



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

FABRÍCIO CASTAGNA LUNARDI

O STF NA POLÍTICA E A POLÍTICA NO STF:
PLAYERS, PACTOS E IMPACTOS PARA A DEMOCRACIA

BRASÍLIA, DF, BRASIL

2018



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

FABRÍCIO CASTAGNA LUNARDI

O STF NA POLÍTICA E A POLÍTICA NO STF:
PLAYERS, PACTOS E IMPACTOS PARA A DEMOCRACIA

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Constituição”.

Orientador: Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo

BRASÍLIA, DF, BRASIL
2018

FABRÍCIO CASTAGNA LUNARDI

**O STF NA POLÍTICA E A POLÍTICA NO STF:
*PLAYERS, PACTOS E IMPACTOS PARA A DEMOCRACIA***

O candidato foi considerado APROVADO pela Banca Examinadora.

Professor Doutor Juliano Zaiden Benvindo
Orientador (UnB)

Professor(a) Doutor(a) Fabiano Hartmann Peixoto
Membro (UnB)

Professor Doutor Leonardo Augusto de Andrade Barbosa
Membro (CEFOP)

Professor Doutor Diego Werneck Arguelhes
Membro (FGV)

Professor(a) Doutor(a) Jorge Octávio Lavocat Galvão
Suplente (UnB)

Brasília, DF, 1º de novembro de 2018.

À Gabi, à Sofia e ao Luca

AGRADECIMENTOS

Cursar o programa de Doutorado em Direito da Universidade de Brasília é algo transformador. Constitui-se, também, numa grande jornada, onde há diversos desafios, riscos e obstáculos a serem superados. Quem consegue chegar ao fim jamais sai como entrou, pois certamente passou por muitas experiências, vivências, adquiriu novos conhecimentos, debateu, dialogou, aprendeu a respeitar e a internalizar as divergências. Como em poucos ambientes de juristas, as aulas na Faculdade de Direito da UnB colocam todos no mesmo plano, onde o *ethos* não resiste ao *logos*.

Nessa incrível jornada que foi o doutoramento em Direito na Universidade de Brasília, não estive sozinho. A interação, os diálogos e debates com colegas e professores do programa de pós-graduação me oportunizaram crescer como pesquisador. Superei muitas das minhas concepções e ideias, e amadureci outras.

Após quase quatro anos de pesquisa, sendo três para a escrita da tese – incluindo os últimos oito meses dedicados exclusivamente a ela, numa jornada diária de dez horas e nenhum dia sem uma linha –, apresento um trabalho final que é produto de uma imensa pesquisa e de um amadurecimento científico vivenciado ao longo desses anos, que demandou muito mais do que inspiração, pois foi necessária imensa dedicação. Entendi que somente se sabe que se chegou ao fim da tese quando se atingiu a exaustão, não somente do tema, mas também física e psicológica do pesquisador, quando se chega à conclusão que é preciso colocar um ponto final. Mas somente consegui terminar essa jornada porque diversas pessoas estiveram comigo, e, dessa forma, fazem parte dessa trajetória, marcando a minha biografia para sempre.

O fato de ter na Faculdade de Direito da UnB aulas e palestras de pesquisadores de outros programas de pós-graduação, nacionais e estrangeiros, colegas de doutorado originários de outros Estados e de outros países, me oportunizou adquirir conhecimentos multidisciplinares, ampliando muito os meus horizontes de pesquisa. O intercâmbio de conhecimentos entre professores e alunos, nacionais e estrangeiros, de todos os continentes – algo que também é uma marca desta Universidade – também me proporcionou conhecer mais as diversas visões de mundo.

Na UnB, além da interação com colegas e professores, tive acesso a diversas bases de dados, o que me oportunizou obter artigos, livros e trabalhos científicos de autores dos diversos países, permitindo que a minha pesquisa estivesse conectada com o que está se pesquisando no mundo inteiro.

Assim, após oito anos de UnB, como aluno especial, integrante de grupos de estudos, como mestrando e doutorando, preciso, inicialmente, agradecer a esta Instituição, que me acolheu e me oportunizou desenvolver diversos saberes e conhecimentos, nas mais variadas áreas e campos, como uma instituição plural que é. Foram oito anos transformadores para mim, como pesquisador e como ser humano.

Agradeço, também, a todos os colegas que compartilharam comigo esse período produtivo do doutorado, parceiros de projetos, aulas, debates e trabalhos em grupo, especialmente a Thiago Sombra, Ana Cristina Botelho, Émerson Silva Barbosa e Paulo Sampaio.

Aos professores do Programa de Doutorado da Universidade de Brasília, efetivos ou visitantes, que me oportunizaram adquirir conhecimentos e refletir sobre diversas tematizações, transformando a minha capacidade científica e a minha própria concepção de mundo, apesar de todas as minhas limitações. Nesse sentido, agradeço especialmente aos Professores Marcelo Neves, Cláudia Roesler, Menelick de Carvalho Netto, Marcus Faro de Castro, Luís Roberto Barroso e Alexandre Araújo Costa. Devo muito a vocês.

Ao meu orientador, Professor Juliano Zaiden Benvindo, sempre sábio, sereno, inteligente e perspicaz. Cada intervenção sua teve diversos desdobramentos nesta tese. Em todos os momentos que eu precisei da sua orientação, você soube dar o correto direcionamento. Além de tudo isso, fez, ao final, uma cuidadosa revisão da tese, com importantes correções, sugestões e ideias. Sou-lhe eternamente grato!

Aos professores Argemiro Cardoso Moreira Martins, Leonardo Augusto de Andrade Barbosa, Diego Werneck Arguelhes e Fabiano Hartmann Peixoto, integrantes da banca examinadora da qualificação e da defesa, por terem aceitado o convite, por lerem a minha tese com cuidado e pelas suas valiosas considerações, imprescindíveis para que fosse aperfeiçoada. Vocês poderão ver que as suas ideias e sugestões fazem parte deste trabalho. Muito obrigado!

À Desembargadora Ana Maria Amarante Brito, em nome de quem agradeço à instituição do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios pela necessária licença que me foi concedida, para que eu pudesse aprofundar a pesquisa e desenvolver esta tese de doutorado. Sem esse tempo de dedicação exclusiva à pesquisa não teria conseguido desenvolver este trabalho, ao menos da forma como foi feito.

Ao Ivo Gico Júnior, amigo, conselheiro, um grande crítico e incentivador. Você foi responsável pelo amadurecimento de diversas ideias que estão nesta tese.

Agradeço, também, ao querido amigo Atalá Correia, com quem compartilhei as angústias e ansiedades do doutoramento.

Aos meus compradres Tiago Pinto Oliveira e Bruna Koerich, parceiros de projetos e de sonhos, sempre presentes em todos os momentos importantes da minha vida.

Ao meu amigo-irmão Felipe Kersten, sempre generoso e pronto para conversar, debater e apoiar. As nossas reflexões sobre direito, política, economia e sobre a vida estão implícitas em todas as linhas desta tese. Também agradeço à minha família de coração, meus amados Daniel, Elisa e Lívia. Muito obrigado!

A todos os amigos e colegas que, de alguma forma, estiveram presentes nessa longa caminhada e me auxiliaram a seguir em frente.

Àqueles que são a minha base, meus pais e irmãos: Valter, Inês, Delx e Roben. Obrigado, por tudo!

À família que a minha esposa me deu, João, Magale, Rodrigo e Joanna, que, com sua alegria e energia contagiante, são inspiração para eu me tornar uma pessoa melhor.

Aos meus amados Luca e Sofia, pedaços de mim, minhas melhores obras, que vieram ao mundo durante o doutoramento, que me ensinaram tantas coisas e me deram uma nova perspectiva de vida, novos hábitos, novos saberes, novas alegrias, que me mostraram o caminho para descobrir aquilo que vale a pena na vida, e que ela deve ser vivida e aproveitada todos os dias.

À Gabi, minha esposa, que compartilhou comigo as agruras da tese, que me deu todo o suporte necessário para que eu a desenvolvesse e que soube suportar todas as minhas angústias nesse período tão importante, mas também tão intenso. Além de ser minha companheira em todos os momentos, fez uma revisão fundamental nesta tese, tornando-a muito melhor. Não há palavras para demonstrar toda a gratidão que sinto. Mas preciso registrar aqui que lhe sou eternamente grato, por tudo!

A todos vocês, meu mais sincero muito obrigado!

Brasília, outubro de 2018.

Fabício Castagna Lunardi

RESUMO

A presente tese tem por objetivo investigar a real capacidade do Supremo Tribunal Federal para corrigir as disfunções de instituições políticas, coibir a corrupção, retificar as patologias que acometem a democracia e, assim, melhorar as condições democráticas do país, considerando, sobretudo, as teorias que investigam as relações de poder, os estudos de direito constitucional comparado, as estruturas das instituições brasileiras, o contexto político e o comportamento dos juízes constitucionais. Para atingir esses escopos, propõe-se um estudo crítico-reflexivo, teórico e empírico sobre a atuação da Corte Constitucional brasileira de forma contextualizada e na sua inter-relação com os diversos atores políticos. A pesquisa é desenvolvida numa linha crítico-metodológica, que tem como marco teórico análises políticas sobre cortes constitucionais, utilizando-se principalmente de abordagens estratégicas e que consideram os jogos de poder. A par dessa perspectiva crítica e reflexiva, a investigação não se eximirá de ser jurídico-propositiva, mediante o oferecimento de alternativas ao *design* institucional brasileiro e ao padrão de conduta adotado pelos ministros do STF na revisão judicial. A questão é problematizada a partir da superação da dicotomia entre as teorias que preconizam o ativismo judicial e a sua autocontenção, mostrando-se que essas abordagens são insuficientes e inadequadas para explicar o novo papel dos tribunais constitucionais. Nesse contexto, propõe-se examinar as causas da expansão da jurisdição constitucional, bem como do seu suporte político. Ao se mostrar a atuação da Suprema Corte brasileira a partir de julgamentos ocorridos durante a crise política que se iniciou em 2013, quando a Corte deu tratamento diverso a idênticas situações jurídicas e sucumbiu diante de poderosos atores políticos, é questionada a sua real capacidade institucional para melhorar as condições democráticas do país. Considerando teorias políticas, o *design* institucional, a estrutura de oportunidades constitucionais, os incentivos sociopolíticos e a cultura jurídica, em perspectiva comparada, colocam-se novas luzes sobre o papel da Corte Constitucional brasileira. A partir disso, é analisado como os ministros do STF agem estrategicamente diante dos diversos instrumentos processuais, controlando o *timing* do julgamento ou impondo a sua decisão individual, muitas vezes de forma contrária ao entendimento do plenário. Nessa perspectiva, são descortinados o constitucionalismo abusivo, o autoritarismo velado, o contraconstitucionalismo, o constitucionalismo de camuflagem judicial, o desmembramento constitucional e o golpe de Estado jurídico. Nesse contexto, buscam-se alternativas para o atual padrão de conduta dos ministros do STF, para o processo de nomeação de seus membros – de forma a deixá-lo mais

público –, para impedir o descumprimento das decisões judiciais pela classe política, aumentar a sua capacidade de combater a corrupção na política e torná-lo mais responsável perante a opinião pública. Por fim, conclui-se que, considerando a atuação do STF desde a crise política que se instaurou em 2013, há uma grande frustração diante daquilo que se pretendia que ele fizesse e aquilo que, na prática, representa e é capaz de fazer. Embora seja um órgão importante na estrutura das instituições brasileiras, pragmaticamente, ainda possui uma capacidade bastante limitada de melhorar as condições democráticas do país.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal, controle de constitucionalidade, política, judicialização, constitucionalismo abusivo, autoritarismo velado, jogos de poder, *players*, táticas, democracia.

ABSTRACT

The purpose of this thesis is to investigate the real capacity of the Federal Supreme Court to correct dysfunctions of political institutions, to curb corruption, to correct the pathologies that affect democracy, and thus to improve the democratic conditions of the country, especially considering the theories that investigate power relations, studies of comparative constitutional law, the structures of Brazilian institutions, the political context and the behavior of constitutional judges. In order to reach these scopes, a critical-reflexive, theoretical and empirical study on the Brazilian Constitutional Court's action is proposed in a contextualized way and in its interrelation with the different political actors. The research is developed in a critical-methodological line, whose theoretical framework is political analysis on constitutional courts, using mainly strategic approaches and considering power games. In addition to this critical and reflective perspective, the investigation will not be exempt from being legal-propositional, by offering alternatives to the Brazilian institutional design and the standard of conduct adopted by the STF Ministers in judicial review. The issue is problematized by overcoming the dichotomy between the theories that advocate judicial activism and its self-restraint, showing that these approaches are insufficient and inadequate to explain the new role of constitutional courts. In this context, it is proposed to examine the causes of the expansion of constitutional jurisdiction, as well as its political support. By showing the actions of the Brazilian Constitutional Court based on judgments that occurred during the political crisis that began in 2013, when the Court gave different treatment to identical legal situations and succumbed to powerful political actors, its real institutional capacity to improve the democratic conditions of the country is questioned. Considering political theories, institutional design, the structure of constitutional opportunities, sociopolitical incentives and legal culture, in a comparative perspective, new light is cast on the role of the Brazilian Constitutional Court. From this, it is analyzed how the STF Ministers act strategically before the various procedural instruments, controlling the timing of the judgment or imposing their individual decision, often in a way contrary to the understanding of the plenary. In this perspective, abusive constitutionalism, stealth authoritarianism, counterconstitutionalism, camouflage constitutionalism, constitutional dismemberment and juridical coup d'État are unveiled. In this context, alternatives are sought for the current standard of conduct of the STF justices, for the process of appointing their members, so as to make it more public, to prevent non-compliance with judicial decisions by the political class, ability to combat corruption in politics and make it more accountable to public opinion.

Finally, it is concluded that, considering the performance of the STF since the political crisis that began in 2013, there is a great frustration with what it was intended to do and what in practice it represents and is capable of doing. Although it is an important organ in the structure of Brazilian institutions, it still pragmatically has a rather limited capacity to improve the democratic conditions of the country.

KEY-WORDS: Brazilian Supreme Court, judicial review, politics, judicialization, abusive constitutionalism, stealth authoritarianism, power games, players, tactics, democracy.

SUMÁRIO

| | |
|--|------------|
| INTRODUÇÃO | 17 |
| CAPÍTULO 1) A SUSTENTAÇÃO POLÍTICA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS | 28 |
| 1.1. Para além da dicotomia ativismo x autocontenção judicial: em busca de uma perspectiva dinâmica e contextualizada..... | 29 |
| 1.2. Explicações político-institucionais à disseminação e ao fortalecimento do <i>judicial review</i> | 38 |
| 1.2.1. A necessidade estrutural e política de cortes constitucionais | 39 |
| 1.2.2. O suporte político ao STF no sistema de justiça brasileiro..... | 49 |
| 1.3. A Assembleia Nacional Constituinte e o Supremo Tribunal Federal como ator político: reflexões acerca da influência política no fortalecimento da revisão judicial no Brasil | 54 |
| 1.4. Judicialização da política ou “politização suprema”: riscos e desafios..... | 62 |
| 1.5. A força e as fraquezas das Cortes Constitucionais | 70 |
| 1.5.1. A atuação do STF frente a elites políticas: qual é o problema?..... | 74 |
| 1.5.2. STF <i>versus</i> poder político: questionamentos acerca da efetividade das decisões da Corte no enfrentamento de elites políticas..... | 84 |
| CAPÍTULO 2) EM BUSCA DE EXPLICAÇÕES PARA O NOVO PAPEL DO STF EM PERSPECTIVA COMPARADA: DIFICULDADES E DESAFIOS..... | 99 |
| 2.1. Cortes constitucionais em regimes autoritários e em democracias | 99 |
| 2.2. O novo papel das cortes constitucionais na América Latina: dificuldades e desafios | 111 |
| 2.3. O STF em perspectiva comparada: <i>design</i> institucional, estrutura de oportunidades constitucionais, incentivos sociopolíticos e cultura jurídica | 123 |
| 2.3.1. O <i>design</i> institucional da Corte Constitucional brasileira na perspectiva de direito comparado..... | 124 |
| 2.3.2. A estrutura de oportunidades constitucionais e os incentivos sociopolíticos | 142 |
| 2.3.3. A cultura jurídica | 153 |
| 2.4. O comportamento do Supremo Tribunal Federal | 162 |
| 2.4.1. A atuação das cortes constitucionais na implementação de direitos fundamentais e no arbitramento de conflitos políticos: obstáculos e estratégias | 163 |
| 2.4.2. O comportamento estratégico do STF: entre a timidez e a prudência | 167 |
| CAPÍTULO 3) O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO E AS SUAS PRÁTICAS | 181 |
| 3.1. O constitucionalismo abusivo..... | 182 |

| | |
|---|------------|
| 3.2. A “fulanização” dos julgamentos e os riscos para o Estado Democrático de Direito: o problema da atuação circunstancial de uma Corte Constitucional | 188 |
| 3.2.1. Prerrogativas parlamentares: diferentes parlamentares, diverso tratamento..... | 188 |
| 3.2.2. Os casos de nomeação de Ministros de Estado com objetivo de conceder prerrogativa de foro: julgamentos que abalaram a República | 195 |
| 3.2.3. O caso da execução da pena a partir da decisão penal condenatória de segunda instância: “Aos amigos, os favores; aos inimigos, a lei.” | 200 |
| 3.3. O STF na arena política: o jogo político encoberto pelo constitucionalismo..... | 207 |
| 3.4. As manifestações públicas sobre os casos em julgamento | 219 |
| 3.5. O contraconstitucionalismo supremo: a suspensão dos direitos constitucionais pelo STF | 226 |
| 3.6. O constitucionalismo de camuflagem judicial e a Corte Constitucional brasileira..... | 231 |
| CAPÍTULO 4) AUTORITARISMO VELADO, DESMEMBRAMENTO CONSTITUCIONAL E GOLPE DE ESTADO JURÍDICO..... | 239 |
| 4.1. Autoritarismo velado: as novas formas sub-reptícias de autoritarismo..... | 240 |
| 4.2. O exercício autoritário do poder individual pelos ministros do STF | 244 |
| 4.2.1. O poder supremo do relator: “liminares perpétuas” e uso estratégico do colegiado..... | 245 |
| 4.2.2. O individualismo decisional nos julgamentos colegiados | 254 |
| 4.2.3. O poder de pauta: discricionariedade ou autoritarismo?..... | 264 |
| 4.2.4. O poder absoluto de cada ministro no pedido de vista: todos contra o plenário | 268 |
| 4.3. O poder individual hipertrófico e o desmembramento constitucional | 274 |
| 4.4. O golpe de Estado jurídico | 278 |
| CAPÍTULO 5) PROBLEMAS ESTRUTURAIS E CONJUNTURAIS DA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: A POLÍTICA NO STF..... | 284 |
| 5.1. A política para o STF: reflexões sobre processos de nomeação menos políticos e mais públicos..... | 285 |
| 5.2. A sobrecarga e a morosidade processual: estratégias e custos | 293 |
| 5.3. O STF e o (des)cumprimento das suas decisões: a democracia em xeque..... | 302 |
| 5.3.1. A complexidade do descumprimento das decisões judiciais: hipóteses, estruturas e intercorrências..... | 302 |
| 5.3.2. O descumprimento de decisões judiciais pelo governo e por elites políticas: fatores relevantes e conjunturais..... | 308 |
| 5.3.3. Estratégias judiciais para obter o cumprimento das decisões | 314 |

| | |
|---|------------|
| 5.4. A capacidade de o STF combater a corrupção, o controle da sua atuação e o problema da “justiça telefônica” | 320 |
| CAPÍTULO 6) A EFETIVA CAPACIDADE DE O STF MELHORAR A DEMOCRACIA: EXPECTATIVAS E PERSPECTIVAS DO SUPREMO NA POLÍTICA | 332 |
| 6.1. O STF em tempos de crise e o experimentalismo institucional: aprendizados sobre acertos e desacertos na crise política | 333 |
| 6.2. Independência judicial e <i>accountability</i> | 343 |
| 6.2.1. Independência judicial: funções, estrutura e riscos..... | 344 |
| 6.2.2. <i>Accountability</i> judicial e contingências no caminho da democratização do STF.... | 354 |
| 6.3. O STF, a confiabilidade no Judiciário e a opinião pública..... | 361 |
| 6.4. A atuação do STF na política e os seus impactos para a democracia brasileira..... | 373 |
| 6.4.1. O STF, o ambiente político e a democracia brasileira: a tripartição de poderes revisitada..... | 374 |
| 6.4.2. A atuação do STF na política e na democracia: problemas e desafios | 381 |
| CONCLUSÃO..... | 388 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 399 |
| REFERÊNCIAS A PROCESSOS, DOCUMENTOS, ESTATÍSTICAS, ANDAMENTOS PROCESSUAIS, DECISÕES E ACÓRDÃOS | 413 |
| REFERÊNCIAS A TEXTOS DE JORNAIS E REVISTAS..... | 421 |

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- a.** – Ano
- ABCP** – Associação Brasileira de Ciência Política
- AC** – Ação cautelar
- AC** – Acre
- ACO** – Ação cível originária
- ACP** – Ação civil pública
- ADC** – Ação declaratória de constitucionalidade
- ADI** – Ação direta de inconstitucionalidade
- ADPF** – Ação de descumprimento de preceito fundamental
- AGU** – Advocacia Geral da União
- AI** – Agravo de Instrumento
- AL** – Alagoas
- Al.** – Alínea
- AMB** – Associação dos Magistrados Brasileiros
- ANC** – Assembleia Nacional Constituinte
- Art.** – Artigo
- CF** – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
- CNJ** – Conselho Nacional de Justiça
- CPC** – Código de Processo Civil
- CPP** – Código de Processo Penal
- CR** – Carta Rogatória
- CUT** – Central Única dos Trabalhadores
- DEM** – Partido Democratas
- Des.** – Desembargador
- Desa.** – Desembargadora
- DIVULG.** – Divulgado em
- DJ** – Diário da Justiça
- DJe** – Diário da Justiça Eletrônico
- DJU** – Diário da Justiça da União
- DNA** - Ácido Desoxirribonucléico
- DOU** – Diário Oficial da União

EC – Emenda Constitucional

Ed. – Edição

EUA – Estados Unidos da América

FGV – Fundação Getúlio Vargas

HC – *Habeas Corpus*

HD – *Habeas Data*

IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis

IBOPE – Instituto Brasileiro de Opinião e Estatística

ICJBrasil – Índice de Confiança da Justiça Brasileira

i.e. – Isto é (*Id est*)

Inc. – Inciso

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

j. – Julgado

MC – Medida cautelar

MDB – Partido Movimento Democrático Brasileiro

MI – Mandado de Injunção

Min. – Ministro

MPF – Ministério Público Federal

MS – Mandado de Segurança

MS – Mato Grosso do Sul

MST - Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra

MT – Mato Grosso

MG – Minas Gerais

n. – número

NCPC – Novo Código de Processo Civil

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

p. – Página

P. ex. – Por exemplo

P/ - Para

PDT – Partido Democrático Trabalhista

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

PEN – Partido Ecológico Nacional

PGR – Procuradoria-Geral da República

PL – Projeto de Lei
pp. – Páginas
PPS – Partido Popular Socialista
PSB – Partido Socialista Brasileiro
PSDB - Partido da Social Democracia Brasileira
PSOL – Partido Socialismo e Liberdade
PT – Partido dos Trabalhadores
PUBLIC. – Publicado em
RE – Recurso extraordinário
Rede – Partido Rede Sustentabilidade
Rel. – Relator
REsp – Recurso especial
RHC – Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*
RJ – Rio de Janeiro
RMS – Recurso Ordinário em mandado de segurança
Segs. – seguintes
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
T. – Turma
TJ – Tribunal de Justiça
Trad. – Tradução
TRF – Tribunal Regional Federal
TRT – Tribunal Regional do Trabalho
TST – Tribunal Superior do Trabalho
UnB – Universidade de Brasília
v. – volume
§ - Parágrafo

INTRODUÇÃO

Grande parte dos estudos em teoria constitucional tem se dedicado a analisar o papel que deve ser desempenhado pelos tribunais constitucionais na revisão judicial. Alguns autores preconizam a necessidade de um ativismo judicial, para proteger e implementar direitos e garantias constitucionais.¹ Outros, ao revés, defendem uma autocontenção ou uma revisão judicial fraca.² Entretanto, mesmo os defensores de uma revisão judicial com menor expressão, como Jeremy Waldron³, concordam que algumas circunstâncias específicas justificariam a atuação da revisão judicial, como patologias peculiares, disfunções das instituições legislativas, culturas de políticos corruptos, entre outras.⁴ Assim, hodiernamente, existe certo consenso, tanto para aqueles que defendem uma revisão judicial forte, como para os que propõem uma revisão judicial fraca, de que o principal papel da corte constitucional deveria ser o de corrigir as disfunções e assegurar as condições democráticas de tomada de decisão pelas instituições representativas, sobretudo, pelo Legislativo.

