da Corte, ora focado sob o prisma do CNJ. Assertiva corroborada no próprio julgamento da ADI 3.367, onde se registrou que a competência desse conselho seria para julgar “juízes hierarquicamente situado abaixo desta Suprema Corte” e ainda, em relação ao STF, que “a preeminência hierárquica sobre o Conselho, cujos atos e decisões, todos de natureza só administrativa, estão sujeitos a seu incontestável controle jurisdicional” (ADI 3.367, rel. min. Cezar Peluso, DJ de 22-09-06). E isso espraiando a abrangência de atuação da Corte para meandros até então não alcançados e mediante mecanismos até então não disponíveis²²¹.

2.3. O fortalecimento do STF a partir do ativismo judicial: a judicialização da política e a politização da corte

Ressalvado o período mais recente do pós-CF/88, no restante se verificou, paralelamente e em confluência com a atuação do Poder Executivo e do Poder Legislativo, a atuação do próprio STF no sentido do seu fortalecimento institucional, conforme já esboçado no tópico anterior.

Todavia, para além do sistema normativo, das disposições de legislação ou da CF/88, no presente tópico se examina o avanço jurisprudencial. É nesse âmbito da jurisprudência mais ativista da Corte que se constata um grande avanço da judicialização da política no Brasil.

Esse ativismo judicial²²², por vezes percebido em momentos mais importantes

²²¹ Uma reportagem interessante nesse sentido, que resgata pontos-de-vista de ministros do STF acerca do CNJ, transcrita a seguir, deixa clara essa relação STF-CNJ: “Gilmar Mendes destacou os próprios feitos de quando presidiu o Conselho Nacional de Justiça e criticou a gestão atual. ‘Eu tenho a impressão que nós demos uma dinâmica toda própria ao CNJ. Depois houve um refluxo, as coisas já não andaram com tanta celeridade’, disse o ministro. ‘O CNJ é uma Ferrari, mas a gente pode administrá-lo como um Fusquinha, e muitas vezes nós o administramos como um Fusquinha’, comparou”. Essa matéria jornalística se encontra disponível em: <<http://jovempan.uol.com.br/noticias/brasil/politica/ministro-do-supremo-defende-discussao-da-maioridade-penal-e-critica-parece-que-o-eca-virou-clausula-petrea.html>>. Acesso em 15 mar. 2016.

²²² Uma boa observação do tema, ainda que insuficiente para detectar ativismo conservador na Corte, é a que segue: “Atribui-se a Arthur Schlesinger ter utilizado pela primeira vez o termo “ativismo judicial” em 1947, num artigo na revista Fortune, e, desde então, seu uso vem crescendo. Kmiec mostrou que o número de

no cenário político nacional, surge ainda muito conservador, propugnando e até impedindo mudanças políticas a partir da via jurisdicional. Todavia, foi guinando no pós-CF/88 para um ativismo cotidiano e progressista, por vezes precursor das mais diversas mudanças políticas, foi deixando de se pautar pela ideia de um sistema normativo jurídico fechado para uma ressignificação geral da CF à luz de um suposto contexto de tempo e de sociedade para o qual o STF passou a se arrogar ser seu intérprete mais habilitado.

William P. Marshall faz uma síntese interessante acerca do que a doutrina tem denominado ativismo judicial, a partir de 07 pontos que são dispostos a seguir:

(1) Counter-Majoritarian Activism: the reluctance of the courts to defer to the decisions of the democratically elected branches; (2) Non-Originalist Activism: the failure of the courts to defer to some notion of the originalism in deciding cases, whether the originalism is grounded in a strict fealty to text or in reference to the original intent of the framers; (3) Precedential Activism: the failure of the courts to defer to judicial precedent; (4) Jurisdictional Activism: the failure of the courts to adhere to jurisdictional limits on their own power; (5) Judicial Creativity: the creation of new theories and rights in constitutional doctrine; (6) Remedial Activism: the use of judicial power to impose ongoing affirmative obligations on the other branches of government or take governmental institutions under ongoing judicial supervision as a part of a judicially imposed remedy and (7) Partisan Activism: the use of judicial power to accomplish plainly partisan objectives (MARSHALL, 2002, p. 104).

De fato, em praticamente todos esses pontos algumas ou várias decisões do STF se encaixariam já nessa nova fase que sucede a Reforma do Judiciário. E essa atuação jurisprudencial fortalece ainda mais a Corte, independentemente de apoio da própria sociedade. A Corte passou a dispor de uma pauta própria, conduzindo situações em franca contrariedade aos demais Poderes e muitas delas a partir de suas próprias orientações políticas. Nesse processo foi se tornando cada vez mais independente, fazendo prevalecer seus entendimentos, por vezes interesses, ainda que de forma desvencilhada da literalidade da Constituição.

No presente tópico se abre, de forma apenas panorâmica e sem adentrar as peculiaridades de cada caso, um rol de casos julgados pela Corte em que reste demonstrado exatamente esse avanço de fortalecimento a partir da sua própria jurisprudência. Por outro lado, essa abertura do rol de casos acaba sendo apenas demonstrativa e não exaustiva²²³, com

ocorrências do termo na produção acadêmica e em decisões judiciais nos Estados Unidos passou de poucas unidades nas décadas de 1950 e 1960 à ordem de centenas nas décadas seguintes. No Brasil, ele é utilizado para apreciar decisões do STF que ampliaram o alcance e o impacto da jurisdição constitucional e se distanciaram de suas formas consagradas de atuação” (KOERNER, 2013, p. 70).

²²³ A abordagem é qualitativa, que é a mais importante, inclusive porque uma abordagem meramente quantitativa apresentaria muitas dificuldades, ante o grau de subjetividade dessa matéria, ativismo judicial. Ademais, ante o volume de julgados da corte e o grau de peculiaridade de cada caso seria impossível empreender uma análise

ênfase ao âmbito da judicialização da política no Brasil.

Diante disso, nos parágrafos seguintes são feitas algumas abordagens exemplificativas desse avanço sem fundamento normativo. Primeiramente são trazidos casos relativos à amplificação ocorrida nos instrumentos de controle. Somente depois se abordam as amplificações ocorridas relativamente a mais propriamente institucionais do STF.

2.3.1. A jurisprudência do STF em processo de modificação ampliativa dos seus instrumentos de controle

Se tomarmos como parâmetro os principais instrumentos de controle conferidos à Corte pela CF/88 e pelas emendas constitucionais que sucederam, observaremos com facilidade que em praticamente todos ocorreram avanços significativos sem o respaldo direto de legislação ou da CF/88.

É o que denominamos efeito amplificador, também verificado em relação à sua posição político-institucional, mas ora focado no tocante aos mecanismos de controle de constitucionalidade. Trata-se de uma prática comum adotada pela Corte, mediante decisão jurisdicional e com vistas a alcançar algum resultado pretendido em sua jurisdição, acaba alargando e estendendo algum mecanismo de controle, indo além daquilo que diretamente fora permitido pela norma. E na medida que vai além do texto normativo em dado caso, acaba por se autoconceder algum poder em razão do precedente aberto.

Mas, além disso, ainda são verificados casos em que a Corte sequer parte de texto legal ou constitucional para alcançar alguma medida ou efeito do seu interesse, inovando no ordenamento, incorrendo em antinormatividade.

No caso da ADC, por exemplo, instituída pela EC nº 03/93, a redação constitucional não trouxe a regulamentação precisa da ação, ainda assim a Corte de imediato, diferentemente da sua postura em relação à ADPF, pôs-se a julgar os casos que lhes foram submetidos. No julgamento da ADC 01, houve questão de ordem quanto à própria constitucionalidade da existência dessa ação. Ao decidi-la, a Corte avançou em seus mecanismos de controle definindo ela mesma e sem suporte legal os procedimentos processuais para a ação. Os procedimentos seriam aqueles definidos pelo ministro relator²²⁴.

mais detalhada deles, de modo que foi necessário extrair a síntese do sentido da decisão. Em todo caso, porém, a indicação da referência do julgado permitirá buscas mais aprofundadas no sítio do STF na Internet.

²²⁴ Conforme registrado no sítio do STF na Internet, a respeito da questão de ordem, por maioria de votos, o tribunal, resolvendo questão de ordem suscitada pelo relator, declarou, incidentemente, a constitucionalidade da

Com isso já se abria, na nova ordem constitucional, caminho para a lógica ampliativa no sentido de receber os fins significa receber juntamente os meios para poder executá-los²²⁵, oportunizando o fechamento de lacunas a partir da ampliação da possibilidade de controle feito pela Corte e, com isso, tornavam-se mais os limites da Corte²²⁶²²⁷. E além disso, deve-se reiterar que se passou a fazer uma leitura processual dos instrumentos do controle concentrado de constitucionalidade de forma a combinar mecanismos entre eles, ampliando-se lhes o alcance.

Nesse sentido, inclusive, já foi dito que a EC nº 03/93, buscando tornar inquestionável a constitucionalidade declarada pelo STF, dotou expressamente a ADC da eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Mas, a Corte, manipulando esses mecanismos para muito além da previsão da Emenda Constitucional, mediante seus entendimentos jurisprudenciais, estendeu-os a todas as ações do controle concentrado²²⁸, quais sejam, a ADI e para a ADPF²²⁹. Fato esse que parece ter contrariado a CF/88, porquanto se ela não impusera esse efeito vinculante. Se a EC nº 03/93 especificamente quanto à ADC expandiu os efeitos, é porque em uma situação de normalidade constitucional realmente não foram pretendidos senão para a ADC.

Entretanto, a Corte não somente manipulou mecanismos de controle estendendo aqueles previstos na ADC às demais ações, como também fez o caminho inverso, fechando o ciclo. É o que se verificou na concessão da medida cautelar em sede do julgamento da ADC nº 04²³⁰. A medida cautelar em controle concentrado, pela norma

redação dada à letra a do inciso I do art. 102 da constituição federal de 1988, pela EC Nº 03/93, bem como do § 2º, acrescentado ao mencionado art. 102, pela mesma Emenda Constitucional, vencido o min. Marco Aurélio, que declarava a inconstitucionalidade dos mencionados dispositivos. Decidiu, ainda, o tribunal, adotar para a referida Ação Declaratória de Constitucionalidade, até lei específica que o discipline, o processo estabelecido no voto do relator, vencidos, em parte, os mins. Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Carlos Velloso, que divergiam do procedimento proposto pelo relator, nos termos dos votos que proferiram. Votou o presidente. Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antônio Machado da Silva, na ausência ocasional do Dr. Aristides Junqueira Alvarenga. Plenário, 27.10.93 (ADC 01, min. rel. Moreira Alves, DOU 16-06-1995).

²²⁵ A esse respeito se recomenda o aprofundamento na teoria dos poderes implícitos.

²²⁶ Essa ideia divergia daquela que SARLET registra para a ADPF, no sentido de que essa ação não seria autoaplicável (2002, p. 151). Uma das possíveis razões para o tratamento diferenciado da ADI e da ADC seria possivelmente a técnica redacional distinta usada pela Constituição no caso da ADPF.

²²⁷ E em alguma medida essa capacidade de definição dos procedimentos acabou sendo uma constante, não somente no controle concentrado, mas também no controle difuso.

²²⁸ Se a eficácia *erga omnes* já vinha sendo admitida na jurisprudência desde a época do regime militar, o efeito vinculante não, ressalvada previsão regimental a respeito de caso de representação interpretativa. Mas, nem jurisprudência e muito menos a norma impunham o efeito vinculante no contexto da CF/88 e, de fato, se a Constituição fosse tendente à concessão desse efeito ela deveria ter registrado isso.

²²⁹ Quanto à ADPF, todavia, é importante destacar que por questões de divergência doutrinária, de entendimento jurídico e de jurisprudência defensiva, demorou-se muitos anos para que fosse julgada a primeira ação.

²³⁰ Segue trecho da ementa desse julgamento: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder

constitucional, somente era prevista em caso de julgamento de ADI. Sem qualquer respaldo normativo direto, foi incorporada pela jurisprudência do STF, também em caso de ADC, a possibilidade da medida cautelar, restando o caminho aberto para a ADPF e ainda em outros casos, pelo poder geral de cautela.

No caso do tratamento jurisprudencial da ADC e da ADI, passaram a ser tratadas como praticamente uma única ação²³¹, porém com natureza dúplice e isso ainda que a CF/88, mediante a EC nº 03/93, tenha separado as duas ações e tenha inclusive restringido o rol de legitimados para o ajuizamento da ADC. Seria razoável pensar que a diferenciação constitucional tenha sido conscientemente prevista para funcionar dessa forma, pois mesmo a finalidade genética da ADC foi exatamente construir um mecanismo de proteção do Poder Político, principalmente diante das instâncias de piso do Poder Judiciário que se mostravam dispostas a contrariar programas centrais de governo e importantes legislações²³².

O caminho normativo que se seguiu a essa jurisprudência inicial, em vez de adotar um rumo próprio, acabou regulamentando a ADI e da ADC a reboque da jurisprudência do STF, e a legislação, a Lei 9.868/99, disciplinou as duas ações de forma muito similar.

As similaridades desse processo no tocante à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) também são marcantes²³³. Observa-se que a Lei 12.063/09 também veio a reboque da jurisprudência da Corte, porquanto além de reproduzir a sistemática adotada para a ADI, ainda trouxe, sem previsão expressa na CF/88 a possibilidade de concessão de medida cautelar²³⁴, que já vinha sendo concedida pela Corte.

Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da C.F. 5. Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar. Precedente do S.T.F.: RTJ-76/342” (Recl. 7399, rel. min. Cármen Lúcia, DJe 14-03-13).

²³¹ Essa ideia já antiga sobre a natureza dúplice do pedido de inconstitucionalidade, que também já valeu, ainda que com idas e vindas, para a representação de inconstitucionalidade, encontrou respaldo na prática do PGR e no regimento interno do STF, quando ainda havia a representação de inconstitucionalidade do Ministério Público voltada para o efeito oposto, a constitucionalidade da norma questionada.

²³² Segundo André Ramos Tavares, apesar de adotar a tese da natureza dúplice, reconhece a problemática da questão: “referida ‘padronização’, de há muito solicitada para o processo objetivo no Brasil pela doutrina, não foi realizada de maneira adequada pela Reforma. Isso porque se as referidas ações têm, efetivamente, ‘natureza dúplice’, como se costuma denominar, teria sido mais oportuna sua reunião em uma única ação direta” (TAVARES, 2008).

²³³ Vale reproduzir, em relação à ADO um apanhado de Rufino do Vale: “Ainda quanto ao procedimento, a nova lei, apesar da adoção quase integral do rito da ADI, traz pequenas distinções em relação ao que já estabelecido no Capítulo II, Seção I, da Lei nº 9.868/99. O art. 12-E, § 2º, atribui ao Relator o poder, de certa forma discricionário, de solicitar (ou não) a manifestação do Advogado-Geral da União. A razão da não obrigatoriedade de participação do AGU está no art. 103, § 3º, da Constituição, que impõe tal manifestação apenas para defesa de lei ou ato normativo (já existentes), ou seja, no âmbito da inconstitucionalidade por ação” Disponível em: <<http://www.idtl.com.br/noticia.cfm?ID=4464>>. Acesso em 23 mar. 2016.

²³⁴ É de se observar que mesmo antes da regulamentação feita pela Lei 12.063/09 a Corte já se manifestava no sentido favorável à concessão de cautelar. Veja-se o dispositivo de decisão no julgamento da ADPF 07: “Em 05.04.2009: “[...] Adoto o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/99 e determino sejam requisitadas informações da

Em relação à ADPF, houve uma postura inicial da Corte de exigir legislação regulamentadora para o exercício do direito de ação. Quando veio a legislação, a Corte mostrou contrariedade perante a abrangência dessa ação conferida pela legislação que adveio. É fato que mais recentemente houve uma inversão da postura, com inovações no tocante a esse importante instrumento de controle. Contudo, a postura inicial mais reservada em relação à própria abrangência da lei vem sendo trocada por uma mais ampliadora de sentido e alcance.

Segundo Luís R. Barroso “a disciplina lacônica dada pela lei transferiu para o Supremo Tribunal Federal um amplo espaço de conformação do instituto por via de construção jurisprudencial” (2008, p. 260-261). E nisso parece ficar para trás o já referido óbice levantado no julgamento da ADI 2.231²³⁵, inclusive em face da tranquila admissão da ação enquanto pendente o questionamento em recurso extraordinário²³⁶.

Em linhas gerais, não de forma exaustiva, seria possível apontar essa ideia de: a ação servir para: solver controvérsias repetitivas do controle difuso (MENDES, 2009, p. 2-3), embora inserida no rol de instrumentos do controle abstrato; inverter o papel do instrumento de controle em virtude da tendência de se admitir a análise de fatos e prognoses da forma como proposta por Gilmar Mendes (2009, p. 3-5), que desvencilha a ação no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade; cabimento da ADPF também contra ato jurisdicional, haja vista supostamente corresponder a “ato do Poder Público” constante do artigo 1º da Lei da ADPF.

Disso se conclui que realmente sua abrangência restou bastante alargada. O nível de controle conferido à Corte, então, ampliou-se significativamente.

Por fim, de forma ainda mais emblemática, verifica-se também ocorrer confusão em relação ao caráter residual da ação, que vem sendo entendido como subsidiariedade da ação²³⁷, que serviria de forma a preencher qualquer tipo de lacuna no

autoridade requerida, devendo elas serem prestadas no prazo máximo de dez dias. Imediatamente após aquele prazo, dê-se vista ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, sucessivamente, para que cada qual se manifeste, na forma da legislação vigente, no prazo máximo de cinco dias cada qual.”

²³⁵ Isso poderia ser constatado na noticiada aparente superação tácita do óbice levantado contra a ampliadora Lei 9.882/99 (MENDES, 2008, p. 11).

²³⁶ Como parece ter registrado o STF no julgamento da ADPF 33/PA, quando diz que “a existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação”.

²³⁷ Observa-se do julgamento da ADPF 33 que consta da ementa do julgado o seguinte registro acerca da subsidiariedade: “12. Caracterizada controvérsia relevante sobre a legitimidade do Decreto Estadual nº 4.307/86, que aprovou o Regulamento de Pessoal do IDESP (Resolução do Conselho Administrativo nº 8/86), ambos anteriores à Constituição, em face de preceitos fundamentais da Constituição (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, in fine, da Constituição Federal) revela-se cabível a ADPF. 13. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei no 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e

tocante ao controle concentrado de constitucionalidade²³⁸, segundo o ministro Gilmar Mendes (2009, p. 4). A partir desse raciocínio não seria muito dificultoso à Corte vir a exercer o controle concentrado sobre praticamente qualquer assunto que lhe seja submetido, a título de ADPF, quando for do interesse dos seus ministros julgá-lo.

Quanto, porém, à modulação de efeitos, que surgiu timidamente na jurisprudência²³⁹ e acabou sendo abarcada pela legislação, ainda que sem respaldo, conferida expressamente à ADI e ADO, já apresenta excessos por parte da Corte.

Esse pesado instrumento modulatório também se mostra afetado pelo citado efeito amplificador. Nesse sentido se poderia citar a decisão no julgamento do HC 70.514. Nesse caso, além de a Corte ter se utilizado em controle difuso de constitucionalidade da modulação dos efeitos²⁴⁰, ainda estabeleceu uma inconstitucionalidade futura condicional para dispositivo de lei que estabelece prazo processual de recurso em dobro para a Defensoria Pública. Ademais, a abrangência já elástica desse mecanismo ainda tende a continuar ampliando²⁴¹. Já há na Corte defensores da possibilidade de utilização da modulação mesmo em sede de controle de legislação pré-constitucional²⁴², até mesmo em controle difuso de constitucionalidade. Dessa forma, sua abrangência pode ser ampliada significativamente a partir da mera jurisprudência.

Sua ideia original, conforme resta estabelecido na legislação, seria a de mitigar o princípio da nulidade sobre o qual estava pautada toda a base doutrinária e até constitucional relativa à declaração de inconstitucionalidade da norma. Decorreria desse princípio o efeito *null and void*²⁴³ de uma norma declarada inconstitucional. Em outras palavras, a nulidade seria desde a origem e não poderia produzir efeitos. Segundo Gilmar Mendes (2009, p. 13), a justificativa do mecanismo seria evitar que a declaração de nulidade imediata e desde a origem fosse ainda mais contrária à vontade da Constituição ou inadequada.

imediate”, conforme consta da matéria: *Controle de Constitucionalidade de normas pré-constitucionais*. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobrestfcooperacaointernacional/anexo/respostas_venice_forum/8port.pdf>.

Acesso em 02 jan. 2016.

²³⁸ Ou seja, estaria se configurando uma leitura inversa à determinação legal de cabimento somente quando não caiba outra medida, haja vista a disposição legal registrar “[n]ão será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

²³⁹ A esse respeito vide nota de rodapé nº 187.

²⁴⁰ Outro exemplo dessa modulação em controle concreto de constitucionalidade é o julgamento do RE 197.917, que envolvia o número de vereadores do município de Mira Estrela.

²⁴¹ E essa ampliação não segue apenas em um sentido, mas em vários, que não contemplados pela legislação de suporte. Veja-se a esse respeito o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 638115, que versava sobre os quintos e a sua incorporação. Nele o STF modulou os efeitos da decisão para impedindo a repetição do indébito de quem havia percebido essa vantagem que ora era considerada inconstitucional.

²⁴² Ver a respeito disso o registro da posição do ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE-AgR 353.508.

²⁴³ Vide nota de rodapé nº 186.

Mas, a Corte tem ido muito além de simplesmente definir o momento exato da incidência dos efeitos da sua decisão, havendo mesmo casos em que se adicionam efeitos à norma *sub judice*. E é interessante que esse transbordamento da modulação dos efeitos parece ocorrer na mesma época em que também são percebidas de forma sistemática as decisões aditivas ou modificativas em caso de inconstitucionalidade por omissão²⁴⁴. Chega até as raias da doutrina judiciária das “sentenças manipulativas da Itália”, no sentido de adicionar ou substituir textos normativos a partir de acórdão²⁴⁵.

Considerado todo esse âmbito, que permeou muitas das decisões da Corte e se encontra potencialmente suscetível de ser considerado em qualquer controle de constitucionalidade ou outro tipo de decisão a ser tomada pelo STF, tem-se aí mais um caso de expansão muito grande dos limites do controle do objeto jurisdicional, tudo isso construído a partir da jurisprudência da Corte.

Observa-se que em vários julgados do STF se encontra mesmo a definição e até criação de efeitos que incidirão e a partir de qual data. Esse parece ser o caso da ADI 4357, tratada mais à frente, a respeito dos precatórios. Mas além desse caso há sem dúvida outros tantos, como se verifica nos julgamentos: dos Mandados de Injunção nº 708, 712 e 670²⁴⁶, que versavam sobre o direito de greve dos servidores públicos; do RE 405.579/PR, no qual se verifica a extensão de benefício fiscal; da Pet 3.388-4/RR, em que o STF, apesar de manter os parâmetros de demarcação de reserva indígena, instituiu algumas condições a serem observadas em outras demarcações de áreas indígenas.

Mas, além desses casos ainda há os casos que envolveram o Legislativo, em que há a menção da necessidade de decisão aditiva, quais sejam, Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, que versavam sobre a fidelidade partidária, nas ADI nº 1.351 e 1.354, que versava sobre a cláusula de barreira trazida pela Lei nº 9.096/95.

Mais ainda, não deixamos de partilhar da crítica de Cristiano Maia, que ao tomar o caso do julgamento dos mandados de injunção sobre greve dos servidores públicos, pontuou:

²⁴⁴ Segundo Cristiano Maia (2013), um dos países precursores de decisões judiciais que extrapolavam o texto normativo de modo a intencionalmente completá-lo (adicionando) ou ajustá-lo (modificando), no sistema da *Civil Law*, ficando inclusive conhecido pelas sentenças manipulativas, foi a Itália. Não obstante, a doutrina que veio a reboque da jurisprudência e a própria justificação jurisprudencial procuravam legitimar o avanço judiciário a partir da defesa de um necessário controle positivo das inconstitucionalidades por omissão.

²⁴⁵ Ocorre que não há qualquer suporte normativo para a utilização da técnica da modulação para o controle difuso.

²⁴⁶ Mas, além desses Mandado de Injunção, ainda há o julgamento do MI 758, da aposentadoria especial, inclusive em situações muito mais dúbias e de consequências possivelmente até mais gravosas em eventual hipótese de decisão jurídico-política equivocada por parte do STF.

assim, analisando a sentença aditiva do direito de greve dos servidores públicos, conclui-se que ela só poderia ser legítima, se alcançasse apenas os impetrantes, como o STF tem feito em todos os demais mandados de injunção, pois aquilo que diz respeito à coordenação das esferas de liberdade de todos compete ao processo democrático, não aos processos de legitimação individual (MAIA, 2013, p. 112).

E de fato essa postura da Corte não parece arrefecer, pois são cada vez mais decisões nesse sentido. Sequer se limitam aos casos de ADO ou de mandado de injunção, conforme explicado. Daí o perfeito encaixe da assertiva de Inocêncio Mártires Coelho para o caso brasileiro, quando pontua que “a concepção kelseniana” de Judiciário como “legislador negativo” já está em desuso, visto que “tantas vezes têm sido normativas – por via das quais, a pretexto de otimizar e/ou realizar a Constituição, esses supertribunais assumem nítida postura legislativa, criando normas de caráter geral e vinculante, como atestam a jurisprudência nacional e estrangeira.” (COELHO, 2012, p. 27).

Por fim, ainda se notam, do processo relativo ao efeito vinculante, somado à própria criação da súmula vinculante e da repercussão geral, além de outros fatores, passos significativos no sentido da crescente objetivação dos julgamentos decorrentes de controle difuso de constitucionalidade.

Dessa simbiose, cumulada com uma postura cada vez mais autônoma da Corte, tem surgido uma jurisprudência que tem construído uma impositividade do entendimento do STF, que não se limita ao âmbito do Poder Judiciário, mas chega fortalecido perante o Poder Político e perante a sociedade como um todo.

O próprio uso exagerado de súmula vinculante, parece fortalecer cada vez mais a tese de que o entendimento do STF seria vinculante por si somente e sem um necessário respaldo normativo, de legislação ou mesmo constitucional, além de lograr eficácia *erga omnes*, e não apenas aquele oriundo não apenas de decisões construídas em controle concentrado de constitucionalidade. É o caso da Súmula Vinculante nº 11 (“súmula das algemas”), editada com manifesto exagero e falta de suporte normativo, sem os precedentes que se fariam necessários, voltada aparentemente para um caso concreto específico, no qual houve certo desentendimento da Corte para com instância judicial de piso e setores da Polícia Federal. Também se indica a Súmula Vinculante nº 13 (“súmula do nepotismo”), que não se ampara na regra da Lei do Regime Jurídico único dos Servidores Públicos Federais, que veda a nomeação de parentes subordinados entre si com vínculo até o segundo grau e não terceiro

grau²⁴⁷. E há ainda a Súmula Vinculante nº 25²⁴⁸, além de outras que poderiam ser também citadas e explicitadas de modo a demonstrar a imposição de entendimento do STF, ainda que desatendidos os requisitos ou que contrárias à CF/88.

Verifica-se, portanto, que o STF já dá demonstrações, na ainda recente edição de súmulas vinculantes, de que pode ir além da interpretação da norma em sentido estrito, de uma quantidade de precedentes que demonstrem um entendimento já consolidado, bem como da necessidade de multiplicação de processos sobre idêntica questão. Como consequência disso se vislumbra um processo inflacionário, inclusive alimentado por atores externos ao STF²⁴⁹. A isso ainda se soma a tendência atual não ser de autorrestrrição daqui para frente, mas de aprofundamento de um ativismo praticamente incontrolável.

Ademais, não se pode olvidar que inovadoramente a súmula vinculante sequer depende da provocação de atores alheios ao STF, mas pode ser editada de ofício. Portanto, se a Corte amplia um dos mais poderosos instrumentos de controle, chegando já hodiernamente a, por vezes, tornar-se indiferente aos requisitos e hipóteses legais de cabimento e pode agir solitariamente, vislumbra-se aí um ponto de grave desequilíbrio no sistema interpoderes.

A isso tudo se acresce que a própria lógica trazida pela repercussão geral acabou alterando a própria razão prática do recurso extraordinário, conforme já explicado, e já vem influenciando ministros e doutrina. Já há quem defenda que a ADPF também serviria como julgamento modelo para casos repetitivos (MENDES, 2008, p. 08).

Tudo isso, somado à própria postura ativista da Corte, além de ainda outros

²⁴⁷ Vide, nesse sentido, o art. 117, VIII, da Lei 8.112/90, que acabou se tornando indiretamente “letra morta”, de onde ressaí que houve uma indireta interpretação de inconstitucionalidade do dispositivo legal, na qual o STF arbitrou por conta própria, na densificação dos genéricos princípios do caput do art. 37, da CF/88, qual seria o grau admissível de subordinação de parentes na Administração Pública.

²⁴⁸ Em síntese, trata do caso do depositário infiel e da interpretação constitucional conferida pelo STF inicialmente no RE 466.343, na qual se aventou que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento brasileiro, sem ser pelo quórum qualificado constitucional, teriam força supralegal. Com isso, a vedação de prisão do depositário infiel do Pacto San José da Costa Rica, ainda que supostamente não invalidasse a disposição constitucional explícita do art. 5º, LXVII, da CF/88, suspenderia qualquer legislação a ele contrária. Mas, o grande problema dessa tese é que ela tenta preservar a posição da Corte contrária à posição monista perante o direito internacional e ao mesmo tempo dar guarida a um dispositivo então infraconstitucional que importaria em desgaste se viesse a ser afastado pela Corte. Não obstante, com essa situação criada no Brasil pela Corte, para se afastar essa suspensão praticamente seria necessário estranho à Constituição e de caráter também supralegal, que diga-se, foi uma conceituação transplantada ao ordenamento brasileiro pelo STF.

²⁴⁹ Nesse sentido se pode citar o recente caso da notificação por parte do Ministério Público a alguns parlamentares federais para efeito de exoneração de parentes até o quarto grau e não terceiro grau, conforme se verifica na notícia trazida no seguinte sítio da Internet <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-01/ministerio-publico-pede-senadores-que-demitam-parentes-ate-quarto-grau>> da Agência Brasil. Ou seja, observa-se aí um verdadeiro “efeito cascata”, no qual agentes externos à Corte vão além da súmula vinculante, que por sua vez já extrapassava o rol de hipóteses de cabimento da legislação, que por sua vez inovou em relação à abrangência do instituto que foi criado pela Constituição.

fatores, coadunam no sentido da objetivação do controle difuso, que funcionaria idealmente a partir de precedentes vinculantes, ainda que extraídos de casos concretos. Confere ainda mais força aos precedentes da Corte e parcela considerável do meio jurídico já vem em defesa do *stare decisis*, do transbordamento dos motivos determinantes²⁵⁰, ou outros postulados costumeiramente associados a sistemas de controle constitucional difuso.

2.3.2. A jurisprudência do STF tem modificado o objeto e o parâmetro do controle

Não apenas os instrumentos de controle previstos normativamente, seja na CF/88, seja na legislação ordinária, têm sido modificados a partir da jurisprudência da Corte, mas também o próprio objeto e parâmetro também e com frequência isso ocorre de forma até casuísta, sem qualquer prévia, inclusive em contrariedade a jurisprudência já consolidada em sentido oposto.

Quanto ao objeto, há vários casos emblemáticos onde ocorre essa redefinição, para além daquele que compõe a lide, do objeto. É uma aparente alteração da jurisprudência mais antiga da Corte, que apesar de permitir a superação da causa de pedir, não o permitia quanto ao pedido da ação propriamente dito. Essa fuga do pedido ocorre quando a delimitação da lide trazida na ação não é respeitada e se passa a julgar além, ou até distintamente, daquilo que lhe foi posto à deliberação²⁵¹. Variadas situações e julgamentos podem demonstrar a assertiva.

Em primeiro, tem-se a fuga institucionalizada ao objeto da ação, como na técnica institucionalizada conhecida como inconstitucionalidade por arrastamento. Ela ocorre quando a Corte decide a inconstitucionalidade de normas que vão além daquelas trazidas ao controle. A justificativa para tanto seria de se aplicar a técnica quando tais normas guardem suposta interconexão indissociável²⁵² e nem todas tenham sido impugnadas. Contudo, há alguns casos em que o julgamento já acaba por antecipar outras situações.

²⁵⁰ Sobre esse tema se poderia citar o julgamento do da ADI 3345 e o registro que foi feito no sentido de se ter conferido efeitos transcendentais aos próprios motivos determinantes do julgamento do RE 197.917.

²⁵¹ Isso ainda pode e deve ser analisado sob o prisma do risco da quebra de princípios que sempre nortearam o Poder Judiciário como um todo e por conseguinte a Corte Suprema, tais como da inércia judicial e do agir mediante provocação, que inclusive implica a nulidade processual quando se foge para além ou diversamente do objeto posto em juízo. Com isso, boa parte da fundamentação constitucional explícita ou implícita no sentido do fortalecimento do STF passa a estar desajustada porquanto não se anteviam os riscos de uma mudança de postura bastante ativista da Corte.

²⁵² Em tese, essa lógica poderia servir para o caso da nulidade da legislação e por arrastamento do decreto de regulamentação (ADI 2995), mas há a aplicação em casos totalmente injustificáveis.

Em segundo, há as extrapolações casuístas do objeto, imprevisíveis e não necessariamente ligadas a alguma doutrina específica. É o caso do julgamento da Pet 3.388, noticiada logo antes, onde são estabelecidos vários requisitos a serem seguidos pela Administração Pública na demarcação da terra indígena. Ou então no julgamento do RE 466.343, no qual foi inserida no ordenamento nacional a suprallegalidade de alguns tratados e convenções, teoria ainda estranha ao ordenamento nacional, até então.

Quanto aos pressupostos do controle de constitucionalidade, um dos nortes, inclusive conferido pelo art. 97 da CF/88 é o princípio da constitucionalidade normativa. Todavia, esse princípio-chave vem sendo desconstruído gradativamente. Isso, seja em virtude de um descrédito do Legislador conferido principalmente pelo Poder Judiciário no momento da subsunção legal, seja porque o STF tem em cada vez mais casos atuado como legislador positivo, ou mesmo porque se tem dado nessas últimas décadas uma prevalência aos aspectos individualizantes em detrimento dos aspectos coletivizantes.

Se for analisado de forma mais detida o caso do julgamento do RE 631.102, no qual se pedia no STF para cassar decisão do TSE com base na Lei da Ficha Limpa, LC nº 135/10, restará evidente o nível do descrédito da norma legislada²⁵³, ao mesmo tempo em que aponta para uma profunda liberdade da Corte para decidir questões políticas das mais relevantes²⁵⁴.

Nesse caso, que envolvia a inviabilização da candidatura de alguns (ex)parlamentares, como o ex-governador do Distrito Federal, Joaquim Roriz. Nesse julgamento não se resolveu de imediato a questão de aplicação imediata da legislação eleitoral à luz do impedimento constante do art. 16 da CF/88. A votação da Corte acabou empatada, cinco votos a cinco. Apesar do empate, não prevaleceu a regra da presunção de constitucionalidade da legislação e o quórum previsto no art. 97 da Constituição não foi respeitado. Afinal, somente pela maioria absoluta dos membros do tribunal é que ele pode se opor à constitucionalidade presumida da legislação (leitura por inferência)²⁵⁵.

Na sequência ainda se observa que a prerrogativa regimental do voto de

²⁵³ A esse respeito se recomenda a leitura da matéria: *STF libera candidatura de Jader Barbalho*. Brasília. 14-12-11. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=196157>>. Acesso em 21 mar. 2016.

²⁵⁴ A partir da legislação, um amplo aspecto de controle político, novo, passou a estar nas mãos do Judiciário e em especial da Corte Suprema. Isso porque o espectro de abrangência de controle político-partidário eleitoral é considerável, pois a Corte é chamada a decidir diretamente sobre candidaturas relevantes e o Judiciário passa a ter autonomia suficiente a barrar, ainda que pela via transversa, muitas candidaturas.

²⁵⁵ O mais grave, de certa forma, acaba sendo o precedente aberto pela decisão. No sentido da precedência espraiando para outros casos, inclusive, vem o informativo da Associação do Ministério Público de Minas Gerais: *STF tem precedente em caso de empate*. Disponível em: <<http://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/100137089/stf-tem-precedente-em-caso-de-empate>>. Acesso em 11 dez. 2015

qualidade não foi acatada integralmente. Essa regra está insculpida no artigo 13, IX, alínea “b”, do RI do STF, surpreendentemente não foi adotada de imediato para o caso concreto²⁵⁶. O então presidente do Supremo, Cezar Peluso, decidiu por aguardar a indicação de um nome para a vaga aberta pela aposentadoria de Eros Grau, o que só ocorreu no ano seguinte, quando Dilma indicou Luiz Fux para o cargo.

Também se verifica ruptura com relação ao acato da normatividade no caso da perda de mandato por infidelidade partidária. É o que se infere de imediato da transcrição a seguir:

[...] por 9 votos a 2, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou improcedentes, nesta quarta-feira (12), as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 3999 e 4086, ajuizadas pelo Partido Social Cristão (PSC) e pela Procuradoria-Geral da República (PGR) contra a Resolução 22.610 /07, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que disciplina o processo de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária. Com a decisão, o STF declarou a plena constitucionalidade da resolução do TSE, até que o Congresso Nacional exerça a sua competência e regule o assunto em lei específica (GOMES, 2009).

Já em relação ao parâmetro do controle constitucional, suposto fundamento da atuação do STF, a Constituição Federal, também aí vem ocorrendo uma considerável flexibilização. São mitigações visíveis a uma ideia mais rígida de parâmetro que nesses últimos tempos se tornam cada vez mais frequentes. Observem-se os casos de criação de fundamentos para ampliar a possibilidade de controle da Corte, de apelos a sistemas de constitucionalidade mais abrangentes que apenas a Carta Constitucional ou, por fim, de flagrante contrariedade à disposição constitucional.

Em primeiro se arrola a situação de ampliação do parâmetro do controle pela superação do entendimento jurisprudencial já consolidado no sentido de que o controle a ser feito deveria se pautar pela atualidade da redação constitucional. Em 2010, em razão do julgamento da ADI 2158, o STF firmou o novo entendimento de que o controle concentrado também pode ser feito a partir da redação constitucional vigente à época do ato normativo impugnado na ADI.