Do ponto de vista estático, poder-se-ia dizer que não há qualquer objeção a essa afirmação. Contudo, essas teorias comumente não adentram nas complexidades conjunturais de cada país, pois fica em aberto a questão relativa à real capacidade institucional das cortes

¹ Nesse sentido, por exemplo: CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa*, Alicante, 21, n. 1, p. 209-220, 1998.; CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Coord.). 20 anos da Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 197-208; POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da constituição? (trad. Juliana Salvetti, Marcelo Lamy e Luiz Carlos de Souza Auricchio). *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 7, v. 1, pp. 231-253, jan.-jun. 2006; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo (trad. Juliana Salvetti, Marcelo Lamy e Luiz Carlos de Souza Auricchio). *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 7, v. 1, pp. 18-30, jan.-jun. 2006.

² Por exemplo: WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004; SUNSTEIN, Cass R. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1996; PREZEWSKI, Adam. *Qué esperar de la democracia: límites y posibilidades del autogobierno*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2010; TUSHNET, Mark. Democracy versus Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution?. *Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 2, p. 59-63, Spring 2005; TRIBE, Laurence H. In: TRIBE, Laurence H; WALDRON, Jeremy; TUSHNET, Mark. On Judicial Review: Laurence H. Tribe, Jeremy Waldron, and Mark Tushnet debate. *Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 3, p. 81-86, Summer 2005.

³ WALDRON, Jeremy. In: TRIBE, Laurence H; WALDRON, Jeremy; TUSHNET, Mark. On Judicial Review: Laurence H. Tribe, Jeremy Waldron, and Mark Tushnet debate. *Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 3, p. 81-86, Summer 2005. pp. 84/85.

⁴ “Maybe there are circumstances – peculiar pathologies, dysfunctional legislative institutions, corrupt political cultures, legacies of racism and other forms of endemic prejudice-in which these costs of obfuscation and disenfranchisement are worth bearing for the time being. But defenders of judicial review ought to start making their claims for the practice frankly on that basis – and make it with a degree of humility and shame in regard to the circumstances that elicit it-rather than preaching it abroad as the epitome of respect for rights and as a normal and normatively desirable element of modern constitutional democracy”. (WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, p. 1346-1407, 2006. p. 1406)

constitucionais para corrigir disfunções de instituições legislativas, coibir a corrupção na política e corrigir outras patologias que acometem a democracia.

Além disso, diversos pesquisadores de direito constitucional comparado têm se dedicado a investigar a atuação das cortes constitucionais em diferentes contextos, mas comumente as análises são realizadas considerando poucos casos julgados, dos quais extraem conclusões sobre a atuação de cada tribunal constitucional. Algo semelhante acontece no Brasil, onde os estudos sobre a atuação do STF costumam se centrar em alguns casos e em aspectos puramente normativos, sem que se analisem os contextos institucionais, políticos e a atuação da Corte em termos mais amplos, considerando o comportamento dos diversos atores no cenário político. E é exatamente nesse intervalo ainda não explorado que se pretende desenvolver esta pesquisa, para além das investigações convencionais.

Assim, a presente pesquisa se torna importante na medida em que, embora vários autores já tenham desenvolvido diversas teorias sobre a expansão da revisão judicial ou sobre a necessidade de sua autocontenção, há carência de uma investigação crítico-reflexiva, teórica e empírica sobre a real capacidade institucional do STF para corrigir as disfuncionalidades e melhorar as condições democráticas do país.

Desse modo, nesta tese, pretende-se investigar a temática e buscar respostas ao seguinte problema: Considerando as teorias constitucionais que investigam as relações de poder, os estudos de direito constitucional comparado, o contexto político e as estruturas das instituições brasileiras, qual é a real capacidade do STF para retificar as disfunções de instituições legislativas, coibir a corrupção na política, corrigir patologias que acometem a democracia e, assim, melhorar as condições democráticas do país?

A capacidade institucional que se pretende desenvolver aqui diz respeito à aptidão que uma instituição tem de cumprir a sua função, de acordo com o seu *design* constitucional, em determinados contextos políticos e temporais. Quando se fala em condições democráticas, utiliza-se a concepção de democracia participativa e emancipadora. Nessa perspectiva, não se pretende defender que o STF tenha primariamente a função de tomar decisões políticas em nome dos órgãos representativos ou do povo, senão que corrija as distorções e permita que estes tenham melhores condições de tomar as suas próprias decisões e cumprir a missão constitucional que lhes foi outorgada.

As possíveis respostas para o problema não podem ser buscadas apenas analisando-se as disposições constitucionais dos diversos países ou alguns acórdãos de suas cortes constitucionais, mas através de uma análise mais profunda, que leve em conta a produção global de determinado tribunal constitucional, em certo espaço de tempo e contexto,

na sua inter-relação com os diversos atores. Em razão disso, no presente trabalho, pretende-se conectar a pesquisa ao cenário internacional e, a partir dos esforços dos teóricos de direito constitucional comparado, focar na investigação empírica de como a Corte Constitucional brasileira se insere neste contexto. Além disso, embora se reconheça a importância dos estudos de caráter mais normativo sobre a temática, a investigação que ora se propõe pretende ampliar os horizontes para além do direito constitucional, permitindo-se buscar respostas aos problemas em outros campos, como o das ciências sociais e, especialmente, o da ciência política. Com isso, não se pretende minimizar a importância dos estudos jurídicos de caráter normativo sobre as cortes constitucionais e as suas decisões. Pelo contrário, diversos estudos da ciência política que focam apenas em aspectos institucionais, comportamentais e nos jogos de poder esquecem que o direito e a cultura jurídica são também determinantes na maioria das decisões. No entanto, o problema aqui proposto requer uma análise mais ampla que a puramente normativa, de modo que é necessário investigar questões que ultrapassam a fronteira do sistema jurídico, sem deixar de reconhecer que o direito, a racionalidade normativa e a cultura jurídica são fatores também determinantes na análise da capacidade institucional do STF e das suas decisões.

De outro lado, a presente pesquisa não se confunde com o realismo jurídico, tampouco pretende se prolongar na discussão *standard* sobre judicialização da política e politização do Judiciário. Muito além disso, parte da premissa de que o direito não deve ser entendido como um organismo independente, senão como parte integrante do sistema social. Ademais, procura investigar as atitudes e comportamentos dos juízes constitucionais e dos diversos atores políticos no ambiente da decisão judicial. Nesse sentido, também estuda o comportamento judicial, com foco na relação entre os membros dos Poderes Constituídos.

Sabe-se, de antemão, que, mesmo no âmbito doméstico, é pragmaticamente impossível descrever todas as relações de poder entre os atores políticos e os ministros da Suprema Corte brasileira, pois essas relações não se dão inteiramente às claras. Todavia, as hipóteses de que existem relações entre os ministros do STF e atores políticos, de que há suporte político à atuação do Tribunal Constitucional brasileiro, que molda a sua própria competência constitucional, e de que elites políticas reagem a decisões que lhes são desfavoráveis podem ser comprovadas ou não de forma empírica, analisando-se quantitativamente a produção do STF, considerando as medidas liminares monocráticas, o controle do tempo do processo, as decisões que são tomadas para admitir recursos ou suspender ações, os pedidos de vista, as questões que não são pautadas para julgamento etc. E é nesta seara que a presente pesquisa se desenvolve.

Com essa perspectiva, também não se pretende minimizar a importância dos estudos de direito constitucional que buscam delimitar os espaços de atuação do Judiciário. Mas talvez seja mais produtivo analisar se a Corte Constitucional brasileira está cumprindo uma de suas funções primeiras, qual seja, a de melhorar as condições democráticas de atuação das instituições políticas, dentro de determinado tempo e contexto. Para tanto, uma análise global e empírica da atuação do STF pode lançar luzes sobre alguns pontos que são negligenciados nos estudos de direito constitucional contemporâneo.

Sob uma perspectiva da teoria da legislação, autores como Jeremy Waldron propõem uma revisão judicial fraca, mas pressupõem uma democracia consolidada e ancorada em determinadas premissas.⁵ Aliás, o próprio Waldron reconhece que a sua teoria pode não se aplicar em contextos de democracias disfuncionais.⁶ Ocorre que as democracias reais sempre apresentam disfuncionalidades, mais ou menos graves, o que precisa ser considerado. Ademais, instituições políticas que aparentam ser democráticas podem esconder disfuncionalidades que somente serão reveladas posteriormente, como problemas de corrupção, amiguismo, corporativismo e clientelismo.

Desse modo, analisar concretamente como o STF atua no plano macro, bem como quais são os interesses envolvidos e se age dentro das regras do jogo pode revelar se esta instituição realmente está cumprindo o seu papel constitucional ou, em vez disso, se também apresenta certas disfuncionalidades dentro de contextos políticos disfuncionais. Vale dizer, ao se investigar a real capacidade do STF para corrigir problemas democráticos de instituições políticas, é preciso considerar que ele próprio pode se revelar uma Corte política, onde opções partidárias, compromissos políticos e barganhas também têm espaço, em maior ou menor grau.

Para atingir os seus escopos, a pesquisa se desenvolve com base na opção de uma linha crítico-metodológica e com amparo nas teorias políticas e de direito constitucional comparado, que, para além de questões normativas, analisam os problemas do ponto de vista político-institucional, cultural e comportamental, considerando os contextos em que as Cortes se inserem. Entretanto, a par da perspectiva crítica e reflexiva, a investigação da presente pesquisa não se eximirá de ser propositiva, mediante o oferecimento de alternativas ao *design* constitucional e ao atual padrão de atuação da Corte Constitucional brasileira.

⁵ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004; WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, p. 1346-1407, 2006.

⁶ WALDRON, Jeremy. In: TRIBE, Laurence H; WALDRON, Jeremy; TUSHNET, Mark. On Judicial Review: Laurence H. Tribe, Jeremy Waldron, and Mark Tushnet debate. *Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 3, p. 81-86, Summer 2005. pp. 84/85.

Assim, a presente tese foi dividida em seis capítulos. O primeiro destina-se a apresentar e situar o problema de pesquisa. Para tanto, passa-se, inicialmente, a analisar a dicotomia existente entre as teses que defendem um ativismo judicial e um protagonismo do STF, de um lado, e, de outro, as contribuições dos autores que se contrapõem a isso e/ou desenvolvem a questão a partir das teorias da legislação. Nesse ponto, mostra-se como as pesquisas acerca dessas questões costumam ser subcomplexas para analisar o problema da efetiva capacidade das cortes constitucionais para corrigir as disfunções e melhorar a democracia. Após, buscar-se-ão explicações político-institucionais acerca da disseminação dos tribunais constitucionais. Afere-se como elas se sustentam no projeto constitucional, na relação com os demais Poderes Constituídos e qual é o seu suporte político. A seguir, investiga-se a atuação política do STF na busca da sua conformação perante a Assembleia Nacional Constituinte. São problematizadas a judicialização da política e a politilização do STF, ressaltando-se os seus riscos e mostrando-se os seus desafios. Na sequência, são analisadas, a partir de casos concretos e de teorias constitucionais contemporâneas, a força e as fraquezas das cortes constitucionais, diante do julgamento de algumas causas que envolvem direitos estruturais e interesses governistas ou de elites políticas, o que auxiliará a delimitar e a entender melhor o problema. Por “elites políticas”, conceito amplamente utilizado nesta tese, pretende-se designar o conjunto de indivíduos que detêm mais poder em determinado grupo, capazes de participar diretamente do processo de tomada de decisão, incluindo a não-decisão (segundo a perspectiva neolitista⁷), de modo que as suas escolhas podem ser impostas à população, ou seja, afetam um grande número de pessoas, ainda que não se deva recair num voluntarismo, já que não se pode desprezar os constrangimentos estruturais que limitam a liberdade de ação das elites políticas.⁸ Nessa perspectiva, também se

⁷ “Os neolitistas acreditam que as críticas dos pluralistas às teses de Wright Mills são pertinentes, mas incompletas. Ao insistirem no fato de que o estudo daqueles que detêm o poder (i.e., o estudo das elites políticas) deve focar processos decisórios concretos, os pluralistas não percebem que uma das formas mais eficientes de exercer o poder é vetando a introdução de temas importantes na agenda política. Exercer poder é, antes de tudo, ter a capacidade de produzir não-decisões. Portanto, se seguirmos o método pluralista de analisarmos apenas as decisões, seremos levados a concluir, equivocadamente, que a elite política se reduz àquele conjunto de grupos que participam do processo decisório. Não perceberemos, por exemplo, que aqueles que tomam as decisões podem fazê-lo levando em consideração os interesses de indivíduos e grupos que não participam daquele processo; não perceberemos que o sistema político tem um viés, isto é, opera no sentido de rejeitar sistematicamente a entrada de determinados temas e reivindicações que, pelo simples fato de serem discutidos em público, poderiam ameaçar os interesses dominantes. Cabe, portanto, ao analista político, prioritariamente, identificar e analisar o viés do sistema político e não fazer estudos de processos decisórios e nem muito menos limitar-se a uma caracterização sociológica da elite política. Esta, aliás, só pode ser identificada depois de se analisar o funcionamento enviesado do sistema político.” (PERISSINOTTO, Renato. *As elites políticas: questões de teoria e método*. Curitiba: IBPEX, 2009. pp. 83/84)

⁸ “Primeiramente, evitamos cair no ‘voluntarismo’ tão criticado pelos estruturalistas marxistas. Numa visão radicalmente voluntarista, a elite seria tão poderosa a ponto de ser sempre capaz de controlar plenamente as

inclui no conceito de elites políticas a classe eleita, mas não somente ela, pois há políticos não eleitos que possuem participação direta nessas escolhas que afetam a população. Além disso, com base pluralista, também se inclui na concepção de elites políticas indivíduos que compõem organizações não-estatais, sobretudo “grandes corporações econômicas, cujas decisões têm efeitos sociais e políticos inegáveis”.⁹ A perspectiva adotada também não ignora o seu caráter dinâmico, ou seja, a existência de “circulação das elites”, diante da “passagem de um a outro grupo”.¹⁰

No segundo capítulo, tem-se por objetivo problematizar a questão da capacidade institucional do STF numa métrica internacional, sobretudo comparativamente a tribunais constitucionais dos demais países latino-americanos, a fim de investigar possíveis origens comuns de problemas políticos e estruturais semelhantes, o que permitirá entender melhor os infortúnios vivenciados pela Corte brasileira sobretudo a partir da crise política que se iniciou em 2013. Para tanto, mostra-se, inicialmente, como teorias constitucionais *standard* são subcomplexas para investigar problemas de revisão judicial em regimes autoritários, bem como em democracias mais recentes ou mais frágeis. Considerando perspectivas de direito constitucional comparado, investiga-se como as cortes constitucionais e o próprio constitucionalismo são, paradoxalmente, adotados no *design* constitucional de países com regimes autoritários. Será demonstrado como, nesses regimes, a existência de uma constituição e de uma corte constitucional pode servir de instrumento para que governos autoritários passem uma aparência de normalidade institucional e de segurança jurídica, sobretudo em relação a direitos de propriedade, para minimizar a pressão de organismos internacionais e fomentar a confiança de investidores externos. São abordadas, ainda, as mazelas vivenciadas pelas democracias latino-americanas, o que pode trazer importantes luzes

conseqüências de suas decisões. Ora, fosse isso verdade, estaríamos dizendo que o mundo é plenamente moldável de acordo com a vontade das elites políticas, o que significaria simplesmente desprezar os constrangimentos estruturais que limitam a liberdade de ação das elites políticas (como de qualquer outro agente social).” (PERISSINOTTO, Renato. *As elites políticas: questões de teoria e método*. Curitiba: IBPEX, 2009. p. 97)

⁹ “Como vimos, a elite política ou, no plural, as elites políticas são formadas por indivíduos que detêm mais poder num dado grupo. Sendo mais específico, isto é, aplicando o termo ao mundo político, as elites são formadas por aqueles indivíduos capazes de participar diretamente do processo de tomada de decisão. Isso significa que seus membros são capazes de, ao tomar uma decisão, fazer com que suas escolhas sejam impostas e acatadas pela população, afetando, assim, um grande número de pessoas. Esta forma de entender a elite política tem uma grande vantagem, que não é percebida ou é desprezada pelos pluralistas. Ao definir a elite política como o conjunto de indivíduos capazes de produzir decisões que afetam um grande número de pessoas, esse grupo não pode ser mais reduzido exclusivamente ao conjunto de indivíduos que ocupam as instituições governamentais. Na verdade, ao lado das instituições governamentais, essa definição exige que se inclua no conceito de elites políticas todas aquelas organizações não-estatais, notadamente as grandes corporações econômicas, cujas decisões têm efeitos sociais e políticos inegáveis.” (PERISSINOTTO, Renato. *As elites políticas: questões de teoria e método*. Curitiba: IBPEX, 2009. pp. 81/82)

¹⁰ PERISSINOTTO, Renato. *As elites políticas: questões de teoria e método*. Curitiba: IBPEX, 2009. p. 34.

sobre a origem de alguns problemas do sistema político e da democracia brasileira. Nesse contexto, busca-se investigar qual tem sido e qual deve ser o papel das cortes constitucionais no constitucionalismo latino-americano, apresentando-se os principais problemas enfrentados e os seus desafios. A seguir, buscam-se explicações para o novo papel desempenhado pelo STF na política e na democracia, analisando-se o *design* institucional da Corte brasileira na perspectiva de direito comparado – sobretudo, poder jurídico e independência judicial –, a estrutura de oportunidades constitucionais e de incentivos sociopolíticos, a cultura jurídica brasileira e o comportamento do Supremo em matéria de revisão judicial de questões de natureza política, na sua inter-relação com os demais atores políticos.

No terceiro capítulo, com base na perspectiva teórica de David Landau a respeito do constitucionalismo abusivo, inicia-se a investigação do problema da capacidade institucional do STF para melhorar a democracia a partir da prática da Corte em situações concretas, sobretudo a partir da crise política que se iniciou em 2013, o que colocará novas luzes sobre a tematização, trazendo novas perspectivas e, inclusive, derrubando diversas conclusões já feitas em pesquisas empíricas no Brasil. Com base em julgamentos mais recentes, busca-se investigar como a Corte Constitucional brasileira, em diversas situações, tem se utilizado do constitucionalismo para tornar o Estado significativamente menos democrático do que antes. Nesse aspecto, interessam, sobretudo, os casos em que o STF mudou de entendimento acerca de determinadas matérias ao levar em consideração os interesses envolvidos e as partes do processo, o que se denomina de “fulanização” dos julgamentos; ou quando alguns ministros da Corte entraram no jogo político como *players*, muitas vezes transformando o STF numa arena política. Também interessam à pesquisa as situações em que houve manifestações públicas sobre casos em julgamento, com abuso da posição ocupada por ministros da Corte, o que culminou em redirecionamentos da política. É necessário analisar, ainda, a prática do STF de suspender direitos constitucionais para beneficiar interesses governistas, mediante o mecanismo da repercussão geral, o que se denomina de contraconstitucionalismo supremo. Investiga-se, também, a prática da Corte Constitucional brasileira de se utilizar ilegitimamente de mecanismos legítimos para encobrir o seu déficit de legitimidade, o que denomino de constitucionalismo de camuflagem judicial. Enfim, pretende-se investigar como, na prática, ministros do STF atuam na política, em benefício de interesses governistas ou de atores políticos, utilizando-se abusivamente do constitucionalismo, o que talvez coloque em xeque a própria função da Corte Constitucional na democracia e no Estado de Direito.