Em segundo, o apelo da Corte à noção de bloco de constitucionalidade tem chamado a atenção. Esse inovador (no Brasil) bloco de constitucionalidade, toca a questão das normas constitucionais no tempo e no espaço e vai além da Carta Constitucional no sentido estrito, ampliando o parâmetro de controle de constitucionalidade para a redação da

²⁵⁶ Fez-se necessária a oposição de embargos declaratórios para finalmente resolver a matéria, momento em que, apesar de novamente muito intrincada a deliberação, acabou ocorrendo a retratação da Corte.

Constituição propriamente dita. Nesse sentido se poderia citar o julgamento da ADI 2.971, onde expressamente se aborda e se tenta conferir alguma conceituação diminuta a esse bloco de constitucionalidade. Também no contexto da questão da supralegalidade e do direito internacional, desta vez no julgamento da HC 87.585, foi retomada a discussão sobre bloco de constitucionalidade. Entendemos que sua invocação sempre vem com vistas à extrapolação da Carta Constitucional em sentido estrito, daí se cogitar de bloco de constitucionalidade, com outras disposições normativas.

Até mesmo no julgamento da ADPF 153 seria possível se identificar alguns elementos que remontam a um parâmetro mais abrangente que a própria CF/88, a “ordem constitucional”. Na ADPF 153 julgou-se a validade e recepção da Lei de Anistia. O principal fundamento foi exatamente o de que essa legislação estaria amparada na ordem constitucional, muito embora não na letra da redação constitucional. Patente, portanto, que o parâmetro de constitucionalidade nesse julgamento, que figura entre os casos mais importantes, restou alterado de modo a abranger essa inovadora “ordem constitucional” que parece ter sido invocada para justificar a posição dos ministros da Corte, não muito ajustada à letra constitucional.

Em terceiro, há mesmo os casos de flagrante contrariedade à disposição expressa da CF/88 em alguns julgados da Corte, o que sem dúvida demonstra a possibilidade de alteração do parâmetro, quando se deseje entre os ministros do STF. Vejamos o caso da doutrina da *mutatio* constitucional²⁵⁷. Ela, à qual se filiaram alguns ministros da Corte, está associada diretamente também a uma tentativa de alterar a redação expressa da Constituição sem ser pela via ordinária, do Poder Constituinte derivado, mas sim pela via jurisprudencial do STF. Seu caso mais rumoroso é sem dúvida o que propugna que o art. 52, X, da CF/88²⁵⁸, que versa sobre a generalização pelo Senado de inconstitucionalidade declarada pelo STF em sede de controle difuso. Seu questionamento é se já estaria deslocado e sem sentido tal mecanismo de controle político, razão pela qual, supostamente, o STF já poderia entender efetivo o transbordamento dos motivos determinantes até do julgamento que ocorre em controle de constitucionalidade difuso.

Contudo, a adoção dessa teoria não se esgota na questão do transbordamento

²⁵⁷ Um dos principais defensores da teoria é o ministro Gilmar Mendes e suas observações a respeito da matéria podem ser lidas na obra: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁵⁸ O próprio julgamento que versou sobre a condição de supralegalidade de tratados e convenções internacionais que versavam sobre direitos humanos, para efeito de afastar a disposição constitucional da prisão do depositário infiel é um exemplo.

dos motivos determinantes, sendo passível de utilização nos mais variados casos, de modo que praticamente não há impedimento para que casuisticamente, sem qualquer tipo de arejamento democrático da matéria, afastar disposições constitucionais expressas que se mostrem contrárias à posição particular adotadas pelos ministros da Corte.

Em quarto, outras contrariedades a disposições literais, são abordadas mais adiante, que é o caso da perda do mandato automática para os parlamentares condenados pelo “Mensalão” e da prisão do senador Delcídio do Amaral.

Diante dessa atuação jurisprudencial inovadora, dotada de vários mecanismos de poder e controle e que se permite realizar ajustes e adequações não somente no objeto das lides que lhes sejam trazidas, mas até no parâmetro do controle se constata mais uma vez um aumento desproporcional do alcance do controle feito pela Corte.

Assiste-se mais recentemente a um STF com uma capacidade de agir arbitrário muito grande, pouco ou até nada vinculado à causa de pedir, ao pedido e, em alguns casos, ao parâmetro da redação constitucional. Podendo ainda determinar medidas a serem adotadas em situações específicas ou de forma genérica, que podem não somente não ser contemplada pela CF/88 como ser até mesmo contrárias.

Por fim, tudo isso pode ocorrer em um cenário no qual se nota que mesmo diante de ausência de novas normas a conferirem mais poderes e mecanismos de controle à Corte, ainda assim a sua jurisprudência parece independer da norma e tem se autoconferido esse espaço de crescente disponibilização de poder e controle.

2.3.3. Avanço da jurisprudência do STF no controle de espaços e atores políticos

A ampla liberdade da Corte em seus julgamentos ainda pode ser constatada em relação à extensão do controle exercido sobre o meio político e os seus atores. Fato que vem dando uma posição cada vez mais destacada à Corte no cenário nacional.

Cada vez mais ocorre a ampliação de assuntos e do nível de controle demandado que ensejam uma judicialização exitosa. A configuração do ordenamento nacional permite que por uma extensa via recursal se levem ao STF as questões mais relevantes que surjam em outras instâncias. Afora isso, o acesso direto ao STF, a partir da natureza da matéria tratada, também é muito frequente em razão da crescente abrangência do rol. Nisso se inclui a maior parte das principais questões de natureza política e político-institucional.

Não se pode esquecer que esse cenário de alcance tão grande da Corte não decorreu da atuação conjunta do STF com a cúpula dos demais Poderes. Há uma clara flagrante ampliação autoalimentada da abrangência da Corte pela sua própria jurisprudência, como flagrantemente ocorreu no julgamento da perda de mandato por infidelidade partidária, por exemplo, ou até na abrangência do controle advindo da “Lei da Ficha Limpa”.

Para muito além das prerrogativas conferidas à Corte pela norma constitucional, a jurisprudência tem conduzido muitos dos seus julgamentos em escalada ampliadora da possibilidade de controle efetivo, autoconferindo-se um peso político muito grande, fazendo prevalecer, salvo uns poucos revezes, a posição adotada pelos seus ministros, ainda que sobre questão eminentemente política ou técnica.

Ademais, o STF não tem mais tido, de forma preponderante, postura de acato perante o Poder Político nos últimos anos, mas ao contrário, não são poucas as decisões nos últimos anos que confrontaram diretamente o Poder Executivo e o Legislativo²⁵⁹.

Quanto ao Poder Executivo se verifica que praticamente qualquer ato ou suposta omissão estaria suscetível de controle da Corte. Nisso se poderiam citar que restam potencialmente submetidos ao crivo do STF tanto o próprio mérito dos atos administrativos, das supostas omissões e de alguns atos de Estado, quanto praticamente qualquer ato decorrente do poder normativo do Executivo e até eventual impedimento do Presidente da República para o cargo, como ocorreu no Governo Collor pode ocorrer no atual Governo Dilma.

Em primeiro, em relação ao mérito da oportunidade e conveniência dos atos administrativos, já faz bastante tempo que a Corte admite o controle desse mérito político desses atos a partir dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e ainda outros²⁶⁰. Quanto a atos de Estado, no caso Battisti se discutiu a extradição desse cidadão italiano, acusado de crimes em seu país de origem, nele o STF entendeu, em uma primeira decisão, antes de revisá-la²⁶¹, que poderia vincular a Presidência da República em seu provimento final, conforme se verifica no julgamento do Ext. 1.085.

Já as supostas omissões da Administração Pública, matéria mais delicada por demandar provimento político positivo, com alocação de recursos e outras condições, elas

²⁵⁹ Isso além de tantos outros atores relevantes, que não serão tratados aqui, como os estados, por exemplo.

²⁶⁰ Nesse sentido segue registro feito pelo ministro relator no julgamento do RE 131661: "Nesse sentido, é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que compete ao Judiciário controlar o exercício da discricionariedade, quando houver excesso de poder ou desvio de finalidade". Essa matéria está disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6990619>>. Acesso em 04 jan. 2016).

²⁶¹ Ainda que tenha revisto sua primeira decisão, o caso demonstra a suscetibilidade de controle da Corte com a possibilidade de avanço sobre pautas essencialmente políticas e de Estado.

também vêm sendo objeto de judicialização. E ao menos no RE 592.581 o STF deu guarida a essa tese da plausibilidade de determinação judicial quanto a medidas de política administrativa de alocação de recursos. Nele a Corte afastou acórdão que reputava indevido ao Judiciário impor ao Executivo a obrigação de efetuar obra ou reforma em estabelecimentos prisionais.

Em segundo, quanto ao controle dos atos normativos, no julgamento da ADI 2213 a Corte admitiu exercer o controle da própria relevância e urgência da Medida Provisória (MP), requisitos constitucionais para sua edição. Nessa hipótese o STF realiza o papel de *veto player* nesse contexto, porquanto pode fulminar a MP²⁶², independentemente da posição adotada pelo Legislativo. Mas, essa situação é interessante porquanto a Constituição além de não ofertar ao STF o controle dos requisitos da MP, já estabelecia e estabelece o controle da Medida Provisória a ser feita pelo Legislativo.

Em terceiro demonstra a abrangência da atuação da Corte perante o Executivo toca diretamente ponto fulcral, que é qualquer ato do processamento de pedido de *impeachment* e o próprio processo de *impeachment* em si. Nesse sentido se verifica o caso do julgamento da ADPF 378, nele o STF chegou mesmo a afastar uma série de atos da Câmara dos Deputados, por exemplo.

Quanto ao Poder Legislativo, não há poucas situações em que o STF tem confrontado as posições do Parlamento. Por vezes tem feito ingerências pesadas naquele âmbito, criando orientação sem respaldo normativo ou, com alguma recorrência, chegando mesmo a ponto de contrariar a letra da Carta Constitucional. Também se verifica uma certa mitigação da doutrina dos atos *interna corporis*²⁶³, pelo que se infere uma possível migração

²⁶² Mas, a atuação também ultrapassa a mera atuação como veto player, por vezes. Observe-se que “[n]o caso da ADI, o que se alegou foi que na tramitação da Medida Provisória 366, que resultou na Lei 11.516/2007, que dispõe sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Preservação da Biodiversidade, não foi atendido o dispositivo do artigo 62, parágrafo 9º, da Constituição Federal, pelo qual antes de ir para apreciação do plenário, a medida provisória deve ser apreciada por uma comissão mista composta por ambas as casas do Congresso Nacional. Na ADI 4029, o STF entendeu que, tendo em vista o grande número de leis aprovadas com base na mesma prática, ficariam preservadas da declaração de inconstitucionalidade todas as medidas provisórias convertidas em lei até a data do julgamento, inclusive a Lei 11.516/2007”. Plenário do STF cassa liminar sobre apreciação do veto ao projeto de lei dos royalties. 27 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=232098>>. Acesso em 05 jan. 2016.

²⁶³ Em uma breve retrospectiva, segundo Elviro Álvares Aranda (1998, p. 46), a doutrina dos atos *interna corporis* do Legislador começa a ser desenvolvida a partir do Estado Liberal francês no qual se separou o ordenamento jurídico estatal do direito parlamentar, levando em consideração que o direito parlamentar teria origem suposta na natureza, sendo, portanto, apenas normas de declaração, que dispensa a busca de outros fundamentos de validade. Mas, a construção teórica definida, segundo Elviro Aranda, surge oficialmente com Rudolf Von Gneist, ainda no século XIX, no Congresso de Jurista Alemães realizado em 1863, em Berlim (1998, p.47). A ideia essencial desse último autor, por sua vez, era a de que o juiz até poderia declarar a ausência de validade formal da norma em razão da dissonância para com o procedimento legislativo constitucionalmente previsto, mas não poderia adentrar no exame das fases procedimentais que se desenvolvem exclusivamente no

gradativa para o afastamento da doutrina. E ainda há a situação da imposição de conduta ao Legislador.

Em primeiro, cita-se o avanço gradual sobre os atos *interna corporis* como clara ingerência nos assuntos legislativos. De modo geral, a matéria *interna corporis*, pontua Aragão, versa sobre:

procedimentos internos desenvolvidos apenas no Congresso estariam excluídos da apreciação judicial. Eles compreendem escolha da Mesa, por eleições internas; uso de prerrogativas institucionais; valoração das votações; verificação de poderes; cassação de membros do Parlamento; concessão de licenças; instauração de comissões, dentre outros (2014, p. 1.225).

Com efeito, a jurisprudência da Corte, ainda corrente, parte da premissa de que se admite “o controle judicial só em casos nos quais existem referências à Constituição” (ARAGÃO, 2014, p. 1.228), ou seja, não comportaria abranger atos do Parlamento que não tivessem decorrência direta de comando constitucional. Mas, esse é um entendimento que tem sofrido abalos e possivelmente em vias de ser superado. Notam-se julgados que parecem fugir a essa orientação jurisprudencial. O próprio plenário do STF reconheceu uma ocorrência de intromissão em assunto *interna corporis*, cassando a liminar concedida por um de seus ministros no MS 31.816. Na liminar se havia imposto que “o veto parcial ao Projeto de Lei 2.565/2011, sobre royalties do petróleo, só poderia ser apreciado após todos os vetos pendentes de apreciação no Congresso Nacional fossem analisados”²⁶⁴. Antes de ser cassada essa liminar causou um grande tumulto e insatisfação bastante expressiva daquele Parlamento²⁶⁵.

Outro caso parece ser esse o do julgamento favorável ao controle do procedimento legislativo, feito no MS 25.579/DF (julgado em 19/10/2005)²⁶⁶, que versava

interior das Casas Legislativas, na matéria *interna corporis*. Tal como preconizado no direito parlamentar inglês, no *interna corporis acta* (MACEDO, 2007, p. 47).

²⁶⁴ Plenário do STF cassa liminar sobre apreciação do veto ao projeto de lei dos royalties. 27 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=232098>>. Acesso em 05 jan. 2016.

²⁶⁵ O assunto se relaciona diretamente com a partilha de royalties relativos à exploração de petróleo e gás natural.

²⁶⁶ Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo ex-parlamentar José Dirceu de Oliveira em face de ato da Mesa da Câmara dos Deputados, de processo disciplinar instaurado na Câmara dos Deputados, tido por abusivo. Em trecho do julgamento se verifica a justificativa para não se reconhecer a prejudicialidade da ação: “Após, também por maioria, conheceu do mandado de segurança ao fundamento de se ter pretensão de direito subjetivo suficiente a legitimar o controle jurisdicional sobre as deliberações do Poder Legislativo, haja vista ser a questão suscitada a submissão ou não dos atos ministeriais do parlamentar à jurisdição censória das Câmaras de caráter constitucional. Vencido, no ponto, o Min. Marco Aurélio, que dele não conhecia por considerar tratar-se, no caso, de matéria ligada à economia interna da Câmara dos Deputados, salientando ser incabível controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade.

MS 25.579 MC/DF, rel. orig. Min. Sepúlveda Pertence, rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, 19.10.2005 (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2327738>>. Acesso

sobre condições de processo disciplinar de um Parlamentar envolvido em suspeitas de atentatório ao decoro do Parlamento.

Se, ademais, observarmos também o caso da judicialização da abertura do processamento de *impeachment* presidencial, principalmente o último deles, veremos que a Corte tem aceitado interferir e tem interferido mesmo quanto a assuntos de organização interna da Casa Legislativa, como a questão da composição dos membros da comissão de processamento do *impeachment* passada por deliberação do Plenário da Casa.

Nesse mesmo sentido parece seguir o pedido da PGR na Corte sobre o afastamento de Eduardo Cunha da Presidência da Câmara dos Deputados²⁶⁷. Sabe-se que já está tramitando processo perante a Comissão de Ética para efeito da cassação, mas isso não minimiza o fato de se submeter ao crivo do STF esse tipo de questionamento bastante indireto, derivativo, que não encontra amparo direto na Constituição Federal. Até o momento o feito judicializado pela PGR ainda não foi obstado pela Corte.

E não se poderia olvidar o caso dos mandados de segurança de parlamentares contra projetos ou processos legislativos, há tempos criado pela jurisprudência da Corte²⁶⁸, admitindo efetuar o controle desse tipo de questionamento, com base na premissa de que o parlamentar teria o direito líquido e certo de não participar de alguma sessão legislativa que estivesse maculada de algum vício incontornável. Na prática, tal procedimento acaba permitindo ao STF realizar, efetivamente, um certo controle prévio de constitucionalidade²⁶⁹,

em 05 jan. 2016)”

²⁶⁷ Trata-se do pedido de medida cautelar por conexão ao Inquérito nº 3.983 e 4.146.

²⁶⁸ Em uma boa síntese a esse respeito, Cristiane Macedo relata que “O controle judicial fundado em violação à regra constitucional sobre processo legislativo há de ser exercido criteriosamente, de forma a evitar a interferência abusiva no desempenho das atribuições legislativas. Por essa razão, a hipótese de se obstar a tramitação e debate de proposição legislativa é restrita: na decisão proferida nos autos do MS 20257/DF, *leading case* sobre a matéria, distinguem-se, no voto do relator Ministro Moreira Alves, a hipótese genérica de não cabimento de mandado de segurança com a finalidade de obstar a tramitação de proposição legislativa com fundamento na contrariedade de seu conteúdo com o texto constitucional, da hipótese especial em que a própria proposição legislativa afronta cláusula pétreia. No primeiro caso, não caberia o controle judicial, pois a ofensa à Constituição só se consumaria com a efetiva conversão em norma jurídica: antes disso, nem o Presidente da Casa do Congresso, ou deste, nem a Mesa, nem o Poder Legislativo estão praticando qualquer inconstitucionalidade, mas estão, sim, exercitando seus poderes constitucionais referentes ao processamento da lei em geral”. Já na hipótese em que a proposição versa sobre matéria vedada pelo art. 60, § 4º da CF, a intervenção do Supremo Tribunal é imperativa, eis que o texto constitucional veda inclusive o processamento dessas proposições” (MACEDO, 2007, p. 140-141).

²⁶⁹ Nesse sentido se cita: “O STF admite a legitimidade do parlamentar – e somente do parlamentar – para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo. Precedentes do STF: MS 20.257/DF, Min. Moreira Alves (*leading case*) (RTJ 99/1031); MS 20.452/DF, Min. Aldir Passarinho (RTJ 116/47); MS 21.642/DF, Min. Celso de Mello (RDA 191/200); MS 24.645/DF, Min. Celso de Mello, DJ de 15-9-2003; MS 24.593/DF, Min. Maurício Corrêa, DJ de 8-8-2003; MS 24.576/DF, Min. Ellen Gracie, DJ de 12-9-2003; MS 24.356/DF, Min. Carlos Velloso, DJ de 12-9-2003.” (MS 24.667-AgR, rel. min. Carlos Velloso, julgamento em 4-12-2003, Plenário, DJ de 23-4-2004.) No mesmo sentido: MS 32.033, rel. p/ o

sendo que sequer essa prática jurisprudencial encontra inequívoca fundamentação direta na CF/88, senão apenas em derivação principiológica estabelecida pelo STF.

Em segundo, demonstra a possibilidade de a Corte adotar fundamentação alheia, e até contrária, à disposição constitucional, mesmo quando se trate de relevantes garantias políticas. Na Ação Penal nº 470, que se trata do julgamento do “Mensalão”, a Corte entendeu, após condenar parlamentares, que a perda dos mandatos desses parlamentares seria automática, em decisão inédita. Com essa tese, além de contrariar e afastar um dos pontos fulcrais da imunidade parlamentar que assegura caber à Casa Legislativa decidir sobre a perda do mandato do parlamentar condenado judicialmente, ainda não respeitou, inicialmente, a necessidade de sentença transitada em julgado. Com efeito, essa regra, que foi contrariada na decisão da Corte, está expressamente inscrita no art. 55, VI e § 2º, da CF/88²⁷⁰.

Diante dessa evidente vulneração da determinação constitucional foi inevitável uma declarada animosidade com Câmara dos Deputados, quando o seu presidente anunciou que descumpriria a decisão. O Presidente da Câmara, contudo, retrocedeu dias depois, após o aviso de ministro da Corte no sentido de que eventual descumprimento de decisão do STF poderia ensejar crime de prevaricação (OLIVEIRA, 2012).

Em caso mais recente, o STF determinou a prisão, com questionável e inovadora tese de flagrância e inafiançabilidade, do Senador Delcídio Amaral, líder do Governo no Senado. Destaca-se que, nesse caso, após muita polêmica, multidirecional, envolvendo esse parlamentar²⁷¹, a Segunda Turma do STF resolveu pela prisão preventiva²⁷² contrariando expressamente a regra constitucional expressa no sentido da garantia da imunidade parlamentar insculpida no art. 53, § 2º, da CF/88. E as consequências políticas daí advindas são muito grandes, não apenas pela liberdade com que o STF vem efetuando interpretações polêmicas da Constituição, mas pelo efeito que isso tende a causar no âmbito parlamentar, que resta ainda mais enfraquecido quanto a medidas que eventualmente venham a contrariar os interesses da Corte ou posições consolidadas naquele âmbito.

ac. min. Teori Zavascki, julgamento em 20-6-2013, Plenário, DJE de 18-2-2014.”

²⁷⁰ Observa-se que confirmando essa contrariedade à literalidade da disposição específica da Constituição veio a nova orientação da Corte, já no julgamento do caso do senador Ivo Cassol (Ação Penal nº 565), quando a Corte, já com nova composição conferida pelas novas nomeações acabou resolvendo, em votação apertada, seis votos a cinco, pela incidência da regra do art. 55, VI e § 2º, da CF/88; à respectiva Casa Legislativa incumbiria a decisão final sobre a perda do mandato do parlamentar condenado.

²⁷¹ O nível de desgaste entre os Poderes foi um dos mais alarmantes. Até mesmo o nome de ministros da Corte chegou a ser citado pelo parlamentar em uma das escutas que a polícia federal fez no intuito de obter provas para a instrução do processo criminal conhecido como “petróleo”. A isso ainda se acresce que houve a tentativa inicial por parte da Presidência do Senado de afastar a ordem de prisão dada pelo STF contra o Senador.

²⁷² No processo, essencialmente, apontou-se como fundamento da prisão a obstrução de investigação criminal (obstrução da Justiça) e a participação de organização criminosa.

Em terceiro, no julgamento da ADI 3.682²⁷³, que versou sobre inexistência de lei complementar, requisito instituído pela EC nº 15/96, regulamentando a criação de novos municípios, a Corte constituindo em mora o Congresso Nacional, determinou que o Poder Legislativo editasse a norma no prazo de vinte e quatro meses. Do contrário, segundo a decisão da Corte, seriam declarados inconstitucionais todas as leis estaduais que criaram municípios ou alteraram seus limites. Essa inovação permite uma nova lógica relativa ao controle de constitucionalidade, que seria a constitucionalidade provisória e condicional, além de novamente se apelar ao trânsito para a inconstitucionalidade. E novamente causou um profundo mal-estar no Legislativo. A solução encontrada foi a edição da EC nº 57/08, que simplesmente convalidou os municípios criados até dezembro de 2006, inclusive diante dos impasses e custos políticos da regulamentação da criação de municípios.

Por fim, quanto à relação entre Poder Constituinte derivado, em matéria puramente política, não raramente se observa o STF impondo limites. Foi o caso da obrigatoriedade das coligações partidárias verticais, que foram impostas por entendimento inovador do TSE da Resolução 21.002/02²⁷⁴ e que logrou não ser afastado pelo STF²⁷⁵. Nesse

²⁷³ A ementa desse julgamento é a que segue: “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15 /1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inércia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.” (ADI 3.682, rel. min. Gilmar Mendes, DJ 06-09-07)

²⁷⁴ Nessa Resolução, a partir da derivação de princípios até então não trabalhados exaustivamente pela doutrina ou ordenamento, como o da consistência ideológica das agremiações, da unicefalia partidária e, principalmente, da verticalização das coligações partidárias, o TSE decidiu que apesar de a Lei 9.504/97 estabelecer a liberdade no tocante às coligações partidárias, essa liberdade somente deveria ocorrer no âmbito das mesmas circunscrições. Dessa forma, estabeleceu, ainda que sem fundamento direto na legislação, mas principalmente a partir da abstrativização de conceitos, que essa expressão “dentro da mesma circunscrição deveria significar que

sentido, buscando superar a imposição do TSE/STF ainda para as eleições de 2002 ou ao menos as de 2006, foi promulgada a EC nº 52/2006. A Emenda fez referência à sua incidência retroativa, atrelada ao ano de 2002, ano em que foi apresentada a PEC nº 04/02, que lhe deu origem. A estratégia não funcionou, o STF, no julgamento da ADI 3685, entendeu que a EC nº 52/2006 não poderia ter afastado a incidência de dispositivo do art. 16 da CF/88, por violar a anterioridade eleitoral, quando criou regra eleitoral para ser aplicável no próprio ano de eleições, 2006. O problema é que a redação constitucional não veda que mediante emenda constitucional se proceda a afastamento do princípio da anterioridade da regra eleitoral e sim que legislação ordinária o faça.

Mas, é fato que a estratégia do Legislativo no sentido de criação de emenda constitucional para superar algum entendimento da Corte vem se mostrando cada vez mais frágil diante do controle, por vezes, rigoroso dessas emendas feito no âmbito do STF.

Já se verificou mais acima e no julgamento da nova sistemática conferida à matéria dos precatórios, um verdadeiro processo de enxerto de condicionalidades e princípios nas cláusulas pétreas, inflacionando-as, tirando em parte seu caráter de exceção e permitindo o controle final da Corte sobre praticamente qualquer tipo de assunto, com a prerrogativa da última palavra. Por conseguinte, inviabiliza, ao menos em tese, mudanças que possam ser contrárias aos entendimentos ou até interesses de ministros da Corte.

Nesse sentido se aborda o caso tratado a seguir, bastante exemplificativo. Não apenas esse, mas vários outros pontos tratados no capítulo também são confirmados no tópico a seguir. Demonstra parte da atuação da Corte no tocante aos outros Poderes e entes institucionais e o nível de controle, pouco restrito, sobre o qual se assenta o STF no momento atual da democracia brasileira.

2.3.3.1. Uma análise da ADI 4357, que julga as inovações sobre precatórios trazidas na EC nº 62/09: evidência do nível de ativismo judicial da Corte no âmbito da judicialização da política no Brasil

A ideia deste tópico é a de evidenciar algum julgado que tenha condição de demonstrar ao menos uma significativa combinação dos elementos tratados no capítulo 2, da

o âmbito nacional abarcaria os âmbitos locais”.

²⁷⁵ Observe-se, nesse sentido, o desfecho da ADI 2628. Ademais, ainda se deve rememorar a participação institucional do STF no tocante à composição do TSE, conforme já abordado anteriormente.

presente dissertação. Evidentemente, seria impossível encontrar algum julgado que contemplasse todos os aspectos de avanço desmedido da jurisprudência da Corte ou sem amparo normativo.

Dentre tantos julgados expressivos da Corte Suprema no Brasil, que se somados teriam condição de demonstrar esse avanço da Corte, significativo e preocupante, no tocante aos limites, mostra-se interessante a análise do julgamento sobre os precatórios judiciais, que se inicia na ADI 4357, pois combina uma quantidade bastante considerável de pontos levantados nos tópicos anteriores, com condição de demonstrar muito da fundamentação das constatações da presente pesquisa.

Sobre esse julgamento, envolveu disposições de Emendas Constitucionais relativas aos precatórios, mas essencialmente as inovações trazidas pela EC nº 62/09. Dessa forma, vale resgatar que em relação aos precatórios judiciais, são citadas 04 Emendas Constitucionais: as ECs nº 20/98, 30/00, 37/02, e a mais importante dentre elas, que foi a nº 62/09.

A matéria em comento é uma das mais relevantes e não somente pelos aspectos sociais, mas pelo peso econômico e federativo das decisões a ela relacionado. Ademais, está inserida na Carta Política na parte relativa ao Poder Judiciário, razão pela qual já envolveria uma atuação mais direta do STF, que fez importantes considerações sobre a matéria, conferindo-lhe contornos gerais complementares à norma, que vêm sendo seguidas no âmbito político e jurídico-administrativo. O julgado, por sua vez, traz um caso de inconstitucionalidade variada de emenda constitucional, agravada pela suposta violação de cláusula pétreia e que teve como desfecho decisão aditiva do STF. Decisão essa que toca escolha política, pois esse passivo dos entes públicos é elevadíssimo e vários estados e municípios têm dívida histórica e a alocação de recursos nessa área tem o potencial de comprometer outras, como saúde e educação.

Quando analisamos o julgamentos das ADIs 4.357 e nº 4.425 no STF, podemos verificar a situação jurisdicional conturbada e a excepcionalidade com que tratada a matéria. Como um dos assuntos alocados constitucionalmente no âmbito do Poder Judiciário²⁷⁶, há uma atenção especial quanto à sistemática por parte do STF.

Da pequena redação original da CF/88 relativa aos precatórios, houve por meio das referidas Emendas Constitucionais uma significativa ampliação normativa. Para se entender toda essa situação é necessário expor que a redação original da CF/88 conferiu aos

²⁷⁶ O *locus* constitucional da inserção da matéria foi exatamente dentro do capítulo III, que trata do Poder Judiciário, precisamente no art. 100, sendo que há também algumas disposições no ADCT.

precatórios a ideia de uma fila de futuros pagamentos dos entes públicos, sendo que a redação praticamente se resumia à previsão orçamentária do crédito consignado diretamente no Poder Judiciário e estabelecia a ordem cronológica de pagamento judicial da Fazenda Pública. Com a EC nº 20/98, passam a ser divididos em duas filas, a ordinária e a do RPV e com as Emendas 30/00 e 37/02 se trouxe a possibilidade de liquidarem-se os créditos em prestações anuais, atualizadas, no prazo máximo de dez anos, sendo posteriormente suplantadas pela EC nº 62/09, que alterou substancialmente o funcionamento dos precatórios.

Observa-se que a EC nº 62/09 alterou a ordem puramente cronológica de pagamentos devidos pela Fazenda Pública, não somente porque arejada pelas excepcionalidades: a) pessoas idosas e com doença grave; b) os créditos decorrentes de verbas de caráter alimentício e c) os que se inserem no RPV. Ela criou a possibilidade do leilão de parte dos valores e a possibilidade de negociação direta com a Fazenda a respeito do efetivo pagamento. Ambos pontos muito controvertidos, mas ainda se apontam outros que não eram, como o da atualização monetária e juros da poupança; a compensação prévia de qualquer valor de débito perante a Fazenda, antes de se pagar o precatório²⁷⁷; do regime especial²⁷⁸ para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, na estratégia declarada de finalmente normalizar o pagamento dos precatórios dos entes federativos em mora, ainda que com certa moratória de até quinze anos.

As modificações trazidas pela EC nº 62 foram judicializadas por meio das ADIs 4.357²⁷⁹ e nº 4.425, no STF, e o resultado do julgamento surpreende. O STF, em sua

²⁷⁷ Esse mecanismo configuraria um elemento de desburocratização relativamente a créditos devidos à Fazenda, pois determinando a compensação é como se o exequente, jurisdicionado, já recebesse somente o valor a que faria jus, não se fazendo necessária ação posterior da Fazenda para cobrar o que devido. Ademais, como uma subespécie de compensação elencamos a regra do § 11, do novo art. 100 da CF/88, da entrega dos créditos de precatórios para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado.

²⁷⁸ Nesse regime especial, garantia-se mais prazo para a regularização dos entes federativos em relação a seus precatórios, sendo que se poderiam fracionar os montantes a serem pagos como precatório, devendo ao menos 50% (cinquenta por cento) seguir para pagamento em ordem cronológica, o restante seguiria para pagamento, a seu tempo, em ordem especial, que admitiria o leilão de créditos, conciliação com os credores ou seguir ordem de pagamento por montante de crédito.

²⁷⁹ Uma primeira notícia resumida sobre isso se encontra no Informativo nº 725 do STF, de 21 a 25 de outubro de 2013, mas o julgamento definitivo se encontra no acórdão da questão de ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.357-DF, mais especificamente de onde se fez o apanhado que segue: “[o] Ministro Luiz Fux, relator, destacou que, embora o Tribunal houvesse reconhecido a nulidade dos citados dispositivos, inegável que, durante quase quatro anos, ao longo dos exercícios financeiros de 2010 a 2013, a mencionada sistemática juridicamente inválida entrara em vigor, surtira efeito e fora aplicada por diversas unidades federativas. Asseverou que esse quadro fático denotaria, em primeiro lugar, a existência de situações concretas e, de certo modo, consolidadas no tempo. Em segundo lugar, indicaria que a atual programação orçamentária e financeira dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios fora realizada em cenário distinto, em que vigoraria integralmente a EC 62/2009. Apontou que esses fatos tornariam imperioso que o STF definisse o alcance temporal de seu pronunciamento, razão pela qual fora suscitada a presente questão de ordem. Aduziu que, em matéria de jurisdição constitucional, a eficácia retrospectiva seria corolário lógico do princípio da supremacia da Constituição, que não se coadunaria com o reconhecimento de validade de lei inconstitucional, ainda que por

atenção especial conferida à matéria, posicionou-se de maneira bastante forte, declarando a inconstitucionalidade desse regime especial de precatórios e ainda de outros pontos. Mas, como se tratava de emenda constitucional, a fundamentação da Corte se pautou por ofensa a cláusulas pétreas da Constituição.

Quanto a esse regime especial estabelecido na Emenda, o STF vislumbrou ofensa à “cláusula constitucional do Estado de Direito (CRFB, art. 1º, caput), ao princípio da Separação de Poderes (CRFB, art. 2º), o postulado da isonomia (CRFB, art. 5º), à garantia do acesso à justiça e à efetividade da tutela jurisdicional (CRFB, art. 5º, XXXV), ao direito adquirido e à coisa julgada (CRFB, art. 5º, XXXVI)” (ADI 4.357, rel. min. Luiz Fux, DJe 15-04-15), tudo isso porque, segundo sustentou o acórdão, a Emenda teria inovado quanto ao pagamento de valores para os quais os jurisdicionados já tinham expectativa definida, além de título executivo judicial.

Quanto aos demais pontos, entendeu-se violado o princípio da isonomia por supostamente gerar, no caso do benefício o idoso, diferenciação entre particulares. Também se verificou ofensa ao princípio da isonomia, quanto ao art. 100, §§ 9º e 10 e ao art. 97, II, do ADCT, que traziam expressamente a compensação em favor da Fazenda Pública, por se entender que vedaria a compensação em favor do jurisdicionado, por se ter criado diferenciação injustificável. E identificou-se ofensa ao princípio da isonomia no tocante ao índice da poupança para cálculo dos juros de mora de créditos de origem tributária, porquanto as regras de juros para a Fazenda serem mais benéficas. Ainda quanto aos valores da

período determinado. Ponderou que a modulação dos efeitos temporários da declaração de inconstitucionalidade não significaria afronta à Constituição, mas defesa da segurança jurídica ou outro valor constitucional relevante sob o prisma do princípio da proporcionalidade. Assegurou serem esses os fundamentos a explicar a existência e a justificar a validade desse instituto como corolário imediato da força normativa da própria Constituição. Assim, quanto à declaração de inconstitucionalidade da expressão ‘na data da expedição do precatório’ (CF, art. 100, § 2º, na redação da EC 62/2009), pontuou que a decisão deveria ter efeito retroativo. Entendeu que o fato de o STF haver reconhecido a invalidade da limitação temporal criada pela EC 62/2009 implicaria, de imediato, que todo credor que tivesse completado 60 anos de idade após a expedição do respectivo precatório teria jus à nova preferência. Explicou que, na verdade, não se trataria propriamente de eficácia retroativa da decisão, mas de aplicabilidade imediata do entendimento judicial, afastado o óbice temporal existente até então para o gozo do benefício. No que concerne ao regime de compensação unilateral dos débitos da Fazenda Pública inscritos em precatório, criados pelos §§ 9º e 10 do art. 100 da CF, bem como pelo § 9º, II, do art. 97 do ADCT, introduzidos pela EC 62/2009, entendeu que a decisão deveria produzir efeitos retrospectivos, a atingir toda e qualquer compensação unilateral que tivesse sido realizada pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Frisou que a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, vetores axiológicos que justificariam a modulação das decisões judiciais, não protegeriam aqueles que agissem utilizando-se da própria torpeza. Salientou que não existira qualquer ameaça à segurança jurídica ou à estabilidade social ao se declarar retroativamente a invalidade ou a prática arbitrária e anti-isonômica como a que fora elaborada pela própria Fazenda Pública, ao criar um regime jurídico desproporcionalmente desvantajoso. Não vislumbrou, tampouco, interesse social na manutenção das compensações unilaterais realizadas pela Fazenda Pública ao arripio da lei [...]Ponderou ser indiscutível que o Poder Judiciário teria papel decisivo na construção de rede de incentivos sobre comportamentos humanos na sociedade” (Informativo nº 725, Brasília, 21 a 25 de outubro de 2013).

poupança para a atualização monetária, entendeu-se que havia violação do princípio constitucional da proporcionalidade (CRFB, art. 5º, LIV) “ao impor sacrifício desmesurado ao direito fundamental de propriedade” (CRFB, art. 5º, XXII).

Também apelou a Corte, em mais essa vez, para a modulação dos efeitos da decisão, fixando data arbitrária para que iniciassem alguns efeitos da “declaração” de inconstitucionalidade, qual seja, a data de 25.03.2015, ainda que sem qualquer respaldo em legislação para tanto. Definiu que a partir dali os créditos em precatórios deveriam ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e que os precatórios tributários seriam corrigidos da mesma forma que os créditos fazendários. Além disso, manteve-se até aquela data as compensações, os leilões e pagamentos fora da ordem cronológica, que já haviam sido realizados nos termos da Emenda, isso é, até a referida data.

Quanto à compensação prevista na Emenda, que restou vedada pela Corte pela razão de não ser recíproca, contra a Fazenda Pública²⁸⁰, o mero afastamento da regra parece fazer muito menos sentido do que se a Corte tivesse estendido a compensação também em favor do jurisdicionado exequente, de modo que se tornasse recíproca e não a unilateral apenas. Isso seria melhor do que efetivamente anular a disposição da EC nº 62 que apenas admite a compensação feita em favor da Fazenda Pública, que por sinal não veda o inverso.