No quarto capítulo, busca-se investigar o que Ozan Varol denomina de autoritarismo velado, uma forma de autoritarismo mais difícil de ser constatada, porque comumente encoberta por uma retórica de legitimidade ou conformidade com a Constituição e com as leis. Questiona-se, assim, se haveria, no exercício do poder individual por ministros do STF, um autoritarismo, no sentido de abuso da prerrogativa que a autoridade do cargo confere, um fetichismo do poder. Com isso, o problema da capacidade institucional do STF de melhorar as condições democráticas será colocado em questão a partir da análise de como os seus membros atuam individualmente, investindo-se de um poder que é constitucionalmente assegurado ao órgão colegiado. Desse modo, será analisado o exercício autoritário do poder individual dos juízes constitucionais brasileiros, a partir do deferimento de medidas liminares e do uso estratégico do processo pelo relator. Também será investigado como os ministros se comportam de forma solipsista mesmo nas decisões colegiadas, o que se denomina de individualismo decisional nos julgamentos colegiados. Serão objeto de investigação, ainda, o poder de pauta do presidente do STF e como ele tem sido utilizado ultimamente para controlar o *timing* do julgamento. A seguir, também serão aferidos quanti e qualitativamente os pedidos de vista, sobretudo quando realizados autoritariamente para impedir que o plenário do STF conclua o julgamento, o que talvez confira a cada ministro um poder absoluto de veto à deliberação. Diante dessas situações, com base em Richard Albert, será investigado aquilo que se denomina de desmembramento constitucional judicial, na medida em que os ministros do STF, ao se utilizarem autoritariamente de um poder individual que não lhes foi concedido, subtraído do pleno da Corte, acabam ferindo o próprio núcleo essencial da Constituição Federal. Nesse aspecto, pretende-se mostrar como os membros da Corte Constitucional brasileira subtraem do órgão colegiado e decidem monocraticamente diversas questões, utilizando-se de um poder hipertrófico que não foi outorgado pela Constituição e, individualmente, modificam todo o sistema jurídico. Com base nisso, busca-se questionar se essa atuação individualista em detrimento do órgão colegiado configuraria algo que Alec Sweet denomina de golpe de Estado jurídico, uma vez que tem a pretensão de alterar, de forma contrária ao texto constitucional, a própria regra de reconhecimento.

O quinto capítulo, além de crítico e reflexivo, também pretende ser propositivo. Assim, após serem mostrados os problemas estruturais e conjunturais do Tribunal Constitucional brasileiro, buscam-se investigar possíveis soluções para mitigar a influência de elites políticas na Corte, para fazer cumprir as suas decisões quando contrariam o poder político e para punir a corrupção na política. Para atingir esses escopos, inicia-se a investigação analisando a atual forma de nomeação dos ministros do STF, como eles fazem

uma verdadeira “campanha” política para chegar ao cargo. Utilizando-se a experiência de outros países e diversas propostas já realizadas no Brasil para modificação desse quadro, pretende-se apresentar alternativas para se chegar a um processo de nomeação mais público, mostrando-se como o *design* institucional de cortes constitucionais de diversos países – como a sua forma de composição, mais independente da classe política – contribuiu para que esses tribunais pudessem ter maior blindagem e evitar o risco de captura pelas elites políticas. Além disso, mostra-se como os “problemas” da sobrecarga e da morosidade processual são utilizados retoricamente para que ministros do STF, individualmente considerados, ampliem as suas estratégias, com um alto custo para o constitucionalismo, para o Estado de Direito, para a democracia e para toda a sociedade. Investiga-se, também, o problema do (des)cumprimento das decisões da Corte brasileira quando afrontam interesses de elites políticas ou do governo, buscando-se analisar reflexivamente quais devem ser as ferramentas utilizadas fazer frente a esse problema. A seguir, analisam-se a real capacidade do STF para combater o problema da corrupção nos altos escalões da República e como os próprios ministros da Corte podem se enredar na intrincada teia da política. Nesse tocante, coloca-se foco no problema que se denomina de “justiça telefônica”, que, em determinados casos, por ação individual de juízes constitucionais, pode colocar abaixo todo o sistema de justiça dedicado ao combate à corrupção.

No sexto e último capítulo, pretende-se, com uma abordagem crítica, reflexiva e propositiva, investigar os problemas estruturais e conjunturais do STF em relação à sua função de melhorar as condições democráticas do país. Entretanto, não se objetiva dar respostas meramente teóricas ou sem a necessária contextualização, senão, muito além disso, considerando as contingências, fazer uma investigação mais profunda sobre o problema. Desse modo, inicia-se a investigação a partir da análise da atuação do STF na crise política que se iniciou em 2013, e, numa perspectiva de experimentalismo institucional, busca-se analisar quais os aprendizados que podem ser extraídos a partir dos seus acertos e desacertos. A seguir, com base na relação entre independência judicial e *accountability*, mostra-se que, no Brasil, há necessidade de se fortalecer a prestação de contas a fim de garantir a própria independência judicial. Também será analisado como a opinião pública pode ser utilizada para fortalecer a atuação do STF quando as suas decisões contrariam interesses governistas ou de poderosos políticos, e como ela pode exercer um importante controle da atividade da Corte Constitucional brasileira, sem se desconhecer os seus riscos. Por fim, a par de toda a complexidade existente, e considerando todas as respostas parciais obtidas em cada capítulo, formula-se uma possível conclusão – se é que ela existe – para o problema de pesquisa, acerca

de qual seria a real capacidade institucional do STF para corrigir as disfuncionalidades, coibir a corrupção na política, diluir a concentração de poder e, enfim, melhorar as condições democráticas do país.

Portanto, nesta tese, pretende-se agregar mais complexidade em relação às análises das diversas questões que cercam a temática, razão pela qual se propõe avançar um pouco mais nas investigações, buscando-se analisar mais profundamente o problema. Assim, não se pretende apenas aferir abstratamente o sistema de freios e contrapesos, senão discutir como as elites políticas do Legislativo e do Executivo podem se utilizar da Corte Constitucional brasileira para a manutenção e a ampliação das suas prerrogativas; não como os direitos e as garantias estão disciplinados na Constituição, mas como a Suprema Corte brasileira, sob o argumento de implementação de direitos fundamentais, tem, em vez disso, protegido interesses corporativos e de elites políticas (fulanização de julgamentos e constitucionalismo abusivo); não se pretende apenas analisar abstratamente a importância das audiências públicas para o *judicial review*, mas como elas têm sido utilizadas como um constitucionalismo de camuflagem judicial. O objetivo não é simplesmente analisar se a Corte Constitucional brasileira é política, mas como seus ministros atuam como *players* nas disputas políticas nacionais, com poder de barganha e capacidade para alterar as forças do jogo político. Nessa linha, o foco não é analisar abstratamente a legitimidade da revisão judicial pelo Tribunal Constitucional, mas como os ministros do STF se utilizam individualmente de um poder hipertrófico que não lhes foi outorgado pela Constituição para decidir questões políticas importantes para o país (golpe de Estado jurídico), ferindo o próprio núcleo essencial da Constituição (desmembramento constitucional). Além dessa investigação crítica, a tese também pretende ser propositiva, a partir de um experimentalismo institucional e de perspectivas de direito comparado, a fim de buscar possíveis alternativas para os problemas relacionados à atuação da Corte Constitucional brasileira na crise política, à nomeação política dos seus membros, ao uso estratégico do tempo do processo, à possibilidade de (des)cumprimento de decisões judiciais, à justiça telefônica, à baixa responsividade do STF. Enfim, pretende-se agregar mais variáveis à complexidade do papel da Corte Constitucional brasileira, aferindo-se, de forma contextualizada, a sua atuação e os resultados alcançados, a fim de investigar a sua real capacidade para melhorar as condições democráticas do país.

O presente trabalho, contudo, não tem por objetivo avaliar a atuação do STF na perspectiva da hermenêutica constitucional, tampouco tem como prioritária a análise das suas decisões do ponto de vista argumentativo-normativo, mas pretende investigar, sobretudo a partir das relações de poder, a sua real capacidade de melhorar a democracia. Além disso, a

presente investigação não pretende buscar respostas para o problema em teorias da legislação nem em teorias da decisão judicial, tampouco analisar as decisões do STF a partir de teorias da argumentação, senão investigar o problema precipuamente à luz das questões políticas, de desenho institucional e dos comportamentos dos ministros da Corte e dos demais atores políticos, na sua inter-relação. O escopo principal não é abordar o fundamento jurídico exposto na decisão judicial, senão aquilo que está por trás, encoberto, subliminar, que não é dito expressamente.

Portanto, é imprescindível investigar, em toda a sua complexidade, a real capacidade da Corte Constitucional brasileira para corrigir disfunções nas instituições democráticas, impedir a corrupção, tomar decisões que diluam a concentração de poder, enfim, para melhorar as condições democráticas. Assim, esta tese pretende ser um convite à reflexão sobre a efetiva capacidade do Supremo Tribunal Federal para melhorar a democracia, buscando levar o leitor a chegar às suas próprias conclusões.

CAPÍTULO 1) A SUSTENTAÇÃO POLÍTICA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

Há diversos constitucionalistas brasileiros que afirmam que o Supremo Tribunal Federal estaria se imiscuindo nas funções do Legislativo ou do Executivo, que haveria uma “ditadura do Judiciário”¹¹ ou uma “supremocracia”¹². Dizem que se vive em tempos de ativismo judicial, citando os julgamentos referentes ao aborto de feto anencefálico¹³, ao reconhecimento de união estável entre casais homoafetivos¹⁴, dentre outros. Pesquisadores que desenvolvem estudos sob o ponto de vista da teoria da legislação costumam defender que o Legislativo seria o órgão mais adequado para tomar decisões sobre direitos, bem como que o Judiciário deveria adotar uma postura de autocontenção em relação ao Parlamento. Embora essas teses não sejam incorretas, cotejando essas afirmações com os estudos recentes de direito constitucional comparado e com a realidade político-institucional brasileira, parece que os membros dos demais Poderes Constituídos não estão tão preocupados com essas questões. Pelo contrário, em alguns casos, aparentemente, o Executivo e o Legislativo não só toleram, como também fomentam a revisão judicial. Os diversos teóricos que se propõem a estudar o tema, a par de todas as divergências, comumente concordam num ponto: o tribunal constitucional possui o papel de corrigir as disfunções e melhorar as condições democráticas de tomada de decisão pelos órgãos políticos representativos. Ocorre que talvez essas teorias pressuponham um contexto ideal, sem analisar os contextos reais, políticos e institucionais. Desse modo, considerando uma perspectiva dinâmica e contextualizada, é preciso investigar como a corte constitucional atua quando tem de decidir questões estruturais ou que afetam interesses governistas ou de elites políticas, e como a classe política reage a essas decisões. Talvez essa investigação contextualizada, a partir de casos concretos, mostre uma corte constitucional bem mais frágil do que as teorias de ativismo judicial e as teorias da legislação costumam apresentar, e bem mais estratégica e política do que as teorias jurídico-constitucionais podem mostrar. É nesse contexto e considerando esse espaço não explorado pelas teorias acima citadas que se pretende, neste capítulo, problematizar e iniciar a

¹¹ DELMANTO, Roberto. A ditadura do Judiciário. *Migalhas*, 15/3/2018. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI276327,101048-A+ditadura+do+Judiciario>>. Acesso em: 18/8/2018.

¹² VILHENA, Oscar. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 12, p. 55-75, out.-dez. 2008. p. 59/60

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 12/4/2012. DJE n.º 77, 20/4/2012.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 5/5/2011. DJE-198, 14/10/2011; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 5/5/2011. DJE-198, 14/10/2011.

investigação sobre a real capacidade de a Corte Constitucional brasileira corrigir disfuncionalidades e melhorar as condições democráticas de tomada de decisão pelas instituições representativas.

Para tanto, a princípio, passa-se a analisar a dicotomia existente entre as teses que defendem o ativismo judicial, de um lado, e, de outro, as contribuições dos autores que se contrapõem a isso e/ou desenvolvem a questão a partir das teorias da legislação. Após, pretende-se procurar explicações político-institucionais acerca da disseminação das cortes constitucionais, ou seja, de como elas se sustentam no projeto constitucional e, sobretudo, qual é o seu suporte político. Investiga-se, a seguir, a atuação do STF frente à classe política na busca da sua conformação perante a Assembleia Nacional Constituinte. A partir de então, propõe-se o estudo da problemática da judicialização da política a partir de seus riscos e desafios. Na sequência, são analisadas, a partir de casos concretos e de teorias constitucionais contemporâneas, a força e as fraquezas das cortes constitucionais perante as elites políticas, diante do julgamento pelo STF de algumas causas que envolvem direitos estruturais e interesses governistas ou de elites políticas, o que permitirá contextualizar e delimitar adequadamente o problema.

1.1. Para além da dicotomia ativismo x autocontenção judicial: em busca de uma perspectiva dinâmica e contextualizada

Para defender a expansão da jurisdição constitucional e o ativismo judicial, diversos autores brasileiros ancoram-se nos exemplos de insucesso da legislação, nas hipóteses em que o dispositivo de lei é injusto ou, ao menos, quando a sua aplicação ao caso concreto traz consequências inadequadas. Focando nos *hard cases* – casos em que não existe uma solução expressa no texto legal ou em que a sua aplicação é extremamente injusta –, esses autores propõem uma maior abertura do sistema jurídico,¹⁵ e, em maior ou menor medida, um expansionismo judicial.¹⁶ Além disso, grande parte dos constitucionalistas

¹⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 45.

¹⁶ Nesse contexto, surge um fenômeno que passa a ser denominado de judicialização, que consiste na submissão de questões diversas ao Poder Judiciário, que passa a ter a última palavra em matéria de política, de moral coletiva, de saúde pública, de economia, de meio ambiente etc. Soma-se a isso uma postura mais perfeccionista, de comportamento, que vem sendo denominada de ativismo judicial. Segundo Luís Roberto Barroso: “Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual

brasileiros, com um perfil mais dogmático, tem afirmado que “não se pode mais viver sem a jurisdição constitucional”¹⁷, como se fosse a solução para todos os problemas constitucionais.

Entretanto, é preciso considerar, ao menos em abstrato, que existe um déficit de legitimidade da revisão judicial, que lhe é inerente. A jurisdição constitucional também apresenta diversos outros problemas estruturais. Autores como Jeremy Waldron¹⁸, Cass Sunstein¹⁹, Adam Przeworski²⁰, Mark Tushnet²¹ e Laurence Tribe²² criticam as teorias que preconizam uma expansão da jurisdição constitucional, porque não levariam as divergências a sério. Defendem que deve ser respeitado o pluralismo de crenças existenciais de cada indivíduo, as diversas doutrinas religiosas, os diversos tipos de comunidades, o que implica raízes diferentes de concepções de justiça e de moralidade.

Jeremy Waldron alerta que, para definir novos contornos à teoria do direito com foco na teoria da decisão judicial e reconhecer o caráter criativo da atividade judicial, comumente pinta-se o Parlamento com cores soturnas e atribui-se a ele uma má-fama, utilizando-se uma imagem espúria do Legislativo, como um órgão que toma decisões políticas com base em acordos, interesses eleitoreiros, discursos midiáticos, *lobbies* de grandes empresas, trocas de favores pessoais entre os parlamentares etc.²³ As argumentações nesse

adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial” (BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 16, p. 3-42, out.-dez. 2009. p. 9). E continua o mesmo autor: “A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (Idem. p. 11).

¹⁷ “Sobre a jurisdição constitucional já se disse praticamente tudo, seja para defendê-la, seja para criticá-la. Para o bem ou para o mal, parece que não podemos viver sem ela, pelo menos enquanto não descobrimos alguma fórmula mágica que nos permita juridificar a política sem ao mesmo tempo, e em certa medida, politizar a justiça.” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 155)

¹⁸ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

¹⁹ SUNSTEIN, Cass R. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.

²⁰ PREZEWSKI, Adam. *Qué esperar de la democracia: límites y posibilidades del autogobierno*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2010.

²¹ TUSHNET, Mark. Democracy versus Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution?. *Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 2, p. 59-63, Spring 2005.

²² TRIBE, Laurence H. In: TRIBE, Laurence H; WALDRON, Jeremy; TUSHNET, Mark. On Judicial Review: Laurence H. Tribe, Jeremy Waldron, and Mark Tushnet debate. *Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 3, p. 81-86, Summer 2005.

²³ “Não apenas não temos os modelos de legislação normativos e aspiratórios de que precisamos, mas a nossa jurisprudência está repleta de imagens que apresentam a atividade legislativa comum como negociata, troca de favores, manobras de assistência mútua, intriga por interesses e procedimentos eleitoreiros – na verdade, como qualquer coisa, menos decisão política com princípios. E há razão para isso. Pintamos a legislação com essas cores soturnas para dar credibilidade à ideia de revisão judicial (isto é, revisão judicial da legislação, sob a autoridade de uma carta de direitos) e ao silencia que, de outra maneira, seria o nosso embaraço quanto às dificuldades democráticas ou ‘contramajoritárias’ que, às vezes, pensamos que a revisão judicial implica.” (WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. (trad. Luís Carlos Borges; Maria Appenzeller). São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 2)

sentido, que desprestigiam a legislatura, servem para lhe retirar a credibilidade e fundamentar a possibilidade institucional de que a função do juiz seja criativa e possa ir além do texto de lei produzido pelo parlamento, argumentando-se que a decisão judicial é capaz de melhor proteger os direitos fundamentais e corrigir as distorções democráticas.

Segundo Waldron, cria-se uma imagem idealizada da figura do juiz²⁴, como alguém que possui amplos poderes e conhecimento superior, capaz de proferir a melhor decisão em nome da sociedade, inclusive podendo ser contramajoritária. Idealiza-se, num plano teórico, que a decisão proferida por um juiz, terceiro e imparcial, é tomada de acordo com o direito e o que é justo, sendo melhor do que uma decisão política tomada pelo parlamento. Nessa perspectiva, o juiz, longe das pressões populares, estaria em melhores condições para decidir em matéria de princípios.²⁵

Em contraponto, Jeremy Waldron afirma que a autoridade da decisão majoritária das legislaturas advém precisamente do fato de que o procedimento decisório não tenta refutar a pluralidade e as discordâncias, ou seja, não visa ao consenso. Ao contrário, pretende assegurar igual respeito à opinião de todos os envolvidos.²⁶ Aderindo às razões de Waldron, Adam Przeworski afirma que, “para que uma comunidade governe a si mesma, é necessário que seus membros possam exercer idêntica influência em suas decisões”.²⁷ Cass Sunstein também sustenta que, no dissenso, está um dos pilares da democracia.²⁸

Waldron mostra que, nos países que não permitem que a legislação seja invalidada pelo *judicial review*, as próprias pessoas podem decidir, pelo processo legislativo ordinário, se querem o aborto, as ações afirmativas e o casamento gay, se querem punir a expressão pública ao ódio racial e, ainda, se deve haver restrição de gastos dos candidatos nas eleições. Se

²⁴ “Acredito que a legislação e as legislaturas têm má fama na filosofia jurídica e política, uma fama suficientemente má para lançar dúvidas quanto a suas credenciais como fontes de direito respeitáveis. [...] Isso porque o problema que percebo é que nem desenvolvemos uma teoria normativa da legislação que pudesse servir como base para criticar ou corrigir tais extravagâncias. [...] Não há nada sobre legislaturas ou legislação na moderna jurisprudência filosófica que seja remotamente compatível à discussão da decisão judicial. Ninguém parece ter percebido a necessidade de uma teoria ou de um tipo ideal que faça pela legislação o que o juiz-modelo de Ronald Dworkin, ‘Hércules’, pretende fazer pelo raciocínio adjudicatório” (WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. (trad. Luís Carlos Borges; Maria Appenzeller). São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 1)

²⁵ “As pessoas convenceram-se de que há algo de indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e de princípios.” [...] O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, com seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter.” (WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. (trad. Luís Carlos Borges; Maria Appenzeller). São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 5)

²⁶ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 72.

²⁷ Tradução livre: “Para que una comunidad se gobierne a sí misma, es necesario que sus miembros puedan ejercer idéntica influencia en sus decisiones.” (PREZEWORSKI, Adam. *Qué esperar de la democracia: límites y posibilidades del autogobierno*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2010. p. 121)

²⁸ SUNSTEIN, Cass R. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.

discordam sobre quaisquer desses assuntos, eles podem eleger representantes para deliberar e resolver a questão por votação no Legislativo.²⁹

Além disso, Waldron pondera que, mesmo se fosse verdadeira a afirmação de que as decisões tomadas por maioria tendem a ser tirânicas porque podem ir contra os direitos das minorias, é preciso lembrar que as decisões dos tribunais também são tomadas por majorias. Assim, para o autor, ou se pode dizer que tirania é tirania independentemente de como (e entre quem) a decisão tirânica é tomada, ou se pode afirmar que – o que ele defende – o aspecto majoritário, na verdade, reduz a tirania, na medida em que haveria pelo menos uma coisa não-tirânica sobre a decisão, qual seja, o fato de que ela não foi tomada de uma forma que tiranicamente sejam excluídas certas pessoas de participar de igual para igual da decisão.³⁰

Partindo dessas premissas, Waldron argumenta que a revisão judicial da legislação é inadequada como um modo de tomada de decisão final em uma sociedade livre e democrática.³¹ Nesse sentido, afirma que os desacordos sobre direitos não são irrazoáveis e que as pessoas podem discordar sobre direitos e ainda levar os direitos a sério. Para isso, elas precisam adotar procedimentos para resolver as suas discordâncias que respeitem as diversas opiniões dos milhões de cidadãos, cujos direitos estão em jogo nessas divergências, e tratá-los como iguais nesse processo. Além disso, esse processo deve garantir que as questões difíceis e complexas sobre direitos sejam tratadas com responsabilidade e pelo modo deliberativo.