Por fim, a decisão do STF inovou, ao manter a “vigência do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela EC nº 62/2009 por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016 já realizadas” (ADI 4.357, rel. Luiz Fux, DJe 15-04-15). E ao CNJ ainda delegou a competência supostamente da Corte para verificar o cumprimento da sua decisão.

Em tudo isso, porém, resta flagrante a desconsideração do fato de se julgar emenda constitucional, sem qualquer vício formal noticiado e em assunto que, além do peso econômico capaz de afetar a economia da federação, ainda inevitavelmente são atores politicamente interessados os tribunais, incluindo o STF. Mais ainda, mesmo se fosse relevada a data de incidência dos efeitos da decisão, na modulação dos efeitos, porquanto há algum tipo de previsão normativa nesse sentido, em todo caso não teria como desconsiderar o fato de

²⁸⁰ A regra geral que se tem em razão do Código Civil de 2002 (CC/02), em seu art. 368, é a da compensação de créditos. Até em matéria tributária se admite que lei discipline a compensação, portanto, com muito mais razão em emenda constitucional, que é norma superior.

“Demais Modalidades de Extinção

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública” (art. 368 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

que aditivamente o STF escolheu outros índices de atualização monetária não previstos na Emenda e nem na Constituição e ainda arbitrou sem qualquer tipo de fundamento mais concreto a vigência do regime especial de pagamento.

Em termos institucionais, a Corte ainda inovou ao estabelecer ao CNJ competência nova, que seria a fiscalização dos outros poderes e entes federativos acerca do cumprimento do entendimento explicitado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Sobre uma outra perspectiva, vislumbrando os efeitos desse julgamento para além desse caso, ainda fica latente que mesmo se o Poder Constituinte vier a disciplinar alguma matéria, há considerável chance de o STF barrar essa disciplina, ainda que sob o argumento final de violação de princípio extremamente abrangente e de definição subjetiva, como “violação ao Estado de Direito”, que se entenda associado a cláusula pétrea. Mesmo que constitucionalmente seja vedado ao Poder Constituinte derivado apenas editar norma tendente a abolir um dos núcleos rígidos, algum dos cernes das cláusulas pétreas.

Para alcançar determinado efeito, a Corte muitas vezes tem lançado mão de práticas inovadoras, não previstas na CF/88, ou mesmo em lei. Como ocorreu no caso em comento em virtude de um uso não-moderado da modulação dos efeitos da decisão e que não somente modula efeitos, como cria, chegando mesmo a praticamente “legislar positivamente”. Isso amplia significativamente o raio de controle do STF²⁸¹, evidenciando uma tendência acerca de tornar tão difusa e aberta a possibilidade de violação de cláusula pétrea que se permitiria à Corte, em praticamente qualquer situação que entenda pertinente, vir a conferir o último entendimento, vinculante, sobre a CF/88, ainda que, por vezes, em matérias que envolvam escolhas arbitrárias ou casuístas dos ministros.

Assim, com facilidade se verifica uma postura autoalimentada pela própria jurisprudência da Corte no sentido do seu fortalecimento político-institucional e que há algum tempo já não mais dependido ou mesmo de norma ou mesmo se embasado diretamente em alguma previsão constitucional, senão em noções demasiadamente vagas de princípios muito abrangentes, inclusive por meio dos quais costuma ser possível até mesmo a defesa de posições antagônicas.

²⁸¹ No julgamento sobre os precatórios, da parte dos próprios ministros se chegou a registrar que a Corte não poderia “atuar como legislador positivo. Muito menos para alterar a carta da República” (BEZERRA, 2014). Entretanto, o que se viu foi o contrário, quando por exemplo se estabeleceu a data referência, 25.03.2015, quando estabeleceu o critério dos juros de mora para crédito de origem tributária, quando estabeleceu o prazo de cinco anos para que os entes federativos quitassem o passivo de precatório, também quando estabeleceu o critério para a atualização monetária.

Por outro lado, qualquer alteração formal mais significativa no tocante ao Poder Judiciário ou mesmo que contrarie frontalmente os interesses ou posição da Corte está sujeita a sofrer o controle do STF. Isso evidentemente dificulta efetivamente a proposição e discussão de muitas matérias, mais ainda a aprovação de medidas relativas à Corte²⁸². Ainda que por emenda constitucional viesse alguma alteração desse tipo, em última análise, poderia ser obstada pelo fundamento da violação à separação de poderes, ou outro que tenha supedâneo nas cláusulas pétreas, pois faz tempo que o apelo à vulneração dos seus núcleos rígidos não é mais vista como excesso e sim vista como oportunidade de controle.

Diante de tudo isso, certamente que seu desfecho tem muito a contribuir quando se procure verificar ao mesmo tempo a atuação recente do STF e sua posição político-institucional dotada de amplo alcance, que ensejaria, em regra, a prerrogativa da última palavra à Corte.

²⁸² Em parte isso se dá por uma dificuldade considerável de redução de qualquer desses elementos, uma vez que os próprios canais de proposição e deliberação vêm sendo sufocados, impedindo que eventuais exageros possam ser corrigidos.

CAPÍTULO 3 – A IMPORTÂNCIA DA DISCUSSÃO DE ELEMENTOS DA PEC Nº 33/2011 PARA O APERFEIÇOAMENTO DA DEMOCRACIA NO BRASIL

A partir da leitura dos capítulos anteriores se percebe um desequilíbrio político-institucional. A Corte cresceu muito, em poder, mas ela continua em franco crescimento autoalimentado por sua jurisprudência.

A ela tem sido dada a oportunidade de decidir por último praticamente qualquer questão que lhe seja submetida. A isso se acresce o fato de que passou a se autoempoderar, podendo vir a decidir praticamente qualquer tipo de matéria, inclusive matérias políticas das mais importantes ao país.

Nesse incessante fortalecimento político-institucional da Corte, suscetível de excessos e casuísmos, há uma possibilidade real de se afetar parcialmente um dos fundamentos pelos quais se pautou o sistema democrático adotado pelo país no sentido do “*le pouvoir arrête le pouvoir*”, da doutrina montesquieuniana. Ademais, o próprio fundamento da soberania popular acaba sendo abalado, nesse processo, quando surgem vários entraves aos diversos impulsos renovadores inerentes à própria prática democrática, podendo afetar significativamente a qualidade da democracia do país.

A obstrução dos canais da alternância democrática e de controle popular se faz presente não pela letra do ordenamento constitucional, mas pelo funcionamento da atual configuração político-institucional que não oportuniza ao Legislativo ou à sociedade controle sobre decisões mais emblemáticas da Corte e inclusive as que possam comprometer o equilíbrio da sua posição no cenário político nacional.

Diante de tudo isso, a pergunta que então se pode vislumbrar: deve haver ou não limites ao STF e ao seu contínuo empoderamento? Questionamento importante inclusive para efeito de se verificar a possibilidade e legitimidade, dentro do escopo democrático, de se desenharem possíveis mecanismos de controle reais. Com isso seria possível evitar alguma grande concentração de poder ou irreversibilidades que possam colocar em xeque alguns elementos que norteiam a nossa democracia, bem como alguns valores republicanos, como a orientação pelo bem comum ainda que em detrimento de algum interesse corporativista ou alguma visão particularista de correta condução política.

A pertinência desse questionamento e os casos significativos que demonstram não somente uma pesada interferência da Corte em sentido multidirecionado, tudo isso evidencia um desequilíbrio político-institucional.

Nesse contexto é que deve ser compreendida a PEC nº 33/11, em praticamente

todos os seus pontos, sendo que a partir dela e da sua plausibilidade se abre um caminho para uma nova perspectiva em que seja possível construir um ambiente mais equilibrado em relação a essa posição ocupada pela Corte no cenário nacional.

3.1. Quadro-síntese do espaço ocupado pelo STF no cenário político-institucional do Brasil a partir da Constituição Federal de 1988

O que se verificou ao longo dos capítulos anteriores foram vários pontos sobre a posição político-institucional do STF nos últimos tempos e a atuação da Corte em questões de maior apelo no âmbito político ou na sociedade, ensejando sua contínua projeção e ampliação de controle e autoridade.

Instiga, portanto, a pergunta a respeito de dever haver limite a esse processo de crescimento e empoderamento do STF.

Inclusive, esse fenômeno torna a discussão a seu respeito ainda mais necessária porquanto, apesar desse processo de fortalecimento ter ganhado um impulso muito grande com a edição da CF/88, emendas constitucionais e legislação que se seguiram²⁸³. De forma ainda mais preocupante, em um segundo momento, do pós-Reforma do Judiciário, a própria via jurisprudencial passou a ser responsável por um pesado autofortalecimento.

Como resultado disso, o STF tem se saído fortalecido não somente no âmbito do Poder Judiciário, onde vem assumindo progressiva hegemonia, mas há uma clara projeção também no cenário político nacional em geral. Daí se concordar com o registro de Canotilho²⁸⁴, reproduzido no primeiro capítulo, colocando o STF entre as Cortes Supremas de maior grau de influência política do mundo ocidentalizado.

De forma mais detalhada, resgata-se o fato de que a CF/88 já havia ampliado e consolidado o sistema misto de controle de constitucionalidade no Brasil, difuso e concentrado²⁸⁵. Portanto, além das atribuições tipicamente associadas a uma corte constitucional, o STF ainda desempenha papel de tribunal último ou máximo do país. E,

²⁸³ Foi visto que uma boa parte do nível da judicialização da política no Brasil decorreu de atuação conjunta das cúpulas dos Poderes. De forma estratégica ou oportuna a ascensão do STF no cenário nacional poderia contribuir, em um primeiro momento, para contornar alguns problemas ou óbices ao desenvolvimento de alguma política.

²⁸⁴ Vide nota de rodapé nº 05.

²⁸⁵ No STF, Tribunal de cúpula do Poder Judiciário, há uma combinação do controle em abstrato, sem partes, e do controle incidental, feito no caso concreto, com vistas ao litígio das partes, apesar do caráter de uniformização gradual da jurisprudência. Portanto, além das atribuições tipicamente associadas a uma corte constitucional, o STF ainda desempenha papel de tribunal último ou máximo do país.

apesar de ter momentaneamente reduzido alguns poucos mecanismos de controle da Corte que estavam assimilados ao regime autoritário, em vários outros pontos conferiu ainda mais mecanismos de abrangência e controle, repercutindo diretamente em mais poder.

Nesse momento, então, mostra-se relevante recapitular de forma indicativa os principais mecanismos de fortalecimento da Corte.

Quanto à CF/88, ela dotou expressamente a Corte de novas competências originárias para julgamento, entre as quais: a ação de interesse de mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam interessados; alguns conflitos federativos²⁸⁶; as ações do controle concentrado de constitucionalidade; o mandado de segurança contra ato do PGR; o mandado de injunção em face da morosidade normativa dos órgãos de cúpula dos Poderes, englobando TCU e os tribunais superiores; o *habeas data*, no tocante ao ato das autoridades submetidas à sua jurisdição.

Merece enfoque, ainda, a abrangência da sua atuação propiciada pela competência da Corte para o julgamento dos principais casos de utilização da via dos “remédios constitucionais²⁸⁷”.

No tocante ao controle concentrado de constitucionalidade, de forma mais significativa, a Constituição oportunizou: a ampliação da legitimação ativa para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, viabilizando que praticamente qualquer assunto mais relevante ou controvertido seja submetido ao crivo do Supremo Tribunal Federal; a criação da ADI por omissão, que permitiu à Corte deslegitimar o “Legislativo em mora”, tal qual em relação às outras entidades normatizadoras. Ademais, recentemente a jurisprudência da Corte ainda passou a se permitir atuar como legislador positivo, suprimindo a omissão normativa; a criação do mecanismo de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que acabou tomando contornos de instrumento de atuação no fechamento de lacunas entre o controle de constitucionalidade abstrato e o concreto.

Institucionalmente, a CF/88 ainda manteve a posição de destaque à Corte, conforme se pode verificar na sua participação em órgãos estratégicos como o TSE, além de estar na cúpula do Poder Judiciário, já bem mais fortalecido, com autonomia financeira e de proposta orçamentária. Na prática, despontando para um acesso muito maior por parte de vários setores da sociedade, públicos e políticos.

Por sua vez, no momento posterior, a Corte teve ampliadas as hipóteses de

²⁸⁶ É o caso da inovação constitucional da intervenção para resguardar direitos da pessoa humana, por exemplo, além de outras competências já previstas na Constituição anterior.

²⁸⁷ É o caso dos inovadores mandado de injunção e *habeas data*.

competência para julgamento de pedido de intervenção federal mediante a EC nº 45/04, que alterou o art. 36, III, da CF/88, devolvendo ao STF, em detrimento do STJ, a competência para julgamento do pedido de intervenção federal feito pelo Procurador-Geral da República, quando se verifica recusa à execução de lei federal²⁸⁸.

Quanto ao controle de constitucionalidade, verificou-se que ele veio a ser extensamente complementado e amplificado no momento que se seguiu à promulgação constitucional.

Com a criação da ADC, praticamente toda a lógica do controle de constitucionalidade parece ser alterada a partir da amplificação conferida pela jurisprudência da Corte. A legislação regulamentadora apenas complementa essa jurisprudência²⁸⁹, quando não apenas reproduz, que passa significativamente a ampliar seus instrumentos de controle, independentemente, portanto, da norma. A eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante desbordaram os limites da ação e migraram primeiramente para todo o controle abstrato e, logo em seguida, começaram, de forma ainda parcial, a afetar pontos do controle concreto²⁹⁰.

Nesse mesmo processo, mas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, surgiram os novos mecanismos, como a súmula vinculante e a repercussão geral. Com eles, a proposta de alguns ministros da Corte²⁹¹ no sentido da objetivação do controle difuso ganha muito mais força e, nesse momento já se identifica a tendência do fechamento de um ciclo que definitivamente não estava presente no momento constituinte, mas surge com grande força no sentido de tornar inquestionável a ampla liberdade da Corte na definição dos seus próprios limites.

Essa liberdade criativa da Corte, quase irrestrita, notadamente no sentido do seu fortalecimento e da ampliação dos seus instrumentos de controle, com uma fluidez cada

²⁸⁸ Na redação original essa competência estava alocada ao STJ. Conforme já foi abordado bem mais acima, essa competência foi estabelecida originariamente ao STJ, para fins de assentar também esse tribunal na cúpula judiciária, de forma mais pronunciada do que se verifica ocorrer atualmente. Reitera-se que a ideia originária parecia conferir a primazia do STJ sobre questões afetas diretamente à lei federal em geral, bem como à sua interpretação.

²⁸⁹ Mecanismos que ensejem mais prerrogativas ao STF podem ser amplificados por via da sua jurisprudência

²⁹⁰ Esse efeito vinculante, conferido primeiro à ADC e depois à ADI, evidencia-se muito forte. Coloca a Corte em um nível sobrelevado em relação aos demais Poderes, porquanto suas decisões se transformam em determinações à administração pública, independentemente de qualquer outro ato e de qualquer outro Poder e funcionam como limite ao Poder Judiciário como um todo. Ainda pode ser ampliado em virtude da maleabilidade do controle de constitucionalidade feito pela Corte, que por vezes se expande ou se retrai muito além da delimitação da “lide”, da forma que trazida na inicial. Sendo assim, é possível vislumbrar que a facilidade de se ultrapassar seus limites formais do processo de controle concentrado pode ensejar que se atinja algum ato ou efeito desejado pelos ministros, ainda que de forma ilegítima, ou ao menos casuísta, e não somente do cenário político, mas principalmente dele.

²⁹¹ Não se pode olvidar e, de fato, foi demonstrado mais acima que o STF também é um ator político e cada vez mais politizado, de grande influência no tocante a decisões políticas.

vez maior em relação a elementos como o objeto e o parâmetro do controle de constitucionalidade tem permitido um alcance praticamente irrestrito às decisões da Corte. Enseja arbitrariedades diversas e casuísmos, capazes de afetar fundamentos sobre os quais foi recebida a sistemática de controle constitucional no Brasil²⁹² e mesmo o equilíbrio dinâmico entre os Poderes.

Tudo isso não pareceu, nesta pesquisa, ter sido antevisto de forma mais esclarecida, nem no momento constituinte, nem no momento seguinte, de reformas constitucionais.

Institucionalmente, ainda são verificadas várias modificações, ora normativas, ora jurisprudenciais, tornando a Corte menos tangível a cada vez. Nesse sentido se indicam: o próprio teto remuneratório nacional do funcionalismo público (e membros de Poder), a partir do subsídio pago aos ministros; o assoberbamento da judicialização da política no Brasil, que amplia a ingerência participativa no TSE, com um alcance político, partidário e eleitoral considerável; a ingerência participativa do STF no CNJ²⁹³, com alcance substancial na parte administrativa de todo o Poder Judiciário e sobre a magistratura nacional. Neste último caso não se olvida que a Corte afastou jurisprudencialmente, sem embasamento constitucional, qualquer tipo de controle do CNJ sobre seus atos²⁹⁴.

Ainda se considera que o STF interfere em pautas de deliberações políticas, confronta os Poderes instituídos mediante processo eleitoral e julga os casos políticos mais relevantes e os próprios atores políticos. Não havendo mecanismo oponível à Corte nos casos em que ela figura como ator interessado, ainda que possa, em tese, vir movida por motivações pessoais ou corporativistas, em matérias de grande peso econômico, político ou social, conforme já verificado.

Era o sobrelevo referencial do STF, que lhe conferia cada vez mais a prerrogativa de decidir de forma parametrizada questões das mais relevantes, que tocavam

²⁹² É o caso da competência do STF na cúpula do Poder Judiciário, podendo, quase sempre, proferir o último julgamento e sobre qualquer matéria, haja vista a estrutura recursal e o processo de esticamento da Constituição a partir do pronunciado processo de derivação principiológica que vem ocorrendo. Como fechamento de tudo isso, o STF ainda julga os casos de reclamação para preservação da sua própria competência, voltada contra Judiciário e Administração Pública e que fortalece o STF perante eles.

²⁹³ Vide nesse sentido nota de rodapé nº 224.

²⁹⁴ Nesse sentido se cita trecho de acórdão do STF em que enfrenta a questão da posição institucional do CNJ: "CNJ. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do STF. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos arts. 102, caput, I, letra r, e 103-B, § 4º, da CF. O CNJ não tem nenhuma competência sobre o STF e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito." (ADI 3.367, rel. min. Cezar Peluso, DJ de 22-09-06).

todo o país, ainda que a Corte também se comportasse como ator politicamente interessado no desfecho.

Várias das suas decisões, ao mesmo tempo em que jurídicas, não deixam de ser políticas, como ocorre na modulação de efeitos, ou quando avalia conveniência e oportunidade do ato administrativo, bem como quando atua de forma construtiva, aditiva ou inovadora.

O mais grave em toda essa situação e também o ponto mais relevante é o fato e o modo de controlar emendas constitucionais, não apenas no sentido de meramente declarar a violação de cláusulas pétreas, mas sim, a partir um controle mais cotidiano, que vem tomando rumo independente até mesmo das hipóteses constitucionais. A partir da interpretação extensiva da Corte, seria possível anular emendas constitucionais sem se partir de núcleos rígidos das cláusulas pétreas, e isso já se faz notar em alguns julgados. Agrava esse cenário o fato de o STF entender factível combinar com modulação dos efeitos e de por vezes entender possível a manipulação de um novo comando constitucional, como o que se observou no julgamento do tema dos precatórios, na ADI 4357, e que será objetado quando se abordar a tramitação da PEC nº 33/11 e as vias que por ela são abertas.

Ademais, não se pode desconsiderar que

qualquer projeto de emenda constitucional que não satisfaça o interesse do órgão de cúpula do poder Judiciário (as supremas cortes com poder de revisão judicial) possuem grande probabilidade de serem considerados inconstitucionais. Nesse sentido, é perfeitamente razoável admitir que o emendamento de questões relativas à política judiciária sejam de consenso entre as elites judiciárias e legislativas. Caso contrário, pelas razões expostas, a possibilidade de um veto judiciário é premente (CARVALHO, 2013, p. 17).

Daí se fazer necessário o questionamento acerca de como se poderia mudar isso. Mesmo em cenário de franca insatisfação com diversas decisões da Corte, como se nota tanto por parte do Poder Executivo, nos últimos governos, que vem sofrendo um dos mais profundos abalos provocados pela via judicial, quanto por parte do Poder Legislativo, com tantas decisões recentes da Corte limitando a autonomia do Parlamento ou mesmo confrontando posições mais consolidadas naquele meio, não se percebe um efetivo êxito em proposição de medidas ou confronto direto com a Corte. Isso possivelmente revela uma quase inviabilidade de contenção de qualquer prerrogativa ou instrumento conferido ao STF.

Ainda que se considere certo arrefecimento no sentido de edição de normas legais ou constitucionais relativas à Corte, que se notava até pouco depois da Reforma do

Judiciário, não se desconsidera que isso, em parte, tem sido compensado ou suprido em razão da jurisprudência extremamente progressista do STF, que por vezes chega a arrogar para si a realização do preenchimento das supostas lacunas. Mais ainda, gradativamente parece ganhar força a proposta teórica da *mutatio* constitucional no Brasil, mediante a qual alguns ministros entendem que o STF, por conta própria, poderia realizar reformas constitucionais, ainda que informais, a partir da sua capacidade de interpretação da norma.

Fica progressivamente mais evidente, então, uma incapacidade dos demais Poderes e atores em provocar alguma contenção desse avanço da Corte. As condicionalidades que se tentaram impor ao STF ou também a essa Corte, foram afastadas pela sua própria jurisprudência, como ocorreu na sabatina da PEC da Bengala, ou no caso da participação de ministro do STF no CNJ. Afinal, ainda que se aprove emenda constitucional em algum sentido específico, é possível à Corte, no atual cenário, considerá-la inconstitucional, por ofensa a cláusula pétreia.

Nesse contexto não se pode olvidar a pesada judicialização da política, com elevado nível de controle do STF sobre emendas constitucionais, sobre as proposições legislativas e o redirecionamento normativo que o STF se tem permitido conferir às mais variadas legislações.

A isso se acresce o fato de os canais da sociedade para promover confrontos democráticos em relação às decisões do STF ou de promover alterações concretas na cúpula do Poder Judiciário restarem praticamente sufocados, inclusive por atuação da Corte, conforme se registrou acerca dos trabalhos da Comissão Afonso Arinos e da ANC.

A construção do atual ordenamento jurídico-constitucional foi muito influenciada pelo STF, de modo que não espanta esse excesso de poderes e mecanismos de controle acumulados pela Corte. Todavia, conforme foi visto, certamente há uma extrapolação muito grande em relação ao nível que se pretendia conferir por meio da norma. Isso ocorreu não somente no momento constituinte, quando da atuação em contrário da Corte, mas também, e principalmente, no momento pós-CF/88, quando uma forte base doutrinária passou a trabalhar a ideia de tutela do Estado pelo Judiciário e, em especial, pela Corte Suprema, que adere ao momento em que o próprio grau de judicialização da vida²⁹⁵ se tem pronunciado.

Assim, diante desse processo de contínuo fortalecimento da Corte, que tem se

²⁹⁵ Esse fenômeno, que muitas vezes se apresenta como elo de uma sociedade pluralista, quando intensificado, como veio ocorrendo nos últimos anos, é o que faz com que o STF possa julgar praticamente qualquer tipo de matéria, ainda mais considerando o fato de que é a própria Corte quem decide sobre sua própria competência. Nisso ela tem julgado os mais variados tipos de litígios, desde político-eleitorais até econômico-sociais com um grau de discricionariedade muito grande e, por vezes, de forma bem desvencilhada dos contornos legais.

expandido em múltiplas direções, foi apresentada por deputados da base aliada do governo, a PEC 33/11, esmiuçada logo adiante e que vai auxiliar quanto à verificação de que pode existir alternativas ao cenário que hoje se encontra estabelecido e em construção mais proeminente.

3.2. Do processo de fortalecimento do STF à possibilidade de contrapartida: situando doutrinariamente o âmbito da discussão trazida pela PEC nº 33/11

A PEC nº 33/11 foi uma tentativa de impor limites ao STF e mesmo reverter pontos em que sua atuação é tida por exacerbada. Seu sentido, portanto, encaixa-se bem em uma tentativa de resposta à atual posição político-institucional do STF e está voltada a um pretendido equilíbrio democrático.

Sua discussão perpassa um dos principais debates jurídicos ocidentais entre direito e democracia²⁹⁶, temática bastante atual, mas que alcança raízes na tensão toquevilleana entre liberdade e igualdade²⁹⁷.

A discussão dessa temática passou a ser, portanto, impositiva quando se aborda a posição político-institucional do STF. Ademais, a imprescindibilidade dessa discussão por aqui se justifica pelo fato de que, muito embora toque o cerne da democracia, não há ainda na doutrina jurídico-brasileira maiores problematizações prático-estruturantes do assunto. A razão para tanto estaria muito associada a uma passividade muito grande em relação à jurisprudência da Corte. Falta, portanto, um espaço crítico, autônomo o suficiente para que se pudesse fazer alguma forte oposição a alguma orientação mais preocupante oriunda da Corte.

A jurisprudência do STF não se mantém, e nem pode, alheia a essa discussão. Inclusive, não é raro encontrar um reforço a essa lógica que resume direito e Constituição aos próprios posicionamentos da Corte. Esse raciocínio, inclusive, encontra-se sedimentado na

²⁹⁶ A apresentação da PEC nº 33/11 não se mostrou um evento deslocado no tempo, tendo em vista que não somente no contexto nacional, mas no mundo ocidental têm surgido questionamentos empírico-filosóficos sobre o avanço cotidiano da jurisprudência constitucional para além das fronteiras da norma a partir de derivações principiológicas, suscetível de desequilibrar a relação ente os Poderes e ao mesmo tempo a relação entre Estado e sociedade. Não está dissociada de um contexto global, inclusive porque é flagrante que na construção da sua constitucionalidade o Brasil se abeberou das matrizes americana e europeia-continental de controle de constitucionalidade, ainda que de forma sincrética e de combinação única, com particularidades constitucionais construídas exclusivamente aqui.

²⁹⁷ Esse mesmo fenômeno, mas sob perspectiva minimamente diversa, é abordado por Julia Ximenes da seguinte forma: “Estas discussões retomam, ainda, a controvérsia entre a “liberdade dos antigos” e a “liberdade dos modernos”: a primeira, proveniente da concepção rousseauiana de uma sociedade homogênea e da vontade comum suprema; a segunda tem como marco a ideia de um sujeito autônomo, senhor de si e construtor de sua própria história, cuja necessidade jurídica imediata é ver sua liberdade, do tipo deixar agir não obstruída, e tem como marco Locke (TAVARES, 2005). Esses dois marcos têm balizado o debate sobre a legitimidade constitucional” (XIMENES, 2010).

seguinte construção: “a Constituição é aquilo que o STF diz”. Lênio Streck (2012) aponta uma série de três pensamentos bastante elucidativos e reiterados de ministros da Corte demonstram como se tem orientado essa jurisprudência em relação ao plano da normatividade, ainda que constitucional²⁹⁸.

A visão axiomático-dedutiva²⁹⁹, que foi se enfraquecendo, mas ainda persistiu até depois da Segunda Guerra Mundial, foi sendo substituída por uma perspectiva que problematiza o texto produzido pelo Legislador e conclama o Judiciário a completar o sentido normativo³⁰⁰.

Nessa visão antiga, inclusive, a desvinculação entre direito e moral era evidenciada na própria distinção das áreas do conhecimento. Ademais, ao Legislador é que seria incumbida a função de decisão eminentemente política ou construtivamente política. A ideia do legislador negativo para a Corte Suprema, que se encaixa na teoria democrático-kelseniana, pautada pela supremacia do Legislador, ensinava o que para muitos figurava como um papel coadjuvante à Corte. Essa ideia apresenta resquícios até os dias de hoje, mas também já parece lograr superação na Corte (MAIA, p. 91), conforme se pode verificar, exemplificativamente no caso das “sentenças aditivas”.

Essa visão preponderou no Brasil durante o regime militar³⁰¹ e não foi diferente

²⁹⁸ Vale a reprodução do caso mais emblemático: “Ato 3. “Sendo assim e considerando que a atividade de interpretar os enunciados normativos, produzidos pelo legislador, está cometida constitucionalmente ao Poder Judiciário, seu intérprete oficial, podemos afirmar, parafraseando a doutrina, que o conteúdo da norma não é, necessariamente, aquele sugerido pela doutrina, ou pelos juristas ou advogados, e nem mesmo o que foi imaginado ou querido em seu processo de formação pelo legislador; o conteúdo da norma é aquele, e tão somente aquele, que o Poder Judiciário diz que é. Mais especificamente, podemos dizer, como se diz dos enunciados constitucionais (= a Constituição é aquilo que o STF, seu intérprete e guardião, diz que é), que as leis federais são aquilo que o STJ, seu guardião e intérprete constitucional, diz que são.” (STRECK, 2012).

²⁹⁹ Essa orientação, bem conceituada por Bonavides (2004, p. 110-112), que parte da ideia de sistema fechado, no qual se permite ao julgador, a partir dos axiomas jurídicos, deduzir a resposta normativamente adequada ao caso concreto, veio perdendo muito espaço no âmbito da Corte já desde o século passado. Em verdade, não mais existe no presente século. Retrospectivamente, vê-se que até a Segunda Guerra Mundial a perspectiva liberal de direitos negativos, oponíveis contra o Estado, ainda era predominantemente a base das discussões jurídicas. As bases conceituais dessa ideia sistêmica remontam a Savigny e, estruturalmente, à doutrina do direito de Kelsen, que logrou coerente sistematização, não somente jurídica, mas epistemológica, que ainda encontra alguma adesão até nos dias de hoje. Ao mesmo tempo, o positivismo jurídico vinha ganhando muita força a partir de um ar mais científico, por oposição a um desgastado e problematizado jusnaturalismo. Com o impulso do pós-Segunda Guerra, uma corrente axiológico-teleológica desponta por oposição ao formalismo vazio da corrente axiomático-dedutiva e já nesse novo momento não se consegue mais afastar do direito a noção do justo, não somente ante os horrores do derrotado sistema nazi-facista (BONAVIDES, 2004, p. 112), mas também pelo próprio desenvolvimento da ideia de *Welfare State* que exigia um quase onipotente Estado prestacional, que por aqui nunca chegou a ser efetivamente implementado.

³⁰⁰ Quando, após a segunda guerra, o suposto liberal de que “aquilo que não é proibido é permitido” desce da condição de imperativo e passa a condição de valor, rui um dos principais fundamentos da separação entre direito e moral. A Justiça se sente, então, cada vez mais convidada a construir obrigações a partir de outros valores, que eventualmente venha a entender mais fortes que o do livre agir diante de inexistência de vedação..

³⁰¹ Não se poderia perder de vista que uma profunda mudança nessa sistemática somente ocorreu no pós-ditadura. Esse direito como uma área do saber muito mais investigativa do que tecnicista, ou em outras palavras,

no âmbito da Corte³⁰².

Ocorre que inegavelmente houve uma troca, rápida, ainda que gradual, dessa visão jurídico-dogmática, ainda que silenciosa, como primeiramente ocorreu no ativismo conservador, ou mesmo explícita, quando ocorre o proclamado ativismo progressista-garantista, ou liberal, em outra conceituação.

Mais recentemente, a ideia de sistema aberto, cuja maior aptidão para suas construções normativas da constitucionalidade seria do julgador, parece encontrar maior adesão na Corte. Sua adesão não se exaure, contudo, ao âmbito da Corte, ao contrário, dentre várias correntes de pensamento, a do neoconstitucionalismo é uma das que ganha bastante força e tende a propor uma concretização constitucional a partir da Justiça e cada vez mais pautada em princípios mais abertos abrangentes.

A PEC nº 33/11 vem nesse contexto e sua aposta ainda é no Legislativo e na sociedade, em última análise, para efeito de limitar excessos perpetrados no controle de constitucionalidade. Inclusive, é em face do momento posterior, no pós-Reforma do Judiciário, que a proposta foi apresentada e se justifica.

Ocorre que esse debate se torna um pouco mais dificultoso exatamente porque foi ocorrendo a consolidação de uma visão de tribunais como sinônimo de garantia de direitos, concomitantemente com o crescimento da ideologia do estado de bem-estar social³⁰³, como se não existissem pesadas e sérias exceções.

A refutação das ideias de direito do liberalismo puro, que primava por uma separação mais incisiva entre público e privado e de uma separação mais rígida entre os Poderes, proclamando as liberdades positivas em face do Estado veio dificultando a separação entre político e jurídico³⁰⁴.

de abordagem muito mais crítico-problematizante do que lógico-formal, somente prosperou por aqui no momento de democracia instalada, ainda que tenha havido alguns movimentos nesse sentido desde a época do regime militar.

³⁰² É o que se infere das oscilações no tocante aos *habeas corpus*, referidas no primeiro capítulo, principalmente depois do AI-5, o que se entendeu como complacência para com o regime e a tolerância conivente com a “força constituinte” dos atos institucionais. Obviamente que essa complacência poderia ser analisada não da perspectiva de filiação a alguma corrente jurídico-ideológica, mas sim por questão da relação poder *versus* subserviência. Todavia, registra-se que por vezes, durante o regime militar, mesmo essa visão axiomático-dedutiva do direito era afastada e substituída por uma artificialista e justificadora do poder, capaz de escusar mesmo violações de garantias negativas de liberdade mínima. Do contrário, inevitavelmente a Corte teria de declarar a inconstitucionalidade de uma série bastante longa de atos normativos do regime militar, inclusive dos Atos Institucionais, fato que careceu de ocorrer.

³⁰³ Todavia, isso não significa que não possa ocorrer o contrário. Vejam-se, nesse sentido, as propostas apresentadas pela Corte no momento constituinte e os cerceios de direito que ali haviam, conforme ressaltado no capítulo 01.

³⁰⁴ Em razão da emergência do Estado prestacional e do direito regulativo, colocou-se em xeque a ideia rígida de lei a criar o direito. Seguiam firmes ataques, e por diferentes frentes, à ideia de manutenção institucional e da

A respeito da atuação, nesse novo cenário político, do Judiciário, e com mais rigor a Corte Suprema, destacam-se Habermas e Dworkin como dois dos principais expoentes que se pautam por vias discursivas moderadas³⁰⁵ do direito e conseguem alcançar a maior adequação uma boa abordagem da complexa temática. Inclusive, um resgate válido a respeito da temática e dos referidos autores, que remonta ao tocquevilleano binômio da igualdade e liberdade, é feito por Werneck Vianna (1999). Ele auxilia no tocante ao tópico seguinte na medida em que enfrenta com acuidade a discussão acerca da relação entre direito e política. Com efeito, a apropriação que ora se faz do debate se dá com ênfase no fenômeno do crescimento do STF e sua posição político-institucional.

3.2.1. Dworkin, Habermas e a preponderância das cortes jurisdicionais

Diante dessa nova visão já bastante difundida sobre o direito, admitindo forçosamente algum espaço de concretização, figurando como elemento de integração social, tanto Dworkin como Habermas pautam suas análises na importância da Justiça nesse novo momento democrático e apresentam alguma preocupação com a contenção de arbitrariedades na jurisdição. Com isso, acabam por evidenciar, direta ou indiretamente, certa lacuna no tocante a limites a atuações exacerbadas das cortes.

Ambos percebem um Legislativo que veio dividindo, até formalmente, o espaço da criação do direito. Esse Poder foi cedendo lugar em um primeiro momento, a corporações especializadas³⁰⁶, dentre as quais o Executivo e seus técnicos vieram assumindo parte desse espaço; a Justiça, a outra³⁰⁷ parte. Ademais, não se mostram infensos ao

rígida separação de Poderes. O Legislativo não conseguiria predeterminar medidas e programas estatais positivos, normalmente prestacionais, quando a Administração, em verdade, acaba preponderando na construção as restrições e as possibilidades dos direitos ora tidos por fundamentais. Nesse ponto a Justiça é chamada a controlar a Administração a partir do direito administrativo segundo Habermas (2003, v. II, p. 175), mas ao que acrescentamos também o direito constitucional, pois foi invocado a suprir as questões mais delicadas e relevantes do país.

³⁰⁵ Há autores que seguem por vias mais extremadas, como Heidi Hurd (2003), de um lado, buscando uma formulação estrita e vinculativa do juiz e de outro lado há movimentos como o do “direito livre” e da escola realista americana e o mais recente, o neoconstitucionalismo, apontado por Gilberto Bercovici (2013, p. 790).

³⁰⁶ O processo político formal e informal de formação normativa que tem usurpado na prática uma legítima soberania popular representada, abre-se ainda a essa criação tecnocrática do direito de forma menos atacada. Ainda que de fato essa última criação jurídica não dispense muita atenção aos processos formais legitimadores de formação do direito a partir da deliberação resultante da integração social. Dessa forma que se opõe à atuação cidadania ativa o contraponto da prática bastante avolumada no plano fático de construção desse direito pela Administração e até mesmo do Juiz, em detrimento do Legislador.

³⁰⁷ Para todo esse cenário vários fatores foram concorrendo e se superpondo, dentre os quais se destaca uma estratégia do Legislador de menores custos políticos existentes de definições normativas mais estritas mas ao mesmo tempo ocorria a imposição de se relegar ao “técnico” a disposição sobre temáticas mais complexas, ainda

reconhecimento do fato de que uma boa parcela do direito foi se tornando mais aberto, sujeito a um fechamento futuro ou no momento da sua concretização³⁰⁸. A própria Justiça, como foi visto, foi sendo trazida e foi passando a participar de construções políticas. Tudo isso sob pretexto de aprofundamento da pauta da igualdade, em detrimento de um aprofundamento da pauta da liberdade.

Toda essa discussão vai repercutir, no caso, em uma sensível distinção de postura no tocante à posição político-institucional do tribunal constitucional, o que certamente orienta em rumos distintos diante da recente e pesada judicialização da política.

Em Dworkin se evidencia a crença de uma resposta mais apropriada às relevantes questões morais e políticas, para as quais a Justiça não estaria desassistida na participação da discussão e decisão de praticamente qualquer pauta política relevante. Ao espaço do Legislativo, bastante problematizado pelo Autor, restaria uma formulação geral de normas. Em Habermas, inversamente, há uma desconfiança no tocante a uma criação desenfreada do direito pelos tribunais e continua a haver uma aposta no Legislativo³⁰⁹.