A esse respeito, Waldron afirma que o processo legislativo ordinário pode fazer isso e que, como regra, uma camada adicional de revisão final pelos tribunais pouco acrescenta ao processo, exceto quando presentes algumas circunstâncias específicas que justificariam os custos do *judicial review* em determinado momento, tais como patologias

²⁹ “In countries that do not allow legislation to be invalidated in this way, the people themselves can decide finally, by ordinary legislative procedures, whether they want to permit abortion, affirmative action, school vouchers, or gay marriage. They can decide among themselves whether to have laws punishing the public expression of racial hatred or restricting candidates' spending in elections. If they disagree about any of these matters, they can elect representatives to deliberate and settle the issue by voting in the legislature.” (WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 1346-1407, 2006. p. 1349)

³⁰ “Is the tyranny of a political decision aggravated by the fact that it is imposed by a majority? I leave aside the pedantic point that a court may also reach its decision by majority voting. Is tyranny by a popular majority (e.g., a majority of elected representatives, each supported by a majority of his constituents) a particularly egregious form of tyranny? I do not see how it could be. Either we say that tyranny is tyranny irrespective of how (and among whom) the tyrannical decision is made, or we say—and this is my view—that the majoritarian aspect actually mitigates the tyranny, because it indicates that there was at least one non-tyrannical thing about the decision: It was not made in a way that tyrannically excluded certain people from participation as equals.” (WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 1346-1407, 2006. p. 1396)

³¹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 1346-1407, 2006. p. 1348.

peculiares, disfunções das instituições legislativas, culturas de políticos corruptos, legados de racismo e outras formas endêmicas de preconceito.

Mark Tushnet também defende uma forma fraca de controle de constitucionalidade, como ocorre no Canadá, na Nova Zelândia e no Reino Unido.³² Contudo, numa perspectiva bem mais radical, Tushnet defende a tese de que deveria ser proposta uma emenda constitucional que pusesse fim ao *judicial review* nos Estados Unidos.³³

Segundo o autor, os progressistas e os liberais deveriam abandonar a ideia de tribunais como principal recurso, por questões de princípio democrático e de estratégia política. O princípio básico é que as pessoas devem ser capazes de governar a si mesmas. Nesse sentido, o *judicial review* ficaria no caminho do autogoverno, mas o constitucionalismo não. O constitucionalismo, concebido como a imposição sobre o povo de restrições ao seu próprio poder, pode ser implementado através de políticas, de acordo com os valores mais profundos de que são titulares e encontram expressão na Constituição.³⁴

Essa emenda constitucional, para Tushnet, daria ao Congresso outro papel, qual seja, como legislador nacional, poderia autorizar expressamente o *judicial review* para as questões constitucionais que ele desejasse. Assim, ao eliminar o *judicial review* por emenda constitucional, caberia ao Congresso, por meio de lei ordinária, novamente criá-lo, medida que permitiria que o parlamento extinguisse esse poder judicial quando quisesse, bem como o delimitasse. Ele justifica que isso deveria ocorrer por razões de princípio, pois a decisão deveria caber ao povo.³⁵

³² TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 24

³³ “Suppose that liberals offered a constitutional amendment along these lines: ‘Except as authorized by Congress, no court of the United States or of any individual state shall have the power to review the constitutionality of statutes enacted by Congress or by state legislatures.’ Let’s call it the End Judicial Review Amendment (EJRA). I offer this formulation in part simply to focus the discussion, but also as a serious proposal. Progressives and liberals should abandon courts as a principal resource, for reasons of democratic principle and political strategy. Principle: The basic principle, of course, is that people ought to be able to govern themselves. Judicial review stands in the way of self-government. Constitutionalism- the imposition on the people of restrictions on their own power-does not. The reason is that constitutionalism can be implemented through politics as people listen to arguments about why some policies they might initially prefer are inconsistent with deeper values they hold, values that find expression in the Constitution.” (TUSHNET, Mark. *Democracy versus Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution? Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 2, p. 59-63, Spring 2005. p. 59)

³⁴ TUSHNET, Mark. *Democracy versus Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution? Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 2, p. 59-63, Spring 2005. p. 59.

³⁵ “The amendment would give Congress another role: The national legislature can expressly authorize judicial review either in respect to a particular statute or to some or even all constitutional claims. All the proposal really does is resolve a long-standing constitutional controversy over how much power Congress already has to eliminate judicial review. The Constitution gives Congress the power to ‘regulate’ the jurisdiction of the lower courts and ‘make exceptions’ to the jurisdiction of the Supreme Court. Some scholars believe that these provisions allow Congress to eliminate judicial review by statute. The proposal would do so directly, and then allow Congress to create judicial review when it wanted to. Why should Congress have that power? Again, for

Mesmo autores contrários a um *judicial review* forte, como Laurence Tribe e Jeremy Waldron, entretanto, discordam da proposição de Tushnet. Com efeito, Tribe afirma que suprimir o *judicial review* e concentrar poderes no Congresso não parece ser a melhor medida, pois acabaria com a independência do Presidente e dos legislativos estaduais. Tribe partilha do objetivo de desarmar o Judiciário por um desejo de ver mais o eleitorado dialogar sobre questões constitucionais, mas isso não quer dizer que a deliberação entre os membros do Congresso é preferível a raciocinar sobre as nossas diferenças na linguagem do princípio constitucional.³⁶

Waldron defende um sistema fraco de *judicial review*, e não a sua extinção, razão pela qual é contrário à proposta de Tushnet. Waldron propõe um modelo de *judicial review* semelhante ao britânico clássico, em que os tribunais não podem revogar a lei por entendê-la incompatível com a Constituição. Mas, neste modelo, os tribunais podem emitir uma declaração de incompatibilidade (*Declaration of Incompatibility*), a qual pode ser usada para autorizar procedimentos legislativos mais rápidos para corrigir o problema. Assim, nesse sistema fraco de *judicial review*, deixa-se a decisão final sobre a constitucionalidade com os representantes do povo no parlamento, mas usam-se os tribunais para despertar a atenção da comunidade para tais questões de direito e para ajudar os legisladores a ver esses problemas.³⁷

reasons of principle. A democrat can hardly object if the people believe that they should restrain themselves by using the courts. And, once again, reasons matter. Liberals think that there are good arguments for judicial review. But if their reasons are really good, then they should be able to persuade people to put the courts back into the constitutional picture.” (TUSHNET, Mark. *Democracy versus Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution?*. *Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 2, p. 59-63, Spring 2005. p. 61)

³⁶ “If the proposed disarming of the judiciary is driven by a wish to see more of the electorate engage in dialogue about constitutional questions, I share this goal. But my hunch is that muffling the Supreme Court’s constitutional voice would in the end yield less, not more, public deliberation about what the Constitution means by the ‘equal protection of the laws’, the ‘free exercise of religion’, or the ‘establishment of religion’. Division about such concepts within as well as outside the Court says reasonable people seem to differ. But it doesn’t follow that polling the 535 members of Congress is preferable to reasoning about our differences in the language of constitutional principle.” (TRIBE, Laurence H. In: TRIBE, Laurence H; WALDRON, Jeremy; TUSHNET, Mark. *On Judicial Review: Laurence H. Tribe, Jeremy Waldron, and Mark Tushnet debate*. *Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 3, p. 81-86, Summer 2005. p. 83)

³⁷ “My first reaction was applause; my second reaction was defensive. My third response is to quibble about details. Tushnet’s EJRA talks about ending judicial review-but “review” can mean different things. British courts can review parliamentary legislation. Their highest court recently found provisions of the Anti-Terrorism, Crime and security Act incompatible with the rights laid down in the European Convention and the Human Rights Act. Now, the British courts can’t declare the anti-terrorist legislation unconstitutional: they can’t remove it from the statute book or decline to apply it to the case in front of them. But their review does have an effect. They can issue a Declaration of Incompatibility, and that can be used to authorize fast-track legislative procedures to rectify the problem. This is what we call weak judicial review. It leaves the ultimate decision to the representatives of the people in Parliament, but it uses courts to bring issues of right to the attention of the community. It may not always be easy for legislators to see what issues of rights are embedded in the legislative proposals brought before them; courts can help them see this, particularly if courts are not distracted by the issues I mentioned earlier about the legitimacy of their own decision making.” (WALDRON, Jeremy. In: TRIBE, Laurence H; WALDRON, Jeremy; TUSHNET, Mark. *On Judicial Review: Laurence H. Tribe, Jeremy Waldron, and Mark Tushnet debate*. *Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 3, p. 81-86, Summer 2005. pp. 84/85)

Portanto, ao invés de extinguir o *judicial review*, como quer Tushnet, Waldron propõe a implementação de um sistema fraco de *judicial review*, oferecendo-se para uma democracia constitucional “o melhor de dois mundos”.³⁸

Esses autores possuem o mérito de questionar por que o constitucionalismo estaria ligado ao controle judicial de constitucionalidade com uma relação de necessariedade. Não há base teórica nem empírica consistente para dizer, em geral, que o controle judicial de constitucionalidade é um desdobramento necessário da ideia central de constitucionalismo e de proteção da Constituição.

A par da importância dessas teorias, que lançam novas luzes sobre a temática e permitem maiores reflexões, qualquer resposta absolutizante sobre o melhor modelo de *judicial review*, ou sobre a tese de sua extinção, seria inadequada sem antes analisar as instituições e o contexto de cada país.³⁹

Assim, com uma perspectiva dinâmica, é preciso ir além da dicotomia entre as formas fraca e forte de revisão judicial,⁴⁰ pois é necessário analisar, sobretudo, o contexto

³⁸ “So I wonder whether Tushnet intends his EJRA proposal to preclude weak as well as strong judicial review. I know this is a quibble from the point of view of an argument put forward mainly as a provocation. But if we are ever to be serious about taking back the Constitution from the courts, would not this form of weak review offer a constitutional democracy perhaps the best of both worlds?” (WALDRON, Jeremy. In: TRIBE, Laurence H; WALDRON, Jeremy; TUSHNET, Mark. On Judicial Review: Laurence H. Tribe, Jeremy Waldron, and Mark Tushnet debate. *Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 3, p. 81-86, Summer 2005. p. 85)

³⁹ David Landau também propõe que se faça uma investigação analisando a questão de forma dinâmica e contextualizada: “This work problematizes the relationship between judicial review and democracy in different kinds of political contexts. Most clearly, it suggests the following question: what is the relevance of standard constitutional theory, which was developed largely in the United States, to contexts where democratic regimes are particularly vulnerable to overthrow or where democratic institutions are poorly-functioning? Standard democratic theory, as developed in the United States and Europe, rests on premises that—by their own terms—do not apply in many newer democracies. For example, Jeremy Waldron’s case for judicial deference rests on an assumption of well-functioning political institutions, and Mark Tushnet’s case for popular constitutionalism assumes a robust constitutional culture. A series of dysfunctions in new democracies—vulnerability to authoritarian erosion, defects in party systems and legislative institutions, and an absence of constitutional culture—render these assumptions inapplicable. The key question then becomes: if standard political theory is inapplicable, what is the proper conception of judicial role? New scholarship argues that there is a distinctive ‘constitutionalism of the Global South’, but to date this literature has focused more on a set of problems or topics faced by developing regimes, such as socioeconomic rights or access to justice, rather than on a unifying conception of the judicial role.” (LANDAU, David. A dynamic theory of judicial role. *Boston College Law Review*, Boston College Law School, Boston, v. 55, n. 5, p. 1501-1562, 2014. p. 1502)

⁴⁰ “A dynamic perspective suggests a somewhat distinct agenda that transcends the ‘strong-form’/‘weak-form’ typology: courts and scholars should focus on figuring out which kinds of strategies best serve to empower civil society and to spread constitutional values.” (LANDAU, David. A dynamic theory of judicial role. *Boston College Law Review*, Boston College Law School, Boston, v. 55, n. 5, p. 1501-1562, 2014. p. 1504). Em outra passagem, Landau afirma que as teorias constitucionais padrão não se aplicam a países como Colômbia, Índia e África do Sul: “I bring together evidence chiefly from three widely studied countries—Colombia, India, and South Africa—to show how courts have developed tools to protect democracies from erosion from within, to ameliorate defects in different kinds of party systems, and to build up civil society and constitutional cultures. A range of practices in newer democracies can best be understood through a dynamic rather than a traditional conception of judicial role. For example, courts in newer democracies routinely strike down constitutional amendments as being substantively unconstitutional because they view those amendments as a threat to

político, a cultura jurídica e as instituições de determinado país. É preciso considerar que diferentes países possuem diferentes estágios de desenvolvimento democrático e da cultura do constitucionalismo. Com isso, não se quer dizer que esses países não possam ter problemas democráticos semelhantes, mas seria um equívoco desconsiderar a existência de diferentes problemas em democracias mais maduras e democracias mais frágeis.⁴¹

É preciso considerar que, em determinados contextos, a atuação de uma forma forte de revisão judicial já foi necessária para melhorar as condições democráticas. Por exemplo, seria possível a atuação de uma revisão judicial forte por um tribunal constitucional para evitar que determinado país voltasse ao autoritarismo, com concentração de poderes nas mãos do Executivo. Contudo, isso não pode ocorrer de forma permanente, sob pena de se retirar do espaço democrático a própria possibilidade de se autocorriger. Além disso, é preciso investigar a real capacidade de uma corte constitucional atuar para melhorar a democracia, seja em razão das relações políticas entre membros de tribunais constitucionais e elites políticas – sobretudo quando a nomeação para o cargo se dá por indicação política –, seja em razão dos riscos, sempre presentes, de não cumprimento da decisão judicial ou, até mesmo, de dissolução da corte em determinados contextos. Enfim, é preciso investigar a configuração institucional dos tribunais constitucionais, a sua forma de atuação e os diferentes contextos em que atuam.

Nesse aspecto, as teorias constitucionais *standard* se revelaram subcomplexas para descrever alguns contextos políticos fora dos EUA. Por exemplo, diversos estudos de direito constitucional contemporâneo apontam que as teorias constitucionais desenvolvidas nos EUA não se aplicariam em contextos de democracias frágeis ou mais recentes, onde tribunais constitucionais, como os da África do Sul, Colômbia e Índia, tiveram um importante papel ativista na manutenção das condições democráticas e para se evitar o autoritarismo.⁴²

democracy. From a standard theoretical perspective, striking down constitutional amendments is a much more difficult act to justify than ordinary judicial review. As commentators have often noted, declaring a constitutional amendment unconstitutional poses a kind of ultimate counter-majoritarian difficulty, because there is no real way for democratic actors to override the decision to strike down the constitutional amendment. But the doctrine of the unconstitutional constitutional amendment becomes easier to understand with a dynamic theory, either as a way to defend against democratic erosion or as a way to send a loud signal about the importance of core constitutional values.” (Ibidem. p. 1503)

⁴¹ Também nesse sentido, David Landau: “Some problems of democratic dysfunction exist in all systems, but it would be a mistake for a theory of judicial role to ignore real differences between mature and developing democracies.” (LANDAU, David. A dynamic theory of judicial role. *Boston College Law Review*, Boston College Law School, Boston, v. 55, n. 5, p. 1501-1562, 2014. pp. 1505/1506)

⁴² “The Indian Supreme Court, the South African Constitutional Court, and the Colombian Constitutional Court have been among the most important and creative courts in the Global South. These Courts are widely seen in Asia, Africa, and Latin America as activist tribunals that have contributed (or attempted to contribute) to the structural transformation of the public and private spheres of their countries. These Courts’ jurisprudence has

Do ponto de vista das teorias constitucionais padrão ou por análises estáticas, o problema contramajoritário ou de revisão judicial de emendas constitucionais pode ser central. Em democracias mais maduras, onde instituições democráticas funcionam adequadamente e de forma estável, é fundamental a discussão sobre o papel judicial na derrubada de leis e emendas constitucionais aprovadas por representantes eleitos. Contudo, em contextos políticos em que emendas constitucionais são realizadas por um parlamento subserviente a um governo autoritário, a questão central na discussão sobre a atuação da corte constitucional deixa de ser o aspecto abstrato da legitimidade da revisão judicial, porque provavelmente nenhum observador externo questionaria a legitimidade democrática de o tribunal constitucional poder tomar essa decisão para evitar a concentração de poder nas mãos de um agente autoritário ou o atendimento de interesses exclusivamente corporativos. Em situações como essas, a questão central passaria a ser se o tribunal constitucional conseguiria derrubar essa emenda constitucional e evitar a concentração de poder, ou, ao contrário, se haveria riscos desse tribunal ter a sua decisão descumprida ou acabar dissolvido pelo governo autoritário. Teria de se indagar, ainda, qual seria a real capacidade desse tribunal constitucional para tomar uma decisão que contraria interesses governistas, se ele teria autonomia suficiente ou se estaria, de alguma forma, pareado com o próprio governo, que nomeou os seus membros.

Portanto, do ponto de vista dinâmico e contextualizado, as questões constitucionais que envolvem a atuação do tribunal constitucional possuem diversas outras complexidades, muito além da clássica dicotomia ativismo judicial *versus* autocontenção.

De outro lado, há diversos estudos contemporâneos que sugerem que, em diversos contextos, não haveria uma oposição verdadeira da classe política em relação aos tribunais constitucionais. Há sérias dúvidas de que a classe política e os demais Poderes Constituídos sejam desfavoráveis a um sistema forte de controle de constitucionalidade. Se a Corte Constitucional brasileira é tão antidemocrática, o que a sustentaria institucionalmente no

dealt with problems that are important for and frequent in all contemporary liberal democracies. Issues about the interpretation and protection of civil and political rights, for example, have been addressed regularly by these three Courts' case law. Yet these Courts' jurisprudence has also dealt with problems that are specific to or have special importance in the Global South, and the Courts have done so through original and imaginative legal theories and political strategies. Issues related to political violence, poverty, and the consolidation of the rule of law have been an important part of these Courts' jurisprudence. These Courts, for example, have decided cases about the rights of internally displaced people, how to recognize and accommodate adversary religious minorities, the justiciability of social and economic rights in contexts with high levels of poverty, and the limits that Congress has for amending the Constitution in innovative and appealing ways." (MALDONADO, Daniel Bonilla. Introduction: Toward a Constitutionalism of the Global South. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). *Constitutionalism of the global South: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia*. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 1-37. pp. 21/22)

cenário político nacional? Se a Corte é realmente tão invasiva nas atribuições do Executivo e do Legislativo, o que faria os seus líderes políticos sustentarem uma revisão judicial forte no Brasil? Há razões para que o partido de governo fortaleça e fomente o poder de revisão judicial do STF?

Essas questões não são comumente desenvolvidas em obras de constitucionalistas brasileiros, mas têm sido objeto de pesquisa e reflexão por diversos cientistas políticos e pesquisadores de direito constitucional comparado, que lançam novas luzes sobre a temática, como se discutirá a seguir.

1.2. Explicações político-institucionais à disseminação e ao fortalecimento do *judicial review*

Para entender o fortalecimento e a disseminação da revisão judicial ao redor do mundo, é preciso analisar o conjunto de causas, o que demanda uma pesquisa que vai além da análise jurídica sobre o texto constitucional e as decisões da corte constitucional. É preciso indagar, por exemplo: Quais são as partes realmente envolvidas no conflito e o que elas estão efetivamente buscando? Como o tribunal constitucional angaria poder para decidir e fazer cumprir as suas decisões? Como os atores políticos relevantes atuam para contornar as decisões ou retaliar o tribunal? Como a corte constitucional acumula capital político para se fortalecer e decidir contra interesses do governo ou de atores políticos relevantes? Quais interesses, efetivamente, o tribunal constitucional protege? Qual é a influência da forma de nomeação da corte e de outras questões institucionais sobre o comportamento judicial? Quais são os impactos das suas decisões no mundo real? Essas são questões que a análise puramente jurídica do texto constitucional e das decisões judiciais não consegue responder, pois deixa de lado aquilo que origina e sustenta o *judicial review* dentro da ordem constitucional e do sistema judicial, que é o sistema político.⁴³

⁴³ “Related to this is what Tom Ginsburg termed the ‘seventh-inning problem’: a fan who arrives at the baseball field just before the seventh inning begins and leaves when it concludes. ‘Focusing too much on court cases in the constitutional game’, Tom Ginsburg suggests, ‘has precisely the same structure as the baseball fan who watches only one late inning. It means that we miss many of the most important questions - where does constitutional order come from? Who are the parties and what are they really fighting about? How does the court have the power it does? And what is the impact of the decision on real outcomes? These questions can only be examined by broadening our temporal and conceptual frame’. Not only is such a seventh-inning snapshot unrepresentative of the entire game from a descriptive, ‘captain’s log’ standpoint, but it also obscures the deep origins or reasons behind what we see, as well as the consequences that ensue. In other words, what happens prior to or after a court ruling is important not just for ‘setting the record straight’ but also for understanding the

Os constitucionalistas que criticam um modelo forte de *judicial review* e o ativismo judicial de cortes constitucionais comumente afirmam que estas estariam usurpando insidiosamente a competência legislativa do Parlamento ou decidindo questões de políticas públicas inerentes ao governo. Entretanto, a historiografia constitucional tem demonstrado que os Poderes Executivo e Legislativo são suficientemente fortes para decidir politicamente os rumos da nação e, inclusive, para legitimamente limitar os poderes do Judiciário quando este os exorbita, dentro do funcionamento normal de um ordenamento constitucional que adota o sistema de freios e contrapesos. Então, quais razões levariam os Poderes Executivo e Legislativo a tolerar – e, inclusive, em alguns casos, a fomentar – o ativismo judicial e um modelo de controle de constitucionalidade forte das cortes constitucionais?

Dentro de uma lógica linear, poder-se-ia dizer que há disputa constante de poder entre os membros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Contudo, talvez um controle de constitucionalidade forte e um ativismo judicial da corte constitucional sejam convenientes aos interesses do Chefe do Poder Executivo, dos parlamentares aliados ao governo e dos partidos políticos com maior representatividade no Parlamento. Como adiante se mostrará, o próprio governo e as coalizões políticas majoritárias se servem do controle de constitucionalidade para resolver conflitos políticos.⁴⁴

A partir dessas indagações e suposições, é necessário, inicialmente, abordar a temática a partir das contribuições da ciência política e do direito constitucional comparado, fazendo-se uma análise institucional desse fenômeno, abrindo-se perspectivas que não são muito comuns entre juristas e constitucionalistas brasileiros, mas são centrais para um estudo percuciente da questão.

1.2.1. A necessidade estrutural e política de cortes constitucionais

place of a given court case in a broader causal story that has a social context and root causes that predate a court case and may or may not be affected by it.” (HIRSCHL, Ran. *Politics and the Constitution: The Ties That Bind. Review of Constitutional Studies*, New York, v. 21, n. 1, p. 3-11, 2016. pp. 6/7)

⁴⁴ “A purely technical approach to the law misses the constant, creative interplay between the judiciary and the political system. Adjudication is one of many methods in government for resolving political conflict.” (FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1988. pp. 4/5)

Cientistas políticos e constitucionalistas como Keith Whittington⁴⁵, Ran Hirschl⁴⁶, Louis Fisher⁴⁷, Mark Graber⁴⁸, Tom Ginsburg⁴⁹, Terri Peretti⁵⁰, George Lovell⁵¹, Kevin McMahon⁵² e Thomas Keck⁵³, por diferentes caminhos e perspectivas, afirmam que o *judicial review* é tolerado e muitas vezes incentivado por autoridades políticas eleitas. Segundo eles, a revisão judicial seria um dos muitos instrumentos dos quais os políticos se utilizam para fazer prevalecer os seus propósitos, sob o disfarce de interpretação constitucional. Portanto, tais autores trabalham fora da lógica linear de que as cortes constitucionais tiveram ascensão nas últimas décadas em razão da capacidade dos seus juízes, de que foram criadas e se mantêm em razão da necessidade de assegurar os direitos protegidos nas Constituições escritas, ou de que o chefe do Executivo e os parlamentares seriam contrários ao *judicial review*. Ao revés, mostram que o componente político é determinante para o fenômeno do aumento do poder dos tribunais constitucionais e para a ampliação, em âmbito mundial, do controle judicial de constitucionalidade.⁵⁴

⁴⁵ WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, p. 583-596, nov. 2005.

⁴⁶ HIRSCHL, Ran. *Toward Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004; HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *The Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 93-118, 2008.

⁴⁷ FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1988.

⁴⁸ GRABER, Mark A. Constructing judicial review. *Annual review of political Science*, Maryland, Baltimore, v. 8, n. 1, p. 425-451, mar. 2005.

⁴⁹ GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 81-98.

⁵⁰ PERETTI, Terri. *In Defense of a Political Court*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

⁵¹ LOVELL, George. *Legislative Deferrals: Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. New York: Cambridge, 2003.

⁵² MCMAHON, Kevin. *Reconsidering Roosevelt on Race: How the Presidency Paved the Road to Brown*. Chicago: University Chicago Press, 2004.

⁵³ KECK, Thomas. *The Most Activist Supreme Court in History: The Road to Modern Judicial Conservatism*. Chicago: University Chicago Press, 2004.

⁵⁴ Para Ran Hirschl, por exemplo: “A political sphere conducive to the judicialization of such purely political questions is therefore at least as significant in its emergence and sustainability as the contribution of courts and judges. It is naive to assume that core political questions of the type described in this article could have been transferred to courts without at least the implicit support of influential political stakeholders. This should come as no surprise to those who view courts as political institutions. Like any other political institution, they do not operate in an institutional or ideological vacuum. Their establishment does not develop and cannot be understood separately from the concrete social, political, and economic struggles that shape a given political system. Political deference to the judiciary and the consequent judicialization of mega-politics — indeed, the profound expansion of judicial power more generally—are an integral part and an important manifestation of those struggles. A political quest for legitimacy, or for lowering risks or costs, is often what drives deference to the judiciary, in cases involving hotly contested political issues. In short, everything is political.” (HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *The Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 93-118, 2008. p. 109)

Keith Whittington, analisando o exercício do *judicial review* pela Suprema Corte dos EUA, afirma que, quando os agentes políticos eleitos são impedidos de implementar plenamente a sua própria agenda política, eles podem favorecer o exercício ativo da jurisdição constitucional pela Corte, a fim de superar esses obstáculos e romper com o *status quo*.⁵⁵ Além disso, segundo o autor, autoridades eleitas do governo atual que têm medo de perder o poder podem tentar reforçar a autoridade judicial e colocar os seus aliados nos tribunais, na esperança de que a revisão judicial seja usada contra autoridades do futuro governo (nos EUA, da mesma forma que no Brasil, a indicação dos juízes da Suprema Corte é feita pelo Presidente da República).⁵⁶

Seguindo essa mesma lógica, Tom Ginsburg afirma que, para as autoridades políticas eleitas que temem estar fora do poder no futuro, o controle de constitucionalidade por um tribunal independente seria um fórum alternativo para assegurá-los na política, o que mitigaria o risco de perda eleitoral.⁵⁷ Ginsburg relata que, na última sessão parlamentar da autoridade palestina antes da tomada do poder pelo Hamas, foi aprovada a lei que criou um tribunal constitucional com poderes para derrubar a legislação, um caso notável de preservação hegemônica – embora a resposta imediata do novo parlamento empossado tenha sido substituir essa lei.⁵⁸ Para corroborar essa mesma tese, Ran Hirschl apresenta o caso de Israel, onde, com a Revolução Constitucionalista de 1992, foi estabelecido o *judicial review*

⁵⁵ “When current elected officials are obstructed from fully implementing their own policy agenda, they may favor the active exercise of constitutional review by a sympathetic judiciary to overcome those obstructions and disrupt the status quo. This provides an explanation for why current officeholders might tolerate an activist judiciary. This dynamic is illustrated with case studies from American constitutional history addressing obstructions associated with federalism, entrenched interests, and fragmented and cross-pressured political coalitions.” (WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, p. 583-596, nov. 2005. p. 583)

⁵⁶ “Similarly, current government officials who are fearful of losing power may attempt to build up judicial authority and entrench their allies in the courts in the hopes that judicial review will be used against future government officials.” (WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, p. 583-596, nov. 2005. p. 583)

⁵⁷ “Parties that believe they will be out of power in the future are likely to prefer constitutional review by an independent court, because the court provides an alternative forum of political *insurance* that mitigates the risk of electoral loss. On the other hand, stronger political parties will have less of a desire for independent judicial review, since they believe they will be able to advance their interests in the post-constitutional legislature.” (GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 81-98. pp. 83/84)

⁵⁸ “More recently, the last parliamentary session of the Palestinian Authority before the takeover of Hamas passed a law establishing a constitutional court empowered to strike legislation, a conspicuous case of hegemonic preservation (though the immediate response of the new parliament was to supersede this law).” (GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 91)

com o objetivo de apoiar políticos que representavam a burguesia secular de Israel, cuja hegemonia política se tornava cada vez mais ameaçada. Assim, os representantes políticos desse grupo encontraram na delegação de formulação de políticas ao tribunal uma maneira eficiente de superar crescentes reações populares contra a sua hegemonia ideológica e evitar consequências negativas do seu contínuo declínio no controle da arena de tomada de decisões majoritárias.⁵⁹ Hirschl também afirma, em estudo comparado, que, no Canadá, na Nova Zelândia e na África do Sul, a constitucionalização pode ser mais bem entendida como uma estratégia para elites políticas ameaçadas se manterem no poder, através do isolamento da formulação de políticas contra a ameaça democrática de pressões populares.⁶⁰ Ozan Varol também reforça essa tese, afirmando que, no Egito, mesmo após Mubarak ter sido deposto, o Tribunal Constitucional continuou tomando decisões que parecem promover configurações políticas que existiam durante a autocracia de Mubarak, como julgamentos que proíbem a irmandade muçulmana.⁶¹ Assim, quanto mais temerem que possam perder futuras eleições, mais as autoridades políticas preferirão um tribunal constitucional forte.⁶²

⁵⁹ “The 1992 constitutional revolution in Israel presents a nearly ideal illustration of my explanation of judicial empowerment. The hands that guided the constitutionalization of rights and the establishment of judicial review in Israel are entirely visible. They were driven by purely political interests not by their subordination to some invisible evolutionist or structural forces or by the devotion of politicians to some elevated vision of human rights or national unity. The 1992 constitutional entrenchment of rights and the establishment of judicial review in Israel were initiated and supported by politicians representing Israel’s secular bourgeoisie, whose political hegemony in the majoritarian policymaking arena had become increasingly threatened. The political representatives of this group found the delegation of policymaking authority to the court an efficient way to overcome the growing popular backlash against its ideological hegemony and, perhaps more importantly, an efficient way to avoid the potentially negative consequences of its continuously declining control over the majoritarian decision-making arena.” (HIRSCHL, Ran. *The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions. Law & Social Inquiry*, Chicago, v. 25, n. 1, p. 91-149, jan. 2000. p. 106)

⁶⁰ “The causal mechanisms behind the trend toward constitutionalization and judicialization in divided polities have not been adequately delineated by the major theories of constitutional transformation. As I have shown in this article, the ‘consociational’, evolutionist, systemic need-based (or the ‘ungovernability’), ‘new institutionalist’, and electoral markets models cannot explain, for example, the recent history of constitutional entrenchment of rights and judicial review in Israel, Canada, New Zealand, and South Africa (to mention only the four cases I have examined in this paper). My brief analysis of constitutional politics in the above polities reveals that the wave of constitutionalization in these countries can be more productively understood, on the basis of an interest-based hegemonic struggle approach, as a conscious strategy undertaken by threatened political and economic elites seeking to preserve their hegemony through the insulation of policymaking from the democratic menace of popular political pressures. Moreover, what I have called the ‘hegemonic preservation’ thesis serves as a reminder that seemingly humanitarian constitutional reforms often mask an essentially self-serving agenda. The constitutionalization of rights, in other words, is often not so much the cause or a reflection of a progressive revolution in a given polity, as it is a means by which preexisting and ongoing sociopolitical struggles in that polity are carried out.” (HIRSCHL, Ran. *The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions. Law & Social Inquiry*, Chicago, v. 25, n. 1, p. 91–149, jan. 2000. pp. 138/139)

⁶¹ “A relatively autonomous judiciary may thus be helpful in consolidating authority and retaining political power. A judiciary so empowered can safeguard the interests of the authoritarian elites even where the elites are deposed. For example, the Mubarak appointees in Egypt’s courts have rendered a number of decisions in the post-Mubarak era—such as a recent decision that bans the Muslim Brotherhood—that appear to promote political

Embora algum exagero possa ser cometido quando se ressalta apenas um aspecto da questão para subsidiar uma tese, já que esse fenômeno é comumente influenciado por diversas variáveis dentro da situação específica de cada país, os casos acima citados reforçam a ideia de que as elites políticas dominantes, diante da incerteza política, se utilizam do fortalecimento da Corte Constitucional para se manterem no poder.

Considerando o contexto estadunidense, Whittington afirma que juízes devem ter boas razões para levantar objeções contra as ações do governo, bem como as autoridades eleitas devem ter bons motivos para se absterem de sancionar juízes por levantar tais objeções. Isto é, haveria um suporte político para o *judicial review*.⁶³

A forma de nomeação dos membros da corte constitucional torna possível que o governo alinhe o perfil da corte de acordo com as suas preferências políticas.⁶⁴ Nesse sentido, Ran Hirschl afirma que há dois fatores que podem facilitar o consciente empoderamento da corte constitucional pelas elites políticas, quais sejam, um nível suficiente de certeza de que a corte é suscetível de produzir decisões que, em geral, servirão melhor aos seus interesses e às suas preferências ideológicas; e a confiança pública generalizada acerca da imparcialidade política do poder judicial, pois a diferença entre direito e política legitima fundamentalmente o sistema da separação de poderes.⁶⁵

configurations that existed during the Mubarak autocracy.” (VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, University of Iowa College of Law, Iowa City, v. 100, n. 4, p. 1673-1742, May 2015. p. 1691)

⁶² SHAPIRO, Martin. Judicial Review in Developed Democracies. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005. p. 5-18. p. 7.

⁶³ WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, p. 583-596, nov. 2005. p. 583.

⁶⁴ “Most routinely, the political appointments process creates regular opportunities for elected officials to bring the Court into line with political preferences.” (WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, p. 583-596, nov. 2005. p. 583)

⁶⁵ “In general, two factors may facilitate conscious judicial empowerment and reduce the short-term *risk* of those who voluntarily hand policymaking authority over to the judiciary. The first condition is a sufficient level of certainty among those initiating the transition to juristocracy that the judiciary in general and the Supreme Court in particular are likely to produce decisions that, by and large, will better serve their interests and reflect their ideological preferences. In this regard, a growing body of literature tends to refute the proposition that supreme courts are simply guardians of the rule of law without any other complementary or contradictory political interests. According to this body of literature, supreme courts are inclined to rule in accordance with national metanarratives, prevailing ideological and cultural propensities, and the interests of ruling elites (Smith 1997; Knight and Epstein 1996; Epstein and Walker 1995; Mishler and Sheehan 1993; Koh 1988; Tushnet 1988; Dahl 1957) [...] A second condition that reduces the short-term *risk* for those who voluntarily hand power over to courts is the existence of widespread public trust in the political impartiality of the judiciary. The appearance of political dependence would collapse the distinction between law and politics on which the fundamental legitimacy of separation of powers system depends.” (HIRSCHL, Ran. *The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions*. *Law & Social Inquiry*, Chicago, v. 25, n. 1, p. 91-149, jan. 2000. pp. 116/120)

Desse modo, o poder de revisão judicial dos tribunais pode ser um instrumento valioso para os propósitos de uma coalizão política que compõe a base governista, a fim de superar as barreiras que impedem que seus objetivos políticos sejam atingidos. Para Whittington, há dois requisitos ou premissas para que essa afirmação seja razoável, quais sejam, a constatação de que os tribunais costumam ser ideologicamente favoráveis ao governo e a ideia de que a revisão judicial é realmente útil para as atuais maiorias políticas.⁶⁶

Para amparar a sua primeira premissa, Whittington afirma que é improvável que as maiorias políticas apoiem os tribunais ideologicamente divergentes delas e incapazes de trabalhar em conjunto com elas para atingir objetivos políticos comuns. No entanto, isso não quer dizer que os presidentes e os partidos políticos nunca serão surpreendidos por decisões judiciais contrárias aos seus interesses, proferidas por juízes por eles nomeados, mas apenas que o tribunal frequentemente compartilha das sensibilidades constitucionais e ideológicas dos líderes políticos.⁶⁷ A esse respeito, Ran Hirschl mostra que, de acordo com estudos comparativos acerca dos procedimentos de nomeação dos juízes das cortes constitucionais de diversos países, essa nomeação sempre tem uma importante dimensão política, não importando a forma como esse processo de nomeação é construído. Por conseguinte, as características demográficas, as propensões culturais e ideológicas dos juízes das cortes constitucionais tendem a ser parecidas com o resto da elite política nesses países.⁶⁸

⁶⁶ WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, p. 583-596, nov. 2005. p. 584.

⁶⁷ WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, p. 583-596, nov. 2005. p. 584.

⁶⁸ “Political power holders often possess some control over the personal composition of national high courts. As a recent comparative study of judicial appointment procedures concludes, no matter how the process is constructed, it always has an important political dimension (Maleson & Russell 2006). Consequently, the demographic characteristics, cultural propensities, and ideological tilts of supreme court judges in most countries are likely to match the rest of the political elite in these countries. As Dahl (1957, p. 291) observes with regard to the US Supreme Court, ‘it is unrealistic to suppose that a Court whose members are recruited in the fashion of the Supreme Court justices would long hold to norms of rights of justice that are substantially at odds with the rest of the political elite.’ The appeal of judicialization is even more evident in polities facing deep divisions along secular/ religious lines. Most constitutional court judges have had a general legal education and are familiar with Western law’s basic principles and methods of reasoning. More often than not, the judges’ educational background, cultural propensities, and social milieu are closer to those of the urban intelligentsia and top state bureaucrats than to any other social group. Constitutional courts are established and funded by the state. Their judges are appointed by state authorities, often with the approval of political leaders. A judge’s record of adjudication is well known at the time of his or her appointment. What is more, the very logic of modern constitutional law and courts—with their state-driven legitimacy and authority, procedural rules of engagement, methods and styles of reasoning, and often measured approach to politically charged questions—seems intrinsically consonant with a moderate approach to issues of religion and state.” (HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *The Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 93-118, 2008. p. 109)

De acordo com a segunda premissa de Whittington, a revisão judicial é realmente útil para as atuais maiorias políticas, como já se expôs. A utilidade para os legisladores de outros poderes judiciais, como o poder de interpretar as leis e fazê-las cumprir, é bastante evidente. Entretanto, é menos evidente a utilidade, para os legisladores atuais, do poder judicial de controle de constitucionalidade, haja vista que este instrumento tem por escopo retirar do ordenamento jurídico leis aprovadas pelo parlamento. De qualquer forma, fica mais fácil de notá-la quando se observa que a revisão judicial pode ser utilizada para anular leis passadas, aprovadas por coalizões políticas anteriores, de modo que o tribunal pode, mediante este mecanismo, modificar a base legislativa. Assim, quando as coalizões políticas atuais são incapazes de modificar a base legislativa, os tribunais poderiam utilmente fazer este trabalho para elas.⁶⁹ Por exemplo, num sistema federativo, quando há coalizões políticas heterogêneas, líderes políticos podem ser incapazes de mobilizar parlamentares aliados em torno de determinada política, que, no entanto, é vista com simpatia por “juízes aliados”.⁷⁰

Contudo, Whittington também ressalta que um “amistoso” controle de constitucionalidade não significa necessariamente que o tribunal simplesmente atenderá as vontades dos líderes políticos. Com efeito, os políticos não sabem com certeza o que os juízes farão quando questionada a constitucionalidade de determinada legislação. Embora os líderes políticos possam esperar que o tribunal agir de determinada maneira em dado caso, ele poderá muito bem “decepcioná-los”.⁷¹

Em outras ocasiões, para Whittington, os juízes podem muito bem decidir com base nos seus próprios entendimentos acerca do direito constitucional, mesmo quando tais entendimentos não são compartilhados pelos líderes políticos, ou quando os seus efeitos não são por estes desejáveis. Nesses casos em que o resultado do controle judicial de constitucionalidade se torna indesejável para o Presidente ou para líderes políticos, a lógica será bem diferente da exposta até aqui. Se a obstrução da corte constitucional aos interesses das coalizões políticas for relativamente pequena, o capital político acumulado pela corte pode encorajar apenas que os líderes políticos cedam à posição judicial ou busquem contornar a decisão do tribunal. Todavia, nos casos em que a obstrução é mais grave, tal como nas

⁶⁹ WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, p. 583-596, nov. 2005. p. 584.

⁷⁰ WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, p. 583-596, nov. 2005. p. 585.

⁷¹ WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, p. 583-596, nov. 2005. p. 585.

situações em que a corte obstaculiza as principais políticas do governo, a reação política pode ser mais grave e a força do tribunal pode ser testada. Assim, nem todos os casos de revisão judicial se traduzem no atendimento dos interesses dos líderes políticos, mas a possibilidade de controle de constitucionalidade favorável aos seus interesses os leva a tolerar os casos em que as decisões judiciais lhes são indesejáveis politicamente e a incentivá-los quando a corte se comporta de maneira politicamente útil aos seus interesses.⁷²

Desse modo, Whittington considera que existem três barreiras comuns à bem-sucedida ação da agenda política das coligações na política norte-americana, em que o *judicial review* se torna extremamente útil, quais sejam: a) o federalismo; b) os interesses entrenchados (*entrenched interests*); e c) a heterogeneidade da coalizão política. Nessa linha, mostra como cada um desses obstáculos à agenda política pode ser superado pelo *judicial review* – o que justificaria o suporte político ao controle de constitucionalidade – e como o ativismo judicial da corte constitucional pode ser útil à política em determinados casos.⁷³

Whittington ressalta que, nos Estados Unidos, o contexto federativo talvez tenha sido o mais importante fator para gerar apoio das autoridades nacionais ao *judicial review*. Com efeito, o apoio das autoridades nacionais à revisão judicial adveio da imposição, pela corte constitucional, da sua agenda constitucional compartilhada com a política nacional nos Estados recalcitrantes, isto é, contra atores que impedem objetivos políticos nacionais. Com efeito, historicamente, os Estados-membros dos EUA têm ocupado mais a atenção da Corte Constitucional do que o governo federal, pois, na prática, são o principal alvo do controle de constitucionalidade. Whittington ressalta que a Suprema Corte norte-americana derrubou as políticas estaduais e locais em bem mais de 1.100 casos, enquanto rejeitou políticas federais em apenas mais de 150 casos.⁷⁴

A esse respeito, Whittington relata que a independência dos governos estaduais e municipais em relação ao governo nacional é uma fonte de resistência dentro do regime constitucional que as autoridades políticas nacionais pretendem estabelecer. Essa mesma dificuldade teria levado defensores da reforma constitucional da década de 1780 (nos EUA) a

⁷² WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, p. 583-596, nov. 2005. p. 585.

⁷³ WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, p. 583-596, nov. 2005. p. 585/586.

⁷⁴ WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, p. 583-596, nov. 2005. p. 586.

buscar um governo nacional forte, com capacidade para disciplinar os atores políticos subnacionais. Entretanto, apesar de os membros da assembleia constituinte (*constitutional convention*) não estarem dispostos a dar ao Congresso o poder de diretamente vetar discricionariamente leis estaduais, redigiram uma cláusula de que a Constituição é superior a leis estaduais contrárias, o que implica a possibilidade de controle de constitucionalidade pela Suprema Corte norte-americana das ações dos Estados-membros.⁷⁵ Assim, fica claro que o *judicial review* possibilita o controle das leis estaduais pela Suprema Corte, a fim de “assegurar a supremacia da Constituição”.