Em Dworkin se sobrelevam essas novas relações entre política e direito a partir de uma ênfase bastante positiva e promissora. A criação jurisprudencial do direito, mesmo na esfera política, e ainda que a partir de uma leitura moral feita pelo próprio juiz, é vista não somente como natural, mas também inerente.

Reconheço que uma sociedade dedicada a essa concepção de Estado de Direito pode pagar um preço, com certeza na eficiência e, possivelmente, no espírito comunitário, que, segundo se supõe, é deformado pela preocupação excessiva com o Direito. Mas essa sociedade faz uma promessa importante a cada indivíduo, e o valor dessa promessa parece valer a pena. Ela encoraja cada indivíduo a supor que suas relações com outros cidadãos e com o seu governo são questões de justiça e o encoraja, assim como a seus concidadãos, a discutir como comunidade o que a justiça exige que sejam essas relações. Promete-lhe um fórum no qual suas reivindicações quanto

que se afetasse com isso diretamente as relações jurídicas, chegando-se na prática a ponto de se construir esse direito tecnocraticamente. O Legislativo também partilhou ou ainda partilha de uma crença também ingênua da polivalente capacidade de a Administração e o Judiciário conseguirem conferir respostas aos mais complexos casos sociais concretos.

³⁰⁸ Aí se denota a ruptura com o tipo clássico de norma geral e abstrata, construída previamente à situação que se pretendia regular. Restava finalmente evidenciada dificuldade da rigidez da regra em contemplar todas as situações de forma prévia e acabada (HABERMAS, v. II, 2003, p. 174-180), muito mais em uma modernidade que se reinventa nos mais variados setores e em curto espaço de tempo. Descortina-se ainda mais um cenário em que se tem buscado amparo na fluidez dos princípios conforme apontado por Dworkin, na obra *A matter of principle* (1985).

³⁰⁹ O crescimento da pauta de igualdade é muito mais aproveitado em Dworkin, que, a partir da ideia de efetividade no resguardo dos direitos fundamentais, acaba por contornar certa limitação em termos da liberdade deliberativa. Diferentemente do que ocorre em Habermas, que atenta mais para os riscos de sacrifício da liberdade cidadã ativa a tutela estatal, conforme tratado na chave do binômio toquevilleano por Werneck Vianna (1999, p. 19).

àquilo a que tem direito serão constante e seriamente consideradas a seu pedido. [...] Posso ter dado a impressão de que a democracia e o Estado de Direito são conflitantes. Não é isso; pelo contrário, esses dois importantes valores políticos estão enraizados em um ideal mais fundamental, o de que qualquer governo aceitável deve tratar as pessoas como iguais. O Estado de Direito, na concepção que defendo, enriquece a democracia ao acrescentar um fórum independente, um fórum do princípio, e isso é importante, não apenas porque a justiça pode ser feita ali [...] a justiça, no fim, é uma questão de direito individual (DWORKIN, 2001, p. 38-39).

Esse direito a ser construído precipuamente no âmbito das cortes judiciárias passaria a se configurar um meio para a “integridade” da sociedade. Não obstante, ao juiz incumbiria uma carga central nessa responsabilidade. Articulando e conjugando os princípios comuns, o juiz teria de atuar de forma bastante construtiva e as pessoas aceitariam essa pesada interferência na comunidade política a partir dessa identificação de melhor proteção dos direitos, que reage à provocação dos cidadãos. É o que se deduz do excerto abaixo:

we want our officials to treat us as tied together in an association of principle, and we want this for reasons that do not depend on any identity of conviction among these officials, either about fit or about the more substantive principles an interpretation engages. Our reasons endure when judges disagree, at least in detail, about the best interpretation of the community's political order, because each judge still confirms and reinforces the principled character of our association by striving in spite of the disagreement, to reach his own opinion instead of turning to the usually simpler task of fresh legislation (DWORKIN, 1998, p. 264).

Na seara de intersecção entre direito e política, entende que o juiz, incluindo a Suprema Corte, acaba por fazer esse tipo de incursão em princípios políticos em sua fundamentação³¹⁰: “a visão correta, creio, é a de que os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político” (DWORKIN, 2001, p. 176).

De outra parte, a garantia de ajuizar qualquer ação para efeito de resguardar os direitos estabelecidos pelo Legislativo contribuiria diretamente para a fundamentação democrática desse agir construtivista do juiz que deve saber trabalhar com uma inerente leitura política do direito.

Segundo a proposta de Dworkin, ocorreria aí a alternância da precipuidade dos espaços públicos de interação comunicativa decisória. Werneck registra:

³¹⁰ Nessa leitura, para Dworkin, deveria haver uma refutação daquela vetusta noção de busca da entrega jurisdicional, no caso concreto, da escolha feita pelo Legislador. “[U]ma decisão que leva em conta direitos de fundo será superior do ponto de vista desse ideal, a uma decisão que, em vez disso, especula, por exemplo, sobre o que o legislador teria feito se houvesse feito alguma coisa” (DWORKIN, 2001, p. 14-15).

em torno do Poder Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico “sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária” consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. [...] Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos de grupos sociais e até de partidos” (VIANNA, 1999, p. 22 e 23).

Defendendo seu ponto, Dworkin propõe essa reconstrução racional da ordem jurídica a partir de uma ordenação dessa atividade interpretativa em uma busca da melhor resposta possível³¹¹, levando em consideração e conjugando o princípio político-legislativo de criação da norma e, ao mesmo tempo, o princípio adjudicativo, que busca conduzir o direito pelo caminho de maior coerência possível (DWORKIN, 1998, p. 176).

Ciente das fortes críticas que vêm no sentido da politização das cortes, Dworkin ainda assim mantém essa aposta no caminho a ser aberto nesse cenário político-institucional a partir da problematização daquilo que vislumbra como alternativas: a aquiescência e a reserva das soluções políticas ao Legislativo.

Segundo o autor, a “aquiescência às leis evidentemente não é suficiente para a justiça; a aquiescência plena provocará injustiça muito séria se suas regras forem injustas” (DWORKIN, 2001, p. 8-9). Para uma espécie de “legitimação pelo reconhecimento de direitos”, os juízes deveriam ser capazes de apreendê-lo em dimensão sempre mais adequada do que a ordem positivada vigente. E a partir desse viés político da decisão judicial, o juiz estaria legitimado a julgar não apenas de acordo com a norma, mas com o que deveria estar nela³¹².

Dworkin vem na linha da descrença na superioridade da racionalidade decorrente do processo Legislativo e do apelo ao Legislador. Para ele a letra da norma pode estar errada e não corresponder ao que de fato se pretendeu, desguarnecendo direitos indispensáveis. Haveria até uma tendência nesse sentido, por vezes, no tocante a interesses do Poder Público opostos à concessão de direito. As pressões a que sujeitos os legisladores figurariam como mais um fator deslegitimador, nessa comparação com os juízes. Quanto ao

³¹¹ Esse direito comumente observado em nosso tempo começou a se projetar para um futuro aberto, com ampla liberdade a se decidir no caso concreto e nesse contexto o autor confere sua ênfase aos princípios e a um direito integrador da sociedade, relativamente indefinido começa a ganhar espaço. Por um lado, é inegável que na atualidade o Judiciário passou explicitamente a completar o sentido normativo e reconstruir o racionalmente o próprio direito, algumas vezes em razão da própria norma. Mas o objetivo do autor não é a descrição e sim a prescrição, orientando para uma crescente e abrangente atuação judiciária.

³¹² Há algum apelo velado, aí, a alguma instância natural ou racionalista de legitimação do direito, e esse apelo indireto é o que fundamenta a percepção: “não conheço nenhuma razão pela qual seja mais provável um legislador ter opiniões mais precisas sobre o tipo de fatos que, sob qualquer concepção plausível de direitos, seriam relevantes para determinar o que são os direitos das pessoas” (DWORKIN, 2001, p. 26).

apelo à vontade do Legislador refletida na norma, sustenta que retirar uma racionalidade inequívoca de processos de formação legislativa em regra não se mostra profícuo³¹³ e critérios sobre hermenêutica jurídica a partir desse processo legislativo podem ser conflituosos. Alfim, fecha a crítica sistemática no sentido de que seria culpa de o Legislador não mudar a norma interpretada de forma equivocada pelo juiz (DWORKIN, 2001, p. 10-19).

É bem verdade que Dworkin, procurando se diferenciar de uma linha mais “norte-americana progressista”, que aposta ilimitadamente na garantia da promoção da concepção de bem-estar-geral, supostamente mais bem resguardada a partir do Judiciário, que deveria trabalhar com uma procedimentalização legitimadora. A figura mítica do juiz Hércules, servindo de modelo, inspiraria o julgador a identificar completamente todos os pontos relevantes do caso e a toda a jurisprudência relacionada, mas também para uma conciliação entre o presente e o passado institucional desse espaço jurisdicional³¹⁴. Isso tudo no sentido da legitimação da sua decisão política. Ademais, essa leitura política a ser feita deveria se limitar aos “casos controvertidos”³¹⁵ e não poderia se pautar pelo procedimento político³¹⁶, que se encontra nas disputas político-partidárias.

Em nosso entender, contudo, acaba por neutralizar o fundamento da soberania do povo e deixa de oferecer uma via segura, efetivamente eficaz no sentido de impedir leituras políticas desastrosas que por vezes são feitas pelas cortes.

Habermas, que concorda em vários pontos com Dworkin, vem por outro

³¹³ Em contrapartida, é curioso observar que os processos de decisão do STF também não são inequivocamente coerentes se tomada a fundamentação de cada voto e principalmente nas questões mais controvertidas e nem por isso se deixa de retirar um sentido da jurisprudência da Corte. Em boa medida, esse processo de abstração também pode ser feito em relação a processos legislativos. Há sempre um problema central a ser resolvido e uma proposta normativa resolvedora. Há sempre juízos de aproximação de sentido para se abstrair o cerne de normas e da respectiva elaboração legislativa, tal qual ocorre em relação à jurisprudência do STF, por exemplo.

³¹⁴ Ao analisar uma das críticas recebidas acerca da figura do juiz Hércules, Dworkin ainda acaba expondo o risco de fornecer subsídios ou quebrar uma defesa social em face de juízes que não queiram atuar como o mítico juiz Hércules: “[a]nother minor critic appears. His complaint is from a diferente quarter. “Hercules”, He says, “is a myth. No real judge has his powers and it is absurd to hold out as a model for others to follow. Real judges decide hard cases much more instinctively. They do not constructo and test various rival interpretation against a complex matrix of intersecting politica and moral principles” (DWORKIN, 1998, p. 264).

³¹⁵ Não há, aí, porém, um sentido inequívoco do como seria possível testar a hipótese lançada pelo autor, porquanto caso não seja tautologia, de confundir caso controverso exatamente com casos em que o sistema de regras não confirmam resposta, então exige a pressuposição de uma coincidência grande no tocante aos casos justificados pelo autor para a situação da fuga do direito positivado exatamente como sendo sempre casos controversos. Ademais, o autor ainda generaliza no tocante aos casos controversos no sentido de que não haveria nada no livro de regras que indicasse uma solução inequívoca, mas procura defender um agir judicial corretivo da norma, do que se infere, ainda que não controvertido, mas aí não pode admitir expressamente, mas o admite informalmente a possibilidade de descumprir as regras e não se pautar pelo livro de regras, porque, afinal, essa foi a motivação mais forte para se apoiar esse movimento de criação do direito pelo Juiz ainda que tomando decisões políticas.

³¹⁶ Para tal conclusão é necessário pressupor que não haja minimamente contaminação desse *modus procedendi* político pelos juízes e Suprema Corte, o que não é muito provável, ainda que possa acontecer em menor escala.

caminho, a partir do qual se consegue encontrar algum respaldo em possíveis adequações a serem feitas no tocante a excessos por parte das cortes, em especial, das corte supremas.

A partir do dogma que fundamenta o Estado de Direito pela autonomia dos homens enquanto sujeitos livres, que obedecem às leis que eles mesmos estabeleceram em um processo de entendimento comunicacional de influências multidirecionais e intersubjetivas, na constante tensão entre facticidade e validade do direito, segue mais próximo das construções constitucionais como expressão do povo e da soberania popular.

Mais distante de alguns ideais de justiça moral, Habermas acaba construindo uma proposta mais variável, relativa³¹⁷, de construção do direito pela comunidade jurídica livremente associada, a partir de uma prática intersubjetiva de entendimento mútuo.

Daí se dizer que a sua ênfase pende mais para a liberdade, para a autodeterminação, para o agir comunicativo procedimental. Não obstante, sua visão do paradigma do direito atual não é meramente formal, afinal o direito seria decorrente de uma construção histórica do país e está associada a uma possibilidade de construção social³¹⁸. Por outro lado, não procura instituir e nem aceita uma “concepção particular de vida boa ou de uma determinada opção política” (HABERMAS, 2010, v. I, p.314).

No entendimento de Habermas

o projeto de realização do direito, que se refere às condições de funcionamento de nossa sociedade, portanto de uma sociedade que surgiu em determinadas circunstâncias históricas não pode ser meramente formal. Todavia, divergindo do paradigma liberal e do Estado social, este paradigma do direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los (HABERMAS, 2003, v. II, p. 189-190).

Suas assertivas vão se tornando difícil supor uma resposta correta, nos casos mais emblemáticos da vida pública e política, dificultando a crença na capacidade do

³¹⁷ Vejamos uma relevante ponderação nesse sentido que ajuda a descortinar a concepção de Habermas sobre a teoria da justiça: “Numa sociedade pluralista, a teoria da justiça só pode contar com aceitação, quando se limitar a uma concepção pós-metafísica em sentido estrito, ou seja, se evitar tomar partido na disputada das formas e de vida e cosmovisões” (HABERMAS, 2010, v. I, p. 86).

³¹⁸ “A concepção empiricamente informada, segundo a qual as ordens jurídicas completam cooriginariamente uma moral que se tornou autônoma, não suporta por muito tempo a representação platonizante, segundo a qual existe uma relação de cópia entre direito e a moral [...] Por isso não podemos interpretar direitos fundamentais que aparecem na figura positiva de normas constitucionais como simples cópia de direitos morais (HABERMAS, 2010, v. I, p. 141). Muito embora seja forçoso destacar que o Autor pondere a respeito da necessidade da Justiça independente para garantir a proteção do direito, dos direitos fundamentais e da justiça como um dos quatro pilares do Estado de Direito.

Judiciário em promover essa leitura reveladora. Nele há uma transposição da ideia de revelação ou iluminação para a ideia de construção equilibrada e legitimada, a ser desenvolvida, porém, a partir de uma substancial ampliação dos canais comunicativos e dos fluxos comunicacionais livres. Certamente coaduna com a soberania popular, combinada com os direitos humanos, ao mesmo tempo em que privilegia a livre e racional criação do direito. Prima pela cidadania ativa, construindo coletivamente esse ambiente democrático e os espaços públicos e privados.

Sua proposta, portanto, não é totalitária e nem tendente a uma doutrinação substancialista. Ela toca, em seu desenvolvimento, tanto a concepção de um sistema político-institucional democrático-participativo decisório quanto também a aplicação do direito. Combate uma tendência de construção social menos permeada do agir comunicativo, voltada para a primazia do agir técnico-jurídico, que começa a afetar a ideia de soberania popular³¹⁹.

Diante do vácuo deixado pelo Legislador, além da ascensão do Executivo, ocorre também a do Judiciário³²⁰, principalmente do Tribunal Constitucional, que de certa forma acaba assumindo para si a primazia da interpretação técnica, quase sagrada, das legislações e da Constituição, com um conseqüente afastamento dos demais intérpretes: Poder Político e Sociedade.

Dele se infere que, se é fato o caminho seguido por Dworkin, no sentido de não se poder mais negar um espaço de conformação normativa feita pelo Judiciário, isso não significa que não possa haver aí um espaço de desequilíbrio e nem que uma desequilibrada conformação normativa feita pelas cortes não possa ser suscetível de qualquer tipo de controle. Afinal, Habermas inclusive convida a cogitar do controle constitucional a cargo do Legislativo.

Seu contraponto a Dworkin, então é no sentido de que

ao estabelecer suas políticas, o legislador interpreta e estrutura direitos, ao passo que a justiça só pode mobilizar as razões que lhe são dadas, segundo o “direito e a lei”, a fim de chegar a decisões coerentes num caso concreto. Isso vale também, como vimos, para as interpretações construtivas de um tribunal constitucional, cujo papel é alvo de restrições por parte de uma compreensão procedimentalista do direito (HABERMAS, 2003, v. II, p. 183-184).

³¹⁹ Daí a crítica da tendência que tem decorrido dessas especializações exigidas do Estado prestacional, de autoprogramação e auto-organização da Administração a tutelar o sujeito.

³²⁰ Vale citar: “Em casos simples, a transferência incontrolada de competências legislativas para tribunais e administrações é fomentada pelo oportunismo de um legislador que não esgota suas competências e renuncia a regular matérias que requerem tratamento legal” (HABERMAS, 2003, v. II, p.183).

Pondera que a concretização judicial do direito também serve a desenvolvê-lo, mas procura conter um avanço ativista com muitas “cautelas”, admitindo a liberdade maior para tomar decisões nas “zonas cinzentas do direito”³²¹. Como controle dessa discricionariedade seria exigido da Corte ou da instância judiciária clareza e fundamentação da decisão, de modo que ela venha a ser submetida ao crivo de um fórum judiciário crítico.

Nesse passo se afasta da ideia de tutela judicial que diga o sentido de praticamente tudo a partir dessa mística interpretação normativa livre, que se sinta capaz ou ao ponto de subverter a própria norma.

Habermas critica uma exacerbação do Judiciário e da criação do direito como inafastavelmente obrigatória pela via judicial. Isso afora o fato de apontar que a justiça também não poderia dispor livremente dos argumentos normativos, inclusive porque sua interpretação em regra não é ilimitada. Para o Autor, deixar a cargo dos juízes o desenvolvimento do direito coloca em risco a racionalidade do exercício do direito e sobrecarrega as bases de legitimação do Poder Judiciário³²², pensamento que se estende até alcançar a Corte Suprema.

E mesmo diante do outro fundamento do direito moderno, além da soberania popular, qual seja, os direitos humanos, Habermas não aceita a imposição de interpretações morais individuais ou corporativistas, na medida em que registra

o sistema de direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos, nem a uma ética da soberania do povo [...] o direito às mesmas liberdades de ação subjetivas, enquanto direito moral, não pode ser simplesmente imposto ao legislador soberano (HABERMAS, 2010, v. I, p. 138).

Com isso, Habermas procura uma saída, que se reputa estratégica e alternativa ao mero fortalecimento incontido de cortes jurisdicionais, no sentido de retomar a valorização da política, até partidária, desde que legitimamente representativa (HABERMAS, 2003, v. II, p. 187), deixando ao “legislador político” o “poder ilimitado de lançar mão de argumentos normativos e pragmáticos” e como consequência manifesta³²³. Ressalta que a fonte de “toda a legitimidade está no processo democrático de legiferação” (HABERMAS, 2010, v. I, p. 122) com o devido apelo à soberania do povo.

Mas, se deixa ao “legislador político” o “poder ilimitado de lançar mão de

³²¹ Parece ocorrer aí alguma apropriação de Hart, na obra *Essays in jurisprudence and philosophy*.

³²² Essa é praticamente uma reprodução literal do pensamento de Habermas (2003, v. II, p. 175) nesse sentido.

³²³ O pequeno trecho procurou reproduzir todo o sentido que se denota de ponto da obra acerca dos princípios do Estado de Direito e da separação de Poderes (HABERMAS, 2010, v. I, p. 239).

argumentos normativos e pragmáticos”, por outro mas deve atenção aos direitos fundamentais e ao espaço democrático de manifestação pluralista, destacando que a justiça da lei é a sua gênese democrática e que seu sustentáculo na democracia é uma separação de Poderes remodelada, mas efetiva (HABERMAS, 2003, v. II, p. 223-239).

Nesse debate mais moderado, que se situa no âmbito das discussões possíveis entre Habermas e Dworkin, certamente que há muitos pontos relevantes que ajudam a compreender não somente a relação entre o binômio igualdade e liberdade, mas também alcança também a imbricação mútua entre direito e democracia. Abrange, portanto, esse espaço de discussão aberta pela projeção das cortes supremas, que apesar de variar em cada país, passam a ser vistas como se fossem os últimos “guardiões das promessas”, porquanto elas se situam na cúpula do Poder Judiciário.

No Brasil se assistiu a uma projeção muito grande do STF³²⁴, que durante muito tempo figurou como panaceia da república e que passou a exercer um nível muito grande de ativismo e a conduzir relevantes político-institucionais, especialmente no tocante à sua posição e a atuar impedindo discussões, verdadeiramente livres, em sentido diverso.

Pelo que se observou, é certo que o Judiciário, principalmente no caso do STF, exerce uma função indispensável na democracia. É bem possível que Dworkin esteja inclusive certo quando aborda que uma leitura política e uma leitura moral da corte seja inevitável nos casos mais difíceis. Também é inegável que a “judicialização da política” tem se mostrado, até o momento, incontornável, inclusive por um necessário resguardo do meio em que se desenvolve a democracia³²⁵.

Contudo, verifica-se que os limites dessa atuação devem ser traçados, ainda que de forma sempre incipiente, como um rascunho sempre inacabado. Sem tais limites há sempre um grande risco à própria sociedade, em razão da possibilidade de deformação da própria democracia, sob pena de se cair no que alerta Gloppen:

another question concerns “how to guard the guardians” and prevent misuse of the power by the judiciary itself. These concerns should be kept in mind as we turn from this general discussion of our dependent variable to a more specific discussion of how the accountability function of courts can be assessed and compared over time across states (GLOPENN, 2010, p. 21).

Mormente no Brasil se faz necessário levar essa discussão a sério e de forma

³²⁴ Por outro lado, não se pode deixar de considerar que há uma variação muito grande entre as cortes supremas no tocante ao alcance, à intensidade, aos mecanismos de contraposição, ao nível de judicialização da política em que estão inseridas e, principalmente, o grau de equilíbrio político-institucional da posição alçada por elas.

³²⁵ Nesse sentido se recomenda a leitura acerca da importância da *accountability* horizontal e da atuação judicial nessa função.

livre, como resposta a um desequilibrado processo de contínuo empoderamento da Corte Suprema e precisamente nesse momento a PEC nº 33/11 pode oferecer algumas respostas interessantes nesse sentido.

3.3. A PEC nº 33/11: uma resposta aberta ao crescimento político-institucional de controle do STF

O contexto da PEC nº 33/11 é esse cenário que foi demonstrado ao longo dos capítulos e tópicos anteriores. Restaria prejudicada análise da proposta de forma dissociada desse contexto. Inclusive, o fenômeno conhecido como ativismo do STF, mais evidente após a Reforma do Judiciário, seguiu e segue surpreendendo. Definitivamente não foi antevisto pelo Constituinte Originário e parece que nem pelo Constituinte Derivado³²⁶. Apesar desse crescimento inesperado e por vezes desmedido, percebeu-se uma dificuldade acentuada de o Poder Político levar a cabo a construção de mecanismos de contenção de eventuais excessos perpetrados pelo STF.

Foram relativamente poucas as proposições legislativas que poderiam de fato interferir nesse processo de empoderamento do STF ou que lhe contrariassem os interesses. Até mesmo as orientações gerais da Corte ou suas prescrições raramente chegam a ser confrontadas.

Uma dessas poucas proposições contrárias³²⁷ a esse processo de fortalecimento do STF foi a PEC nº 33/11³²⁸. Contou inicialmente com uma (possivelmente incontida) formal

³²⁶ De fato, ressalvados alguns poucos instrumentos suprimidos no momento constituinte e a criação do STJ, não houve pontos de retrocesso na competência da Corte, mas contínuo fortalecimento. Os poucos instrumentos de controle que foram retirados acabaram sendo restituídos, ressignificados, nas reformas constitucionais pós-88. Por seu turno, a criação do STJ acabou sendo habilmente contornada pela constitucionalização do direito, essencialmente gestada e delineada no âmbito da Corte Suprema.

³²⁷ Outras propostas de emenda Constituição confrontando o processo de fortalecimento do STF já chegaram a ser apresentadas, contudo, não lograram maiores repercussões. Inclusive foi citado mais atrás as PEC que versavam sobre a criação de mandato aos ministros do STF, todavia, mesmo elas sofreram um forte abalo com a aprovação da “PEC da Bengala”, que, em razão de uma pesada disputa entre setores do Legislativo em face do Executivo, chegou a ser, oportunisticamente convertido na referida Emenda Constitucional.

³²⁸ Sobre essa PEC, cumpre dizer, ela abre uma importante perspectiva dialógica sobre o sistema democrático do Brasil, mas não é imune a críticas. O objeto da pesquisa, porém, restringe-se à necessidade de se oportunizar o diálogo que permeie o cerne dessas medidas ora propostas, não enfrentando propriamente os riscos de alguma radicalização contra competências básicas da Corte Suprema. Ademais, vale dizer, não se faz qualquer defesa partidária de propostas legislativas. O fato de o deputado Nazareno Fonteles do PT, partido do Governo, ter encabeçado essa PEC, sequer significa que não tenha apresentado outros projetos bastante criticáveis, com o condão de colocar em risco os ora propugnados valores democráticos. Aliás, isso de fato ocorreu no Projeto de Lei Complementar 137/04, daquela mesma autoria, Nazareno Fonteles, que propunha uma poupança forçada ainda mais criticável que aquela construída no Plano Collor.

concordância de um bom número de parlamentares, 219 deputados³²⁹, dentre partidos de situação, oposição e neutros. Alguns anos depois em abril de 2013, logrou ser aprovada na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados, demonstrando a continuidade de uma boa adesão parlamentar.

Não se estranha essa adesão na medida em que essa não foi uma PEC perdida no tempo ou descontextualizada³³⁰. Em realidade, sua compreensão exige uma retrospectiva das últimas décadas relativas ao STF e consideração à mudança de postura dessa Corte, que se fez marcante nos últimos tempos, além de uma necessária abordagem do controle de constitucionalidade no Brasil.

Inclusive, da justificação que consta do arcabouço de fundamentação da PEC se denota que o seu escopo era exatamente os riscos dessa atuação do STF, que vem deixando a postura de legislador negativo e migrando para legislador positivo, figurando muitas vezes como se fosse um superlegislativo, sem a possibilidade de algum tipo de controle formal ou institucional das suas decisões, qualquer que seja.

Bem verdade que vários dos julgamentos da Corte poderiam demonstrar a situação instaurada a que a PEC procurar figurar como uma resposta efetiva. Do arcabouço de fundamentação constam expressamente alguns casos, como os casos: da fidelidade partidária, no qual se criou jurisprudencialmente hipótese de perda de mandato; da controversa verticalização das coligações partidárias, no qual o STF não afastara a inovadora Resolução do TSE que impunha a verticalização em pleno ano das eleições; o caso da redução de vagas de vereadores. Ademais, ainda cita como exemplo de excesso e desrespeito aos requisitos normativos a edição das súmulas vinculantes do “nepotismo” e das “algemas”.

São contudo, apenas exemplos mais contundentes de possíveis excessos perpetrados pelo STF e inclusive trazem-se alguns outros que sem dúvida seriam citados na

³²⁹ Informação disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6A75412EF2F1959E11B5E9DFA728E5D9.node2?codteor=878210&filename=RelConfAssinaturas+-PEC+33%2F2011>. Acesso em 25 jan. 2016.

³³⁰ Deve-se registrar que essa pauta trazida pela PEC nº 33/11, de limitação e rediscussão da abrangência do espaço ocupado pelo STF, não é tão isolada assim. Nós mesmos chegamos a escrever artigo de pós-graduação, em 31 de agosto 2009, sobre isso, quando propúnhamos que “[o]utra alternativa poderia ser a criação de uma espécie de cúpula, que diante de algumas questões políticas, ou simplesmente não-técnico-jurídicas, pudesse participar do controle de constitucionalidade juntamente com a corte constitucional, ou controlar de alguma forma, mas limitada, suas decisões.

Em que pesem, todavia, terem sido apontadas algumas alternativas, destaca-se que mais importante parece ser abrir caminho para discussões acerca da legitimidade de certos tipos de decisões da corte constitucional, pois assim se chegará a alternativas muitas vezes melhores que as ora apresentadas”. Ademais, vários autores já vinham escrevendo acerca da problemática de um crescimento incontrolável do STF e de um relegar a um segundo plano a atuação do Poder Legislativo, por exemplo. Em termos de doutrina de referência, já se achavam à época da edição da PEC obras de autores muito difundidos no mundo, dentre os quais se podem citar Habermas, Waldron, Tushnet, de grande prestígio acadêmico.

fundamentada PEC, caso a sua edição tivesse ocorrido em momento posterior.

3.3.1. A PEC nº 33/11 como uma resposta política abrangente

A PEC nº 33/11 foi pensada como resposta sistêmica, a toda uma construção jurídica que veio fortalecendo o ativismo judicial daquela Corte. A PEC nº 33/11 propôs dificultar o controle constitucional, reduzindo a abrangência principalmente do controle do STF e, por consequência, diminuiu-lhe o espaço de poder, além de mudar a natureza de um dos principais instrumentos de controle e afetar parte da sua primazia político-institucional ancorada na última palavra acerca da Constituição.

O eixo-propositivo da PEC se veiculava em três pautas: votação do controle de constitucionalidade geral; súmula vinculante e controle de constitucionalidade de emendas constitucionais. No cerne dessas três pautas se encontram seis pontos centrais de mudança na ordem vigente que era então proposto.

O primeiro deles aumentava para quatro quintos dos votos do tribunal, incluindo o STF, ou dos respectivos órgãos especiais, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei³³¹. Tocava com isso um dos cerne do controle de constitucionalidade difuso no Brasil. Dessa forma, dificultaria substancialmente essa declaração de inconstitucionalidade essencialmente nas instâncias recursais, haja vista que não afasta a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade no juízo de primeira instância.

A partir do segundo e do terceiro ponto, afeta-se a natureza, por assim dizer, da súmula vinculante. Além de aumentar a quantidade de votos para a sua edição, que passava a ser de quatro quintos, a súmula vinculante passaria a depender de aprovação do Congresso ou da sua aceitação presumida, tácita, para que pudesse se perfectibilizar, de modo a se tornar verdadeiramente vinculante³³². Diminuiria, dessa forma, uma falta de cuidado da Corte na

³³¹ Os principais pontos de modificação desse trecho da proposta são, *in verbis*: “Artigo 1º. O art. 97 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 97 Somente pelo voto de quatro quintos de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo do poder público.’” (PEC nº 33 de 25-05-11).

³³² Os principais pontos de modificação desse trecho da proposta são, *in verbis*: “Artigo 2º. O art. 103-A da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de quatro quintos de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, propor súmula que, após aprovação pelo Congresso Nacional, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

[...] §4º O Congresso Nacional terá prazo de noventa dias, para deliberar, em sessão conjunta, por maioria

edição de súmulas vinculantes e ensejaria que nesse controle do Legislativo se pudessem barrar eventuais arbitrariedades.

O quarto veda ao Supremo Tribunal Federal a suspensão da eficácia de emenda constitucional por medida cautelar. E relacionado a isso se encontram os dois últimos pontos, quinto e sexto, que são os principais. Um diz respeito à possibilidade, pelo Legislativo, de interferir decisivamente no controle de constitucionalidade feito pelo STF, quando se tratar de declarações de inconstitucionalidade de emendas constitucionais. O último diz respeito a um desfecho conferido a esse referido controle posterior feito pelo Legislativo. Em caso de manifestação do Congresso contrariamente à decisão judicial do STF, a controvérsia deverá ser submetida à consulta popular³³³.

3.3.2. Da adesão à PEC nº 33/11 ao sufocamento institucional empreendido pelo STF

Apesar de ter contado com uma franca adesão parlamentar, a cúpula de alguns partidos da oposição se mostrou contrária à sua discussão, tão logo foi aprovada na CCJC. Além disso, algumas organizações corporativas se mostraram temerosas, como associações da magistratura, por exemplo.

Da parte do STF a resposta contra a aprovação na CCJC foi instantânea e se deu por várias frentes diferentes.

A primeira delas, mais imediata resposta do STF, foi concedida na mesma data, pelo ministro Gilmar Mendes, uma liminar no Mandado de Segurança 32.033³³⁴ contra a

absoluta, sobre o efeito vinculante da súmula, contados a partir do recebimento do processo, formado pelo enunciado e pelas decisões precedentes.

§5º A não deliberação do Congresso Nacional sobre o efeito vinculante da súmula no prazo estabelecido no §4º implicará sua aprovação tácita” (PEC nº 33 de 25-05-11).

³³³ Os principais pontos de modificação desse trecho da proposta são, *in verbis*: “Artigo 3º. O art. 102 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: ‘Art. 102. ... § 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.

§ 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos.

§2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.”

³³⁴ Sobre a liminar figurar como uma clara resposta do STF, além da coincidência das datas, ainda se recomenda a verificação da notícia registrada no seguinte domínio da Internet: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,supremo-prepara-resposta-categorica-e-coletiva-contra-proposta-da-camara,1026215>>.

tramitação e deliberação do projeto mais relevante para o Legislativo. Trata-se do Projeto de Lei nº 4.470/2012³³⁵ do Senado Federal³³⁶.

Essa decisão monocrática, configurando caso de pesada interferência judiciária em matéria *interna corporis*, político-partidário, tornou ainda mais evidente algumas das razões da própria PEC nº 33/11.

Observa-se que o Projeto de Lei, que alterava as Leis nº 9.096/1995 e 9.504/1997, garantia que “[a] migração partidária que ocorrer durante a legislatura, não importará na transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão”. Mas, a liminar do relator suspendia o trâmite legislativo, fundamentando-se no fato de que esse Projeto de Lei contrariava a decisão da Corte proferida na ADI 4430, como se o Legislativo fosse impedido de legislar contra entendimento do STF, de que teria tramitado anormalmente rápido e visando casuisticamente a “alterar as regras para criação de partidos na corrente legislatura, em prejuízo de minorias políticas e, por conseguinte, da própria democracia”³³⁷.

Em todo caso, porém, talvez até de forma conciliatória, o STF veio a cassar a cautelar concedida no MS 32.033, de modo que o projeto de lei aludido veio a ser aprovado e convertido na Lei nº 12.875, de 30 de outubro de 2013³³⁸. Mas, é inquietante o fato de que

³³⁵ Os principais pontos da alteração normativa desse projeto originado na Câmara dos Deputados eram: “Art. 1º Os seguintes dispositivos da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, passam a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 29...§ 6º Havendo fusão ou incorporação, devem ser somados exclusivamente os votos dos partidos fundidos ou incorporados, obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, para efeito da distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão’.

‘Art. 41-A. Do total do Fundo Partidário:

I – 5% (cinco por cento) serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral; e II – 95% (noventa e cinco por cento) serão distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6º do art. 29” (Projeto de Lei nº 4.470 de 19-09-12).

³³⁶ Sabe-se que sempre, no Legislativo, quando surge alguma questão polêmica ou alguma divergência em relação ao STF aparecem os favoráveis aos dois lados do debate. Obviamente, então, que nesse caso não seria diferente, inclusive porque o próprio impetrante do Mandado de Segurança foi o senador do DF, Rodrigo Rollemberg. Mas, nem por isso se deve ou pode crer que não hajam decisões do STF que causem verdadeiro atrito quanto a alguma substancial maioria das casas, além, é claro, de atrito em relação à Presidência delas. Em relação à maioria, parece não restar muita dúvida inclusive pelo *modus operandi* da tramitação da PEC 33/11. Por seu turno, em relação aos presidentes das Casas legislativas, vale citar reportagem da Agência Câmara Notícias: “não concordamos, não aceitamos que interfiram aqui no nosso processo correto, constitucional e regimental de expressar os nossos votos. Portanto, vamos entrar com um agravo regimental esperando que o Supremo possa rever essa posição e fazer justiça ao papel constitucional dessa Casa”, disse Alves após a reunião com Renan.

³³⁷ A íntegra desses registros está disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236927>>. Acesso em 11 dez. 2015.

³³⁸ Sobre esse entendimento, parece contrariar a própria posição do ministro relator defendida em outro julgado, *in verbis*: “O ministro Gilmar Mendes fez severas críticas ao sistema de coligação partidária, mas, ao final, ressaltou que a prática ‘ainda é constitucional’. Para ele, as coligações são ‘arranjos momentâneos e circunstanciais’ que, na prática, acabam por debilitar os partidos políticos e o sistema partidário, em prejuízo do

poucos anos depois, no julgamento da ADI 5105, os questionamentos políticos são novamente submetidos ao STF, muito embora no controle abstrato, e dessa vez o STF “julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 1º e 2º da Lei nº 12.875, de 30 de outubro de 2013”³³⁹. Ou seja, acaba por fazer prevalecer sua orientação particular nesse caso conturbado, em face do Poder Legislativo.

Afora isso, ainda se registra a provocação da imprensa³⁴⁰, a partir de comentários dos ministros da Corte, opondo-se à PEC como um todo, sem qualquer tipo de ponderação a respeito da variação dos seus comandos propostos. Também se registram

próprio sistema democrático”, conforme consta da matéria: *Vaga de parlamentar pertence a suplente da coligação, decide STF*. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178093>>. Acesso em 22 mar. 2016.

A esse posicionamento ainda se acresce a seguinte manifestação: “em verdade, as coligações proporcionais, ao invés de funcionarem como um genuíno mecanismo de estratégia racional dos partidos majoritários para alcançar o quociente eleitoral, acabam transformando os partidos de menor expressão em legendas de aluguel para os partidos politicamente dominantes. O resultado é a proliferação dos partidos criados, com um único objetivo eleitoral, de participar das coligações em apoio aos partidos majoritários, sem qualquer ideologia marcante ou conteúdo programático definido”, de trecho disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178093>>. Acesso em 21 jan. 2016.

E diga-se, a prevalecer esse inovador entendimento, sem dúvida que ao STF seria possível embarreirar todo projeto legislativo que não lhe agradasse, ainda que houvesse tramitado de forma regular no Legislativo.

³³⁹ Sobre isso vale registrar ainda dois pontos: 01- restaram “vencidos os Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski”. Fonte disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4552286>>. Acesso em 18 fev. 2016.

02- “Em abril de 2014, em razão da relevância da matéria, o relator da ADI, ministro Luiz Fux, adotou o rito abreviado previsto no artigo 12 da Lei 9.868/1999 (Lei das ADIs), para que a ação fosse julgada pelo Plenário do STF diretamente no mérito, sem prévia análise do pedido de liminar”. Fonte disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=300922>>. Acesso em 18 fev. 2016.

³⁴⁰ Alguns registros foram feitos nesse sentido, como o do canal G1: “A decisão repercutiu entre os ministros da corte, que no mesmo dia manifestaram oposição ao projeto da Câmara”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/se-pec-33-passar-melhor-que-se-feche-o-supremo-diz-gilmar-mendes.html>>. Acesso em 21 jan. 2016. Mas, ainda outros tantos de vários comentários feitos pelos ministros da Corte em diferentes momentos, inclusive ex-ministros se pronunciaram todos com críticas pesadas contra a PEC como um todo, sem qualquer ponderação em contrário. Nesse sentido se recomenda a verificação no sítio <<http://www.leieordem.com.br/toffoli-da-72-horas-para-camara-se-manifestar-sobre-pec-que-enfraquece-o-supremo.html>> e também no sítio: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/rezek-pec-do-pt-e-de-um-surrealismo-espantoso-e-gilmar-mendes-nao-atravessou-o-sinal/>>.

Um dos registros feitos nesse sentido é o que segue: “Ontem, o presidente do STF, Joaquim Barbosa, divulgou uma nota afirmando que a PEC ‘fragilizará a democracia’ caso seja aprovada. Segundo ele, a separação entre os Poderes faz de parte de uma série de mecanismos para que um Poder neutralize abusos de outros.

O ministro Gilmar Mendes, alvo das críticas de Renan, disse na tarde de ontem que se a proposta passar, é melhor ‘que se feche’ o STF. ‘Ela [PEC] é inconstitucional do começo ao fim, de Deus ao último constituinte que assinou a Constituição. É evidente que é isso. Eles [parlamentares] rasgaram a Constituição. Se um dia essa emenda vier a ser aprovada, é melhor que se feche o Supremo Tribunal Federal.’

Na quarta, o ministro do STF Marco Aurélio Mello disse ter visto a PEC como uma ‘retaliação’ do Congresso a ações recentes do Supremo. No julgamento do mensalão, parlamentares foram condenados à perda de mandato, o que gerou polêmica entre Legislativo e Judiciário.

Para o presidente da Câmara, a PEC pode abalar a harmonia entre o Legislativo e o Judiciário. ‘Cada poder deve ocupar seus espaços, seguindo a norma constitucional’”, tudo isso na matéria jornalística: *Toffoli dá 72 horas para Câmara se manifestar sobre PEC que enfraquece o Supremo*. Disponível em: <<http://www.diarionline.com.br/index.php?s=noticia&id=57354>>. Acesso em 23 mar. 2016.

conversas pessoais com parlamentares no sentido de impedir qualquer êxito da PEC³⁴¹. Ademais, ainda se conferiu tramitação imediata (01 dia após a impetração) de impugnação feita perante o STF, no MS 32.036. Nela se conferiu prazo de setenta e duas horas para que a Câmara dos Deputados apresentasse justificativa a respeito desse projeto³⁴².

Diante de todo esse esforço político-institucional em contrário, o Presidente da Câmara veio a se comprometer em não instalar a comissão especial que seria necessária ao prosseguimento da PEC. Desse modo, ela acabou por sucumbir definitivamente em 31 de janeiro de 2015, ante seu arquivamento, sem novos trâmites, no Legislativo.

Inferese-se que, somente em razão desse compromisso do Presidente da Câmara dos Deputados, o STF não fulminou a tramitação da PEC, porquanto se registrou na decisão interlocutória que

não havendo notícia da designação da Comissão Especial responsável pelo exame do mérito da proposição e elaboração de parecer a ser submetido ao plenário da Casa Legislativa, é possível afirmar que a tramitação da PEC nº 33/2011 encontra-se, atualmente, suspensa na Câmara dos Deputados, o que evidencia, ao menos nesse momento, a ausência de periculum in mora que justifique a atuação desta Suprema Corte em sede de liminar³⁴³ (MS 32.036, rel. min. Dias Toffoli, DJe 14-05-13).

Todo esse cenário que envolveu a PEC é muito significativo. Parece demonstrar o sufocamento da possibilidade de resposta, por parte do Poder Constituinte derivado, a esse processo de empoderamento do STF. Afinal, assim como a proposta não logrou ser debatida, ainda outras que sofram elevada pressão da Corte poderão sucumbir. Qualquer tentativa de estabelecer limites a esse processo, ainda que mediante a edição de PEC, com a criação de um poder deliberativo final mediante a participação dos representantes eleitos e da sociedade em si, parece inequivocamente conduzir a um cenário de forte oposição da Corte.

Nisso tudo se perdeu a significativa oportunidade de discussão e deliberação sobre esse tema, que se mostra um dos mais importantes na atual conjuntura político-institucional do Brasil, inclusive para efeito de se manterem desobstruídos esses

³⁴¹ Vide nesse sentido a reportagem constante no seguinte sítio da Internet: <<http://www.ebc.com.br/noticias/agencia-brasil/2013/04/presidente-da-ccj-diz-que-polemica-sobre-pec-33-e-tempestade-em-copo>>.

³⁴² Vide sítio do STF na Internet no tocante ao trâmite, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4398416>>. Acesso em 25 jan. 2016. Ademais, indica-se nesse sentido a reportagem constante no seguinte sítio da Internet: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,supremo-prepara-resposta-categorica-e-coletiva-contra-proposta-da-camara,1026215>>

³⁴³ Decisão disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4398416>>.

indispensáveis canais democráticos da soberania popular direta e mediante representação eletiva.

3.4. Dos caminhos abertos pela PEC nº 33/11

Como se pôde observar, a PEC nº 33/11 sucumbiu diante de pesadas pressões político-institucionais, não somente do STF, mas essencialmente da Corte. Ela atuou em algumas frentes, conforme reportado, como a da imprensa, a da pressão política a partir de líderes do Legislativo, mas pela via mais inquietante, a jurisprudencial, na medida em que tão logo obteve aprovação na CCJC da Câmara dos Deputados, tão imediata foi a resposta da parte de ministro do STF.

Mas, a sua sucumbência não desfez sua profunda importância. Isso porque, além de muito bem fundamentada, todo o conjunto da PEC abre caminho para inesgotáveis discussões relevantes que permeiam o cenário político-institucional nacional.

Alguns desses caminhos são específicos e diretos e serão tratados neste momento, contudo um outro é genérico e ainda mais importante, também aberto, será abordado no próximo item.

Preliminarmente, é necessário refutar algum ataque menos detido, incauto, ao conjunto da PEC, no sentido de uma suposta completa violação de cláusulas pétreas.

Em uma verificação panorâmica, que se empreende no presente tópico, não é possível verificar expressa violação de cláusula pétrea que dispensasse, a respeito de cada um dos termos trazidos na PEC, uma verdadeira consideração de modo que se tornasse plausível a inviabilidade da deliberação dos pontos propostos na PEC. Isso é, a única ressalva que se faz é no tocante à obstaculização no excessivo número de votos dos tribunais proposto para a declaração de inconstitucionalidade, que englobaria o controle difuso.

Com efeito, os quatro quintos dos votos das cortes que seriam exigidos pela PEC parecem realmente exagerados inclusive em razão da dificuldade de quórum, que com alguma frequência se encontra nos tribunais, além do fato de que o STF conta com apenas 11 ministros, o que torna o quantitativo exigido ainda mais expressivo. Ademais, mesmo com a Corte cheia, haveria alguma chance de se tornar algum debate constitucional mais relevante muito vulnerável a ingerências externas. É que bastaria que três ministros fizessem a oposição à declaração de inconstitucionalidade para que ela se tornasse improcedente. Esse fato poderia conferir um peso muito grande e facilmente decisivo a alguma eventual sucessão de ministros.

Suscita, portanto, dúvidas acerca desse controle no sentido de não o tornar inócuo, mas ainda assim comportaria e até exigiria o debate aberto.

Diferente, porém, se dá em relação aos demais pontos, visto que parecem realmente bem ajustados e plenamente passíveis de serem debatidos, deliberados e até mesmo aprovados, ainda que dos debates não sobreviessem mudanças e fossem aprovados da forma que propostos.

A começar pela pauta da alteração da súmula vinculante do STF, não se pode perder de vista que muito embora esse instituto já esteja razoavelmente assimilado pela cultura jurídica do país, não fez parte da redação original da Constituição. Foi trazida ao ordenamento e no nível constitucional a partir de um esforço conjunto de diversos atores, entre eles os próprios ministros do STF, a OAB, e principalmente o Legislador Constituinte derivado, a partir da EC nº 45/04.

Nesse sentido, inclusive, ressalvada alguma radicalização argumentativa acerca “vedação de retrocesso”, deslocada e transposta, por meio de uma justificativa indireta de defesa de direitos fundamentais, sequer haveria como se opor a alguma emenda constitucional que viesse a suprimir ou, menos ainda, modificar a natureza da súmula vinculante. Já quanto ao frequente argumento de violação da separação dos Poderes, ele não seria inequívoco, afinal, a supressão da súmula vinculante, por exemplo, apenas faria retornar aos *status quo ante*. Não incorreria em nenhuma situação de inconstitucionalidade, nem de inconcebível violação de separação de Poderes. O instrumento era inexistente no ordenamento jurídico nacional antes da EC nº 45/04. É de se pressupor que o mesmo poder de conceder medidas e instrumentos à Corte é o mesmo de retirar.

Aliás, conforme decorre da própria justificação da PEC, a súmula vinculante parece mesmo ter apresentado algum desvio do sentido para o qual fora concebida, conferindo, dessa forma, um poder ainda maior ao STF, arbitrário, que ainda vem incrementado do fato de que até de ofício se pode editá-la.

Portanto, essas alterações propostas para a súmula vinculante parecem atender finalidade de acato à disposição do art. 49, XI, da CF/88, haja vista que quando o STF edita súmula vinculante sem estar amparado pelas hipóteses normativas acaba por incorrer, em alguma medida, no espaço da criação normativa, atuando como legislador positivo.

Ademais, não seria sem sentido cogitar que, ao se trazer de volta ao Congresso a deliberação sobre a vinculação geral em razão de súmula do STF, haveria um parcial resgate dos próprios sentido e determinação do art. 52, X, da Carta Política, na medida em que seria

um elemento a menos na tendência da objetivação do controle difuso.

Seria uma possível solução para os descumprimentos do STF em relação aos requisitos legais da súmula vinculante, limitando o seu funcionamento, que até então atua de forma indiscriminada, com alcance indefinido. Mas, ainda que falhassem algum desses pontos, ao menos seria um ato de normatização positiva com a participação efetiva do Legislativo, ou presumida, pelo aspecto tácito.

Quanto, porém, à pauta da votação do controle de constitucionalidade, na alteração proposta pela PEC, apresentava uma ampliação substancial, para quatro quintos dos votos dos tribunais³⁴⁴ para se poder declarar a inconstitucionalidade de normativa, incluindo no STF. Ainda assim, seria apenas em virtude do excessivo aumento que haveria uma possibilidade mais direta, menos derivativa, de se poder verificar violação de cláusula pétrea e, ainda assim, não chega a ser inequívoca.

Portanto, não é porque configurava um aumento em relação à mera maioria absoluta, que hoje se exige, mas sim porque quatro quintos é quórum tão elevado que poderia obstaculizar, na prática (e não na teoria), o próprio *judicial review* pelas cortes judiciais, uma vez que a PEC nada mudava para a declaração de inconstitucionalidade pelos juízes de primeira instância.

Além disso, como se tratava de PEC que ainda tramitava pelas comissões da Câmara, nada obstaría que em comissão especial, que sucederia a CCJC, por exemplo, viesse a ser modificado o trecho, ainda na fase de debates, de construção da norma, passando a ser outra a redação colocada à deliberação.

Afora tudo isso, não seria absurdo, mas plausível pensar em algum critério que tornasse institucionalizada uma versão forte do já enfraquecido princípio da presunção de constitucionalidade das leis. Poderia ser bastante salutar a criação de mecanismo que pudesse impedir novos casos como aquele que ocorreu no empate no julgamento da “Lei da Ficha Limpa”, em 2010, que exigisse uma franca maioria das cortes ou dos respectivos órgãos especiais para se definir a inconstitucionalidade incidental de alguma norma do Poder Público ou ao menos da legislação, ainda que seja bem menos dificultosa do que quatro quintos dos votos da Corte. Afinal, a legislação, e somente ela, ainda é admitida pela generalidade como sendo o instrumento que pode limitar a liberdade da sociedade e impor conduta à Administração Pública, consoante ressaí do art. 5º, II, da CF/88.

³⁴⁴ Não se esquecem dos respectivos órgãos especiais dos tribunais, contudo, estão contemplados quando se diz tribunais porquanto não deixam de ser órgãos de representação de cada corte judiciária que tenha optado por instituí-la.

Por fim, quanto à pauta do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, é na verdade o seu principal ponto. A PEC propôs permitir que o Legislativo deliberasse sobre eventual decisão de inconstitucionalidade proveniente do STF. Nesses casos especiais de discordância entre Legislativo e Corte Suprema, em que os fundamentos lançados no acórdão não fossem suficientes a convencer ao menos três quintos do Congresso Nacional, então se submeteria toda essa situação a uma consulta popular.

Não há, também aí, tendência a extinguir as cláusulas pétreas, por si somente, inclusive quanto à separação de Poderes. A CF/88, além de não ter mencionado que ao STF incumbiria realizar esse tipo de controle constitucional de emendas constitucionais, fundamenta-se na soberania popular e enaltece a representatividade eleitoral. Afinal, também é essa mesma soberania popular que se tem admitido como legítima a provocar o próprio constructo do Poder Constituinte originário. Ademais, a construção do nosso “sistema” de controle de constitucionalidade, até como resultado por vir, sendo preenchido por orientações do STF e pela atuação dos seus ministros, foi gradativamente afastando o pressuposto que inspirou a ANC no sentido de que o Poder Constituinte derivado é que seria o responsável final pela Constituição e pelo seu sentido geral.

Com essa alternância de fundamento acerca do sentido constitucional, que desloca para a Corte Suprema a palavra final sobre a Constituição, principalmente por causa das excepcionais cláusulas pétreas, a doutrina acabou incorporando prontamente essa ideia que restou difundida para o meio político e sociedade em geral.

A PEC acabaria chancelando a possibilidade desse controle de emendas constitucionais pela Corte, contudo, com a ponderação de que o acórdão não disporia de efeito vinculante e eficácia contra todos enquanto não respaldada da participação efetiva do Legislativo, ou presumida, pelo aspecto tácito.

Essa disposição, sem dúvida se mostra bem encaixada e de maior apelo democrático, oferecendo um respaldo substancial ao Legislativo em eventual contrariedade ao STF, que seria essa interpretação feita no âmbito da sociedade, que estaria alicerçada inclusive na relevante doutrina da “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” proposta por Peter Häberle (1997).

Para essa doutrina, procura-se resguardar a prerrogativa de exercerem “direito de voz” e diálogo a todos os afetados por certa decisão judicial consubstanciada em algum controle de constitucionalidade. A partir da qual se pode prosseguir no sentido de refutação da mera aceitação do pressuposto de que seria dado à Corte Suprema o “errar por último”.

Porque agir em benefício de simples arbítrio não parece ser correto, nem mesmo inquestionável, por uma “sociedade aberta”.

Com isso, ao mesmo tempo em que essa medida idealizada pela PEC tenha sido mais orientada por uma das vias possíveis de uma “sociedade aberta de intérpretes”, reforça ainda mais o fundamento democrático da soberania do povo. E vem devidamente ponderada pela sua excepcionalidade, haja vista que apenas nos casos mais gravosos, de um anulador controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, feito pelo STF, e rechaçado pelo quórum legislativo constituinte que se recorreria à consulta à sociedade. Portanto, plenamente açambarcável e compatibilizada, a medida, pela disposição do parágrafo único do art. 1º da CF/88, que determina: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Ademais, a viabilidade do cerne desse projeto reformador trazido pela PEC nº 33/11, muito embora guarde profunda relevância, não esgota o real âmbito de discussão trazido por ela.

3.4.1 Uma necessária discussão verdadeiramente aberta e autônoma que garanta uma redefinição dessa posição alcançada pelo STF

As medidas propostas pela PEC nº 33 certamente não são as únicas possíveis. Nem sequer estavam imunes a críticas, como aquelas feitas alguns tópicos acima, no tocante ao quórum elevado para a declaração de inconstitucionalidade. Portanto, outras medidas podem ser pensadas no sentido do aperfeiçoamento do “sistema” de controle de constitucionalidade, da interação entre os Poderes, do estabelecimento de limites à discricionariedade, ou até arbitrariedade da Corte.

Inclusive, pensando de forma mais abrangente, a plausibilidade da PEC nº 33/11 parece apontar para um caminho que vai muito além de sua mera disposição textual. Essa PEC evidencia bem um problema e oferece um bom caminho de solução que não se restringe às suas três pautas, aos seus seis pontos centrais, mas prossegue em relação a imposição de limites mínimos ou necessários à Corte.

Observe-se que esse caminho aberto pela PEC não tocou todos os pontos relativos à judicialização da política, ou mesmo ao ativismo judicial. E nem deveria. Não faz a norma constitucional regredir a alguma delimitação anterior. Não toca o espaço de pesada ingerência participativa do STF no TSE ou no CNJ, que lhe permite controlar, no Brasil, boa

parte dos espaços: político-eleitoral e administrativo-institucional do Poder Judiciário. Também não toca diretamente o processo de objetivação do controle difuso de constitucionalidade, senão quanto à modificação substancial na súmula vinculante. Essa proposta de norma não aborda eventuais ampliações do objeto de controle ou dos seus instrumento.

Além dos estritos pontos apresentados pela PEC 33/11, ela de fato abre uma perspectiva de discussão muito mais ampla. Em realidade, essa perspectiva é relativa a uma redefinição da própria posição alcançada pelo STF. O cerne dessa abertura diz respeito à ideia de limites a esse processo contínuo de fortalecimento da Corte, diante dessa nova realidade de pesada judicialização da política e forte ativismo da Corte.

Abordou-se que desde o momento constituinte, mas principalmente nesses últimos anos, após a Reforma do Judiciário, ocorreu um avanço substancial do processo de crescimento político-institucional da Corte. Primeiramente esse crescimento dependia de apoio dos outros Poderes, mas a partir do autofortalecimento jurisprudencial, foi se tornando independente.

Por um lado esse processo é percebido no tocante a níveis preocupantes de desvinculação em relação à norma insculpida na norma do texto constitucional, independentemente de ser ou não texto original. Por outro lado, foi se tornando capaz de alcançar um forte controle político dos demais Poderes e, em boa medida, até da própria sociedade. E a isso ainda se soma um crescente nível de interferência nas questões políticas mais relevantes.

Na posição de intérprete técnico final da Constituição, sacralizando o teor das suas decisões, acaba por empurrar suas construções jurídico-principiológicas que tende para a irreversibilidade exógena, de entes ou Poderes alheios à Corte.

Ingeborg Maus, muito embora voltada a uma crítica ao Tribunal Constitucional Alemão, de onde vieram fortes inspirações ao STF (CASTRO, 2014, p. 710), explica esse fenômeno a partir do entendimento de que “uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa” acaba ensejando que “qualquer crítica sobre a jurisdição constitucional atrai para si a suspeita de localizar-se fora da democracia e do Estado de direito” (Maus, 2000, p. 185). É a intangibilidade da jurisdição constitucional citado por Marcus Faro (2014, p. 704).

Considerados todos esses fatores, do grau de judicialização da política alcançado no Brasil, o nível de interferência e de ativismo judicial do STF, a intangibilidade

jurisdição constitucional e os plúrimos aspectos do fortalecimento da Corte, tudo isso denota, em relação à sua posição no cenário nacional, um forte desequilíbrio político-institucional.

Nesse sentido, resta inequívoco o oportuno momento de se responder positivamente ao questionamento de dever haver limites claros a esse processo de fortalecimento do STF, capaz de cercear o ambiente dialógico aberto indispensável à qualidade democrática.

Ademais, considerando a centralidade dessa questão, é possível entender o caminho aberto pela PEC nº 33/11 como uma resposta não somente do Legislador, mas até da própria sociedade, ainda que ora por representação, porquanto configura uma tentativa de reequilíbrio político-institucional.

A viabilidade de pontos da PEC indica um caminho aberto para discussões relevantes nesse cenário. Primeiramente porque afasta a ideia de impossibilidade de retorno em relação a algum instrumento de controle que eventualmente tenha sido designada à Corte³⁴⁵ ou mesmo em relação ao alcance de influência institucional e influência em outros órgãos, quando se constatarem graves excessos a demandar a alteração democrática do arcabouço normativo.

Restaria, então, aberta não apenas uma proposta, mas várias, não limitadas, não adstritas a alguma época específica e talvez até por isso se mostre tão relevante. Se analisadas as últimas quatro décadas do Brasil se perceberá que em relação ao STF, o que antes era necessário, atualmente já se mostra em excesso.

Contra eventual insurgência da Corte, não se perde de vista que esse caminho aberto pela PEC vai além, quando ainda propõe uma saída a um suposto conflito no tocante à interpretação final da Constituição. Com efeito, há um universo de crescente volume de interpretações principiológicas da Corte. Sabe-se que essas interpretações podem ser desdobradas a ponto de alcançar praticamente qualquer resultado, principalmente quando se trate de princípios menos objetivados. Nesse contexto não seria difícil um raciocínio da Corte no sentido de barrar ou anular alguma modificação constitucional que lhe seja desagradável. E nesse sentido já se pressupõe grave obstaculização de qualquer deslocamento formal, normatizado, dessa posição de intérprete último.

Obviamente que uma irresignação da Corte poderia significar um impasse bastante dificultoso de ser transposto. E qualquer tentativa de controle posterior de alguma

³⁴⁵ Vide, a esse respeito, no tópico anterior a discussão sobre a modificação na súmula vinculante.

determinação da Corte não costuma ser bem recebida³⁴⁶. Nesse sentido, inclusive, poder-se-ia aproveitar o recado transmitido pelo STF no julgamento da ADI 3.367:

é na exata medida em que aparece como nítida e absolutamente necessária a garantir a imparcialidade jurisdicional, que a independência do Judiciário e da magistratura guarda singular relevo no quadro de separação dos Poderes, e, nesses limites, é posta a salvo pela Constituição da República. De modo que todo ato, ainda quando de cunho normativo de qualquer escalão, que tenda a romper o equilíbrio constitucional em que se apóia esse atributo elementar da função típica do Poder Judiciário, tem de ser prontamente repellido pelo Supremo Tribunal Federal, como guardião da sua inteireza e efetividade (ADI 3.367, rel. min. Cezar Peluso, DJ de 22-09-06).

Além disso, conforme se abordou, a Corte não se sente deslegitimada a julgar matérias que afetem seus interesses ou matérias de interesse de algum dos seus ministros³⁴⁷.

Diante desse contexto, a ideia trazida na PEC nº 33/11 se mostra uma solução viável, na medida em que permite que as decisões da Corte que afastem a constitucionalidade de emendas constitucionais sejam submetidas a uma instância de controle posterior. Esse controle posterior é exatamente o que se apresenta, ora, como uma resposta possível no sentido de efetivamente impor limites e controle dos excessos da Corte.

Ademais, a opção da PEC acerca do controle posterior pontual, dificultoso, de algumas decisões do STF, além de incumbir o Poder Legislativo da sua provocação, ainda demanda o respaldo da sociedade, que se depararia com toda a construção argumentativa para decidir. Essa solução não é única, conforme se aludiu, mas é parte desse caminho aberto, que, por sinal, invoca para si um elevado grau de legitimação diante desse forte e necessário controle aberto da sociedade, arejado pelos mais diversos níveis comunicativos. Tudo isso de forma a superar inclusive o elevado peso, quase sagrado, de que gozam as decisões da Corte Suprema no Brasil.

Segundo Habermas “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (Vol. I, 2010, p. 142).

Inclusive, a possibilidade de impasse e não aceitação pelo STF, acerca dessa alteração constitucional, tendendo para a manutenção do seu *status quo*, teria o condão de expor exatamente a incompatibilidade das derivações principiológicas abertas com o

³⁴⁶ Muitas vezes a Corte acaba por fazer prevalecer sua posição nas mais relevantes questões porque há uma velada ameaça de responsabilidade, de desobediência de ordem judicial. Mas, essa ameaça também pode ser explícita. Nesse sentido se rememora o desfecho dado na Corte sobre a posição do Presidente da Câmara dos Deputados de não aceitar a perda automática de mandato.

³⁴⁷ Com frequência, inclusive, se identificam nesse tipo de julgamento decisões que, obviamente, são consonantes com esses interesses.

fundamento da soberania popular, distantes do texto constitucional. A soberania popular exige que eventuais desequilíbrios possam ser discutidos, de forma verdadeiramente aberta e autônoma, garantindo a possibilidade de incursões e retornos mesmo em relação à posição da Corte Suprema.

Esse caminho é aberto pela PEC nº 33/11, não somente pela sua adesão no Legislativo, mas pela relevância da discussão aberta e arejada no âmbito da sociedade acerca da questão. Dele se vislumbra a necessidade e possibilidade de limitação e até de controle, ainda dificultoso e excepcional, da Corte³⁴⁸.

³⁴⁸ Os limites dessa atuação, ainda que de forma sempre incipiente, como um rascunho sempre inacabado, devem ser traçados. Do contrário, há inclusive um grande risco à própria sociedade, em razão da possibilidade de deformação da própria democracia, por total desrespeito de uma accountability horizontal, sob pena de se cair no que alerta Gloppen: *“Another question concerns “how to guard the guardians” and prevent misuse of the power by the judiciary itself. These concerns should be kept in mind as we turn from this general discussion of our dependent variable to a more specific discussion of how the accountability function of courts can be assessed and compared over time across states”* (GLOPENN et al., 2010, p. 21).

CONCLUSÃO

O processo contínuo de fortalecimento do STF foi notado a partir do momento constituinte, principalmente por uma mudança de postura, que ali surgia. Muito embora tenha havido sensível crescimento instrumental do STF ainda durante o regime militar, não havia durante esse período uma autonomia do Corte perante o Poder Político. Ao contrário, com frequência se notava complacência ou até conivência com o regime. Com isso, tal crescimento instrumental, que chegou a ocorrer, figurava mais como uma forma de viabilizar projetos do governo do que contraponto ao regime autoritário.

A ruptura na postura da Corte veio a ocorrer após findo o regime militar, já no momento constituinte, evidenciada pela simples comparação da disposição de conduta. O momento constituinte passou a evidenciar um STF disposto a confrontos com eixos detentores do poder político em um ativismo que propiciava submeter a essa arena da jurisdição constitucional as orientações da Constituinte.

O processo de fortalecimento da Corte, já se mostrou capaz de impedir, ou auxiliar no impedimento de uma profunda reformulação do sistema de controle constitucional brasileiro. Além disso, não cessou com a promulgação da CF/88.

Ademais, à essa atuação mais política da Corte ainda se somou certa aposta, não unívoca, no fortalecimento instrumental do STF, a partir do incremento considerável de instrumentos de controle pela Corte, estimulada por outros atores políticos. Inclusive, notou-se nesse pós-CF/88 uma confluência dos demais Poderes, ainda que com objetivos díspares, no sentido de ampliar um espaço de atuação da Corte em searas puramente políticas.

Ao analisar a atuação do STF em trajetória no pós-CF/88, já se vislumbra uma Corte que se mostra bastante disposta a atuar de forma definitiva nas relevantes construções políticas estruturais que passaram a ocorrer no Brasil. Esse fator certamente foi um dos mais relevantes e ajuda a explicar um contínuo avanço da abrangência da posição e dos instrumentos de controle da Corte. Afinal, passou a haver uma Corte bastante atuante politicamente, disposta a fazer prevalecer seus principais pontos institucionais, culminando numa força decisiva em situações de dissensões políticas.

Não se tratou de algum ponto mais específico de fortalecimento, mas de um verdadeiro processo e multivariado, sem retrocesso³⁴⁹. Não somente a abrangência da posição político-institucional do STF se avolumou como também se avolumaram os instrumentos de

³⁴⁹ Vide nesse sentido o último tópico do capítulo 1 e os primeiros tópicos do capítulo 2.

controle. Todas as medidas constitucionais e legais que sucederam à CF/88, em relação a esse espaço ocupado pela Corte, foram sempre e invariavelmente no sentido do seu fortalecimento.

Não obstante essa confluência inicial com outros Poderes, a jurisprudência do STF paralelamente passou a atuar ampliando os instrumentos de controle e mesmo inventando outros. Criou-se um processo autoalimentado de fortalecimento, capaz de ensejar à Corte alcançar cada vez mais abrangência de controle sob os mais variados aspectos e sobre as mais relevantes questões da vida pública. Afora isso se abandonou a vetusta atuação como legislador negativo, chegando ao ponto de ser extremamente propositivo até na reconstrução de emendas constitucionais e redefinição de políticas públicas. Por sua vez, esse controle tende a fazer preponderar as intangíveis posições internas da Corte, prejudicando a ideia de reversibilidade e discussão de relevantes pautas públicas.

A reversibilidade desse quadro vem se tornando cada vez mais dificultosa e

qualquer projeto de emenda constitucional que não satisfaça o interesse do órgão de cúpula do poder Judiciário (as supremas cortes com poder de revisão judicial) possuem grande probabilidade de serem considerados inconstitucionais. Nesse sentido, é perfeitamente razoável admitir que o emendamento de questões relativas à política judiciária sejam de consenso entre as elites judiciárias e legislativas. Caso contrário, pelas razões expostas, a possibilidade de um veto judiciário é premente (CARVALHO, 2013, p. 17).

Com efeito, é com dificuldade que na prática se poderia cogitar da possibilidade de contenção de interpretações exacerbadas da Corte. Foi esclarecido mais atrás que há atualmente uma dificuldade sistêmica de proposição de medidas a serem adotadas em face do processo de expansão praticamente ilimitado do controle do STF. Esse cenário se agrava em muito quando se passa a deliberar sobre qualquer pauta que seja contrária à posição de controle invocada pela Corte. A PEC 33/2011, portanto, foi a principal exceção a esse cenário antipropositivo.

O confronto da PEC nº 33/11 com todo esse processo envolvendo a posição do STF tem o condão de abrir uma importante perspectiva de questionamentos. Evidencia os riscos desse processo e prejuízos de um desequilíbrio à ordem democrática no Brasil. A partir daí já se vislumbra um justificável e necessário debate sobre inserção de mecanismos de interrupção do processo de desequilíbrio, com ajustes necessários e de modo a garantir um ambiente democrático mais equilibrado no cenário político-institucional brasileiro.

A questão, contudo, encontra-se inserida em um âmbito tormentoso, com caminhos divergentes. Em um deles há um sensível estímulo a esse processo de contínuo

fortalecimento por parte de vários setores, contando com a tolerância de parte da doutrina constitucionalista. Nesse sentido, muito embora seja inafastável a leitura política da Constituição feita pela Corte, inclusive sob a perspectiva de integração social, há um constante risco no estímulo do aprofundamento da discricionariedade política da Corte, interferindo, sem controle, nas pautas mais relevantes à sociedade³⁵⁰.

Levada a rigor, a ideia de maior legitimidade da Corte, em detrimento do Poder Legislativo³⁵¹, para resolver as questões constitucionais mais emblemáticas, em última análise, haverá uma forte tendência de confundir os entendimentos da Corte com a própria Constituição. A partir daí acabaria restando dispensada a necessidade de construção participativa de comunicação aberta. Com isso se anula o princípio da soberania popular, na medida em que esse intangível entendimento poderia alcançar, supostamente de forma mais apropriada, qualquer questão, concorrendo no sentido da desmobilização de uma cidadania ativa³⁵², que se faz imprescindível a qualquer democracia ante as oposições de interesses que se fazem presente em qualquer sociedade plural.

Filiamo-nos a uma linha mais habermasiana, que aposta na solução de uma construção comunicativa aberta na sociedade como resposta contraposta à ascensão desmedida da Corte Suprema³⁵³ e que utiliza, de alguma forma, as construções comunicativas

³⁵⁰ Dworkin, muito embora tenha tentado procedimentalizar uma atuação jurisdicional mais legítima, inclusive no tocante à leitura política da Constituição, não oferece uma via segura para impedir que essa discricionariedade não transmute em abusos ou excessos, contrários a qualquer recomendação doutrinária ou à orientação legitimamente consentida no âmbito da sociedade. Obviamente que as leituras morais ou políticas do juiz, quando o *self restraint* não funcione, chegam a pontos não previsíveis e que podem obviamente fugir a qualquer controle crítico, ainda que juridicamente especializada. E no Brasil, conforme se sabe esse âmbito crítico é muito restrito, porquanto, conforme já se aludiu, há uma postura acadêmico-doutrinária ainda muito resiliente perante a Corte, adotando, muitas vezes, a própria jurisprudência do STF como balizador da Constituição.

³⁵¹ Habermas critica uma descentralização das competências legislativas para os tribunais, alertando para o fato de que ainda que do Legislativo parta tal orientação, ele não se desincumbiria da missão (HABERMAS, 2003, v. II, p. 183)

³⁵² Inclusive, a continuar o crescimento do peso da participação do STF, mediante decisões de controle, na formulação de algumas relevantes políticas públicas, já se possa antever a necessidade de estender a crítica feita por Habermas à Administração autoprogramada também à Corte: “Uma administração que se programa a si mesma tem que abandonar a neutralidade no trato com normas, prevista no esquema clássico da divisão de poderes. Sob esse aspecto não se observa nenhuma tendência à objetivação. Na medida em que a administração assume as tarefas do legislado político e passa a desenvolver programas próprios, ela tem que decidir por conta própria a questão da fundamentação e da aplicação de normas [...] A negação tecnocrática e a redefinição empirista das questões práticas a serem decididas em contextos imediatos não levam necessariamente a uma elaboração objetivadora dos problemas” (2003, v. II, p. 180).

³⁵³ “Ao estabelecer as políticas, o legislador, ao passo que a justiça só pode mobilizar as razões que lhe são dadas, segundo o “direito e a lei”, a fim de chegar a decisões coerentes em um caso concreto” (HABERMAS, 2003, v. II, p. 183), muito embora pondere que a justiça tem de tomar decisões nas zonas cinzentas, assumindo um fardo de legitimação suplementar, que deveria encontrar respaldo principalmente em ambientes de “fórum judiciário crítico”, que pudesse objetar eventuais excessos por parte da Corte Suprema. Ocorre que um dos pontos em que se critica essa atuação do STF é exatamente a falta desse âmbito proposto por Habermas. No Brasil, ele é fraco, preponderando mais uma orientação de acato às posições da Corte do que propriamente uma posição crítica, ou ao menos sempre alerta, a suas decisões.

oriundas do Poder Legislativo para efeito se poder proceder a algum rearranjo institucional.

Prima-se, com isso, pela qualidade de um ambiente democrático, que se verifica não somente pela cidadania ativa, mas também por um ambiente repartido do uso do poder, que se mantenha arejado e aberto a modificações necessárias, nesse sentido. Com isso, preserva-se um salutar equilíbrio no núcleo do binômio liberdade e igualdade, legitimando-se a partir da invocação da soberania popular. É ao Poder Legislativo que se credita o ônus de um legítimo processo de reforma constitucional.

Parece haver no Parlamento um espaço propício para se implementarem as modificações necessárias ao equilíbrio político-institucional, alcançando também a sistemática do controle de constitucionalidade e eventuais descompensações ocorridas em relação ao espaço ocupado pela Corte.

De outra parte se afirma que, se é possível uma condução equivocada do legislador, também são suscetíveis de graves equívocos as conduções efetuadas ou bloqueadas pelo STF, como se observou no capítulo um e no capítulo dois. Não se observou durante o regime ditatorial militar uma conduta de contínua oposição frontal aos muitos atos autoritários, antidemocráticos, como a própria ruptura institucional provocada pelos Atos Institucionais. Se tomado o período constituinte, quando findo o regime militar, foram observadas orientações pressões não somente contra a liberdade de ruptura da CF/88, mas mesmo no sentido de manutenção de institutos e instituições autoritárias³⁵⁴.

A função judiciária por si somente não tem o condão de alcançar, na prática, uma insuspeita imparcialidade e muito menos a função jurídico-política de uma Corte Suprema. Está sujeita a vícios congênitos ou habituais, erros graves, opções políticas desastrosas, corporativismos, julgamentos casuístas, vulneração geral de direitos, alianças perigosas com o Poder Executivo. A inquestionabilidade da função, portanto, incorre em graves riscos não somente à ordem constitucional, mas à própria democracia.

O Poder Legislativo, apesar das críticas que vem sofrendo, principalmente no tocante à representatividade, logra estar legitimado não somente pelo voto, mas pelo nível de arejamento apto a promover as mudanças necessárias a um aperfeiçoamento democrático, pois está mais suscetível a um legítimo controle da sociedade e suas posições não procuram

³⁵⁴ No tocante ao período posterior, Habermas compartilha interessante crítica acerca de um verdadeiro “esticamento” da função jurisdicional, que merece a reprodução: “Aqui nos interessam as consequências que a materialização do direito traz para a divisão funcional dos poderes. Nós tratamos pormenorizadamente da crítica ao direito desenvolvido pelos juízes, o qual se transforma em legislação implícita, colocando em risco a racionalidade do exercício do direito e sobrecarregando a base de legitimação do Poder Judiciário” (2003, v. II, p. 175).

convergir para uma dissipação dos pluralismos, mas em tese restariam todas suscetíveis de novas conjunturas que viesse a oportunizar situações de reversibilidade, de constante aperfeiçoamento e de livre discussão.

Veja-se que as decisões consolidadas no âmbito da Corte, que se pretende como instância máxima de moralidade, ideia emprestada de Ingeborg Maus (2000, p.186) acerca do Tribunal Constitucional alemão, pendem exatamente para um enclausuramento dos debates em torno das posições já firmadas naquele meio judiciário.

Portanto, uma solução democrática que contemple essa possibilidade de controle final e de limitação da Corte teria de estar devidamente amparada em algum dos alicerces da democracia, sendo que mais facilmente aí se indicaria o próprio Poder Legislativo. Isso tudo muito embora se pondere que tal controle não devesse ser corriqueiro e nem facilitado, mas dificultoso. Afinal, não se nega a importância de uma Corte Suprema atuante, inclusive do próprio STF, com relação a possíveis violações de algum dos próprios fundamentos da democracia, proteção dos direitos fundamentais e pluralismos, espriando inevitavelmente para considerações políticas³⁵⁵.