Tom Ginsburg também enfatiza o federalismo como sendo uma das principais explicações para a fundação e a sustentação do *judicial review* nos Estados Unidos. Para ele, sempre que existirem dois órgãos ou níveis diferentes de produção normativa com competências territoriais diferentes, haverá um potencial conflito de competências. Assim, um terceiro órgão neutro pode servir a ambos os níveis de governo para resolver essas disputas quando elas surgirem. Além disso, no sistema federalista, será comum que os Estados-membros criem barreiras protecionistas, prejudicando o livre comércio. Neste caso, um terceiro órgão neutro na forma de tribunal poderá avaliar se a legislação estadual prejudica o compromisso do livre comércio em âmbito nacional, previsto na Constituição.⁷⁶ Assim, observa-se como o *judicial review* revela-se um instrumento importante para o federalismo.⁷⁷ Entretanto, pensando-se em âmbito mundial, há vários países que adotaram o sistema do *judicial review* e não são Estados federados, mas unitários. Ou seja, o controle judicial de

⁷⁵ WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, p. 583-596, nov. 2005. p. 586.

⁷⁶ GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 81-98. pp. 83/84.

⁷⁷ Diversos outros autores também afirmam que a existência de um tribunal constitucional, nos Estados que adotam o federalismo, é um instrumento a favor do poder central. Nesse sentido: “A federalism constitutional court is in an uncomfortable situation for two reasons. First, it is called upon to referee between two governments, a pygmy between two giants. Second, it is actually one of the limbs of one of the giants. The basic logic of courts is seriously eroded for such a court. One part of one of the parties is purporting to act as the neutral and independent third party resolver of the dispute between the two parties. If the member state loses it is likely to claim, quite rightly, that the central government has been judge in its own case. Federalism courts are protected from the second problem to the extent that the culture or cultures in which they operate have a well-developed myth of judicial independence and neutrality. Then constitutional judges can credibly say, ‘Yes we work for the central government, but because we are judges, we are independent of and neutral toward that government in disputes between the central government and the member states’. As to the first problem, federalism constitutional courts can escape it only when the members of the cartel see a greater benefit in maintaining the cartel than in breaking it or alternatively where the central government has the means and the will to enforce court judgements adverse to the members.” (SHAPIRO, Martin. *Judicial Review in Developed Democracies*. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005. p. 5-18. pp. 6/7)

constitucionalidade pode ser um instrumento útil ao federalismo, mas o federalismo não é a única justificativa possível para se adotar o *judicial review*.

Na linha de raciocínio de Whittington, uma segunda barreira à agenda das coligações na política norte-americana – que também pode ser superada pelo *judicial review* – é, como já se expôs, a existência de interesses entrincheirados (*entrenched interests*). Segundo o autor, os interesses entrincheirados podem muitas vezes frustrar a reforma e beneficiar um poderoso *status quo* da legislação norte-americana. Assim, da mesma forma que Presidentes tomam iniciativas para contornar obstáculos legislativos, tribunais podem ser um veículo alternativo útil para uma pretendida reforma, mesmo por parte das coalizões políticas majoritárias.⁷⁸

A terceira barreira à pauta das lideranças políticas, que pode ser superada pelo *judicial review*, é a turbulência de coalizões políticas heterogêneas, segundo Whittington. Os partidos políticos norte-americanos muitas vezes são coalizões turbulentas e a unidade do partido pode ser conseguida em detrimento de compromissos políticos substanciais. Assim, para os líderes de facções internas do partido do governo, o *judicial review* pode oferecer os meios para permitir a discordância intracoalizão e, potencialmente, para desfazer os compromissos políticos que tiveram que ser feitos nas arenas políticas e legislativas em nome da unidade da coalizão. Assim, o recurso a uma amigável revisão judicial pode suavizar as relações legislativas de membros de coalizões políticas turbulentas, proporcionando alguma medida de adicional segurança para os compromissos centrais de líderes partidários e Presidentes. Portanto, mesmo a invalidação judicial de lei federal recente – aprovada pelos parlamentares dos mandatos em curso – não será necessariamente indesejável por líderes políticos atuais.⁷⁹

Whittington também ressalta que o *judicial review* pode ser um aliado das lideranças políticas para que essas possam superar coalizões políticas internamente pressionadas (*cross-pressured political coalitions*). Nesse tocante, imperioso observar que há algumas questões com as quais os políticos não podem lidar facilmente. Os eleitores dos parlamentares individuais podem estar fortemente divididos sobre determinado assunto, ou ser hostis a uma política que o parlamento gostaria de adotar. Assim, as lideranças partidárias,

⁷⁸ WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, p. 583-596, nov. 2005. p. 588.

⁷⁹ WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, p. 583-596, nov. 2005. p. 589.

incluindo Presidentes e líderes no Legislativo, devem, por vezes, igualmente gerenciar coalizões políticas profundamente divididas e internamente pressionadas. Nesses casos, as autoridades eleitas do Executivo e do Legislativo preferem procurar o Judiciário para resolver a questão política, mesmo que a decisão judicial possa ser incerta ou desfavorável, pois pretendem evitar as consequências políticas e eleitorais negativas que uma deliberação sobre a questão lhes acarretaria. Diante da impopularidade da decisão que precisa ser tomada, os líderes da coalizão e os políticos, pressionados, preferem transferir a culpa da decisão controversa para o tribunal constitucional, a fim de preservar o seu apoio eleitoral e a unidade da coalizão.⁸⁰

Assim, Whittington conclui que a corte constitucional pode ser capaz de “interpor sua mão amiga” para ajudar na tarefa política dos líderes políticos e seus afiliados, por intermédio do exercício do “poder independente” de revisão judicial.⁸¹

Tudo isso mostra como talvez não seja verdadeira a conclusão de que o exercício contramajoritário da revisão judicial desagrada os líderes políticos atuais. Além disso, explica como uma postura ativista da corte constitucional é tolerada e muitas vezes incentivada pelas autoridades políticas eleitas do Executivo e do Legislativo.

Esse aporte teórico e a experiência institucional estadunidense permitem comparações e reflexões importantes, considerando as peculiaridades do sistema político e dos arranjos institucionais brasileiros.

1.2.2. O suporte político ao STF no sistema de justiça brasileiro

A partir das teorias e análises que foram desenvolvidas acima, é possível indagar como o controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil foi ampliado nos planos normativo e pragmático. Para tanto, exige-se uma análise institucional e interna, isto é, sob a perspectiva das instituições brasileiras e de como os Poderes Constituídos se relacionam entre si. De qualquer forma, o aporte teórico da ciência política e uma análise

⁸⁰ WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, p. 583-596, nov. 2005. p. 591/592.

⁸¹ WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, p. 583-596, nov. 2005. p. 594.

comparativa em relação às instituições norte-americanas podem trazer importantes contribuições para a aferição do contexto brasileiro.

Razões semelhantes às que foram acima expostas talvez sirvam para explicar como, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 e algumas emendas constitucionais posteriores ampliaram o controle judicial de constitucionalidade. Talvez não haja uma verdadeira disputa de poder entre o Presidente da República, os congressistas e os membros do Supremo Tribunal Federal, senão uma acomodação de interesses políticos. Isto é, no Brasil, assim como nos Estados Unidos, talvez o controle de constitucionalidade realizado pela corte constitucional seja útil aos líderes políticos do congresso e ao governo federal, sobretudo para superar os entraves do federalismo, dos interesses entrenchados (*entrenched interests*) – que impedem o desenvolvimento de determinados setores – e da heterogeneidade da coalizão política.

Em primeiro lugar, no Brasil, os ministros do Supremo Tribunal Federal também são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal.⁸² Assim, não é difícil constatar que o Chefe do Executivo historicamente nomeia para esse cargo pessoas com quem possui alguma relação pessoal, ou que têm um perfil consentâneo com a política governamental, ou, mais especificamente, que possuem entendimentos favoráveis à política governamental, ao partido do governo ou aos seus líderes partidários. Com efeito, a indicação de determinada pessoa para o cargo de ministro do STF comumente ocorre após uma conversa reservada com o Presidente da República⁸³, que, a seguir, será submetida a uma sabatina no Senado Federal, onde os senadores indagarão o candidato sobre diversos temas, inclusive sobre casos importantes que estão submetidos ao julgamento do STF.

Tais considerações sobre a forma política de nomeação para o cargo de ministro do STF demonstram que talvez, no Brasil, o chefe do Executivo e os parlamentares da mesma coalizão política do governo não sejam contrários ao controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo, pois, de certa forma, podem moldar o perfil da Corte de acordo com os seus interesses políticos.

⁸² Constituição Federal: “Art. 101 [...] Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.”

⁸³ Patrícia Perrone Campos Mello mostra que “os critérios que regem a escolha de um ministro do Supremo Tribunal Federal não são claros”, bem como que “alguns candidatos são ‘patrocinados’ por pessoas influentes no governo, por exemplo, por ministros de Estado, por ministros do próprio STF, por governadores, por grupos de interesse e mesmo por pessoas que integram o círculo mais íntimo de relacionamento dos Presidentes da República”. Assim, essa escolha é “produto de características e de convicções pessoais dos candidatos, da articulação dos atores políticos supramencionados, da conjuntura e dos interesses políticos do momento”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos. Comportamento ideológico e estratégico no Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 273-310. pp. 288/289)

Além disso, é possível que a Corte Constitucional brasileira também sirva aos interesses do governo federal contra os Estados-membros. No Brasil, não existe sobreposição de lei federal em detrimento de lei estadual ou municipal, mas apenas uma divisão de competências legislativas, estabelecidas pela Constituição Federal, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.⁸⁴ Entretanto, em diversos casos, a definição dos limites da competência legislativa de cada ente federado fatalmente acaba necessitando de interpretação constitucional. Nesse sentido, sendo questionada a constitucionalidade de uma dessas leis em razão da invasão da competência legislativa do outro ente federado, caberá ao STF decidir a questão no controle de constitucionalidade.

Além disso, havendo, por outra razão (não legislativa), conflito federativo entre os entes federados, há competência originária do Supremo para julgar a causa.⁸⁵ Assim, o STF, integrante do Poder Judiciário da União⁸⁶, composto por ministros nomeados pelo Presidente da República após aprovação da indicação pelo Senado Federal, é quem julgará a controvérsia federativa. Pela análise dessa sistemática, já é intuitivo que haverá uma prevalência dos interesses da União sobre os interesses dos Estados e dos Municípios.

Em pesquisa empírica coordenada pelos Professores Alexandre Araújo Costa e Juliano Zaiden Benvido, da Universidade de Brasília, demonstrou-se que, no período analisado (junho de 1999 a maio de 2010, da ADI 2010 à ADI 4009), 30% (582) das ações diretas de inconstitucionalidade foram propostas contra atos normativos federais; 1% (27) contra atos normativos municipais; e 69% (1303) das ADIs foram propostas contra atos normativos estaduais.⁸⁷ Isso denota que a grande maioria das ações diretas de inconstitucionalidade volta-se contra atos normativos dos Estados, o que reforça a conclusão de que o controle abstrato de constitucionalidade revela-se útil para o federalismo e, sobretudo, aos interesses da União.

⁸⁴ O art. 22 da Constituição Federal estabelece a competência legislativa privativa da União; o art. 24, a competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal; e o art. 30, inc. I, a competência legislativa dos Municípios.

⁸⁵ Constituição Federal: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta.”

⁸⁶ Constituição Federal: “Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; [...]”.

⁸⁷ COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden; ALVES, André Gomes; MEDEIROS FILHO, João Telésforo N. de. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? Um perfil das decisões de procedência em ADIs. In: *Anais do 7º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP)*. São Paulo: ABCP, 2010.

Isso talvez explique por que o controle abstrato de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal é tolerado pelo governo federal e pelos congressistas, sendo inclusive desejado um certo ativismo judicial, pois podem ser úteis aos seus interesses.

O controle de constitucionalidade também tem sido um mecanismo utilizado no Brasil para superar o problema dos “interesses intrincheirados” (*entrenched interests*), ou seja, quando a própria base aliada ou a coalização política majoritária está dividida internamente. Não havendo consenso sobre determinada questão, que precisa ser legislada, o Congresso Nacional comumente fica inerte, desejando que o Supremo Tribunal Federal resolva a questão.

Isso aconteceu, por exemplo, com o direito de greve dos servidores públicos. Nesse tocante, diante da divisão existente dentro da base aliada ao governo, nunca foi editada lei para regular essa matéria. O STF, no julgamento conjunto dos Mandados de Injunção n.º 670⁸⁸, n.º 708⁸⁹ e n.º 712⁹⁰, em 2007, determinou que houvesse a aplicação das Leis n.º 7.701/1988 e n.º 7.783/1989, que disciplinavam o direito de greve dos trabalhadores em geral, aos servidores públicos civis, haja vista a falta de disciplina legal a esta categoria, enquanto o Congresso Nacional não legislasse sobre a matéria. A questão é que, mesmo após essa decisão, o parlamento nunca conseguiu consenso mínimo para votar a matéria, nem mesmo dentro da própria base aliada ao governo.

De outro lado, o controle de constitucionalidade realizado pelo STF também se revela útil aos interesses das lideranças políticas no que se refere à superação da pressão interna existente nas coalizões políticas em razão da insuperável controvérsia sobre certos temas. Com efeito, é comum que parlamentares e inclusive eleitores tenham divergências intransponíveis acerca de determinadas questões. O parlamento, composto por membros das mais diversas classes é, ao menos em tese, mais capacitado para internalizar as discordâncias e tomar uma melhor decisão política sobre a questão. No entanto, haveria um ônus político para o partido, em razão da possibilidade da sua cisão ou do rompimento da coalizão, e para os parlamentares eleitos, em razão da impopularidade da medida a ser adotada. Em razão

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 670. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Relator p/ Acórdão: Ministro Gilmar Mende. Tribunal Pleno. Julgado em 25/10/2007. DJe-206, 31-10-2008. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 207-01, p. 11.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 708. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 25/10/2007. DJe-206, 31-10-2008. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 207-02, p. 471.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 712. Relator: Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 25/10/2007. DJe-206, 31-10-2008, v. 2339-03, p. 384.

disso, também no Brasil há algumas questões com as quais os políticos não conseguem lidar facilmente.

Nesses casos, embora o parlamento seja o fórum próprio para tais discussões, os parlamentares desejariam que o Judiciário tome uma decisão e assuma o ônus político da impopularidade da medida. É o caso, por exemplo, da questão do aborto de fetos anencefálicos⁹¹, do reconhecimento da instituição da união estável aos casais homoafetivos⁹², dentre outras. Nesse tocante, observa-se que o chefe do Executivo e os congressistas deliberadamente deixaram de analisar temas extremamente controversos, não só permitindo como também desejando que a decisão final da questão ficasse a cargo do STF.

Portanto, deve ser desfeito o mito de que os parlamentares e o chefe do Executivo seriam sempre contrários a um modelo forte de controle judicial de constitucionalidade. A análise institucional leva à outra conclusão, qual seja, a de que frequentemente o chefe do Executivo, as coalizões políticas ligadas ao governo e os parlamentares toleram e, inclusive, em alguns casos, fomentam o controle judicial de constitucionalidade realizado pelo STF.

Todavia, dizer que autoridades políticas eleitas frequentemente desejam um controle judicial de constitucionalidade forte realizado pelo STF não é o mesmo que afirmar que isso é útil à democracia e aos interesses da sociedade. Como afirma Louis Fischer, “para os membros do Congresso, fugir destas questões, alegando que o Tribunal deve tomar a decisão final, é tentador, mas irresponsável”.⁹³ Com efeito, a permanente tensão entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário é imprescindível para que seja resguardada a democracia e para que o Estado não se degenere para uma autocracia, sempre indesejável. Então, se os membros dos Poderes Constituídos não resguardarão, por si sós, o equilíbrio e a tensão permanente e produtiva que deve haver, será preciso pensar em mecanismos e instituições que resguardem esse equilíbrio, ou um maior equilíbrio possível.

Levar em consideração essas premissas é imprescindível para analisar a real capacidade de a Corte Constitucional brasileira melhorar as condições democráticas do país. Nesse tocante, conhecer a realidade institucional e a forma como os membros dos Poderes Constituídos se relacionam é fundamental para desmistificar a ideia de que eles estão sempre

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 12/04/2012. DJE n.º 77, 20/04/2012.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05/05/2011. DJE-198, 14-10-2011; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05/05/2011. DJE-198, 14-10-2011.

⁹³ Tradução livre da seguinte frase: “For members of Congress to shy away from these issues, claiming that the Court must make the ultimate determination, in tempting but irresponsible” (FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1988. p. 5)

em confronto entre si, ou de que os parlamentares e o Presidente da República seriam contrários a um controle de constitucionalidade forte. Nesse tocante, é imprescindível conhecer melhor a atuação do STF na Assembleia Nacional Constituinte, seja mediante decisões, seja barganhando direitos e garantias, o que foi central para moldar o desenho institucional do controle de constitucionalidade na Constituição Federal de 1988.

1.3. A Assembleia Nacional Constituinte e o Supremo Tribunal Federal como ator político: reflexões acerca da influência política no fortalecimento da revisão judicial no Brasil

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que não se pretende, neste item, questionar os dispositivos constitucionais em razão da forma política como eles foram discutidos e aprovados. O que se objetiva é desmistificar algumas afirmações que têm se disseminado no ambiente jurídico brasileiro, inclusive por renomados constitucionalistas, acerca da origem e do fortalecimento do controle de constitucionalidade no Brasil, bem como buscar mostrar os interesses políticos que estão por trás da sua conformação.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet Branco afirmam que “a nossa Constituição se entregou, por inteiro, à guarda dessa Corte [STF]”, porque ela sabia que “a sua integridade dependeria, exclusivamente, da dignidade de seus juízes”.⁹⁴ Essa afirmação não seria, em tese, tão preocupante, não fosse o fato de que reflete a ideia de respeitados autores e é compartilhada por diversos constitucionalistas brasileiros, o que tem servido para legitimar um avanço do *judicial review* sobre searas que antes pertenciam quase que exclusivamente aos demais Poderes Constituídos, encobrindo um intrincado jogo político. E é exatamente isso que precisa ser revelado.

Para tanto, é preciso analisar o berço da Constituição Federal de 1988, ou seja, os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, instância representativa do poder constituinte originário. Entretanto, uma análise puramente teórica seria insuficiente para esse propósito, razão pela qual é imprescindível aferir a teoria do poder constituinte à luz da real capacidade

⁹⁴ “Não por acaso, ao instituir o Supremo Tribunal Federal, a nossa Constituição se entregou, por inteiro, à guarda dessa Corte, mesmo sabendo – ou porque soubesse –, que a sua integridade dependeria, exclusivamente, da dignidade de seus juízes, que de armas eles não dispõem.” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 155)

de manifestação da soberania popular e da forma como se deram as estratégias políticas que culminaram na aprovação do texto final produzido pela Assembleia Nacional Constituinte.

O poder constituinte é um poder onipotente, imanente e expansivo de produção das normas constitucionais, que não pode ser enclausurado pelo direito ou pelo constitucionalismo.⁹⁵ Por isso, diz-se que ele é absoluto, ilimitado, embora sujeito a condicionantes materiais, históricas e culturais. Além disso, é um poder transcendente⁹⁶, pois não se exaure com a promulgação da constituição, permanecendo externo ao direito. Por isso, pode-se afirmar que o poder constituinte é transconstitucional, pois, mesmo após a promulgação da constituição, permanece latente, não se transformando em poder constituído.⁹⁷ O poder constituinte permanece acima e ao lado da constituição. Para Antonio Negri, o paradigma de poder constituinte “é aquele de uma força que irrompe, quebra, interrompe, desfaz todo equilíbrio preexistente e toda continuidade possível. O poder constituinte está ligado à ideia de democracia, concebida como poder absoluto”.⁹⁸

Entretanto, nas Constituições democráticas brasileiras, o poder constituinte, historicamente, manifesta-se numa assembleia, ou seja, indiretamente, por intermédio de representantes eleitos. Assim, é preciso investigar se a vontade soberana do povo consegue se expressar na constituinte em toda a sua amplitude.

Paulo Bonavides afirma que a constante contestação da legitimidade do poder e da ordem social no Brasil é um reflexo não da crise da Constituição, senão de uma “crise constituinte”, isto é, da inadequação do sistema político e da ordem social ao atendimento das necessidades básicas da ordem social. Segundo Bonavides, o problema constitucional brasileiro estaria fundado na contradição existente entre a constituição formal e a constituição material, ou seja, entre a constituição promulgada pela constituinte e a realidade social, o que geraria uma crise permanente.⁹⁹ Assim, para o autor, o poder constituinte do povo, na crise constituinte, é condenado a tornar-se mero símbolo formal, referendando os conteúdos constitucionais de outro poder constituinte, o das forças reais de poder.¹⁰⁰

⁹⁵ NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. (trad. Adriano Pilatti). Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 7-12.

⁹⁶ NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. (trad. Adriano Pilatti). Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 12.

⁹⁷ SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 83.

⁹⁸ NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. (trad. Adriano Pilatti). Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 21.

⁹⁹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. pp. 5-12.

¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. pp. 169-171.

Considerando essas premissas e a ideia de que o poder constituinte do povo, como poder absoluto, é a grande manifestação da soberania, Gilberto Bercovici afirma que o problema central é o fato de que a soberania brasileira, como soberania de um Estado periférico, é uma “soberania bloqueada”.¹⁰¹ Segundo o autor, a soberania, no Brasil, nunca se manifestou plenamente. Assim, para Bercovici, a crise constituinte “está ligada aos bloqueios à manifestação da soberania plena no Brasil”.¹⁰²

De um lado, é certo que a Constituição de 1988 foi a mais democrática dentre as Constituições brasileiras, que reconheceu um longo catálogo de liberdades e direitos civis, e previu muitas normas retificadoras das desigualdades sociais. Entretanto, talvez não se possa negar que, em muitos aspectos, também houve certos bloqueios à manifestação da soberania popular plena.

Aliás, é preciso lembrar que a Constituição de 1988 ainda está na esteira de um processo de transição democrática que continha em seu bojo um pacto entre grandes elites políticas.¹⁰³

Nesse sentido, alguns relatos históricos mostram que a jurisdição constitucional e os poderes do Supremo Tribunal Federal foram colocados na Constituição Federal sob muita barganha política e jogo de interesses. Ou seja, durante a Assembleia Nacional Constituinte, o Supremo Tribunal Federal também participou – e obviamente continua participando – do jogo político com os demais Poderes Constituídos, sobretudo para consolidação e concentração de poder.

A esse respeito, os cientistas políticos Andrei Koerner e Lígia Barros de Freitas, com base em pesquisa de fontes primárias, relatam que “os ministros do STF foram importantes atores na Constituinte, construindo alianças com os parlamentares de centro e

¹⁰¹ BERCOVICI, Gilberto. O Poder Constituinte do Povo no Brasil: Um Roteiro de Pesquisa sobre a Crise Constituinte. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 305-325, 2013. p. 316.

¹⁰² BERCOVICI, Gilberto. O Poder Constituinte do Povo no Brasil: Um Roteiro de Pesquisa sobre a Crise Constituinte. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 305-325, 2013. p. 317.

¹⁰³ “In Brazil, according to Hagopian, the transition happened as a ‘negotiated settlement on the part of political elites’. On the one hand, the authoritarian bloc, with its reformist and hardliner factions, came into a conflict with each other; on the other, society lived with an increasing popular mobilization and pluralism. This circumstance propelled a transition process that could not be easily controlled as a liberalization through some concessions to those civil autonomous groups, as first planned, but, on the other hand, it was not a completely breakdown of the old regime, either. What happened, in her words, is that ‘the actual regime change was affected by party politicians who through political bargaining arranged the terms of the military departure’, which can be clearly visualized in a ‘series of political pacts’. These pacts, for their part, were central for how democracy evolved from that moment onwards, maintaining many of those old groups’ privileges in the new institutional framework. They protected, on the one hand, the economic elites’ privileges over property rights, and, on the other, the military’s autonomy in their institutional affairs.” (BENVINDO, Juliano Zaiden. The Forgotten People in Brazilian Constitutionalism: Revisiting Behavior Strategic Analyses of Regime Transitions. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 332-357, April 2017)

centro-direita, para que apoiassem a preservação do tribunal”.¹⁰⁴ A atuação do STF no processo constituinte ocorreu, basicamente, de três formas: como arena decisória, como recurso estratégico e como instância legitimadora da nova Constituição.¹⁰⁵

Durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), o STF teve intensa participação como ator político, sendo frequentemente mobilizado pelos conservadores como recurso estratégico – para que fizessem prevalecer seus interesses – nos principais conflitos que surgiam sobre os poderes da Constituinte e os Poderes Constituídos, sobre as regras internas da ANC e sobre a duração do mandato do Presidente José Sarney. Os ministros do STF tiveram grande participação como opinantes constitucionais sobre diversos temas da Constituinte, bem como atuaram intensamente como representantes institucionais do Poder Judiciário na criação e na manutenção de prerrogativas institucionais. Além disso, a sua atuação política foi determinante para a disciplina constitucional da composição da Corte, da quantidade e da forma de nomeação dos seus ministros, da sua competência e do modelo do controle de constitucionalidade.¹⁰⁶

Em troca do apoio dos membros da Constituinte na preservação do STF, os ministros desta Corte proferiam decisões conservadoras e de restrição à ANC, o que ia ao encontro da agenda que os políticos de centro e centro-direita defendiam. Como relatam Andrei Koerner e Lígia Freitas, durante o processo constituinte, “o STF está pareado às Forças Armadas, ministros e militares se completam como os braços legal e armado da manutenção da ordem e sustentação do presidente”, a fim de “bloquear avanços na elaboração da nova Constituição e projetar para o futuro a situação existente”. Assim, esses políticos de centro e centro-direita faziam o uso estratégico do STF para bloquear decisões que consideravam indesejáveis por parte da ANC.¹⁰⁷

¹⁰⁴ KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 141-184, 2013. pp. 162/163.

¹⁰⁵ KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 141-184, 2013. p. 142.

¹⁰⁶ KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 141-184, 2013. p. 179.

¹⁰⁷ “Enfim, a mobilização dos ministros para manter o STF tal como existia e para bloquear outras inovações na Constituinte pode ser entendida, por um lado, como parte da estratégia geral dos conservadores em manter intacta a estrutura institucional existente e, assim, assegurar que a ANC não ultrapassaria os limites de uma revisão constitucional. À medida que não houvesse a reorganização política fundamental dos poderes constituídos, o caráter derivado e limitado da Constituinte seria implicitamente confirmado. A preservação do STF era a da própria ordem constitucional moribunda de que era o intérprete supremo. Assim, a própria insistência dos ministros na manutenção institucional do STF expressava sua aliança com os conservadores. Por outro lado, o apoio dos conservadores à demanda dos ministros pela preservação do STF resultava da intenção destes de frear as mudanças na Constituinte e era a contrapartida ao apoio dos ministros à agenda que defendiam, especialmente no que concernia ao reiterado uso estratégico que faziam do STF para bloquear decisões que

Ao fim, o STF, em geral, logrou êxito na sua participação como ator político. Com efeito, permaneceu como órgão de cúpula e representante máximo do Poder Judiciário. Além disso, manteve a forma de ingresso de seus ministros, nomeados pelo Presidente da República após aprovação do Senado Federal, sem reserva de vagas para juízes de carreira. Também conseguiu manter os modelos de controle concentrado e de controle difuso de constitucionalidade, mas com ampliação dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade – o STF defendia que essa legitimidade deveria continuar restrita ao Procurador-Geral da República.¹⁰⁸

Isso demonstra que, do ponto de vista pragmático, a escolha do STF como órgão estatal que deve dar a última palavra em matéria constitucional não foi produto de um amplo debate popular, em que os membros da sociedade resolveram delegar para este órgão as decisões sobre questões constitucionais, porque “a sua integridade dependeria, exclusivamente, da dignidade de seus juízes”.¹⁰⁹ Pelo contrário, a conformação institucional do STF na Constituição de 1988 foi resultado de disputas na arena política, na qual os ministros da Corte brasileira também participaram intensamente, como atores políticos com interesses talvez não tão democráticos, mas, sobretudo, para autopreservação e para manutenção dos seus poderes (competências) na ordem constitucional.

Mostrando-se a realidade, não se pretende afirmar que as normas constitucionais que instituíram o modelo de controle judicial de constitucionalidade devam ser desrespeitadas ou normativamente questionadas, mas apenas que esses dispositivos foram fruto do mesmo processo constituinte das demais normas constitucionais originárias. E, mais, o mesmo jogo político que fez parte desse momento constitucional também é o que move rotineiramente o

consideravam indesejáveis por parte da ANC.” (KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 141-184, 2013. p. 181)

¹⁰⁸ “Essa atuação foi em grande parte bem-sucedida, pois foi mantida a posição institucional do STF como cúpula do Poder Judiciário e como representante de um dos poderes da República, a forma de organização do tribunal, com ministros vitalícios, nomeados pelo presidente da República com aprovação do Senado e sem vagas reservadas aos juízes de carreira. Sobre suas atribuições, os ministros do STF tiveram sucesso parcial, por um lado, ao se manter a combinação de instrumentos de controle concentrado e de controle difuso da constitucionalidade de normas, com acesso parcialmente ampliado, e, ainda, a não previsão do controle concentrado da legalidade de atos do Executivo. Porém, contrariando a posição desses ministros e acolhendo as demandas de entidades e associações de juristas, a Constituinte decidiu pela criação do STJ com poderes de garantir leis federais e de uniformização da jurisprudência e pela eliminação dos principais instrumentos de concentração de poderes no tribunal, criados pelo regime militar: a advocatária, a interpretação de lei em tese, a arguição de relevância e o Conselho da Magistratura. Enfim, contrariando posições mais gerais entre os conservadores, ampliou a gama de direitos fundamentais e criou novas garantias para sua eficácia.” (KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 141-184, 2013. p. 179)

¹⁰⁹ Como afirmaram Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 155)

processo legislativo. Nesse ínterim, a cúpula do Poder Judiciário não fica à sua margem, pois, pelo contrário, é um importante ator político. Aliás, essas movimentações políticas que legitimam o próprio processo legislativo são as mesmas que legitimam a opção política pelo controle de constitucionalidade. Portanto, as normas constitucionais que amparam a adoção do controle de constitucionalidade no Brasil não estão acima das demais normas constitucionais e não existe nenhuma vontade popular que se incline a dar mais poderes e legitimidade ao Judiciário do que ao Legislativo e ao Executivo.

De outro lado, isso não quer dizer que todo o Judiciário participe do jogo político ou seja suscetível a ele. Enquanto, nos EUA, os juízes de primeira instância – inclusive – são nomeados por um processo político ou eleitoral¹¹⁰, no Brasil, ingressam no cargo mediante aprovação em concurso público. Assim, no Brasil, como os juízes de primeira instância não passaram por um processo político de indicação e escolha, possuem maior independência – poder-se-ia dizer que quase completa – em relação à classe política. Isso talvez justifique por que, no Brasil, as decisões de primeira instância são menos políticas, ou, ao menos, têm menor possibilidade de serem influenciadas pela classe política.¹¹¹

Talvez isso também explique por que, no Brasil, é outorgado ao Supremo Tribunal Federal um amplo espectro de competências constitucionais, o que não ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos. Neste país, para a classe política, não há a necessidade de que a sua Suprema Corte tenha tantas competências jurisdicionais, haja vista que os próprios juízes federais de primeira instância são nomeados politicamente. De outro lado, no Brasil, reduzir as competências do Supremo Tribunal Federal implicaria deixar as decisões nas mãos das instâncias judiciais inferiores, compostas por magistrados não escolhidos de forma política, ou seja, em que a classe política teria pouca ou nenhuma influência.

No final do ano de 2017, existia um acervo de 45.437 processos em tramitação na Corte brasileira.¹¹² Do ponto de vista da administração judiciária, haveria uma conclusão

¹¹⁰ Nos EUA, os juízes federais de primeira instância são indicados pelo presidente da República e confirmados pelo Senado. De outro lado, o processo de escolha dos juízes estaduais varia em cada Estado-membro dos EUA. A depender do Estado, os juízes estaduais são indicados pelo governador ou pelo Poder Legislativo estadual, ou, ainda, são eleitos pela população. Aliás, em 33 dos 50 Estados norte-americanos, os juízes são eleitos (FREITAS, Vladimir Passos de. A Justiça Estadual nos Estados Unidos. *Revista On-line Administração da Justiça*, Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=159>>. Acesso em: 13/8/2018).

¹¹¹ Nos tribunais de segunda instância brasileiros, no entanto, 1/5 dos membros são nomeados de forma política, enquanto os demais membros são oriundos da própria magistratura de primeira instância. Nestes tribunais, portanto, a influência política pode ser um pouco maior, mas ainda limitada a um pequeno grupo de magistrados.

¹¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Estatística. Acervo atual. Acervo atual - Listagem completa de processos. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>>. Acesso em: 20/7/2018.

lógica de que as competências constitucionais da Suprema Corte devem ser reduzidas. Daí surge a pergunta: Por que as reduzir? Uma possível resposta dos constitucionalistas seria a de que as demais instâncias judiciais ainda continuam violando muito os direitos fundamentais e outras normas constitucionais, e é preciso garantir a autoridade da Constituição. Se essa pergunta for enfrentada do ponto de vista político-institucional, talvez a resposta seja que, com esse amplo espectro de competências, o STF acumula poder, e, além disso, é provável que a classe política tenha interesse que a Corte Constitucional possa decidir todas as causas “constitucionais” em última instância, pois nela terá – ou, ao menos, suporá que possui – poder de exercer influência política.

Talvez essa tese seja corroborada pelo fato de que, durante os trabalhos da Constituinte, foi rejeitada a proposição que pretendia que o Supremo Tribunal Federal fosse composto somente por magistrados de carreira. Do ponto de vista jurídico-constitucional, poder-se-ia pensar que essa proposta garantiria maior independência aos membros do STF e, inclusive, permitiria que os seus membros já tivessem experiência como julgadores, o que, em tese, proporcionaria melhores decisões. De outro lado, um argumento de juristas favoráveis à nomeação desvinculada da carreira da magistratura era o de que há a necessidade de “oxigenação” da Corte, ou seja, de que outros profissionais do direito também tragam as suas visões e experiências. Mas talvez a pergunta que se deva fazer seja outra: Isso interessava aos políticos que compuseram a Assembleia Constituinte? Por que a classe política teria interesse em criar uma corte constitucional independente da política?

Nesse aspecto, observa-se que a Constituição Federal de 1988 ampliou sobremaneira o controle abstrato de constitucionalidade, como já se expôs no capítulo anterior. Uma das propostas na ANC foi a de aumentar o rol de legitimados para propor as correspondentes ações de controle abstrato, o que efetivamente acabou sendo aprovado. Quando atualmente os constitucionalistas falam em ampliação dessa legitimidade ativa, correlacionam essa medida com um aumento do poder do STF no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, o que permite que quase todas as questões sejam submetidas à apreciação da Corte. No entanto, é preciso lembrar que o Supremo, na época dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, era contrário a essa ampliação de legitimidade, pois pretendia que ela continuasse sendo apenas do Procurador-Geral da República. Daí surgiria a indagação: Por que o STF não quis ampliar o seu próprio poder no controle abstrato de constitucionalidade, permitindo que pudesse julgar mais matérias, mas essa medida foi tomada pelos parlamentares que compunham a ANC? Novamente, talvez exista uma grande divergência entre o discurso jurídico convencional e uma análise da ciência política. Os

juristas comumente associam essa medida a uma ideia de democratização do acesso ao STF, oportunizando que mais legitimados possam defender a ordem constitucional. No entanto, analisando as relações de poder, talvez a motivação central seja o fato de que, com essa ampliação de legitimados, mais matérias poderão ser analisadas pelo STF, onde é possível uma maior influência política, que pode, inclusive, controlar as instâncias inferiores do Poder Judiciário. Além disso, cada um desses legitimados aumenta o seu poder político ao ter uma posição privilegiada e um acesso direto à Corte através da ação de controle de constitucionalidade.

Esta última análise é apenas uma hipótese. Entretanto, talvez ela ganhe mais força quando se recorda das discussões em torno da Emenda Constitucional n.º 3/1993, que criou a ação declaratória de constitucionalidade. Toda a lei é presumidamente constitucional, conceito repetido pelos livros de direito constitucional. Então, se toda a lei é presumidamente constitucional e, por isso, deve ser normalmente aplicada, por que criar uma ação do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade para declarar a constitucionalidade da lei?

Nesse tocante, a resposta que denota o cunho político da medida foi dada pelos próprios juristas e constitucionalistas: a ação declaratória de constitucionalidade é uma medida de interesse do governo que objetiva que o STF possa impedir que as instâncias judiciais inferiores, nos casos concretos, reconheçam incidentalmente a inconstitucionalidade de determinada norma. Isso talvez seja reforçado pelos dados estatísticos sobre as ADCs, que revelam que o Presidente da República é quem mais propôs ações declaratórias de constitucionalidade, enquanto, se analisadas as ADIs, ele não ocupa nem a lista dos cinco primeiros.¹¹³ Ademais, com a ADC, uma ação do controle concentrado, o STF consegue impor a sua interpretação e controlar as demais instâncias judiciais. A esse respeito, considerando essa análise político-institucional, talvez se tenha de complementar a afirmação feita pelos juristas acerca da ADC: desse modo, a classe política, que tem maior influência no STF, consegue impedir que todas as demais instâncias judiciais declarem inconstitucional uma norma cuja aplicação interessa ao governo.

Com essas indagações, não se quer dizer que toda a decisão do STF seja pautada pela influência da classe política, até mesmo porque diversas questões decididas pela Corte são indiferentes aos políticos em geral. Também não se pode afirmar categoricamente que as instâncias judiciais inferiores são imunes à influência política. Todavia, perante juízes de

¹¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Estatísticas do STF. Controle Concentrado – Dados Estatísticos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=CC_Geral>. Acesso em: 18/4/2018.

primeira instância e tribunais, onde as decisões têm de ser tomadas, ao menos em tese, com base no direito, e onde o acesso ao cargo de magistrado possui menos influência política, parece haver um menor “controle político” das decisões judiciais.

A partir desse contexto multifatorial, é preciso ao menos questionar se a Corte Constitucional brasileira protege mais a Constituição e os direitos fundamentais dos que as demais instâncias judiciais, ou seja, se é uma verdadeira guardiã da Constituição, ou, ao contrário, se seria apenas *locus* de resolução de conflitos que atende mais aos interesses da classe política. O ponto central é colocar em xeque a real atuação do STF como garantidor da Constituição e dos direitos fundamentais. Enfim, o que não se pode admitir é que o discurso de proteção de direitos fundamentais e da Constituição seja utilizado retoricamente para legitimar interesses de elites políticas.

A esse respeito, é fundamental analisar as causas e as consequências da judicialização da política no Brasil, o que se fará a seguir.

1.4. Judicialização da política ou “politização suprema”: riscos e desafios

Há diversos estudos sobre a excessiva judicialização da política no Brasil. Todavia, não é algo que esteja acontecendo somente no âmbito doméstico, senão um fenômeno mundial.¹¹⁴ Desde os anos 2000, Alec Stone Sweet afirma que, na Europa, a supremacia parlamentar, tal como entendida tradicionalmente, perdeu sua vitalidade, de modo que o trabalho dos governos e dos parlamentos passou a ser estruturado por uma rede cada vez maior de restrições constitucionais, estando suas políticas sujeitas à judicialização, sendo esse processo irreversível.¹¹⁵ Como observa Ran Hirschl, mesmo países como Canadá, Israel,

¹¹⁴ Em artigo publicado em 1994, Torbjörn Vallinder já mostrava que a judicialização da política era um fenômeno que estava acontecendo, em geral, no mundo inteiro (VALLINDER, Torbjörn. The Judicialization of Politics. A Worldwide Phenomenon: Introduction. *International Political Science Review*, v. 4, n. 2, p. 91-99, April 1994. pp. 97/98)

¹¹⁵ “Parliamentary supremacy, understood by most students of European politics to be a constitutive principle of European politics, has lost its vitality. After a polite, nostalgic nod across the Channel to Westminster, we can declare it dead. In contrast to central tenets of the British parliamentary model (and of traditional Continental state theory), the 'new constitutionalism' has it that legislation must conform to the dictates of the constitution — as interpreted by constitutional courts—or be invalid. The work of governments and parliaments is today structured by an ever-expanding web of constitutional constraints. In a word, European policy-making has been judicialized. Constitutional judges routinely intervene in legislative processes, establishing limits on law-making behaviour, reconfiguring policy-making environments, even drafting the precise terms of legislation. The development of European constitutionalism has also infected the European Union. The European Court of Justice, the constitutional court of the Union, has fashioned a kind of supranational constitution, and this law

Grã-Bretanha e Nova Zelândia, conhecidos como os últimos bastiões da soberania parlamentar, há bastante tempo aderiram ao modelo da constitucionalização e têm passado pelo fenômeno da judicialização.¹¹⁶ Na América Latina em geral, também é algo que pode ser observado, inclusive em países em que a independência judicial é consideravelmente menor.¹¹⁷

Além disso, a atuação dos tribunais constitucionais, nesses contextos, também é inerentemente política, pois, além de resolver disputas jurídicas específicas, as cortes também definem, em conjunto com os demais Poderes Constituídos, a forma como uma constituição deve ser entendida, auxiliando a estabelecer a identidade política de uma comunidade. Ademais, mediante o controle de constitucionalidade, a corte constitucional atua com um forte componente discricionário, de escolha entre duas ou mais opções possíveis interpretativamente e igualmente viáveis politicamente. Um terceiro aspecto da atuação política da corte diz respeito ao fato de que ela age estrategicamente, no sentido de avaliar o

binds governments and the parliaments they control.” (SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 1)

¹¹⁶ “Over the last few decades the world has witnessed a profound transfer of power from representative institutions to judiciaries, whether domestic or supranational. The concept of constitutional supremacy—one that has long been a major pillar of the American political order—is now shared, in one form or another, by over one hundred countries across the globe. Numerous post-authoritarian regimes in the former Eastern Bloc, Southern Europe, Latin America, and Asia have been quick to endorse principles of modern constitutionalism upon their transition to democracy. Even countries such as Canada, Israel, Britain, and New Zealand—not long ago described as the last bastions of Westminster-style parliamentary sovereignty—have gradually embarked on the global trend towards constitutionalization. Almost every day newspaper headlines report on issues such as constitutionalization processes in the European Union (EU) and Iraq, trials of ousted despots before international tribunals, and landmark constitutional jurisprudence in the United States, Germany, or South Africa.” (HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*, New York, v. 75, n. 2, p. 721-753, nov. 2006. p. 721)

¹¹⁷ “Finally, what about the initial choices made by litigants to bring cases to court? Unfortunately, we lack systematic cross-national data on legal mobilization to be able to offer any comprehensive overview, though it appears that litigation is generally increasing in Latin America (Stotzky 1993), as in many other parts of the world (Tate and Vallinder 1995; also see Gauri and Brinks 2008). According to reports produced by the World Bank, USAID, and other nongovernmental agencies, there is substantial and growing demand for judicial services throughout the region (e.g., see Dakolias 1996; Hammergren 2007). Certainly Bruce M. Wilson (Chapter 2) provides evidence that litigation has risen in Costa Rica just along the lines that current theories would predict; that is, the judicialization of politics occurs as long as courts are both relatively independent and receptive to rights-based claims. Brazil, it would seem, offers another case in point. Since the transition to democracy, the number of cases in the judiciary overall has gone from 339,000 in 1989 to 2.1 million in 2001, although there is some evidence that the trend is now being reversed (cited in Taylor 2008, 38). Yet more problematic from the standpoint of extant strategic theories is that the explosion of litigation has not been solely confined to relatively independent judiciaries. To cite just one example, between 1974 and 1984, the average number of cases entering the Argentinean Supreme Court was roughly four thousand. By 1997, following numerous attacks on the courts, the figure had skyrocketed to thirty-six thousand cases (Foro de Estudios sobre la Administracion de Justicia 1988; Molinelli et al., as cited in Helmke 2005).” (HELMKE, Gretchen; STATON, Jeffrey K. The Puzzling Judicial Politics of Latin America: A Theory of Litigation, Judicial Decisions, and Interbranch Conflict. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 306-331. p. 312)

impacto de suas decisões, antecipar possíveis reações dos diversos atores políticos, bem como viabilizar a sua eficácia.¹¹⁸

Desse modo, é possível observar um novo papel desempenhado pelos tribunais na seara política, limitando a atuação legislativa do parlamento, regulando a atividade política do Executivo, enfim, construindo novos padrões de comportamento para o governo, para os órgãos públicos, para o parlamento, para partidos políticos e grupos de interesse.¹¹⁹ A própria paisagem da política é modificada pela jurisdição constitucional, pois o governo e as legislaturas passam a levar em conta as normas constitucionais ao elaborar seus programas.¹²⁰ Desse modo, a judicialização possui grande impacto na política, mesmo quando a questão não é judicializada.