Uma saída político-institucional que se volte para um maior arejamento de ideias não parece ser prejudicial à democracia, mas ao contrário, salutar³⁵⁶, haja vista que tenderia a romper, em casos muito relevantes e específicos, com alguma lógica mais exclusivista ou corporativista que possa surgir naquele âmbito político-judicial que é o do STF. Essa aposta em um cenário arejado e aberto de construção comunicativa parece inclusive mais apto ao resguardo dos direitos fundamentais, diante de possíveis conciliações maléficas entre Poder Executivo e Poder Judiciário³⁵⁷, ou de excessos corporativistas, ou excessos que se oponham à ideia de bem comum ou de sociedade mais igualitária.

Considerando que exatamente no momento mais ativista da história do STF, em meio a um forte desequilíbrio político-institucional que privilegia a Corte, foi editada a PEC nº 33/11, como uma tentativa de resposta a tudo isso, sua importância sem dúvida vai muito além da sua literalidade. A necessidade de um verdadeiro equilíbrio institucional continua demandando limites a esse processo desenfreado de crescimento de abrangência do STF.

³⁵⁵ Segundo Habermas, “o paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático”, abrangendo até mesmo a accountability horizontal.

³⁵⁶ “A combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não- institucionalizada’ são a chave para se entender a gênese democrática do direito” (HABERMAS, 2003, v. II, p. 186)

³⁵⁷ Nesse foi a discussão inicial dos capítulos 1 e 2, que ora é retomada.

Portanto, o fato de o projeto ter sido fortemente sufocado, principalmente por uma atuação incisiva e contundente da Corte, antes mesmo que lograsse ser debatida no âmbito da segunda comissão da Câmara dos Deputados, isso não limita sua importância, mas ao contrário, aumenta.

Esse sufocamento pode ser, inclusive, mais uma demonstração de desequilíbrio político-institucional que tem logrado impedir relevantes debates na esfera pública, aberta e arejada. Sem dúvida demonstra claramente que há meandros, principalmente judiciários, e mais ainda esses ligados ao STF, cujos debates têm restado inviabilizados³⁵⁸.

Esse é um grave problema à ordem democrática constitucional, pois afasta a presunção de validade da própria norma constitucional como resultado de uma construção viável e livre na sociedade³⁵⁹. Dessa ordem democrática constitucional se exige a devida participação e voz das pluralidades, não um acato a alguma posição firmada no âmbito de alguma corporação, ainda que, no caso, essa corporação possa ser a da Corte Suprema.

Esse caminho é aberto pela PEC nº 33/11, pela relevância da sua discussão no âmbito da sociedade acerca da necessidade e possibilidade de limitação e até de controle, ainda que dificultoso e excepcional, do STF³⁶⁰.

Uma necessária discussão verdadeiramente aberta e autônoma que garanta uma redefinição dessa posição alcançada pelo STF pode resolver o problema de modo a garantir um ambiente democrático mais equilibrado no cenário político-institucional brasileiro e mais condizente com o princípio da soberania popular que continua a fundamentar toda a ordem democrática.

³⁵⁸ Não há, portanto, um espaço aberto à discussão, à problematização, às possibilidades de reconfiguração desse espaço hoje ocupado pelo STF no Brasil, como um espaço carente de arejamento democrático desse âmbito político-institucional.

³⁵⁹ “Nesse contexto é fundamental o cultivo de esferas públicas autônomas, a participação maior das pessoas, a domesticação do poder [...] Contra a absorção da esfera pública política por parte do poder, existem as conhecidas sugestões que recomendam ancorar elementos plebiscitários na Constituição (referendos populares, desejos do povo, etc.) e as propostas que sugerem introduzir processos democráticos básicos” (HABERMAS, 2003, v. II, p. 186)

³⁶⁰ Os limites dessa atuação, ainda que de forma sempre incipiente, como um rascunho sempre inacabado, devem ser traçados. Do contrário, inclusive um grande risco à própria sociedade, em razão da possibilidade de deformação da própria democracia, por total desrespeito de uma accountability horizontal, sob pena de se cair no que alerta Gloppen: “Another question concerns “how to guard the guardians” and prevent misuse of the power by the judiciary itself. These concerns should be kept in mind as we turn from this general discussion of our dependent variable to a more specific discussion of how the accountability function of courts can be assessed and compared over time across states” (Gloppen, 2010, p. 21).

REFERÊNCIAS

- ABREU, Iduna Weinert. *A arguição de relevância de questão federal*. Brasília, jan./mar. 1979. Revista de Informação Legislativa ano 16, nº 61. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181098/000364334.pdf?sequence=3>>. Acesso em 08 nov. 2015.
- AMARAL, Roberto. *Controle externo do Judiciário: uma exigência da democracia republicana*. Revista Carta Capital. Publicado 03/01/2012. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/controle-externo-do-judiciario-uma-exigencia-da-democracia-republicana>>. Acesso em 11 dez. 2015.
- ARAGÃO, João Carlos Medeiros. *Atuação do judiciário com relação aos atos interna corporis do Congresso Nacional Brasileiro*. Revista Eletrônica Direito e Política, v. 9, nº 2, Itajaí, 2014.
- ASSOCIAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. *STF tem precedente em caso de empate*. Disponível em: <<http://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/100137089/stf-tem-precedente-em-caso-de-empate>>. Acesso em 11 dez. 2015.
- BALLARD, Megan J. *The Clash between Local Courts and Global Economics: The Politics of Judicial Reform in Brazil*, 17 Berkeley J. Int'l Law. 230 (1999). Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol17/iss2/3>>. Acesso em 30 ago. 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, nº 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.
- _____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BECHARA, Gabriela Natacha. *Antecedentes históricos da lei de anistia e da justiça de transição no Brasil*. 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c76fc22972602cd5>> Acesso em 03 ago. 2014.
- BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont Alverne Barreto. *Separação dos poderes e a constitucionalidade da PEC nº 33/2011*. Pensar, Fortaleza, v. 18, nº 3, p. 785-801, set./dez. 2013.
- BEZERRA, Elton. *Prazo para pagamento: Barroso e Zavascki propõem 5 anos para quitar precatórios*. ADI 4.357 4.425. 19 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-19/barroso-zavascki-votam-prazo-anos-quitacao-precatorios>>. Acesso em 02 nov. 2015.

BICUDO, Hélio. *A violência e a estrutura judiciária brasileira*. Estudos Avançados, vol. 11, nº 30, São Paulo, mai./aug. 1997.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15ª edição atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BORGES, Laryssa. *STF absolve Collor por desvio de dinheiro que teria acontecido durante a presidência*. Brasília, 24 abr. 2014. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/stf-absolve-collor/>>. Acesso em 29 nov. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 25 mar. 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Instalação da Assembleia Nacional Constituinte completa 25 anos*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/comunicacao/institucional/noticias-institucionais/instalacao-da-assembleia-nacional-constituente-completa-25-anos-1>>. Acesso em 10 jun. 2015.

_____. *Projeto de lei nº 4.470, de 2012*. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=556261>>. Acesso em 22 mai. 2015.

BRASIL. Senado Federal. *Assembléia Nacional Constituinte. Instalação. Discurso do Presidente do Supremo Tribunal Federal*. Revista Informação Legislativa. Brasília, ano 24, nº 93. Jan./mar. de 1987. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224180/000862703.pdf?sequence=1>>. Acesso em 18 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 22/11/1995 - *PEC nº 173-A. Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e de Redação*. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69173>>. Acesso em 25 out. 2015.

_____. 30/10/1996 - *PEC nº 173-B. Parecer da Comissão Especial*. Brasília, 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/1998/19/ec19.html>>. Acesso em 25 out. 2015.

_____. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3.367, rel. min. Cezar Peluso, DJ 22/09/2006*. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/765314/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3367-df>>. Acesso em 06 abr. 2016.

_____. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.357*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=55921>>. Acesso em 06 abr. 2016.

_____. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5.316*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5316&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 28 out. 2015.

_____. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2.075-MC*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20639>>. Acesso em 25 out. 2015.

_____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2644116>>. Acesso em 24 jun. 2015.

_____. *AO nº 543-PA*, rel. min. Néri da Silveira, publicado em DJ 15-03-02. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1754525>>. Acesso em 31 nov. 2015

_____. *Controle de constitucionalidade de normas pré-constitucionais*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobrestfcooperacaointernacional/anexo/respostas_venice_forum/8port.pdf>. Acesso em 02 jan. 2016.

_____. *Decisões liminares estendem auxílio-moradia a todos os juízes do país*. Brasília, 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=276116>. Acesso em 27 out. 2015.

_____. *Habeas Corpus nº 58409*, rel. min. Djaci Falcão, julgamento em 30/10/1980. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2858409.NUME.+OU+58409.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d2eavyx>>. Acesso em 13 ago. 2015.

_____. *IF nº 512*, rel. min. Marco Aurélio, DJ 11-06-03. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2642453>>. Acesso em 19 out. de 2015.

_____. *Informativo nº 145*. Brasília, 12 a 16 de abril de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo145.htm>>. Acesso em 21 out. de 2015.

_____. *Informativo nº 260*. Brasília, 11 a 15 de março de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo260.htm>>. Acesso em 25 out. 2015.

_____. *Informativo nº 725*. Brasília, 21 a 25 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo725.htm>>. Acesso em 02 nov. 2015.

_____. *Linha sucessória dos ministros*. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoMinistroApresenacao&pagina=linhasucessoria>>. Acesso em 05 jun. 2015.

_____. *MS 25.579 MC/DF*, rel. orig. Min. Sepúlveda Pertence, rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, 19/10/2005. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2327738>>. Acesso em 05 jan. 2016

_____. *MS 32.036*, rel. min. Dias Toffoli, DJe 14/05/2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4398416>>. Acesso em 25 jan. 2016.

_____. *O Supremo Tribunal Federal e o Golpe de 64*. Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62507>>. Acesso em 10 ago. 2015.

_____. *Plenário defere liminar para igualar o teto remuneratório no Poder Judiciário*. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69173>>. Acesso em 24 out. 2015.

_____. *Posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal*. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/possegilmarpeluso.pdf>>. Acesso em 01 dez. 2014.

_____. *Recl. 7399*, rel. min. Cármen Lúcia, DJe 14/03/13. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2652628>>. Acesso em 31 nov. 2015.

_____. *Recurso Criminal nº 1.312/RJ*, rel. min. Cordeiro Guerra, acórdão em 03/10/1978, DJ de 07/11/1978. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/886879/recurso-criminal-rc-1312-rj>>. Acesso em 05 abr. 2016.

_____. *STF libera candidatura de Jader Barbalho*. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=196157>>. Acesso em 21 mar. 2016.

_____. *Vaga de parlamentar pertence a suplente da coligação, decide STF*. Brasília, 27-04-11. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178093>>. Acesso em 22 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *O papel da Justiça Militar*. Disponível em: <<http://stm.jus.br/o-stm-stm/memoria>>. Acesso em 12 ago. 2015

BRÍGIDO, Carolina. *Texto que pode reduzir poderes do CNJ divide ministros do Supremo*. O Globo, Brasília, 09/04/2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/texto-que-pode-reduzir-poderes-do-cnj-divide-ministros-do-supremo-15820011#ixzz3q5pcFwRI>>. Acesso em 30 out. 2015.

CAMARGO, Marcelo Novelino. *O efeito vinculante nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31642-36259-1-PB.pdf>>. Acesso em 21 jan. 2016.

CAMPANATO, Valter. *Pingo Final: Ministro do STF elogia PEC da Bengala*. Agência Brasil,

07/05/2015. Disponível em: <<http://jovempan.uol.com.br/programas/os-pingos-nos-is/pingo-final-ministro-do-stf-elogia-pec-da-bengala.html>>. Acesso em 30 out. 2015.

CAMPOS, Luciana Dias de Almeida. *O antecedente histórico da repercussão geral no Brasil: a arguição de relevância da questão federal...* 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22253>>. Acesso em 13 ago. 2015.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. 5ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Ernani. LEITÃO, Natália. *O poder dos juízes: Supremo Tribunal Federal e o desenho institucional do Conselho Nacional de Justiça*. Revista de Sociologia e Política v. 21, nº 45: 13-27 mar. 2013.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, 23, p. 115-126, nov. 2004.

CARVALHO, Flávio Pereira de. *O histórico do processo legislativo de criação da súmula vinculante no Brasil*. Brasília: Senatus, v.7, n.1, p.32-39, jul. 2009.

CASTRO, Marcus Faro de. A globalização, democracia e direito constitucional: legados recebidos e possibilidades de mudança. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. (Coords.). *Direitos fundamentais e jurisdição Constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadro Pessoa. *Aspectos da relevância, transcendência ou repercussão geral*. Disponível em: <http://www.mackonline.com.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos_2008/Jouberto_-_Aspectos_Relevantes.pdf>. Acesso em 08 nov. 2015.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva – elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

COELHO, Glaucia Mara. *Repercussão geral: da questão constitucional no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Métodos e princípios da interpretação constitucional. Limites da interpretação constitucional. Mutação constitucional: conceito, espécies e limites*. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/491555/Anexo7.pdf>>. Acesso em 21 mar. 2016.

COITINHO, Angélica do Carmo. *O Supremo Tribunal Militar durante a ditadura brasileira: a atuação do Ministro General de Exército Rodrigo Otávio Jordão Ramos (1973-1979)*. 19 de julho de 2010. Disponível em: <[http://www.encontro2010.rj.anpuh.org/resources/anais/8/1282589987_ARQUIVO_Angelica doCarmoCoitinho_OSuperiorTribuna.pdf](http://www.encontro2010.rj.anpuh.org/resources/anais/8/1282589987_ARQUIVO_Angelica%20doCarmoCoitinho_OSuperiorTribuna.pdf)>. Acesso em 31 nov. 2015.

CORRÊA, Oscar Dias. *A missão atual do Supremo Tribunal Federal e a Constituinte*. Conferência ministrada na Escola Superior de Magistratura do Rio Grande do Sul em

27/05/1985.

COSTA, A. M. Ribeiro da. MOTA FILHO, Cândido. Et al. *Supremo Tribunal Federal – Reforma Judiciária*. 10/06/65. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Mn1f6mWLjxkJ:biotecadigital.fgov.br/ojs/index.php/rda/article/download/27731/26607+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 31 out. 2015.

REIS, Daniel Aarão. *Ditadura, Anistia e reconciliação*. Estudos Históricos (RJ), vol. 23, nº 45, Rio de Janeiro, jan./jun. 2010.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DEBRUN, Michel. Entrevistas. In: _____. *A “Conciliação” e outras estratégias*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

DECAT, Erich. *AGU acha inadmissível Adin sobre competência do STF*. 2014. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,agu-acha-inadmissivel-adin-sobre-competencia-do-stf,1601534>>. Acesso em 05 dez. 2014.

DIÁRIO CORUMBAENSE. *Toffoli dá 72 horas para Câmara se manifestar sobre PEC que enfraquece o Supremo*. Disponível em: <<http://www.diarionline.com.br/index.php?s=noticia&id=57354>>. Acesso em 23 mar. 2016.

DIMOULIS, Dimitri. VIEIRA, Oscar Vilhena (orgs.). *O estado de direito e o desafio do desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. London: Havard University Press, 1985.

_____. *Law’s empire*. Oxford: Hart Publishing, 1998.

_____. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ERS. *Lula fortalece decisões do STF*. Disponível em: <<http://www.ersadvocacia.com.br/conteudo.php?sid=44&cid=97>>. Acesso em 30 nov. 2015.

ESTADÃO. *Um em cada 3 deputados do Conselho de Ética é alvo de inquéritos no STF*. Brasília, 25-10-2015. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/10/25/um-em-cada-tres-deputados-do-conselho-de-etica-e-alvo-de-inqueritos-no-stf.htm>>. Acesso em 22 mar. 2016.

FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A sociologia Jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. *O STF nas “cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes*. Revista Direito GV. São Paulo, p. 23-46, jan./jun. 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.982, de 3 de dezembro de 1999)*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo nº 1-17, abr./jun., 2000.

FIORAVANTI, Marco. Sieyès et le jury constitutionnaire. In: *perspectives historico-juridique Annales historiques de la Révolution française*. [En ligne], 349, juillet-septembre 2007, mis en ligne le 01 septembre 2010. Disponível em: <<http://ahrf.revues.org/11225>>. Acesso em 01 set. 2015.

GARAVITO, Cesar Rodriguez. A Globalização do Estado de Direito: o neoconstitucionalismo, o neoliberalismo e a reforma institucional na América Latina. In VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri (Orgs.). *Estado de Direito e o Desafio do Desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011.

G1. *Câmara vai cumprir decisão do STF sobre perda de mandato de deputados*. Brasília, 07-02-13. Disponível em: <g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2013/02/camara-vai-cumprir-decisao-do-stf-sobre-perda-de-mandato-de-deputados.html>. Acesso em 15 dez. 2015.

_____. *Em sessão com ministros do STF, Congresso promulga PEC da Bengala*. Brasília, 07-05-15. Disponível em: <[g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2015/05/em-sessão-com-ministros-do-stf-congresso-promulga-pec-da-bengala.html](http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2015/05/em-sessao-com-ministros-do-stf-congresso-promulga-pec-da-bengala.html)>. Acesso em 15 dez. 2015*.

GLOPENN, Siri; WILSON, Bruce M.; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin; KINANDER, Morten. *Courts and Power in Latin America and Africa*. New York: Palgrave Macmillan, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *STF reconhece a constitucionalidade da Resolução do TSE sobre fidelidade partidária*. 2009. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/171084/stf-reconhece-a-constitucionalidade-da-resolucao-do-tse-sobre-fidelidade-partidaria>>. Acesso em 06 abr. 2016.

GOULART, Clóvis Andrade. *A reclamação no Supremo Tribunal Federal e o efeito vinculante no controle abstrato de constitucionalidade*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº 747, 21 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7053>>. Acesso em 13 dez. 2015.

GOYARD-FABRE, Simone. *Princípios filosóficos do direito político moderno*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010 e 2003, v. I e II.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen. Constitutions and constitutionalism. In: ROSENFELD, Michel. SAJÓ, András (ed.). *Comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HURD, Heidi M. *O combate moral*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JUNGMANN, Mariana. *Ministério Público pede a senadores que demitam parentes até quarto grau*. Agência Brasil. 20/01/2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-01/ministerio-publico-pede-senadores-que-demitam-parentes-ate-quarto-grau>>. Acesso em 22 jan. 2016.

KOERNER, André. *Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88*. Dossiê: 25 anos da Constituição de 1988. *Novos Estudos* 96. Julho 2013.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. *O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo*. Lua Nova, nº 88, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttex&pid=s010264452013000100006&Ing=pt&nrm=iso>. Acesso em 27 mai. 2015.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. *A avocação de causas pelo STF: a advocatória*. Brasília: Revista Inf. Legisl. Ano 23 nº 89 jan./mar., 1986.

LIMA, João Alberto de Oliveira. PASSO, Edilenice. NICOLE, João Rafael. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Vol. I. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política*. 2002. Disponível em: <http://www.academia.edu/4137348/jurisdi%C3%87%C3%83o_constitucional_um_problema_da_teor%C3%8Dtica._martonio_mont_alverne_barreto_lima>. Acesso em 17 dez. 2015.

LOURAU, René. *Análise institucional*. Trad. Mariano Ferreira. 2ª ed. rev. e at.. Rio de Janeiro: Vozes, 1996.

MACEDO, Cristiane Branco. *A legitimidade e a extensão do controle judicial sobre o processo legislativo no Estado Democrático de Direito*. Dissertação de Mestrado em Direito - Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

MACHADO, Virginia. *Definições de prática pedagógica e a didática sistêmica: considerações em espiral*. Revista Didática Sistêmica. Volume 1, Outubro-dezembro de 2005.

MAIA, Cristiano Soares Barroso. *A sentença aditiva e o Supremo Tribunal Federal: entre o Estado de direito e soberania popular*. Dissertação de Mestrado em Direito - Universidade de Brasília: Brasília, 2013.

MARSHALL, William P.. *Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism* (September 2002). University of Colorado Law Review, Vol. 73, 2002. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266>. Acesso em 10 jan. 2016.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Novos Estudos CEBRAP, nº 58, Novembro 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Brasília: DPU nº 20 – Mar-Abr/2008.

_____. *Controle de constitucionalidade: uma análise das Leis 9.868/99 e 9.982/99*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 19. Julho/agosto/setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.direitoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 13 dez. 2015.

_____. *O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas*. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol. 1, n. 4, agosto 1999.

MENDONÇA, Ricardo. *‘Os réus do mensalão têm alguma razão’, diz jurista guru dos ministros do STF*. São Paulo, 24-11-13. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1375636-os-reus-do-mensalao-tem-alguma-razao-diz-jurista-guru-dos-ministros-do-stf.shtml>>. Acesso em 31 nov. 2016.

MELO, Nehemias Domingos. *Uma reflexão sobre a forma de indicação dos membros do Supremo Tribunal Federal brasileiro*. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/informacao/revista-juristas/uma-reflexao-sobre-a-forma-de-indicacao-dos-membros-do-supremo-tribunal-federal-brasileiro/2112/>>. Acesso em 27 out. 2015.

MIRANDA, Jorge. *A transição constitucional brasileira e o anteprojecto da Comissão Afonso Arinos*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181758/000431262.pdf?sequence=3>>. Acesso em 11 jun. 15.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. DA ROSA, Alexandre Morais. *Para (não) entender a prisão de um Senador pelo STF*. Disponível em: <<http://jornalggn.com.br/noticia/para-nao-entender-a-prisao-de-um-senador-pelo-stf>>. Acesso em 15 dez. 2015.

NASSIF, Luís. *O dia em que Ayres Britto defendeu o AI-5*. O Jornal de todos Brasis. 09/08/2013. Disponível em: <<http://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/o-dia-em-que-ayres-britto-defendeu-o-ai-5>>. Acesso em 12 out. 2015.

OBID. *Lula: é preciso abrir a caixa-preta do Judiciário (10/10/2004)*. Disponível em: <https://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/conteudo/web/noticia/ler_noticia.php?id_noticia=1517>. Acesso em 30 nov. 2015.

O GLOBO. *Ministro do STF lamenta falta de um juiz na elaboração do anteprojeto*. Recife, 20 de setembro de 1986. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/111240/1986_AGOSTO%20a%20OUTUBRO_098.pdf?sequence=1>. Acesso em 20 ago. 2015.

OLIVEIRA, Alexandre Néry de. *Comentários à reforma do Judiciário (VII): Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9777/comentarios-a-reforma-do-judiciario-vii#ixzz3q6EiTX6i>>. Acesso em 30 out. 2015.

OLIVEIRA, Mariana. *Se PEC 33 passar, 'melhor que se feche o Supremo', diz Gilmar Mendes*. G1. Brasília. 25/04/2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/se-pec-33-passar-melhor-que-se-feche-o-supremo-diz-gilmar-mendes.html>>. Acesso em 21 jan. 2016.

PASSARINHO, Nathalia. *Em sessão com ministros do STF, Congresso promulga PEC da Bengala*. G1, Brasília, 07/05/2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/05/com-presenca-de-ministros-do-stf-congresso-promulga-pec-da-bengala.html>>. Acesso em 30 out. 2015.

PASSOS, Anderson Santos dos. *A modulação de efeitos nas decisões de inconstitucionalidade: A produção de efeitos jurídicos de normas inconstitucionais e o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, nº 74, mar 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7496>. Acesso em 12 dez 2015.

PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, Chile e na Argentina*. Trad. Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PEREIRA, Osny Duarte. *Constituinte: Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1987.

PEREIRA, Thomaz H. Junqueira de A. *PEC da Bengala: entre o casuísmo e a caducidade*. *Revista Consultor Jurídico*, 23 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-23/pec-bengala-entre-casuismo-caducidade>>. Acesso em 29 out. 2015.

PERON, Isadora. *Senado aprova texto que estende PEC da Bengala a todos os servidores públicos*. O Estado de São Paulo. São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,senado-aprova-texto-que-estende-pec-da-bengala-a-todos-os-servidores-publicos,1717484>>. Acesso em 11 jun. 2015.

PINHEIRO, Rodrigo Paladino. *Da Súmula Impeditiva de Recursos*. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, nº 46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2376>. Acesso em 21 mar. 2016.

PORFÍRIO, Fernando. *'Vale refeição retroativo' do TJ-SP soma R\$ 145 milhões*. São Paulo, 24 de março de 2012. Disponível em: <[http://www.brasil247.com/pt/247/brasil/49545/'Vale-refei%C3%A7%C3%A3o-retroativo'-do-TJ-SP-soma-R\\$-145-milh%C3%B5es-Vale-refei%C3%A7%C3%A3o-retroativo-TJ-SP-pode-somar-R\\$-145-mi.htm](http://www.brasil247.com/pt/247/brasil/49545/'Vale-refei%C3%A7%C3%A3o-retroativo'-do-TJ-SP-soma-R$-145-milh%C3%B5es-Vale-refei%C3%A7%C3%A3o-retroativo-TJ-SP-pode-somar-R$-145-mi.htm)>. Acesso em 22 out. 2015.

POZZOBON, Roberson Henrique. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito UniRitter, Porto Alegre, n. 10, p. 97-118, 2009.

ROCHA, Antônio Sérgio. *Genealogia da constituinte: do autoritarismo à democratização*. Lua Nova, São Paulo, 88: 29-87, 2013.

RUSSOMANO, Rosa. *Facetas da Comissão Afonso Arinos – e eu...* Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano 24, nº 95, jul/set 1987.

SADEK, Maria Tereza. A organização do Poder Judiciário. In: *uma introdução ao estudo da justiça* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. A organização do poder judiciário no Brasil. pp. 1-16. ISBN: 978-85-7982-032-8. Disponível em: <<http://books.scielo.org>>. Acesso em 09 nov. 2015.

_____. *Poder Judiciário: Perspectivas de Reforma*. Opinião Pública, Campinas, Vol. X, nº 1, Maio, 2004, p. 01-62. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/op/v10n1/20314.pdf>>. Acesso em 12 dez. 2015.

SALCEDO, Gabriela. *STF investigou 500 parlamentares desde 1988, mas condenou apenas 16*. 22/08/2015. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/08/22/politica/1440198867_786163.html>. Acesso em 06 abr. 2016.

SAMPAIO, Marco Aurélio Stradiotto de Moraes Ribeiro. *Ação declaratória de constitucionalidade*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S.l.], v. 90, p. 431-437, jan. 1995. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67310>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

SANCHES, Sydney. *Faltou um juiz na Comissão Arinos*. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/113911/1986_AGOSTO%20a%20OUTUBRO_107c.pdf?sequence=3>. Acesso em 11 jun. 2015.

SANTOS, Regiane Martins dos. *Principais perspectivas sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, nº 130, nov. 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14370&revista_caderno=9>. Acesso em 27 dez. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - alguns aspectos controversos*. Revista da AJURIS - nº 84 - Dezembro/2001. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/infobase/2c133/2c1a4/2c57f?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>>. Acesso em 17 dez. 2015

SARMENTO, Daniel. *Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito*. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, 215: 19-34, jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47301/>>. Acesso em 16 out. 2015.

_____. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. *Defensor do Povo: contribuições do modelo peruano e do instituto romano do Tribunado da Plebe*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VIII, nº 20, fev. 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=909>. Acesso em 17 out. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24ª edição, revista e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SKIDMORE, Thomas. *Brasil: de Castelo a Tancredo, 1964-1985*. 8.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

STRECK, Lenio Luiz. *O passado, o presente e o futuro do STF em três atos*. 15/11/2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-15/senso-incomum-passado-presente-futuro-stf-tres-atos>> Acesso em 06 abr. 2016.

TAVARES, André Ramos. *ADI versus ADC*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/adi-versus-adc/132?fb_comment_id=10151077785919831_10152791961774831#f3c893a22bb7b56>. Acesso em 18 dez. 2015.

TAYLOR, Matthew M. *Judging policy: courts and policy reform in democratic Brazil*. Stanford, CA: Stanford University Press, 2008.

TEIXEIRA, Mauro. *O Poder Judiciário brasileiro durante a ditadura militar e os desafios para a construção de uma justiça de transição*. Itabirito: Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito, Ano 2, nº 3, 1º semestre de 2011.

VALE, Rufino. *A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão*. 30-10-09. Disponível em: <<http://www.idtl.com.br/noticia.cfm?ID=4464>>. Acesso em 23 mar. 2016.

VALÉRIO, Otávio L.S.. *A toga e a farda: o Supremo Tribunal Federal e o regime militar (1964-1969)*. Dissertação de Mestrado em Direito - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York and London: New York University Press, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Editora Revan: Rio de Janeiro, 1999.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento da Imprensa Nacional, 1979.

VIEIRA, José Ribas. *Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil*. Estação Científica (Ed. Especial Direito) Juiz de Fora, V.01, n.04, outubro e

novembro/2009.

XIMENES, Julia Maurmann. *O Supremo Tribunal Federal durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13152/o-supremo-tribunal-federal-durante-os-trabalhos-da-assembleia-nacional-constituente#ixzz3coDUMFnk>>. Acesso em 11 jun. 2015.

_____. *O Supremo Tribunal Federal e a cidadania à luz da influência comunitarista*. Rev. Direito GV. vol.6 no.1 São Paulo Jan./June 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322010000100007&script=sci_arttext>. Acesso em 23 jan. 2016.

ZERNERI, Márcio Barbosa. TIOSSO, Pérola Amaral. *O habeas corpus e a advocacia na defesa dos presos políticos na ditadura militar*. Brasília: Revista Jurídica da Presidência v. 15 n° 105 Fev./Mai. 2013.

ANEXOS

Anexo I - Proposta dos ministros do STF entregue ao ministro da Justiça durante o ano de 1965

NOTAS E COMENTÁRIOS

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL — REFORMA JUDICIÁRIA

SUMÁRIO: *I — Introdução. II — Delimitação da matéria. III — Juizes federais. IV — Tribunais federais. V — Tribunal Superior de Justiça. VI — Supremo Tribunal Federal. VII — Competência do Supremo Tribunal Federal. VIII — Conselho Superior da Magistratura. IX — Anteprojeto.*

I — INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal apresenta, neste estudo, sua meditada colaboração ao propósito do Governo de reformar o Poder Judiciário, na certeza de que ele está empenhado no aprimoramento da instituição. Este foi o elevado pensamento manifestado aos representantes do Tribunal pela palavra autorizada do Sr. Ministro Milton Campos. É nenhuma razão temporária, por mais legítima e compulsiva que fôsse, justificaria alterações duradouras em detrimento da Justiça.

O Judiciário é um poder do Estado, tão permanente, como o próprio Estado, e deve continuar acima das circunstâncias que, periodicamente, inflama os setores ansiosos por transformações radicais. Pela natureza jurisdicional de suas funções, não tendo nem pretendendo ter o encargo da direção política do país, a Justiça encarna a continuidade da segurança jurídica e dos princípios constitucionais e legais do regime democrático, sob cuja proteção aspira viver o povo brasileiro.

Estas ponderações preliminares dizem mais de perto com o próprio Supremo Tribunal, criado pela Constituição de 1891 à imagem da Corte Suprema norte-americana e preservado, ao longo de quase setenta e cinco anos, em suas características fundamentais. As raras vicissitudes por que passou, mais tarde reparadas, foram deploradas pela consciência jurídica nacional.

Sua mais sentida deficiência resulta do acúmulo de serviço, mas esse problema não é específico do Supremo Tribunal, nem mesmo do nosso país. Nos Estados Unidos,

* NOTA DE REDAÇÃO — O Sr. Ministro Ribeiro da Costa, Presidente do Supremo Tribunal Federal, acompanhado da Comissão Coordenadora, composta dos Srs. Ministros Luis Gallotti, Cândido Mota Filho e Vitor Nunes Leal, fez entrega deste trabalho ao titular da pasta da Justiça, Sr. Milton Soares Campos, no dia 10 de junho de 1965.

já o teve de enfrentar a Corte Suprema, que praticamente o resolveu na reforma de 1925, e nele se debatem, presentemente, os juizes e tribunais federais, como também a Justiça estadual. Entre nós, o Tribunal Federal de Recursos e alguns Tribunais dos Estados passam pela mesma provação.

É, pois, urgente, apesar de providências anteriormente adotadas, aliviar de modo mais eficaz a tarefa do Supremo Tribunal. Mas há enorme diferença entre reduzir os seus encargos e suprimir as suas prerrogativas. Não são inseparáveis as duas soluções, e a segunda conduziria a resultados totalmente estranhos ao sadio desejo de melhorar o seu funcionamento.

Sua posição de Tribunal supremo e a circunstância de estarem seus juizes na etapa final e mais amparada de sua vida pública, distantes das situações que por este imenso país apaixonam os espiritos, muito contribuem para a aura de insuspeição que tem sido o seu apanágio. Nem foi por outra razão que a Constituinte de 1946 ampliou os limites da sua competência, com a prestigiosa cooperação do então Deputado Milton Campos.

Por isso mesmo, de todos os problemas agora suscitados ao nosso exame, o que requer maior ponderação, serenidade e patriotismo, é o da competência do Supremo Tribunal, que tem sido a mais alta garantia jurídica de quantos vivem neste país. A supressão de alguns dos seus itens essenciais seria uma lamentável redução dessa garantia. Mas a flexibilidade no uso de suas atribuições, a exemplo da Corte Suprema dos Estados Unidos, permitirá o seu descongestionamento, sem sacrificio dos legítimos interesses confiados à sua guarda.

Não há, pois, qualquer incompatibilidade entre diminuir o fardo do seu trabalho, realmente excessivo, e preservar-lhe, ao mesmo tempo, as prerrogativas, sem as quais o Supremo Tribunal ficaria mutilado em sua configuração histórica e perderia a condição de árbitro da Constituição e das leis federais, especialmente do equilíbrio da Federação, da harmonia dos Poderes e da integridade dos direitos individuais.

Com este espirito, servindo ao país, honrando o seu passado e prevenindo males, de que a nossa geração se haveria de arrepender, o Supremo Tribunal Federal tem a honra de trazer suas sugestões para a reforma judiciária à meditação do Governo e do Congresso Nacional.

II — DELIMITAÇÃO DA MATÉRIA

Foram tomados para base deste estudo os projetos e sugestões oferecidos ao Sr. Ministro da Justiça e por ele encaminhados à Comissão Especial do Supremo Tribunal:

- 1) Projeto do Conselho Federal da Ordem dos Advogados (1963), de que foi relator o Dr. Miguel Seabra Fagundes;
- 2) Projeto da Associação dos Advogados de São Paulo (1964);
- 3) Sugestões contidas em artigos do Prof. José Frederico Marques (1964);
- 4) Projeto sem assinatura (1964).

A matéria tratada nesses trabalhos limitam-se as considerações do Supremo Tribunal, que, não obstante, está pronto a cooperar com o Governo, no estudo de qualquer outra medida que ele considere merecedora de apreciação.

III — JUÍZES FEDERAIS

Dois considerações principais foram apontadas por alguns juristas, quando a Constituição de 1937 extinguiu a Justiça Federal de primeira instância: de um lado, o gasto considerável que exigiria a indispensável suplementação dos seus quadros; de outro, as dificuldades que freqüentemente surgiam, como em outros países, na definição dos casos da competência da Justiça Federal.

Esses motivos continuam válidos, atendendo-se, principalmente, à unidade do direito substantivo e processual, que vigora no Brasil. Mas o Supremo Tribunal não tem razões de maior profundidade para desaconselhar o restabelecimento da Justiça Federal de primeira instância, que corresponde melhor à idéia federativa, com a condição de ser a sua competência definida sem muita amplitude. Do contrário, aumentar-se-iam as hipóteses de conflito e a Justiça Federal poderia ficar desnaturada e congestionada. Não faz muitos dias o Chief Justice Earl Warren focalizou esse problema, em termos dramáticos, ao ensejo de um projeto do American Law Institute, que reduz a competência dos juizes federais norte-americanos.

No presente estudo, não se julgou necessário pormenorizar a competência dos Juizes Federais, matéria que o Governo poderá complementar com o valioso subsídio das Constituições de 1891 e 1934. Entretanto, em correspondência com o disposto sobre o Tribunal Federal de Recursos, incluir-se-á na sua competência julgar, em primeiro grau, os crimes políticos, as causas fundadas em tratado ou acôrdo internacional e os litígios entre Estados ou Municípios e autarquias ou empresas públicas organizadas por lei federal.

A simples circunstância de serem os litigantes naturais de Estados diferentes, ou terem diverso domicílio estadual, não deverá deslocar o feito para a Justiça Federal. Também não deverá influir a circunstância de se fundar a causa ou a defesa em dispositivo da Constituição federal, pois o prejudicial de inconstitucionalidade, regulada mais adiante, parece solução mais adequada. Os motivos apontados seriam fonte permanente de conflitos de competência.

Igualmente, não deverá caber à Justiça Federal julgar as causas de falência (já excluídas, atualmente, da competência do Tribunal Federal de Recursos), nem as ações de acidente do trabalho, cujo retardamento prejudicaria, injustificadamente, os acidentados. Estas limitadas exceções ao critério do interesse da administração federal, como princípio geral da competência da Justiça da União, atendem, superiormente, à conveniência pública.

IV — TRIBUNAIS FEDERAIS

É idéia generalizada — acolhida por dois dos projetos em exame — a necessidade de desafogar o Tribunal Federal de Recursos, criando-se outros tribunais e definindo-se a sua jurisdição pelo critério territorial.

Entretanto, recentes inovações legislativas — o princípio da correção monetária dos débitos fiscais e as restrições aos mandados de segurança de servidores públicos — estão reduzindo consideravelmente o número de processos de interesse da União. Como ainda não há elementos para uma segura antecipação dos resultados dessa tendência, a reforma em perspectiva deverá prever uma organização flexível que permita adaptações ulteriores, à base dos efeitos mais duráveis daquelas medidas legislativas sobre o movimento forense.

Será preferível, por isso, aumentar o número dos juizes do Tribunal Federal de Recursos e passar uma parte dos seus encargos a um Tribunal Federal de Alçada. Foi esta a solução adotada por São Paulo, e com tanto êxito que, após dez anos de observação, os Estados da Guanabara e Minas Gerais lhe seguiram o exemplo.

Com a divisão desses Tribunais em turmas e a possibilidade de ampliação do seu quadro de juizes, por lei ordinária, conforme propuser o Supremo Tribunal, serão vencidas as dificuldades atuais e as que vierem a surgir em futuro previsível.

O Tribunal Federal de Alçada poderá ter sua competência criminal limitada aos crimes punidos com pena de detenção, e a sua competência cível, para permanente reajustamento, estabelecida à base de um múltiplo do maior salário-mínimo do país.

O Governo, com os elementos de que dispõe, ouvido o Tribunal Federal de Recursos, estará aparelhado para estipular esse múltiplo e para propor o número de juizes a ser fixado nesta primeira reforma. Fica, assim, em branco, nas partes correspondentes, o anteprojeto ora oferecido.

Por outro lado, funcionando os dois Tribunais na Capital Federal, ficará facilitada a tarefa dos advogados, que pleitearem perante eles, e o Procurador-Geral da República poderá coordenar mais eficazmente os Procuradores que nêles servirem.

Quanto à competência desses Tribunais, previu-se a hipótese de se manifestar o interesse federal depois de proferida decisão por outro juiz que não o federal.

V — TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTIÇA

Por um dos projetos em discussão, a *Justiça Comum*, em contraste com a *Justiça Especial*, seria composta dos Juizes e Tribunais Federais (não especializados) e dos Juizes e Tribunais dos Estados, criando-se, como cúpula dessa estrutura, um Tribunal Superior de Justiça, em correspondência com os Tribunais Superiores da Justiça Militar, da Eleitoral e da Trabalhista.

A idéia é original, mas, apesar dessa originalidade e por causa dela, o Supremo Tribunal, movido por considerações doutrinárias e de conveniência pública, é contrário à criação do mencionado Tribunal Superior de Justiça.

De um lado, não há muita coisa em comum entre a competência dos Tribunais Federais de segunda instância e a dos Tribunais de Justiça dos Estados, para que se imponha um órgão coordenador das duas estruturas. Bem diversa é a situação do Superior Tribunal Militar e dos outros Tribunais Superiores (Eleitoral e Trabalhista), que tra-

tam, cada qual, de matéria especializada. O argumento da simetria não tem, aqui, portanto, valor decisivo, nem corresponde às peculiaridades das justiças federal e estadual.

Por outro lado, a expressão *Justiça Comum*, desde suas origens em nosso direito, resultou de sua condição de depositária de toda a competência não atribuída às justiças especiais, e entre estas sempre se incluiu a antiga Justiça Federal, pela circunstância de ter competência definida, e não remanescente. Não há, pois, justificação doutrinária, nem de ordem prática, numa renovação terminológica que a colocasse no âmbito da Justiça Comum.

A vantagem alegada é passar ao projetado Tribunal Superior de Justiça a maior parte da competência que, desde o início da República, tem sido do Supremo Tribunal Federal. Essa transferência é igualmente preconizada em outro dos projetos, mas em favor dos Tribunais Regionais Federais, que seriam em número de três.

Precisamente nesse deslocamento de competência — em sua maior parte, dos recursos extraordinários, que são a via própria para uniformizar a interpretação do direito federal — é que está a mais grave inconveniência da proposta.

No regime federativo, os Estados têm os seus tribunais, como também a União, mas a Federação propriamente só tem um tribunal, que é o Supremo Tribunal Federal. A ele, por isso mesmo, a Constituição atribui relevante papel no mecanismo da intervenção federal nos Estados.

A mesma reforma que restabelece os juizes federais, para não submeter a União à Justiça dos Estados, seria contraditória, se submetesse os Tribunais dos Estados a um tribunal que não seria da Federação, mas da União. As côrtes estaduais, onde pontificam juizes de máximo conceito, dificilmente aceitariam essa *capitis diminutio*. Se acatam a autoridade do Supremo Tribunal, é porque, estando ele no ápice da nossa organização judiciária, é o único Tribunal da Federação, o Tribunal Federal por excelência. Não se sujeitariam de boa mente a um tribunal da União, porque, ainda que novo e bem constituído, estaria, de qualquer modo, abaixo do Supremo Tribunal. Seria uma espécie de Supremo Tribunal de segunda classe, posição incompatível com o seu papel de revisor dos tribunais estaduais, que são zelosos de sua tradição.

Estas mesmas considerações se aplicam à pretendida transferência dos recursos extraordinários para os Tribunais Regionais Federais, que substituiriam o atual Tribunal Federal de Recursos, por um dos projetos trazidos ao nosso exame.

O alívio da carga do Supremo Tribunal não deverá ser alcançado, no que toca à sua competência revisora das decisões dos Tribunais estaduais, com o rebaixamento destes últimos, em benefício de outro tribunal federal. A medida só se justificará, se concretizada em benefício dos Tribunais dos Estados, para prestigiar suas decisões, através de algum mecanismo que limite a possibilidade de reformá-las.

Para obtenção desse resultado, dois caminhos se apresentam: ou reduzir os casos de recurso extraordinário, ou estabelecer condição nova, para o seu conhecimento, nos casos cuja definição o uso constante já consagrou.

A primeira solução, que durante muito tempo foi preconizada sem alternativa, prestigia os Tribunais locais, mas desfigura a competência do Supremo Tribunal, em pre-

juízo da unidade do direito federal, e deixa as partes ao desamparo, naquelas hipóteses, que não de ser cada vez mais raras, de evidente desacerto da decisão.

A outra solução é que parece correta, porque resguarda plenamente a autonomia dos Tribunais estaduais e confia ao próprio Supremo Tribunal, na sua condição de Tribunal mais alto, discernir as situações em que deve sobrepor sua ação reparadora.

Nessa linha de raciocínio, o presente estudo enumera, mais adiante, os meios apropriados no desfogo do Supremo Tribunal, desaconselhando a criação do Tribunal Superior de Justiça, que seria sempre um Subsupremo Tribunal.

VI — SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dois dos projetos sob exame propõem o aumento do número de Ministros do Supremo Tribunal Federal, um para 15, outro para 16. O motivo alegado é o acúmulo de serviço, e também se recorda que já teve 15 Ministros, no regime de 1891, e que há tribunais locais de composição mais numerosa.

Essa idéia, entretanto, além de não estar suficientemente justificada, levaria a resultados contraproducentes. De acúmulo de serviço já não se poderia falar, porque três dos projetos contêm, medidas destinadas a reduzir, drasticamente, a carga do Supremo Tribunal. Há, portanto, contradição em propugnar-se, ao mesmo tempo, a limitação da competência do Supremo Tribunal e o aumento do número de seus juizes. Acresce que a correção monetária e as restrições aos mandados de segurança de servidores públicos já suavizarão bastante o seu serviço, como foi notado a respeito dos Tribunais Federais de segunda instância.

De outro lado, a sobrecarga atual resulta, em grande parte, de deficiências que serão sanadas com a melhor organização da atividade do Tribunal. Isso, aliás, já vem sendo feito, através de emendas regimentais, que lhe permitiram julgar, no ano passado, 969 processos a mais do que em 1963. Maior rendimento se há de esperar de providências dessa natureza, porque a experiência foi apenas iniciada. Observe-se, por exemplo, que a ampliação progressiva da *Súmula da Jurisprudência Predominante do S.T.F.*, simplificará o julgamento de quantidade cada vez maior de processos.

Por último — além do inevitável aumento de despesa — seria contraproducente aumentar o número de Ministros, porque prolongaria a duração média de cada julgamento no Tribunal Pleno (pelo maior número de votos a serem proferidos). Agravar-se-ia, portanto, o mal que se quer remediar, pois o acúmulo atual não se verifica nas Turmas, mas no Pleno. A criação de uma nova Turma não simplificaria o problema, antes o dificultaria, pela mais freqüente discrepância dos julgados, o que, em círculo vicioso, levaria mais processos ao Plenário. Outra causa dessa situação, que não tem sido devidamente considerada, é o congestionamento da Procuradoria-Geral da República, que não seria resolvido pelo aumento do número de Ministros.

Não neutraliza essas contra-indicações a recordação de que o Tribunal teve quinze membros no regime de 91. Basta lembrar que um dos Ministros era designado Procurador-Geral e alguns outros, durante certo período, exerciam atividades políticas, ausentando-se do Tribunal, o que então não era vedado.

A existência de Tribunais estaduais numerosos também não prova em contrário, porque a natureza de suas funções não os identifica com o Supremo Tribunal. Enquanto lhes cabe apreciar a prova e, portanto, examinar cada caso em particular, ao Supremo Tribunal compete, quase unicamente, definir o direito. Dêsse modo, o julgamento de uma causa significa, muitas vezes, o prejudgamento de dezenas e centenas de outras, pela identidade do problema jurídico, sem reexame da prova que as diferenciaria umas das outras. Esta é uma das razões por que a Corte Suprema dos Estados Unidos, país mais populoso que o nosso e de maior movimento forense, pode funcionar satisfatoriamente com apenas nove juizes. E recorde-se que foi repudiada, pela opinião pública e pelo Congresso, a tentativa de Roosevelt, que lhe permitiria elevar esse número a quinze.

As sugestões adiante oferecidas, quanto à competência do Supremo Tribunal, bem como as medidas internas de melhoria do seu funcionamento, serão suficientes para que ele possa manter o seu trabalho em dia. Aliás, é significativo observar, a esse respeito, que, mesmo agora, em grande número de processos, o prazo médio para julgamento no Supremo Tribunal é muito menor do que em qualquer outro Tribunal do país.

VII — COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os processos que sobem, com maior abundância, ao Supremo Tribunal, são de quatro classes: os recursos extraordinários que já passam de 58.000; os agravos, actma de 35.000; as petições e recursos de mandado de segurança, além de 15.000; e os pedidos e recursos de *habeas corpus*, em número superior a 42.000. Dos 7.849 feitos julgados em 1964, 7.553 pertenciam a essas quatro classes, respectivamente, 2.745, 2.453, 1.348 e 1.007. As demais classes, em conjunto, não passaram de 296.

a) Recursos extraordinários e agravos

Quanto aos recursos extraordinários, que são a maior carga, sugeriu anteriormente, o Supremo Tribunal a subordinação de casos de recurso por violação da lei federal (art. 101, III, a), ao prévio julgamento de ação rescisória.

Melhor reflexão sobre esse problema, tendo em vista as soluções mais amplas, recomendadas neste estudo, desaconselha aquela medida, que viria, encarecer o processo e retardar o julgamento final.

A condição da ação rescisória seria admissível para as causas de alçada, cujo limite foi elevado por lei ordinária. Essas decididas definitivamente pelos juizes de primeira instância, ou pelas Juntas de Conciliação e Julgamento, não são julgadas pelos Tribunais próprios, no pressuposto de não terem relevância, mas sobem diretamente da primeira instância ao Supremo Tribunal pela via extraordinária.

É semelhante a situação nas execuções trabalhistas, que são julgadas, em agravo, pelos presidentes dos Tribunais Regionais. De sua decisão a lei não dá revista para o Tribunal Superior do Trabalho, o que a torna de última instância e, portanto, recorri-vel extraordinariamente.

Para afastar esse paradoxo, o Supremo Tribunal sugere, agora, em lugar de prévio julgamento de ação rescisória, outra providência mais adequada. Poder-se-á deter-

minar que, no Tribunal competente, haja um órgão coletivo (digamos, de apenas três juízes) para apreciar, em primeira mão, o recurso extraordinário. Esse órgão, que os regimentos instituirão, admitirá o recurso somente em casos excepcionais, à vista da condição suplementar sugerida neste estudo. Na grande maioria dos casos, o indeferirá, sendo irrecorrível sua decisão.

Esta solução, de um lado, resguarda a autonomia da Justiça de origem; de outro, oferece um mecanismo singelo, rápido e pouco dispendioso, em correspondência com as peculiaridades das causas trabalhistas e das de pequeno valor.

Agora a medida especial acima indicada, a solução definitiva, que porá termo ao abuso do recurso extraordinário, parece ser a introdução de um requisito novo, mantidos os atuais casos de interposição.

Assim, para que o Supremo Tribunal conheça do recurso, dever-se-á exigir que a questão federal nele envolvida seja de alta relevância. Essa relevância será apreciada sobretudo do ponto de vista do interesse público. Fora dessa hipótese, na qual estão incluídas as arguições de inconstitucionalidade, o recurso extraordinário não deverá ser admitido.

O Presidente do Tribunal de origem será o primeiro juiz da relevância, para determinar a subida do recurso. O Supremo Tribunal, em julgamento sumário, a ser regulado no Regimento, poderá entender de outro modo, deixando de conhecer do recurso que não tiver relevância. Inversamente, se a relevância originariamente não for reconhecida, a parte poderá trazer o problema ao Supremo Tribunal, mediante traslado, para o julgamento apenas desse requisito.

Outra alternativa foi prevista para casos em que a decisão possa merecer reforma, sem que a questão seja de relevante repercussão jurídica. Permitir-se-á, então, que o Supremo Tribunal, ao invés de julgar a causa, se limite a determinar novo julgamento pelo próprio Tribunal recorrido.

Por esse sistema, que preserva inteiramente a autonomia e o prestígio dos outros Tribunais, ficará desafogado o Supremo Tribunal e se porá cõbro ao exagêro, que atualmente se observa na interposição de recurso extraordinário. Nos Estados Unidos, onde vigora, com as suas peculiaridades, o princípio da relevância, mais de 80% dos casos levados à Corte Suprema ficam encerrados nessa verificação preliminar.

Além dessa providência, de valia incontestável, propõe-se medida mais radical para os processos da Justiça do Trabalho, cujas decisões só serão recorríveis para o Supremo Tribunal nos mandados de segurança, ou quando contrárias à Constituição federal. Dêsse modo, também se dará maior realce ao Tribunal Superior do Trabalho, que tem a função de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais Regionais, como já é o sistema da Justiça Eleitoral. A paridade é plenamente justificável, porque essas duas Justicas aplicam direito específico.

b) Mandados de Segurança

Não há qualquer dificuldade com os pedidos originários de mandado de segurança, que só cabem contra atos de poucas autoridades. A grande massa perturbadora do serviço são os recursos de mandado de segurança, especialmente porque em muitos deles

a discussão é sobre direito local, matéria, em princípio, exorbitante do Supremo Tribunal e que só foi incluída em sua competência para maior garantia das partes.

Esse problema pode ser facilmente resolvido, admitindo-se recurso de mandado de segurança, para o Supremo Tribunal, somente quando esteja envolvida questão de direito federal. Em tal hipótese, aliás, deverá ser ordinário o recurso, para ambas as partes, a fim de corrigir a atual situação de desigualdade, em que a autoridade pública só dispõe do recurso extraordinário. Aliás, o Supremo Tribunal, por via de interpretação, já tem atenuado as conseqüências dessa anomalia.

De qualquer modo, o conhecimento de tais recursos deverá ficar subordinado ao requisito da alta relevância, como foi justificado para o recurso extraordinário. Também se admitirá a alternativa de um novo julgamento pelo Tribunal recorrido, por determinação do Supremo Tribunal.

c) *Habeas corpus*

Raras são as autoridades cujos atos podem ser impugnados em *habeas corpus* originário perante o Supremo Tribunal (ressalvada a hipótese de urgência, prerrogativa que data da Lei nº 221, de 1894, e tem sido reproduzida nas Constituições ulteriores, inclusive na de 1937). Nos crimes políticos, cabe a medida diretamente contra ato do juiz de primeira instância, mas este problema poderá ter outra solução com o deslocamento da competência de recurso, como adiante se propõe. Os demais casos supõem julgamento prévio por um Tribunal de segunda instância, o que confere a tais pedidos originários de *habeas corpus* o mesmo alcance dos recursos, com dispensa do prazo.

Essa competência, com a modificação adiante sugerida sobre os crimes políticos, não deverá ser retirada do Supremo Tribunal, para que se não elimine a mais eficiente garantia individual do nosso regime. O *habeas corpus*, de criação quase imemorial na Inglaterra, é uma conquista irreversível da humanidade, atestada pela crescente tendência à proteção internacional dos direitos da pessoa humana. Nossas Constituições só têm permitido a suspensão do *habeas corpus* em estado de sítio, e durante a sua vigência, condicionada ainda essa suspensão aos motivos do sítio e a não ter sido o ato praticado por autoridade incompetente.

Mesmo no regime de 1937, que viveu sob estado de sítio, então denominado de "emergência", as decisões do próprio Tribunal de Segurança podiam ser corrigidas, em certa medida, através de *habeas corpus*, pelo Supremo Tribunal. E a construção doutrinária e jurisprudencial que mais nos projetou nos meios jurídicos internacionais, foi a chamada "doutrina brasileira do *habeas corpus*", que o estendia a outros direitos civis e políticos além da liberdade de locomoção. Essa doutrina, contrariada pela reforma constitucional de 1926, veio a frutificar, alguns anos depois, na consagração constitucional do mandado de segurança, que só a Constituição de 37 rebaixou para a lei ordinária, sendo, a seguir, corrigida pela de 1946.

Por esse breve histórico, fica evidenciado que em nome da democracia não se poderá desfigurar o instituto do *habeas corpus*, de que a nossa maturidade jurídica se vangloria.

Um dos projetos sugere retirar do Supremo Tribunal os *habeas corpus* originários contra ato de Ministro de Estado, mas essa garantia é tanto do paciente como do Minis-

tro. A concessão da ordem pode envolver a responsabilidade criminal do coator, e os Ministros estariam sendo prejulgados por tribunal incompetente, pois o seu fóro, por prerrogativa de função, tem sido tradicionalmente o Supremo Tribunal, tanto nos crimes funcionais não conexos com os do Presidente da República, como nos crimes comuns.

Dir-se-á que este desencontro de competência também ocorre nos *habeas corpus* originários contra ato do Chefe de Estado. O argumento não seria decisivo, porque, embora o Presidente da República esteja sujeito ao julgamento prévio das Casas do Congresso, em nenhum país jamais se deu ao Congresso competência para julgar *habeas corpus*. É natural, portanto, que tais processos sejam apreciados pelo Supremo Tribunal que, por ser o mais alto da nossa ordem judiciária, sempre teve competência para julgar o Presidente da República nos crimes comuns e, depois de cessado o exercício, também nos crimes de responsabilidade.

Tem sido, aliás, muito reduzido o número de *habeas corpus* contra ato de Ministro de Estado, o que retira ao problema qualquer significação quanto ao volume de serviço do Supremo Tribunal.

d) *Matéria constitucional*

Nos regimes da natureza do nosso, desde 1803, com o famoso julgado de Marshall, a última palavra quanto à interpretação constitucional compete ao Supremo Tribunal. Poderão, assim, ser evitados numerosos processos, se houver a possibilidade de um imediato ou antecipado pronunciamento seu sobre leis cuja execução esteja sendo iniciada.

Para se alcançar esse resultado, poderão ser incluídas em sua competência:

a) uma representação de inconstitucionalidade de lei federal, em tese, de exclusiva iniciativa do Procurador-Geral da República, a semelhança do que existe para o direito estadual (art. 8º, parágrafo único, da Constituição federal);

b) uma prejudicial de inconstitucionalidade, a ser suscitada, exclusivamente, pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador-Geral da República, em qualquer processo em curso perante outro juízo.

A limitação da iniciativa, em tais questões, evitará os abusos e ficará facultado ao Supremo Tribunal definir, desde logo, a controvérsia constitucional sobre leis novas, com economia para as partes, formando precedente que orientará o julgamento dos processos congêneres.

Esse procedimento será de inestimável vantagem nas questões tributárias e de servidores públicos, que freqüentemente alcançam centenas e até milhares de interessados, pois reduzirá o movimento forense, prevenindo demandas, e evitará pesadas ou irreparáveis conseqüências patrimoniais, especialmente para o Tesouro.

e) *Outros processos*

Com a restauração dos Juizes Federais, poderão ser retiradas da competência de recurso do Supremo Tribunal as ações fundadas em tratado federal, que tendem aumentar com a disseminação dos acordos comerciais e tarifários, como sucedeu com a G. A. T. T., que tem levado centenas de recursos ordinários ao Supremo Tribunal. Bas-

tará, em tais casos, o recurso extraordinário, pois o eventual reflexo internacional da decisão poderá caracterizar o requisito da relevância para o seu conhecimento.

Também poderá passar para o Tribunal Federal de Recursos o julgamento, em segunda instância, dos crimes políticos, ressalvada a hipótese de foro por prerrogativa de função, porque o Supremo Tribunal, em princípio, não examina prova em grau de recurso. Bastará, em tais casos, a garantia do *habeas corpus*.

As causas entre Estado e autarquia federal já são da competência de segundo grau do Tribunal Federal de Recursos, por interpretação construtiva do Supremo Tribunal, o que pode ser regulado expressamente na reforma, como consta de um dos projetos submetidos ao nosso exame.

Quanto às ações penais originárias, para evitar que um juiz seja julgado por outro de menor hierarquia, poder-se-á complementar a Constituição, mandando julgar originariamente, pelo Supremo Tribunal, todos os juizes de Tribunais de segunda instância, incluindo os Tribunais Regionais do Trabalho, ressalvada a competência específica do Superior Tribunal Militar e do Tribunal Superior Eleitoral.

Finalmente, fica facilitado o exame dos casos submetidos ao Supremo Tribunal, quando sua apresentação obedece a certas normas, que permitam apreender rapidamente as questões essenciais e bem assim os pressupostos de sua jurisdição. Essa matéria, por sua natureza e para maior flexibilidade, não deve ser regulada em lei. Seu assento próprio é o Regimento, como se dispõe no anexo anteprojeto.

VIII — CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

A restauração dos juizes federais e sua vinculação a mais de um Tribunal tornam indispensável a instituição de um Conselho Superior da Magistratura. Um dos projetos defende a idéia, mas não nos foi enviado (ou não foi escrito) o artigo do Professor Frederico Marques, que trataria do assunto com mais desenvolvimento.

Em respeito à independência dos poderes, mais acentuada no regime presidencialista, a composição desse Conselho deverá ficar restrita ao ramo judiciário, por não serem aplicáveis os modelos europeus. Poderá, assim ser integrado: pelos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Federal de Recursos e do Tribunal Federal de Alçada, e pelo mais antigo dos Juizes Federais, no todo, cinco membros. Poderá realizar uma reunião anual, ordinária, e as extraordinárias que forem convocadas.

Em sua competência, a ser regulada em lei, deverá ser incluída a coordenação administrativa e financeira da Justiça Federal de primeira instância e o seu regime disciplinar. Atendendo, porém, a que o Conselho terá somente cinco membros, propõe-se maioria absoluta, e não dois terços de votos, para a remoção de Juizes Federais por motivo de interesse público. Perante o Conselho funcionará, como órgão do Ministério, o Procurador-Geral da República.

Traduzindo as considerações anteriormente desenvolvidas, e acrescentando uma providência destinada a resguardar a conveniência da Justiça nas promoções dos juizes estaduais, o Supremo Tribunal elaborou o seguinte antepropeto de emenda constitucional:

Anteprojeto de Emenda Constitucional

Art. 1º Os arts. 94, inciso II, 95, inciso II, 101, inciso I, alíneas *c*, *f* e *l* (acrescido), inciso II, alíneas *a*, *b*, *c* e *d*, inciso III (*caput*) §§ 1º, 2º e 3º (acrescidos), 102, 103, 104, 105, 120, 121, inciso IV, 123, § 3º, 124 (*caput*), inciso IV (parte) e 201 da Constituição federal ficam com a seguinte redação:

Art. 94. O Poder Judiciário da União é exercido pelos seguintes órgãos:...

II — juizes federais, Tribunal Federal de Alçada e Tribunal Federal de Recursos;

Art. 95

II — inamovibilidade, salvo quando ocorrer motivo de interesse público, reconhecido pelo voto de dois terços dos membros efetivos do tribunal superior competente, ou, quanto aos juizes federais, da maioria absoluta dos membros do Conselho Superior da Magistratura.

Art. 101 ...

I — ...

c) os Ministros de Estado, os juizes dos Tribunais Superiores Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os chefes de missão diplomática em caráter permanente, assim nos crimes comuns como nos de responsabilidade, ressalvado, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do art. 92;

f) os conflitos de jurisdição entre juizes ou tribunais federais de justiças diversas, entre quaisquer juizes ou tribunais federais e os dos Estados, entre juizes ou tribunais de Estados diferentes, inclusive os do Distrito Federal e os dos Territórios, e entre juizes ou tribunais que não estejam sob a jurisdição comum de outro tribunal;

l) a representação de inconstitucionalidade de lei ou decreto federal, de iniciativa do Procurador-Geral da República, e a prejudicial de inconstitucionalidade suscitada nos processos em curso pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador-Geral da República.

II — ...

a) os *habeas corpus* decididos em última instância pelos tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão;

b) os mandados de segurança decididos em única ou última instância por outros tribunais, quando envolvida questão federal de alta relevância;

c) as causas em que forem partes um Estado estrangeiro e pessoa domiciliada no país;

d) as cartas rogatórias de tribunais estrangeiros, sendo competente, originariamente, o Presidente do Supremo Tribunal Federal para conceder o *exequatur*;

III — julgar em recurso extraordinário, sendo de alta relevância a questão federal, as causas dedidas em única ou última instância por outros tribunais ou juizes: (...)

V — propor a criação, por lei ordinária, de novos Tribunais Federais de Recursos ou de Alçada, e o aumento, pela mesma forma, do número de juizes desses tribunais.

§ 1º O recurso extraordinário contra decisão definitiva da primeira instância, ou de juiz singular, será admitido por um órgão coletivo do Tribunal competente, ou do respectivo Tribunal Superior, sendo irrecorrível a decisão que lhe negar seguimento.

§ 2º Os outros tribunais observarão o disposto no regimento do Supremo Tribunal Federal quanto à admissão e processamento das petições e recursos que lhe forem dirigidos.

§ 3º O Supremo Tribunal Federal, ao deixar de julgar o recurso ordinário, ou extraordinário, por não ser de alta relevância a questão federal, poderá determinar que o Tribunal recorrido profira novo julgamento.

Art. 102. O Conselho Superior da Magistratura compõe-se do presidente do Supremo Tribunal Federal, que será o seu presidente, dos presidentes do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Federal de Recursos e do Tribunal Federal de Alçada, e do juiz federal mais antigo, tendo como órgão do Ministério Público o Procurador-Geral da República.

Parágrafo único. Compete ao Conselho Superior da Magistratura:

I — coordenar a administração dos juizes federais e velar por seu regime disciplinar;

II — exercer, no que couber, as atribuições do art. 97.

Art. 103. O Tribunal Federal de Recursos, com sede na Capital Federal, compor-se-á de juizes, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo dois terços entre magistrados e um terço entre advogados e membros do Ministério Público, com os requisitos do art. 99.

§ 1º Compete ao Tribunal Federal de Recursos, que poderá dividir-se em turmas ou câmaras:

I — processar e julgar originariamente:

a) os *habeas corpus* contra atos ou decisões dos juizes federais;

b) os mandados de segurança, quando a autoridade coatora for o próprio Tribunal, ou o seu Presidente, ou juiz federal, ou quando for Ministro de Estado;

c) os conflitos de jurisdição entre juizes federais;

d) a execução das sentenças, nas causas de sua competência originária, sendo facultada a delegação de atos processuais,

II — julgar em recurso ordinário:

- a) os *habeas corpus* denegados por juizes federais;
- b) os crimes politicos;
- c) mandados de segurança decididos por juizes federais;
- d) as causas decididas pelos juizes federais, e as decididas em primeira instância, quando a União for interessada como autora, ré, assistente ou oponente, exceto as de falência e accidentes do trabalho; ou quando se tratar de crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, e das autarquias ou empresas públicas, criadas por lei federal, ressalvada a competência da Justiça Militar e a da Justiça Eleitoral;

Art. 104. O Tribunal Federal de Alçada, com sede na Capital Federal, compor-se-á de juizes, observado o disposto no art. 103, *caput*.

Parágrafo único. O Tribunal Federal de Alçada, que poderá dividir-se em turmas ou câmaras, tem competência da mesma natureza da do Tribunal Federal de Recursos, porém, limitada às causas de valor estimável, até o limite de vizes o maior salário-mínimo do país e nos crimes punidos com detenção.

Art. 105. A lei organizará a Justiça Federal de primeira instância, observados os preceitos desta Constituição e os principios seguintes:

I — admissão do juiz mediante concurso de titulos e provas organizado pelo Conselho Superior da Magistratura;

II — em cada Estado ou Território e no Distrito Federal haverá, pelo menos, um juiz federal, com sede na Capital;

III — onde houver mais de um, a jurisdição dos juizes federais poderá ser limitada territorialmente, fixada a sede no lugar mais conveniente;

IV — os juizes federais poderão delegar atos executórios ou probatórios, que tiverem de ser executados em lugar distante;

V — as autoridades estaduais, quando solicitadas, prestarão auxilio à execução das decisões dos juizes federais contra particulares ou autoridades estaduais;

VI — o auxilio de força federal será solicitado, através do Tribunal competente, pelo Supremo Tribunal Federal;

VII — são da competência dos juizes federais; (...)

Art. 120. São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem a Constituição federal, as denegatorias de *habeas corpus* e as proferidas em mandado de segurança, das quais caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal (arts. 101, II, a e b e III).

Art. 121 ...

IV — forem proferidas em mandado de segurança, ou denegarem *habeas corpus*.

Art. 123 ...

§ 3º São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior do Trabalho, salvo as que contrariarem a Constituição federal e as proferidas em mandado de segurança, das quais caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal (art. 101, II, b e III).

Art. 124. Os Estados organizarão a sua justiça com observância dos arts. 95 a 97, 101, § 1º, e também dos seguintes princípios:

IV — ... Em se tratando de antigüidade, que se apurará na última entrância, ou, se for o caso, na imediatamente inferior, o Tribunal resolverá preliminarmente se deve ser indicado o juiz mais antigo; ...

Art. 201. As causas em que a União for autora serão aforadas perante o juiz ou tribunal federal com jurisdição sobre o domicílio da outra parte. As intentadas contra a União poderão ser aforadas na capital do Estado ou Território em que for domiciliado o autor; na capital do Estado em que se verificou o ato ou fato originador da demanda ou esteja situada a coisa; ou ainda no Distrito Federal.

Parágrafo único. As causas propostas perante outros juizes, se a União nelas intervier como assistente ou oponente, passarão para o juizo federal competente.

Art. 2º. A epigrafe da Seção III do Capitulo IV do Título I passa a ser: *Dos Tribunais Federais de Recursos e de Alçada e dos Juizes Federais.*

Art. 3º. No que se refere ao Tribunal Federal de Recursos, ao Tribunal Federal de Alçada e aos juizes federais, esta emenda entrará em vigor nas datas em que forem instalados os novos órgãos.

Brasília, 10 de junho de 1965. — A. M. Ribeiro da Costa, Presidente. — Cândido Mota Filho, Vice-Presidente. — Hahnemann Guimarães — Luis Gallotti. — A. M. Vilas-Boas. — Gonçalves de Oliveira. — Vitor Nunes Leal. — Pedro Chaves. — Hermes Lima. — Evandro Lins e Silva.

Anexo II - Proposta dos ministros do STF entregue à Comissão Afonso Arinos durante o ano de 1987

(Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/sugestoes-dos-constituintes/arquivos/sgeo10901-11000>. Acesso em 01 set. 2015.)

Agosto de 1987	DIÁRIO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE (Suplemento)	Quinta-feira 6 B69
<p>no Art. 198 da atual Constituição, como de anteriores Constituições, seja mantido em sua integridade, uma vez que, sem dúvida, tem tais disposições sido, através dos tempos, o sustentáculo dessa política.</p> <p>Nessa linha de raciocínio, são, por exemplo, pela manutenção de princípios que reconhecem o direito indígena sobre a terra, com atribuição de uso em caráter estritamente coletivo, sendo estas mesmas terras impessoais de quaisquer negócios jurídicos que impeçam a realização desse objetivo, qual seja, o uso coletivo da terra.</p> <p>E nesse particular, sugerem a inserção de princípios que impeçam o uso dessas terras de forma a descaracterizar o sentido coletivo da propriedade.</p> <p>Sugerem ainda que sejam mantidos princípios básicos da política indigenista brasileira, tais como os seguintes:</p> <p>Artigo 4º, inciso IV</p> <p>Art. 198. "As terras habitadas pelos índios são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes."</p> <p>Reafirmação dos parágrafos 1º e 2º</p> <p>Sobre o Estatuto do Índio</p> <p>Manutenção do art. 17, da Lei nº 6.001, que reconhece a legitimidade constitucional do direito indígena sobre a terra.</p> <p>Manutenção do art. 18, da Lei nº 6.001, que atribui o uso coletivo das terras indígenas e vedá o exercício de qualquer negócio jurídico que implique a posse coletiva das terras indígenas.</p> <p>Manutenção do art. 19, da Lei nº 6.001, que atribui à Funai a demarcação das terras indígenas.</p> <p>Manutenção do art. 22, parágrafo único, que atribui posse permanente das terras habitadas por índios e direitos exclusivos sobre riquezas nelas existentes.</p> <p>Manutenção do art. 23, da Lei nº 6.001, que considera posse do índio a ocupação efetiva da terra de acordo com seus usos, tradições, e onde exista atividade econômica indispensável à sua subsistência.</p> <p>Manutenção do art. 24, da Lei nº 6.001, que reconhece o usufruto assegurado aos índios sobre a terra, uso e apropriação das riquezas naturais nela existentes, bem como o produto de sua exploração econômica.</p> <p>Manutenção do art. 25, da Lei nº 6.001, que reconhece o direito dos índios e grupos tribais sobre as terras ocupadas independentemente de sua demarcação.</p> <p>Manutenção do art. 27, da Lei nº 6.001, que caracteriza a reserva indígena.</p> <p>Manutenção do art. 28, da Lei nº 6.001, que define condições de assistência aos parques indígenas.</p> <p>Anulação do art. 29, da Lei nº 6.001.</p> <p>Anulação do art. 30, da Lei nº 6.001, e aplicação inconstitucional do art. 198 da Constituição.</p> <p>Reformulação do art. 31, da Lei nº 6.001, baseada na aplicação e reconhecimento do art. 198 da Constituição.</p> <p>Manutenção do art. 32, da Lei nº 6.001, que dispõe a propriedade plena da comunidade sobre as terras adquiridas nos termos da legislação civil.</p> <p>Manutenção do art. 33, da Lei nº 6.001, que determina a posse da terra para o índio em terras ocupadas durante 10 (dez) anos consecutivos.</p>	<p>Manutenção do art. 34, da Lei nº 6.001, que dispõe sobre o poder de polícia da Funai para assegurar o direito indígena à terra.</p> <p>Manutenção do art. 35, da Lei nº 6.001, que atribui à Funai a responsabilidade de fazer a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos indígenas.</p> <p>Manutenção do art. 36, da Lei nº 6.001, que dispõe sobre a competência do Ministério Público Federal no sentido de proteger a posse das terras ocupadas pelos índios.</p> <p>Manutenção do art. 37, da Lei nº 6.001, que reconhece o direito das comunidades indígenas em defender seus interesses.</p> <p>Inclua-se ainda a manutenção ipsis literis dos arts 20 e 21, da Lei nº 6.001.</p> <p>EDUCAÇÃO SAÚDE CRIMES CONTRA A CULTURA JUSTIÇA</p> <p>Manutenção do artigo 47, da Lei nº 6.001, que assegura respeito ao patrimônio cultural das comunidades indígenas.</p> <p>Manutenção do artigo 48, da Lei nº 6.001, que amplia às comunidades indígenas o sistema de ensino em vigor no País, com as necessárias adaptações.</p> <p>Manutenção do artigo 49, da Lei nº 6.001, que dispõe sobre a educação bilíngue.</p> <p>Reformulação do artigo 50, da Lei nº 6.001, com a inclusão da necessidade de transmitir os valores comunitários no processo de educação.</p> <p>Manutenção do artigo 51, da Lei nº 6.001, que dispõe sobre escolas de 1º grau em áreas indígenas.</p> <p>Manutenção do artigo 52, da Lei nº 6.001, que faculta aos índios direitos à educação.</p> <p>Reformulação do artigo 53, da Lei nº 6.001, de forma a preservar a produção tradicional do artesanato.</p> <p>Manutenção do artigo 54, da Lei nº 6.001, que faculta aos índios os serviços normais de assistência à saúde.</p> <p>Preservação do artigo 55, da Lei nº 6.001, estendendo aos índios os benefícios da Previdência Social.</p> <p>Manutenção do artigo 56, da Lei nº 6.001, que dispõe sobre o reconhecimento da identidade étnica do índio infrater.</p> <p>Manutenção do artigo 57, da Lei nº 6.001, que reconhece a legitimidade das penalidades impostas pelas comunidades a seus membros.</p> <p>Manutenção do artigo 58, da Lei nº 6.001, que dispõe sobre os crimes cometidos contra índios e comunidades indígenas, bem como contra sua cultura.</p> <p>Manutenção do artigo 59, da Lei nº 6.001, que dispõe sobre o agravoamento dos crimes cometidos contra índios ou comunidades.</p> <p>Manutenção do artigo 60, da Lei nº 6.001, que dispõe sobre a isenção de impostos quanto aos bens e renda do patrimônio indígena.</p> <p>Manutenção do artigo 61, da Lei nº 6.001, que estende aos indígenas os privilégios da Fazenda Pública.</p> <p>Manutenção do artigo 62, da Lei nº 6.001, que declaram nulos e extintos os efeitos jurídicos que visem domínio, posse, ou ocupação das terras indígenas, e seus parágrafos 1º, 2º e 3º.</p> <p>Manutenção do artigo 63, da Lei nº 6.001, que dispõe sobre a necessidade de audiência privativa</p>	<p>do União e da Funai na apreciação de medidas judiciais.</p> <p>Seguem-se assinaturas.</p> <p>SUGESTÃO Nº 10.965</p> <p>SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL GABINETE DO PRESIDENTE</p> <p>Brasília, 22 de maio de 1987</p> <p>Exmº Senhor Presidente Glaydas Guimarães</p> <p>Em atendimento à sua alta solicitação, estou a remeter-lhe cópia das sugestões apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal, em 30 de junho de 1986, e que foram objeto da exposição do Senhor Ministro Sydney Sanches, junto à Comissão de Organização de Poderes e Sistema de Governo da Assembléia Nacional Constituinte, em 6 do mês corrente.</p> <p>Esclareço a Vossa Excelência não haver outra manifestação da Corte a respeito do tema.</p> <p>Queria aceitar, Senhor Presidente, os protestos de elevada estima e distinta consideração. — Ministro Luiz Rafael Mayer.</p> <p>Sugestões do Supremo Tribunal Federal à Comissão provisória de Estudos Constitucionais — (texto final aprovado pelo Conselho do Supremo Tribunal Federal) — 30 de junho de 1986.</p> <p>CAPÍTULO</p> <p>Do Poder Judiciário</p> <p>Seção I — Disposições Preliminares</p> <p>Art. 1º — O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos:</p> <p>I — Supremo Tribunal Federal; II — Tribunais e juízes federais; III — Tribunais e juízes militares; IV — Tribunais e juízes eletrônicos; V — Tribunais e juízes do trabalho; VI — Tribunais e juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios</p> <p>Parágrafo único. Lei Complementar, denominada Lei Orgânica da Magistratura Nacional, estabelecerá normas relativas à organização, ao funcionamento, à disciplina, às vantagens, aos direitos e aos deveres da magistratura, respeitadas as garantias e proibições previstas nesta Constituição ou dela decorrentes.</p> <p>Art. 2º — Funcionará junto ao Supremo Tribunal Federal o Conselho Nacional da Magistratura, com sede na Capital da União e jurisdição em todo o Território nacional, composto de sete de seus Ministros e por ele escolhidos.</p> <p>§ 1º — Ao Conselho cabe conhecer de reclamações contra membros de Tribunais, sem prejuízo de competência disciplinar destes, podendo avocar processos disciplinares contra juízes de primeira instância e, em qualquer caso, aplicar penas de censura, suspensão, ou determinar a disponibilidade ou a aposentadoria de uns e outros, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, observado o disposto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional.</p> <p>§ 2º — Junto ao Conselho atuará o Procurador-Geral da República.</p> <p>Art. 3º — Salvo as restrições expressas nesta Constituição, os juízes gozarão das seguintes garantias:</p> <p>I — Vitaliciedade, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial</p>

I — inamovibilidade, exceto por motivo de interesse público na forma do § 3º; e

II — indestituição de vencimentos, sujeitos, entretanto, aos impostos gerais, inclusive o de renda, e os impostos extraordinários previstos no artigo.

§ 1º Na primeira instância, a vitaliciedade será adquirida após dois anos de exercício, não podendo o juiz, nesse período, perder o cargo senão por proposta do Tribunal a que estiver subordinado, adotada pelo voto de dois terços de seus membros efetivos.

§ 2º A aposentadoria será compulsória aos setenta anos de idade ou por invalidez correspondida, e facultativa após trinta anos de serviço público, em todos os casos com vencimentos integrais.

§ 3º O Tribunal competente poderá determinar, por motivo de interesse público, em extrinseco secreto e pelo voto de dois terços de seus membros efetivos, a remoção ou a disponibilidade do juiz de categoria inferior, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, assegurando-lhe defesa, e proceder da mesma forma, em relação a seus próprios juizes.

§ 4º O provimento de cargo de magistrado efetivar-se-á dentro de trinta dias da abertura da vaga, quando depender apenas de ato do Poder Executivo, ou do recebimento, por este, de indicação feita pelo Tribunal competente.

Art. 4º Os vencimentos dos magistrados serão fixados por lei, respeitadas as disposições desta Constituição e da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

§ 1º Os vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal não serão inferiores aos dos Ministros de Estado, e os dos Desembargadores aos dos Secretários de Estado, a qualquer título.

§ 2º Executadas as previstas nesta Constituição e na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, ficam vedadas outras vinculações ou equiparações a magistrados, inclusive quanto a vencimentos.

Art. 5º É vedado ao juiz, sob pena de perda do cargo judicial:

I — exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outro cargo, função ou emprego, salvo um de magistrado superior, público ou particular, e nos casos previstos nesta Constituição;

II — receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, porcentagem ou quantias nos processos sujeitos a seu despacho e julgamento; e

III — exercer atividade político-partidária.

Art. 6º Compete aos tribunais:

I — eleger seus Presidentes e demais titulares de sua direção, observado o disposto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional;

II — organizar seus serviços auxiliares, bem como os do foro judicial de respectiva área de jurisdição, providando-lhes os cargos, na forma da lei, propor ao Poder Legislativo a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos;

III — elaborar seus regimentos internos e neles estabelecer a competência de seus câmaras ou turmas isoladas, grupos, seções ou outros órgãos, com funções jurisdicionais ou administrativas;

IV — conceder licença e férias, nos termos da lei, a seus membros e aos juizes e serventários que lhes forem imediatamente subordinados.

Art. 7º Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderão os Tribunais de-

clarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Art. 8º O Poder Judiciário encaminhará ao Poder Legislativo, até o dia 31 de agosto de cada ano, a proposta orçamentária para o ano seguinte.

§ 1º Compete o encaminhamento da proposta.

I — no âmbito federal e no referente à Justiça do Distrito Federal e Territórios, ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, com aprovação deste;

II — no âmbito estadual ao Presidente do Tribunal de Justiça, com aprovação deste.

§ 2º As dotações orçamentárias do Poder Judiciário serão-lhe-ão entregues pelo Poder Executivo, em duodécimos, até o dia dez de cada mês.

Art. 9º Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judicial, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos extraordinários abertos para esse fim.

§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verbas necessárias ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até primeiro de julho.

§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente. Caberá ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, assegurado as possibilidades do depósito, e autorizar a requisição do credor ao chefe do Ministério Público, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito.

Seção II — Do Supremo Tribunal Federal

Art. 10. O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze ministros.

Parágrafo único. Os ministros serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e sete anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Art. 11. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I — processar e julgar originariamente:

a) nos crimes comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Deputados e Senadores, os Ministros de Estado, os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

b) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado o disposto no art. ... (art. 42, item I, da C.F. atual), os membros dos Tribunais Superiores da União e dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas da União e os Chefes de missão diplomática de caráter permanente;

c) os litígios entre Estados estrangeiros ou organizações internacionais e a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Territórios;

d) as causas e conflitos entre a União, os Estados, o Distrito Federal ou entre uns e outros, inclusive os respectivos órgãos de administração indireta;

e) os conflitos de jurisdição entre Tribunais Federais, entre Tribunais Federais e Estaduais, entre Tribunais Estaduais, e entre Tribunal e juiz de primeira instância a ele não subordinado, ressalvado o disposto no art. 13, I, "d";

f) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União ou entre autoridades judiciárias de um Estado e as administrativas de outro, ou dos Distrito Federal e dos Territórios, ou entre as destes e as da União;

g) A extradição requisitada pelo Estado estrangeiro e a homologação das sentenças estrangeiras;

h) o habeas corpus, quando o coator ou o paciente for Tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal ou se tratar de crime sujeito à mesma jurisdição em única instância, não se incluindo nessa competência os habeas corpus contra atos praticados singularmente pelos juizes de outros Tribunais, sujeitos ao julgamento destes.

II os mandados de segurança contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado Federal, do Supremo Tribunal Federal, do Conselho Nacional de Magistratura, do Tribunal de Contas da União, ou de seus Presidentes, e do Procurador-Geral da República, bem como os impetrados pela União contra atos de governo de Estado, do Distrito Federal e de Territórios ou por um Estado, Distrito Federal ou Território contra outro;

III a declaração de suspensão de direitos na forma do art. ... (se for mantido o art. 154 da atual C.F.);

IV a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual ou pela interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual;

m) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;

n) a execução das sentenças, nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atos processuais;

o) as causas processadas perante quaisquer juizes ou tribunais, cuja avocação deferir, a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que suspendam os efeitos da decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido; e

p) o pedido da medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República.

I — julgar em recurso ordinário:

a) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, de outro, Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

b) os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Federais ou Estaduais, se denegatória a decisão, não podendo o recurso ser substituído por pedido originário;

II — julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por Tribunais Superiores Federais ou Tribunais Estaduais, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;

b) declarar a Inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato normativo de governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou

d) dar à lei federal interpretação divergente da que lhe tenham dado o próprio Supremo Tribunal Federal, outros Tribunais Superiores Federais ou Tribunais Estaduais.

§ 1º Nos casos previstos nas alíneas "a", segunda parte, e "d" do inciso II deste artigo, o recurso extraordinário somente será cabível se:

I — o Supremo Tribunal Federal reconhecer a relevância da questão federal;

II — houver divergência entre a decisão recorrida e Súmula do Supremo Tribunal Federal;

III — O Tribunal Superior Federal, na hipótese de divergência com decisão do Supremo Tribunal Federal, julgar contrariamente a esta o recurso especial.

§ 2º Para o efeito do disposto no inciso I do parágrafo anterior, considera-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos e sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal.

§ 3º O Supremo Tribunal Federal funcionará em plenário ou dividido em turmas.

§ 4º O regimento interno estabelecerá:

a) a competência do Plenário, além dos casos previstos nas alíneas a, b, c, d, e, f, g, h, i e o do item I deste artigo, que lhe são privativos;

b) a composição e a competência das turmas;

c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal; e

d) a competência de seu Presidente para conceder o "exequatur" a cartas rogatórias e para homologar sentença estrangeira.

Seção II — Do Tribunal Superior Federal

Art. 12. O Tribunal Superior Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de quinze Ministros vitaiscos, com mais de 35 anos de idade, nomeados pelo Presidente da República, sendo nove dentre juizes dos Tribunais Regionais Federais, três dentre membros do Ministério Público Federal, e três dentre advogados de notório saber jurídico e idoneidade moral.

Parágrafo único: A nomeação só se fará depois de aprovada a escolha pelo Senado, salvo quanto à dos magistrados, que serão indicados ao Presidente da República em lista tripartite pelo próprio Tribunal Superior Federal, sendo obrigatória a nomeação do que figurar em lista pela quarta vez consecutiva.

Art. 13. Compete ao Tribunal Superior Federal:

I — processar e julgar originariamente:

a) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;

b) os juizes dos Tribunais Regionais Federais e do Trabalho, os juizes federais, os juizes do trabalho, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal e os do Ministério Público da União, nos crimes comuns e de responsabilidade;

c) os "habeas corpus" e mandados de segurança contra ato de Ministro de Estado, Presidente do Tribunal ou de seus órgãos e membros, e do responsável pela direção geral da Polícia Federal;

d) os conflitos de jurisdição entre seus órgãos, entre Tribunais Regionais Federais, e juizes subor-

dinados a outros Tribunais Regionais Federais, e entre juizes subordinados a tribunais diversos;

II — julgar, em recurso ordinário, os "habeas corpus" e mandados de segurança decididos, originariamente, pelos Tribunais Regionais Federais.

III — julgar, mediante recurso especial, as causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais, quando a decisão contrariar dispositivo da Constituição, violar letra de tratado ou lei federal, declarar sua inconstitucionalidade, ou divergir de julgamento do Supremo Tribunal Federal, do próprio Tribunal Superior Federal ou de outro Tribunal Regional Federal.

Seção IV — Dos Tribunais Regionais Federais

Art. 14. Os Tribunais Regionais Federais serão criados em lei, que determinará a jurisdição, sede e número de membros.

§ 1º Os Tribunais Regionais Federais constituir-se-ão de juizes nomeados pelo Presidente da República:

a) mediante promoção de juizes federais indicados pelo respectivo Tribunal;

b) em quatro dos lugares por advogados de notório saber jurídico e idoneidade moral, com mais de dez anos de prática forense e por membros do Ministério Público Federal com mais de dez anos de exercício, todos de idade superior a 35 anos.

§ 2º A promoção de juizes federais ao Tribunal dar-se-á por antiguidade e por merecimento, alternadamente, observado o seguinte:

a) a antiguidade apurar-se-á pelo tempo de efetivo exercício no cargo, podendo o Tribunal Regional Federal recusar o juiz mas artigo pelo voto da maioria absoluta de seus membros, repositivo-se a votação até se fazer a indicação;

b) no caso de merecimento, a indicação ao Presidente da República far-se-á em lista tripartite elaborada pelo tribunal, nela podendo figurar apenas os juizes da respectiva região e sendo obrigatória a promoção do que nela constar pela quarta vez consecutiva.

§ 3º Os lugares reservados a membros do Ministério Público Federal ou advogados serão preenchidos, respectivamente, por membros do Ministério Público Federal da região ou advogados nela militantes, indicados em lista tripartite pelo Tribunal.

Art. 15. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I — processar e julgar, originariamente:

a) as revisões criminais e as ações rescisórias dos seus julgados e dos juizes federais da região;

b) os "habeas corpus" e mandados de segurança contra ato do Presidente do Tribunal ou de seus órgãos e membros ou de juiz federal da região;

c) os conflitos de competência entre seus órgãos ou entre juizes federais da região.

II — julgar, em grau de recursos, as causas decididas pelos juizes federais da região.

Seção V — Dos Juizes Federais

Art. 16. Os juizes federais serão nomeados pelo Presidente da República, escolhidos, sempre que possível, em lista tripartite, organizada pelo respectivo Tribunal Regional Federal.

§ 1º O provimento do cargo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, organi-

zado pelo Tribunal Regional Federal, devendo os candidatos atender aos requisitos de idoneidade moral e de idade superior a vinte e cinco anos e inferior a quarenta e cinco, além dos especificados em lei.

§ 2º A lei poderá atribuir a juizes federais exclusivamente funções de substituição, em uma ou mais Seções Judiciárias, e, ainda, as de auxílio a juizes titulares da vara, quando não se encontrarem no exercício de substituição.

Art. 17. Cada Estado, bem como o Distrito Federal, constituirá uma Seção Judiciária, que terá por sede a respectiva Capital, e varas localizadas segundo o estabelecido em lei.

Parágrafo único. Nos Territórios do Amapá e Roraima, a jurisdição e as atribuições cometidas aos juizes federais caberão aos juizes da justiça local, na forma que a lei dispuser. O Território de Fernando de Noronha compreende-se à Seção Judiciária do Estado de Pernambuco.

Art. 18. Aos juizes federais compete processar e julgar, em primeira instância:

I — as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Militar;

II — as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Municípios ou pessoas domiciliadas ou residentes no Brasil;

III — as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

IV — os crimes políticos e os praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias e empresas públicas, ressalvada a jurisdição da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V — os crimes previstos em tratado ou convenção internacional em que, iniciada a execução no País, seu resultado ocorreu ou deveria ter ocorrido no estrangeiro ou, reciprocamente, iniciada no estrangeiro, seu resultado ocorreu ou deveria ter ocorrido no Brasil;

VI — Os crimes contra a organização do trabalho ou decorrentes da greve;

VII — os "habeas corpus" em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

VIII — os mandados de segurança contra ato de autoridade federal, como tal definida em lei, excetuados os casos de competência dos Tribunais Federais;

IX — os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

X — os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro;

XI — as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

XII — a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação;

XIII — os litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais, qualquer que seja o seu regime jurídico.

§ 1º As causas em que a União for autora, serão aforadas na Capital do Estado do Território onde tiver domicílio a outra parte; as intentadas contra a União, poderão ser aforadas na Capital

do Estado ou Território em que for domiciliado o autor, e na Capital do Estado onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa ou ainda no Distrito Federal.

§ 2º As causas propostas perante outros juizes, se a União, nelas intervir, como assistente ou oponente, passarão a ser da competência do juiz federal respectivo.

§ 3º Processar-se-ão e julgar-se-ão na Justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que for parte instituição de previdência social e cujo objeto for benefício de natureza pecuniária, sempre que a comarca não seja sede de vara de juiz federal. O recurso, que no caso couber, deverá ser interposto para o Tribunal Regional Federal.

§ 4º A lei poderá delegar a jurisdição de primeiro grau à Justiça local em comarca onde não houver Vara Federal, para o processo e julgamento de outras ações, bem como atribuir aos órgãos competentes do Estado ou Território as funções de Ministério Público Federal ou a representação judicial da União.

Seção VI — Dos Tribunais e Juizes Militares

Art. 19 São órgãos da Justiça Militar o Tribunal Superior Militar e os Juizes inferiores instituídos por lei.

Art. 20. O Tribunal Superior Militar compo-se-se de onze Ministros vitálicos, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo dois dentre oficiais-generais da ativa do Exército, dois dentre oficiais-generais da ativa da Aeronáutica e quatro dentre civis.

§ 1º Os Ministros civis, escolhidos pelo Presidente da República, com mais de trinta e cinco anos de idade, serão:

- a) dois cidadãos de notório saber jurídico e idoneidade moral, com mais de 10 anos de prática forense; e
- b) dois, dos quais um dentre auditores e outro dentre membros do Ministério Público da Justiça Militar.

§ 2º Os ministros militares e togados do Tribunal Superior Militar terão vencimentos e vantagens iguais aos dos Ministros do Tribunal Superior Federal.

Art. 21. A Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhe são semelhantes.

Parágrafo único. Esse foro especial poderá estender-se aos civis nos casos expressos em lei, para repressão de crimes contra a segurança externa do País ou as instituições militares.

Seção VII — Dos Tribunais e Juizes Eleitorais

Art. 22. Os órgãos da Justiça Eleitoral são os seguintes:

- I — Tribunal Superior Eleitoral;
- II — Tribunais Regionais Eleitorais;
- III — Juizes Eleitorais;
- IV — Juntas Eleitorais.

Parágrafo único. Os juizes dos Tribunais Eleitorais, salvo motivo justificado, servirão obrigatoriamente por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos; os substitutos

serão escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria.

Art. 23. O Tribunal Superior Eleitoral, com sede na Capital da União, compo-se-se-á:

- I — mediante eleição, pelo voto secreto:
 - a) de três juizes, dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal; e
 - b) de dois juizes dentre os membros do Tribunal Superior Federal;
- II — por nomeação do Presidente da República, de dois entre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral elegerá seu Presidente e seu Vice-Presidente dentre os três Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Art. 24. Haverá um Tribunal Regional Eleitoral na capital de cada Estado e no Distrito Federal.

Art. 25. Os Tribunais Regionais Eleitorais compo-se-ão:

- I — mediante eleição, pelo voto secreto:
 - a) de dois juizes dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça; e
 - b) de dois juizes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça, dentre os titulares da comarca de capital;
- II — de juiz do Tribunal Regional Federal no Estado onde tiver sede, ou de juiz federal nos outros Estados da região, escolhido pelo respectivo Tribunal Regional Federal.

§ 1º O Tribunal Regional Eleitoral elegerá seu Presidente um dos dois desembargadores do Tribunal de Justiça, cabendo ao outro a Vice-Presidência.

§ 2º O número dos juizes dos Tribunais Regionais Eleitorais é irredutível, mas poderá ser elevado, por lei, mediante proposta do tribunal Superior Eleitoral.

Art. 26. A lei disporá sobre a organização das Juntas eleitorais, que serão presididas por juiz de direito e cujos membros serão aprovados pelo Tribunal Regional Eleitoral e nomeados pelo seu Presidente.

Art. 27. Os juizes de direito exercerão as funções de juizes eleitorais, com jurisdição plena e na forma da lei.

Parágrafo único. A lei poderá outorgar a outros juizes competência para funções não decisórias.

Art. 28. Os juizes e membros dos tribunais e Juntas eleitorais, no exercício de suas funções, e no que lhes for aplicável, gozarão de plenas garantias e serão inamovíveis.

Art. 29. A lei estabelecerá a competência dos juizes e Tribunais Eleitorais, incluindo entre as suas atribuições:

- I — o registro e a cassação de registro dos partidos políticos, assim como a fiscalização das suas finanças;
- II — a divisão eleitoral do País;
- III — o alistamento eleitoral;
- IV — a fixação das datas das eleições, quando não determinadas por disposição constitucional ou legal;
- V — o processamento e apuração das eleições e a expedição dos diplomas;
- VI — a decisão das arguições de inelegibilidade;

VI — o processo e julgamento dos crimes eleitorais e os que lhes são conexos, bem como os de "habeas corpus" e mandado de segurança em matéria eleitoral; e

VII — o julgamento de reclamações relativas a obrigações impostas por lei aos partidos políticos.

Art. 30. Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso para o Tribunal Superior Eleitoral, quando:

- I — forem proferidos contra expressa disposição de lei;
- II — ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais;
- III — versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais e estaduais; ou
- IV — denegarem "habeas corpus" ou mandado de segurança.

Art. 31. São inexecutíveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as delegatárias de "habeas corpus", das quais caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal.

Art. 32. Os Territórios do Amapá, Roraima e Fernando de Noronha ficam sob a jurisdição, respectivamente, dos Tribunais Regionais do Pará, Distrito Federal e Pernambuco.

Seção VIII — Dos Tribunais e Juizes do Trabalho

Art. 33. Os órgãos da Justiça do Trabalho são os seguintes:

- I — Tribunal Superior do Trabalho;
- II — Tribunais Regionais do Trabalho;
- III — Juntas de Conciliação e Julgamento.

§ 1º O Tribunal Superior do Trabalho compo-se-á de dezesseis Ministros, com mais de 35 anos de idade, nomeados pelo Presidente da República, sendo:

- I — três dentre juizes de Tribunais Regionais do Trabalho;
- II — dois dentre membros do Ministério Público da Justiça do Trabalho, com mais de dez anos de exercício;

§ 2º Os dois dentre advogados de notório saber jurídico e idoneidade moral, com mais de dez anos de prática forense.

§ 3º A lei fixará o número de Tribunais Regionais do Trabalho e respectivas sedes e instituirá as Juntas de Conciliação e Julgamento, podendo, nas comarcas onde não forem instituídas, atribuir sua jurisdição aos juizes de direito.

§ 4º Poderão ser criados por lei outros órgãos da Justiça do Trabalho.

§ 5º A lei, observado o disposto no § 1º, disporá sobre a constituição, investidura, jurisdição, competência, garantias e condições de exercício dos órgãos da Justiça do Trabalho, assegurada a paridade de representação de empregadores e trabalhadores nas Juntas de Conciliação e Julgamento.

§ 6º Os Tribunais Regionais do Trabalho serão compostos de juizes togados, assegurada a participação de advogados e membros do Ministério Público da Justiça do Trabalho, nas condições e proporções estabelecidas no § 1º.

§ 7º O acesso de juizes togados aos Tribunais Regionais do Trabalho far-se-á por antiguidade e por merecimento, alternadamente. No caso de antiguidade o Tribunal Regional do Trabalho somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto de maioria absoluta dos juizes que o integram,

repetindo-se a votação até se fixar o indicado. No caso de merecimento, a lista tripartite compor-se-á de nomes escolhidos dentre os juizes presidentes efetivos de Juntas de Conciliação e Julgamento, sendo obrigatória a nomeação do que nela figurar pela quarta vez consecutiva.

Art. 34. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar nos dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e, mediante lei, outras controvérsias oriundas de relação de trabalho.

§ 1º A lei especificará as hipóteses em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderão estabelecer normas e condições de trabalho.

§ 2º Os litígios relativos a acidentes do trabalho são da competência da Justiça Ordinária dos Estados, do Distrito Federal e das Territórios, salvo exceções estabelecidas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Art. 35. Das decisões do Tribunal Superior do Trabalho somente caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal quando contrariarem esta Constituição.

Seção IX — Dos Tribunais e Juizes dos Estados e do Distrito Federal

Art. 36. Os Estados organizarão a sua Justiça, observados os artigos 113 a 117 desta Constituição, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional e das disposições seguintes:

I — o ingresso na magistratura de carreira dar-se-á mediante concurso público de provas e títulos, realizados pelo Tribunal de Justiça, com a participação do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, podendo a lei exigir dos candidatos prova de habilitação em curso de preparação para a magistratura; a indicação dos candidatos far-se-á, sempre que possível, em lista tripartite;

§ 1º — a promoção de juizes far-se-á de entrância a entrância, por antiguidade e por merecimento alternadamente, observado o seguinte:

a) apurar-se-á na entrância a antiguidade e o merecimento, este em lista tripartite, sendo obrigatório a promoção do juiz que figurar pela quarta vez consecutiva em lista de merecimento;

b) no caso de antiguidade, o Tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto da maioria absoluta de seus membros, repetindo-se a votação até se fixar a indicação;

c) somente após dois anos de exercício na respectiva entrância poderá o juiz ser promovido, salvo se não houver, com tal requisito, quem aceite o lugar vago, ou forem recusados, pela maioria absoluta dos membros do Tribunal, candidatos que hajam completado o estágio;

II — o acesso aos Tribunais dar-se-á por antiguidade e por merecimento, alternadamente. A antiguidade apurar-se-á na última entrância. Neste caso, o Tribunal de Justiça, somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto da maioria dos desembargadores, repetindo-se a votação até se fazer a indicação. No caso de merecimento, a lista tripartite, compor-se-á de nomes escolhidos dentre os juizes de qualquer entrância;

IV — na composição dos Tribunais, um quinto dos lugares será preenchido por:

a) membros do Ministério Público, com mais de 35 anos de idade e 10 anos de exercício da função;

b) por advogados com mais de trinta e cinco

anos de idade, dez anos de prática forense, de notório saber jurídico e idoneidade moral;

Todos indicados pelo Tribunal de Justiça, em lista tripartite;

V — os Tribunais de Justiça e de Alçada terão, no máximo, trinta e seis membros;

VI — a lei poderá estabelecer, como condição à promoção por merecimento, a partir de determinada entrância, ou de acesso aos tribunais de segunda instância, pelo mesmo critério, frequência e aprovação em curso ministrado por escola de aperfeiçoamento de magistrados;

VII — nos casos de impedimentos, férias, licenças ou qualquer afastamento, os membros do Tribunal serão substituídos, sempre que possível, por outro de seus componentes, sem escotismo de remuneração. A Lei Orgânica da Magistratura Nacional regulará a forma e os casos em que poderão ser convocados, para a substituição, juizes não pertencentes ao tribunal.

§ 1º A lei poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça:

a) Tribunais de alçada, de segunda instância, observados os requisitos previstos na Lei Orgânica da Magistratura Nacional;

b) Juizados especiais, em único grau de jurisdição, competentes para conciliação e julgamento de causas civis de pequena relevância definidas em lei e julgamento de contravenções;

c) Juntas de recursos compostas pelos próprios juizes locais, sem prejuízo das funções destas em primeira instância, para julgamento dos fatos civis e criminais estabelecidos em lei, salvo para declaração de inconstitucionalidade;

d) Justiça de paz temporária, competente para habilitação e celebração de casamento e para outros atos previstos em lei;

e) Justiça militar estadual, constituída em primeira instância pelos Conselhos de Justiça, e, em segunda, pelo próprio Tribunal de Justiça, com competência para processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os integrantes das polícias militares.

§ 2º — Em caso de mudança de sede do juízo, será facultado ao juiz remover-se para ela ou para comarca de igual entrância ou obter a disponibilidade com vencimentos integrais.

§ 3º Compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar os membros do Tribunal de Alçada e os juizes de inferior instância nos crimes comuns e nos de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

§ 4º Compete ao Tribunal de Justiça, mediante representação do Procurador-Geral de Justiça, declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo estadual ou municipal, em face da Constituição do Estado, salvo se houver também questão constitucional federal.

§ 5º Cabe privativamente ao Tribunal de Justiça propor ao Poder Legislativo a alteração da organização e da divisão judiciárias, vedadas emendas estranhas ao objeto da proposta ou que determinem aumento de despesa.

§ 6º Dependente de proposta do Tribunal de Justiça a alteração do número de seus membros ou dos membros dos Tribunais de Alçada, observado o disposto nesta Constituição e na Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Art. 37. Aplicam-se ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios as normas desta Constituição relativas a Tribunais de Justiça Estaduais.

CAPÍTULO

Dos Direitos e Garantias Individuais

Art. A Constituição assegure aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual e assegurará, nas pequenas causas, o acesso direto e gratuito à Justiça. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se esgotem previamente as vias administrativas, desde que não se gize garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e vinte dias para a decisão sobre o pedido.

TÍTULO

Disposições Gerais e Transitórias

Art. Ficam extintos os atuais tribunais de segunda instância da Justiça Militar estadual.

Art. O título de Ministro é privativo dos Ministros de Estado, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Superior Federal, do Tribunal Superior Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho, do Tribunal de Contas da União e dos da carreira de diplomata.

§ 1º O título de Desembargador é privativo dos membros dos Tribunais de Justiça, o de Juiz, dos membros dos demais tribunais federais e estaduais e da magistratura de primeira instância.

Art. O Tribunal Federal de Recursos fica transformado em Tribunal Superior Federal.

§ 1º No prazo de cento e oitenta dias, contado da promulgação desta, serão criados, por lei, Tribunais Regionais Federais com sede em Brasília, Recife, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre, providenciando o Tribunal Superior Federal, nos cento e oitenta dias seguintes, a respectiva instalação.

§ 2º — Na composição inicial dos Tribunais Regionais Federais, a nomeação de seus membros, pelo Presidente da República, far-se-á com base em indicações do Tribunal Superior Federal, observado o disposto nos parágrafos do art. 14.

§ 3º Instalados os Tribunais Regionais Federais, serão extintos, à medida em que se vagarem, dois cargos de Ministros do Tribunal Superior Federal, observada, na recomposição, a proporcionalidade estabelecida no art. 12.

§ 4º Enquanto não forem instalados os Tribunais Regionais Federais, sua competência será exercida pelo Tribunal Superior Federal.

Art. O Tribunal Superior Militar conservará sua composição atual, até que se extinguir, na vacância, os cargos excedentes da composição prevista no art. 23.

Art. Os atuais Ministros classistas do Tribunal Superior do Trabalho e Juizes classistas dos Tribunais Regionais do Trabalho terão seus mandatos extintos na data em que esta Constituição entrar em vigor.

Art. Os tribunais estaduais com mais de trinta e seis membros adaptar-se-ão à nova composição prevista no art. 36, conforme dispuser a Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Art. Ficam oficializadas as serventias do foro judicial, mediante remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos, res-

sejada a situação dos atuais titulares, vitalícios ou nomeados em caráter efetivo ou que tenham revertido a titulares.

Parágrafo único. No prazo de cento e oitenta dias, contados da promulgação desta Constituição, os Estados providenciarão o cumprimento do disposto neste artigo.

Brasília — DF, 30 de junho de 1966. — Ministro **Marellia Alves**, Presidente — Ministro **Djaci Falcão** — Ministro **Rafael Mayer** — Ministro **Neri da Silveira** — Ministro **Oscar Corbiá** — Ministro **Aldir Passarinho** — Ministro **Francisco Rezak** — Ministro **Sydney Banchus** — Ministro **Octavio Gallotti** — Ministro **Carlos Madeira** — Ministro **Celio Borja**.

SUGESTÃO N.º 10.966

SECRETARIA DA HABITAÇÃO
ESTADO DE SÃO PAULO

OF/SH/207/87

São Paulo, 25 de maio de 1967

Excelentíssimo Senhor

Doutor **Glyses Guimarães**

Digníssimo Presidente da Assembléa

Nacional Constituinte

Câmara dos Deputados

Brasília — DF

Senhor Presidente,

Quando estrei no Governo de São Paulo a função de Secretário dos Transportes, tive a honra de, na companhia de alguns companheiros de outros Estados, encaminhar pessoalmente a Vossa Excelência alguns subsídios à Assembléa Nacional Constituinte, decorrente dos debates do Fórum Permanente dos Secretários dos Transportes.

Pelo alto respeito que V. Ex.ª merece de toda a Nação e considerando a grande responsabilidade que lhe foi confiada, de presidir a Assembléa Nacional Constituinte, não posso furtar-me ao dever de submeter ao lúcido exame do Ilustre Presidente algumas questões de grande relevância, agora relativas à questão habitacional, que assume dramática conotação social.

O texto anexo corresponde a palestra proferida no dia 30 de abril passado, em Brasília, no 39.º Encontro Nacional de Cohnab, em que procurei colocar em debate dados numéricos, preocupações e pontos de vista que julgo essencial submeter ao exame de V. Ex.ª, certo de merecer, em favor dos mais relevantes interesses da sociedade, a atenção do Ilustre Presidente.

Reiterando as expressões de apreço e respeito, subscrevo-me.

Atenciosamente, **Adriano Murgel Branco**, Secretário da Habitação.

A Questão Habitacional Brasileira

Adriano Murgel Branco

1. Quem quer que analise hoje a questão habitacional brasileira se surpreenderá com a dimensão do problema. Estima-se em 8 milhões de déficit nacional de habitações, significando que cerca de um terço da população vive em condições de subabitação.

O déficit habitacional brasileiro está distribuído aproximadamente da seguinte maneira um terço, refere-se à população de renda mensal até 2 salá-

rios mínimos; outro terço, às famílias de 2 a 5 salários mínimos; o último terço refere-se a famílias que têm renda superior a 5 salários mínimos.

Superar esse problema, que representa 8% do déficit mundial — e o Brasil nem de longe tem 8% da população do mundo subdesenvolvido — significa investir cerca de 80 bilhões de dólares em moradias e serviços públicos e sociais correspondentes. E a situação não é menos grave nos países mais desenvolvidos do País, na medida em que o Estado de São Paulo tem 27% do déficit habitacional brasileiro.

Ao encarar a realidade dos números, dos 80 bilhões necessários, somos levados a crer que o problema não tem solução. Mas quando lembramos que apenas 7 anos dos juros da dívida externa brasileira seriam suficientes para reagitar um terço da população nacional da subabitação, só podemos concluir que a solução já poderia ter ocorrido, se as prioridades de investimento no Brasil tivessem se voltado para os temas sociais mais relevantes e não para a megamentaria dos governos e para a sede insaciável dos grandes empreiteiros e dos negociantes.

2. A preocupação com a questão habitacional deve, então, ser devidamente explicada, para que ela possa justificar uma prioridade governamental. Prover o cidadão de uma habitação não significa apenas lhe oferecer um teto, um abrigo contra a intempérie. E, antes de tudo, lhe dar condições e estímulo para o progresso social.

O cidadão sem moradia é um errante, que não tem condições de buscar para si o emprego que mais lhe convém, mas sim aquele que se ajuste à localização do barraco onde, provisoriamente, puder se alojar. É um homem fadado a criar os seus filhos sem a mínima condição de higiene, saúde, educação e lazer. É, enfim, um pétreo na sociedade, impossibilitado do saudável convívio comunitário.

Por outro lado, a escassez de moradia gera fluxos migratórios, sobrecarregando os grandes centros urbanos, onde a rotatividade no emprego propicia sempre a oferta de um barraco liberado e onde o número de pontes e viadutos é maior. No interior paulista, por exemplo, há hoje indústrias que para lá se deslocaram, visando exatamente conter o fluxo para a Capital, com escassez de empregados, porque falta a habitação.

Não que se considere ainda que a moradia, além de criar condições para a promoção social, propicia também condições para o progresso econômico, na medida em que permite a geração do trabalho domiciliar, da oficina de consertos, do artesanato, dos serviços caseiros de costura, de lavagem de roupa, de costura, etc. E, assim, assegure melhor o convívio dos pais — pelo menos da mãe — com os filhos, vigilando-lhes a educação.

3. A partir de tais considerações, torna-se fácil entender as atividades de acesso à habitação como um autêntico serviço público. A característica fundamental do serviço público é a **essencialidade**. E é esse requisito, o consagrado introdutor da moderna doutrina dos serviços públicos no Brasil — Luiz de Aranha Mello — acrescentava o **monopólio**, que, por vezes, obriga a intervenção do poder público no domínio privado.

Em seu livro "O Problema Econômico dos Serviços de Utilidade Pública", Anísio Mello relata o famoso caso Munn e Scott, ocorrido no Estado de Illinois, Estados Unidos, há 125 anos, em que

o Estado interveio na atividade particular e competitiva da armazenagem de grãos. Ocorreu que os dois sócios Munn e Scott, aos poucos compraram os silos e armazéns de seus concorrentes, tornando-se monopolistas da atividade. Nesse momento, o poder público estadual interveio, para fixar os preços do armazenamento.

Inconformados com a decisão, aqueles comerciantes recorreram ao Poder Judiciário e foram até à Suprema Corte, que acabou confirmando a ação do Estado, em memorável e histórica jurisprudência que afirmava: "uma propriedade qualquer veste-se de interesse público quando utilizada de forma a tomar-se de necessidade pública e afetar a coletividade toda". A partir desse conceito, é que cumpre ao Estado intervir em qualquer tipo de atividade que afete o interesse coletivo.

Cria, no Brasil o problema habitacional sempre foi tratado como mera questão comercial, de características privadas. A partir de 1964, quando se criou o Banco Nacional da Habitação, o poder público apenas entrou no assunto como gestor de fundos públicos, captados compulsoriamente (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço) e cedidos mediante cobranças de juros, seguros, taxas de serviço, administração etc., para o chamado "tomador".

Considerando desta maneira o problema de casa própria, em 22 anos de vida do Sistema Financeiro de Habitação, 8% dos recursos captados foram aplicados em benefício de famílias com renda mensal inferior a 5 salários mínimos e que, desgraçadamente, representam 80% da população brasileira; do outro lado, 92% daqueles recursos foram destinados a famílias de renda superior a 5 salários mínimos, ou seja, 20% da população.

Deu no que deu: 8 milhões de famílias brasileiras não têm onde morar! E, o que é pior: sucessivos desastres no Sistema levaram o BNH à falência, com um prejuízo acumulado que hoje se estima entre 200 e 300 bilhões de cruzeiros! Ou seja, não só os recursos foram canalizados desastrosamente para as classes de maior renda, como fortemente subsidiados pelo governo, vale dizer por todos aqueles que pagam impostos, dentre os quais se incluem os trabalhadores de baixa renda, principais formadores do próprio FGTS.

Bastaria o reconhecimento da importância da habitação, conforme descrita anteriormente, para tê-la como um serviço público típico. Mas o quadro atual, mercê da incrível iniquidade social praticada, demonstrou quão essencial se tornou o atendimento à carência de moradias, agravado pelo monopólio dos recursos, institucionalizado pelo governo federal. E há que se considerar ainda que, se serviços como os fornecimentos de água, luz, transporte, comércio, etc. devem ser considerados de utilidade pública, porque são essenciais à vida comunitária, dois outros são inquestionavelmente mais essenciais, porque estão na base da sobrevivência: a nutrição e a habitação. Curiosamente, nenhum direito a essas dois interesses públicos é assegurado, por nenhum mecanismo e em nenhum instante, pela Constituição Federal, pela legislação ordinária ou pelos atos governamentais.

Enquanto o usuário de uma rodovia, que nela circula cumprindo uma função econômica ou de lazer, nada paga pela sua instalação e pouco paga pela sua conservação, o cidadão de baixa