A par disso, Ran Hirshl diferencia três categorias amplas de judicialização da política: a) a difusão do discurso, do jargão jurídico, das regras e dos procedimentos jurídicos na esfera pública, nos fóruns e nos processos de formulação de políticas; b) a judicialização

¹¹⁸ “Ordinary and academic legal discourses have distinguished law and politics in a variety of ways. When it comes to constitutional review of legislation, the grey zone between these two concepts appears to get even more pronounced. For the purpose of this reply, it is useful to start by identifying how judicial decisions, especially those originating in the context of constitutional review, are referred to as ‘political’ as opposed to ‘legal’ or the like. This preliminary frame may help to put Klug's approach in perspective, or so I hope. First, constitutional courts are seen as political by virtue of their inherent function, beyond resolving particular legal disputes, in shaping the boundaries of the political, that is, their function in defining, in conjunction with the other branches, the way a constitution should be understood. By speaking on behalf of and towards all the members of the political community, constitutional courts help to define their community's very political identity. On this approach, in other words, a constitutional court is political because it participates in the complex process of law-making that springs from the constantly shifting division of labour between the branches within the separation of powers. Secondly, thanks to the typically thin and malleable character of constitutional norms, constitutional review may also be discerned as political for its discretionary character. The constitutional text invites moral and ideological quarrels about the application of abstract concepts and places the court in the midst of such controversies. On this view, since constitutional norms often do not command a clear solution to the cases that come before the court, judges cannot help but decide on the basis of their political convictions. It is such convictions, rather than law strictly conceived, that determines their decision. Thirdly, a court may be perceived as political because it must perforce respond to the political constraints that surround each decision, calculate the impact of its decisions, and anticipate the likely reactions of other political actors, which may jeopardise its effectiveness. A court, thus conceived, intuits the feasibility of its actions according to a necessarily speculative and premonitory calibration. It is, in this sense, strategic.” (MENDES, Conrado Hübner. Fighting for Their Place: Constitutional Courts as Political Actors. A Reply to Heinz Klug. *Constitutional Court Review*, v. 3, p. 33-44, 2010. pp. 34/35)

¹¹⁹ “One can distinguish at least three ways in which courts have taken on new and important roles relative to legislatures. First, courts have been increasingly able and willing to limit and regulate the exercise of parliamentary authority by imposing substantive limits on the power of legislative institutions. Second, courts have increasingly become places where substantive policy is made. Third, judges have been increasingly willing to regulate the conduct of political activity itself - whether practiced in or around legislatures, agencies, or the electorate - by constructing and enforcing standards of acceptable behavior for interest groups, political parties, and both elected and appointed officials.” (FEREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. *Law and Contemporary Problems*, Durham, North Carolina, v. 65, n. 3, p. 41-68, Summer 2002. p. 41)

¹²⁰ “Moreover, the rise of constitutional adjudication has transformed the landscape of parliamentary politics by forcing legislators to take constitutional considerations into account when crafting legislative schemes.” (FEREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. *Law and Contemporary Problems*, Durham, North Carolina, v. 65, n. 3, p. 41-68, Summer 2002. p. 42)

da formulação de políticas públicas por meio de revisão judicial ordinária; e c) a judicialização da “política pura”, ou seja, a transferência para os tribunais de assuntos de natureza política e a sua significância, incluindo a legitimidade do regime central e as questões de identidade coletiva que definem políticas inteiras.¹²¹

Conforme afirma Ran Hirshl, a judicialização da política pura ou da megapolítica (controvérsias políticas centrais que definem políticas inteiras) inclui, por exemplo, a judicialização de processos eleitorais, a revisão judicial de prerrogativas do Poder Executivo no planejamento macroeconômico e questões de segurança nacional, a corroboração judicial da transformação do regime e, sobretudo, a judicialização da identidade coletiva formativa, que inclui o processo de construção da nação e lutas políticas pela própria definição, ou seja, a razão da própria política. Essa seria a judicialização da política no mais alto grau. Para Hirshl, considerando uma análise comparativa entre os diversos países do globo, atualmente, essa forma de judicialização da política, mais frequentemente do que antes, é apoiada, implícita ou explicitamente, por poderosos atores políticos, o que mostra a transição para uma espécie de “juristocracia”.¹²²

Por diversas vezes, questões de megapolítica ou política pura não possuem diretrizes constitucionais. Em tais situações, os juízes constitucionais têm de basear as suas decisões naquilo que seria melhor para a sociedade ou para a nação, e, nesse campo da opção

¹²¹ “I begin by distinguishing among three broad categories of judicialization: (1) the spread of legal discourse, jargon, rules, and procedures into the political sphere and policy making forums and processes; (2) judicialization of public policy-making through ‘ordinary’ administrative and judicial review; and (3) the judicialization of ‘pure politics’ – the transfer to the courts of matters of an outright political nature and significance including core regime legitimacy and collective identity questions that define (and often divide) whole polities. I then illustrate the distinct characteristics of this latter type of judicialization through recent political jurisprudence of courts and tribunals worldwide.” (HIRSCHL, Ran. *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*. *Fordham Law Review*, New York, v. 75, n. 2, p. 721-753, nov. 2006. p. 723)

¹²² “A third emerging class of the judicialization of politics is the reliance on courts and judges for dealing with what we might call ‘mega-politics’: core political controversies that define (and often divide) whole polities. The judicialization of mega-politics includes a few subcategories: judicialization of electoral processes; judicial scrutiny of executive branch prerogatives in the realms of macroeconomic planning or national security matters (i.e., the demise of what is known in constitutional theory as the ‘political question’ doctrine); fundamental restorative justice dilemmas; judicial corroboration of regime transformation; and, above all, the judicialization of formative collective identity, nation-building processes, and struggles over the very definition-or *raison d’être* of the polity as such, arguably the most problematic type of judicialization from a constitutional theory standpoint. These emerging areas of judicialized politics expand the boundaries of national high-court involvement in the political sphere beyond the ambit of constitutional rights or federalism jurisprudence and take the judicialization of politics to a point that far exceeds any previous limit. More often than not, this trend is supported, either tacitly or explicitly, by powerful political stakeholders. The result has been the transformation of supreme courts worldwide into a crucial part of their respective countries’ national policy-making apparatus. Elsewhere, I have described this process as a transition to juristocracy.” (HIRSCHL, Ran. *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*. *Fordham Law Review*, New York, v. 75, n. 2, p. 721-753, nov. 2006. p. 727)

política, não há nada que indique que a sua decisão seja qualitativamente superior à do Executivo e à do Parlamento.¹²³

Assim, do ponto de vista da democracia representativa, a judicialização da política pura ou da megapolítica é extremamente problemática, na medida em que a legislatura abdica da sua função de deliberar e a entrega aos tribunais. Essa conduta, que transfere a responsabilidade da decisão política para o Judiciário, beneficia um interesse de curto prazo dos políticos – de evitar decisões impopulares e perder apoio eleitoral – às custas da sua responsabilidade política e da legitimidade democrática (considerando a concepção de democracia representativa).¹²⁴ Contudo, como a decisão é tomada pela instituição que não tinha essa atribuição, os efeitos dinâmicos podem ser devastadores, por não resolver problemas estruturais, de modo que, como consequência, podem piorar a estrutura organizacional.¹²⁵ Ademais, ainda que, na questão de fundo, a atuação judicial seja bem-sucedida, isso não resolverá os problemas subjacentes da abdicação¹²⁶ e do enfraquecimento da responsabilidade política.¹²⁷

Diversos autores criticam a “juristocracia” analisando somente o comportamento do tribunal constitucional, afirmando que juízes constitucionais seriam famintos de poder e que estariam usurpando decisões políticas da legislatura. Contudo, é preciso centrar essa

¹²³ HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*, New York, v. 75, n. 2, p. 721-753, nov. 2006. p. 752.

¹²⁴ HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*, New York, v. 75, n. 2, p. 721-753, nov. 2006. p. 752.

¹²⁵ “It is tempting-but wrong-to view abdication, unlike overreaching, as a harmless phenomenon that does not require judicial intervention. A major reason why is the fact, as Vermeule points out, that the Constitution is ‘a system of systems. That is, a structural constitution is composed of a set of different institutions, each often composed of a number of different individual actors. The aggregation problems within each institution may make certain structural problems difficult to tackle, as the discussion of abdication shows. But the multiplicity of different institutions within the entire system raises a different problem: judicial efforts focused on one institution may not fully solve structural problems and indeed may make those problems worse than they would have been otherwise.” (LANDAU, David. Political support and structural constitutional law. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, n. 4, p. 1069-1124, 2016. p. 1083)

¹²⁶ “If, then, one views abdication as a common and often non-selfcorrecting problem, the question is what a court can do about it. The most likely answer, in most cases, is very little. Forcing an abdicating institution to perform its duties better is likely more difficult than stopping an institution from overstepping its bounds, and the tools that a court might have at its disposal are inadequate. Take, for example, a non-delegation doctrine or similar device that stops a legislature or other institution from giving away some core elements of its power. Critics of the United States’ historical experience with such a doctrine-which was used to prevent abdication of legislative power-often assert that it is difficult for a court to construct a manageable standard. A deeper problem is that even a successful invocation of the doctrine will not solve the underlying problem of abdication. A court may be able to prevent a legislature from giving its power away, but it cannot force the institution to use the power that it has retained. The result, then, of successfully invoking a non-delegation doctrine may actually be worse than doing nothing at all.” (LANDAU, David. Political support and structural constitutional law. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, n. 4, p. 1069-1124, 2016. p. 1085)

¹²⁷ “Democratically constructed judicial review may weaken political accountability.” (GRABER, Mark A. Constructing judicial review. *Annual review of political Science*, Maryland, Baltimore, v. 8, n. 1, p. 425-451, mar. 2005. p. 447)

crítica nos diversos outros fatores que levam à judicialização da política. Com efeito, a existência de um tribunal constitucional ativo é condição necessária, mas não suficiente para explicar a judicialização da política.¹²⁸

No Brasil, embora haja exagero na afirmação de que o STF se tornou a principal arena política¹²⁹, é certo que, com a judicialização da política, aumentam-se os filtros do direito. Ao formularem políticas públicas e aprovarem leis, os atores políticos terão de fazer um controle *ex ante*, de modo que elas passem pelos filtros da constitucionalidade e da legalidade¹³⁰, incluindo entendimentos jurisprudenciais do Supremo e outros tribunais, a fim de que sejam reduzidos os riscos de serem derrubados pelo Judiciário. Embora não se possa dizer genericamente que a judicialização da política seja um fator que gera ou não o recrudescimento da democracia e do Estado de Direito, sob pena de simplificar demasiadamente a questão, é possível afirmar, nesse ponto específico, que ela, ao impor que a política passe previamente pelo filtro da constitucionalidade e da legalidade, contribui para a democracia brasileira e para o Estado de Direito.

Além disso, é preciso considerar que alguns tipos de políticas são mais propensos a ter contestação política do que outros. Por exemplo, nas últimas duas décadas, políticas

¹²⁸ HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*, New York, v. 75, n. 2, p. 721-753, nov. 2006. pp. 752/753.

¹²⁹ Ao se utilizar a expressão “judicialização da política”, é preciso ter em conta exatamente o que isso significa. Não se quer dizer que a política esteja se deslocando do Executivo e do Legislativo para o Judiciário. O *locus* principal da política continuará sendo os poderes eleitos. A atuação judicial, em termos quantitativos, continuará sendo apenas pontual. Assim, há certo exagero em dizer que o STF estaria ditando a política no Brasil. O STF raramente tem a primeira ou a última palavra em termos de política. Em primeiro lugar, porque o Judiciário não teria aptidão nem capacidade estrutural (de recursos financeiros e humanos) para assumir esse papel. Em segundo, porque, não obstante a decisão da Corte Constitucional em determinado sentido, é comum que o governo, o parlamento ou a classe política atuem para modificar, contornar, refinar ou mesmo derrubar decisões judiciais contrárias aos seus interesses. Assim, quando se fala em judicialização da política, pretende-se afirmar que os processos e as decisões judiciais sobre questões políticas aumentaram consideravelmente nas últimas décadas. Além disso, diante desse fenômeno, o STF passa a ser mais um player dentro da arena dos atores políticos, que precisam considerar esse fator no universo de variáveis que compõem o cálculo estratégico dos diversos atores políticos. A título de exemplo, o fato de o STF poder atuar em questões políticas é um fator que aumenta a voz – ou, ao menos, o poder de barganha – de partidos menores e da oposição, que podem, ao menos potencialmente, sempre que perderem na arena política, ingressar com ação no STF para questionar a questão, dando a ela uma roupagem constitucional.

¹³⁰ Também nesse sentido, John Ferejohn: “But judicialization is not simply limited to the increasingly important, pervasive, and direct roles that courts play in making policy. The fact that courts frequently intervene in policy-making processes also means that other political actors, as well as groups seeking political action, have reason to take the possibility of judicial reaction into account. Proposals need to be framed in a way to ensure that legislation will neither be struck down nor interpreted in undesirable ways. In order to achieve such a result, part of the policy debate over new legislation must aim at anticipating the response of legal institutions. So, we see a global application of one aspect of the phenomenon that de Tocqueville noted about American politics years ago: the transformation of political questions into legal ones. This means that legal/constitutional considerations and rhetoric assume new and sometimes decisive importance in ordinary legislative policy-making.” (FEREJOHN, John. *Judicializing Politics, Politicizing Law. Law and Contemporary Problems*, Durham, North Carolina, v. 65, n. 3, p. 41-68, Summer 2002. p. 41)

como privatização e reforma previdenciária foram, de acordo com pesquisa empírica, as que mais geraram contestação na vida política brasileira e, também, nos tribunais.¹³¹

Ademais, a contestação política e judicial de determinadas políticas públicas pode ser influenciada pelo partido ou coalização política que está no poder. Por exemplo, se o partido governista ou a sua coalização política possui apoio de sindicatos, da classe trabalhadora e têm uma base aliada mais robusta, possivelmente as reformas a serem adotadas terão menos contestação política e sofrerão menos judicialização. A título de exemplo, a reforma previdenciária realizada pelo governo Lula se beneficiou da sua ligação com os sindicatos e a classe trabalhadora, bem como de uma oposição mais fraca à sua base.¹³²

De outro lado, diante do crescimento da judicialização da política, o governo, o parlamento e as elites políticas tentarão cada vez mais controlar as nomeações para os tribunais, bem como influenciar os juízes nomeados. Assim, existe uma tendência de que a judicialização da política produza a politização dos tribunais. Desse modo, mesmo com a judicialização, a questão política tende a ser resolvida por decisão política, ainda que tomada pelo Judiciário. Como aponta John Ferejohn, com a judicialização da política, a tomada de decisão judicial tende a tornar-se uma política realizada por outros meios.¹³³

Assim, sobretudo nas democracias menos maduras, diante dos incentivos irresistíveis para que os governos intervenham no poder judicial, é preciso se atentar para os

¹³¹ “In keeping with this logic, two important arguments on the role of courts in the policy process have been highlighted here. First, some types of policy may be more likely to lead to political contestation than others. Policies with concentrated costs among a given group, other things equal, seem most likely to lead to political contestation, including legal contestation. “Type III” policies such as privatization and pension reform, described in Chapter 3, have consistently been the most incendiary of policies within Brazilian political life over the past two decades, generating an unparalleled degree of public interest and dominating the policy agenda in the elected branches, as well as the courts.” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 156)

¹³² “An important caveat in this regard, though, is that while broad patterns of political contestation may be explained by policies’ location within this typology, ultimately the salience of policy to any given policy group may be influenced by the broader political environment, such as the party in power and the internal decision-making structure of policy groups. Incumbency makes a difference in terms of the degree of opposition expressed in policy debates; for example, pension reform by Menem benefited from his ability to coopt unions and Peronists, just as pension reform by Lula has benefited from subdued opposition from his political base.” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 156)

¹³³ “Courts and agencies are capable of independent or autonomous action where the constitutional legislature is too fragmented to react. In such circumstances, lawmaking will tend to migrate to those bodies that are capable of decisive action. In these conditions we see the development of such familiar entities as the ‘runaway’ bureaucracy and the activist courts. The migration of legislative powers to agencies and courts places extraordinary burdens on these institutions. When courts can make politically consequential and more-or-less final decisions, anyone with an interest in those decisions has reason to try to frame those interests in the form of persuasive legal arguments. And those interested in judicial decisions have reason to seek to influence and, if possible, to control appointments to the courts and other legal institutions. In this sense, ‘judicialization’ of politics tends to produce the politicization of courts. As a result, judicial decision-making tends to become politics carried on by other means.” (FEREJOHN, John. *Judicializing Politics, Politicizing Law*. *Law and Contemporary Problems*, Durham, North Carolina, v. 65, n. 3, p. 41-68, Summer 2002. p. 63/64)

riscos da judicialização da política, a fim de que não se torne simples politização da justiça e o Judiciário não seja transformado em apenas mais uma arena da política.¹³⁴

A judicialização da política gera impactos significativos para o Estado de Direito e para a democracia, o que, em determinadas situações, pode desafiar o próprio papel do STF em manter e aprimorar a ordem democrática, como se observará a seguir. Para tanto, são necessárias análises que transbordam estudos normativos.

A maioria dos estudos no Brasil sobre a atuação das cortes constitucionais possui caráter eminentemente normativo ou de análise de discurso, mesmo os que utilizam o direito constitucional comparado. Entretanto, como afirma Gilberto Bercovici, não é possível “entender a Constituição fora da realidade política, com categorias exclusivamente jurídicas”, pois “a Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas”.¹³⁵ Segundo Ran Hirschl, uma das perplexidades mais desconcertantes dos estudos constitucionais contemporâneos “é a divisão disciplinar e a conseqüente falta de comunicação entre o direito constitucional e as ciências sociais”, especialmente entre a “ciência política, os estudos sobre constituições e o

¹³⁴ “A pesar de lo atractivo que resulta a primera vista este planteamiento, existen, sin embargo, antecedentes que sugieren que la judicialización de la política en democracias no consolidadas, o es difícil de introducirse, o puede ser contraproducente. Lo primero porque en general no cuentan con los elementos estructurales y de cultura legal necesarios para el activismo judicial. Lo segundo, porque la experiencia histórica indica que en países con una débil tradición de respeto al Estado de derecho, la judicialización de la política suele acabar con la independencia de la judicatura, ya que los gobernantes – al advertir el potencial de poder político de las cortes - sucumben a la tentación de intervenir la judicatura con personas que les parezcan confiables. Aunque, por cierto, se necesita más tiempo para hacer un pronunciamiento tajante respecto del impacto de la judicialización de la política en su modalidad de control de la constitucionalidad de las leyes en los procesos de consolidación democrática, la evidencia disponible hasta el momento (así como los aportes teóricos de Nonet y Selznick) sugiere que los fracasos arriba mencionados no son algo excepcional en el contexto de regímenes con una débil tradición de respeto al Estado de derecho. En otras palabras, la introducción prematura de procesos de judicialización de la política – al transformar a la judicatura en una arena política más – introduce incentivos irresistibles para que los gobiernos intervengan al poder judicial. Por ello, alentar la judicialización de la política en democracias no consolidadas, antes de que se haya institucionalizado firmemente la independencia de la judicatura, conlleva el riesgo de que en lugar de una judicialización de la política, se produzca más bien una politización de la justicia.” (COUSO, Javier. Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política. *Revista de Ciencia Política*, Santiago, v. 24, n. 2, p. 29-48, 2004. pp. 45/46).

¹³⁵ E continua o autor: “A política deve ser levada em consideração para a própria manutenção dos fundamentos constitucionais. Na feliz expressão de Dieter Grimm, a Constituição é resultante e determinante da política.” (BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004. p. 24)

constitucionalismo”.¹³⁶ Portanto, a divisão estreita entre ciência política e direito pode limitar desnecessária e artificialmente a análise do problema.¹³⁷

Desse modo, é preciso investigar a atuação da Corte Constitucional brasileira na política de forma mais global, internalizando problematizações além do paradigma jurídico, a fim de que se analise como os diversos *players* se comportam, como ocorre a atuação do STF frente a elites políticas, quais os riscos e as dificuldades da Corte quando confronta os interesses dos políticos e do governo, quais são as respostas das demais instituições e dos próprios atores políticos. Esses questionamentos permitirão uma investigação mais global acerca da problematização – embora não se ignorem os seus aspectos normativos –, o que se pretende fazer a seguir.

1.5. A força e as fraquezas das Cortes Constitucionais

Em razão de teses sobejamente ativistas e expansionistas da função judicial, alguns autores falam numa “ditadura” do Poder Judiciário¹³⁸. Oscar Vilhena critica essa expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal em relação aos demais Poderes da República, chamando esse fenômeno de “supremocracia”. Para o autor, a Corte Constitucional brasileira estaria exercendo uma espécie de poder moderador, uma vez que teria a prerrogativa de dar a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, por vezes substituindo escolhas majoritárias. Segundo Vilhena, o problema não estaria nas atribuições conferidas ao STF, mas na escala e na natureza das suas intervenções em temas

¹³⁶ “One of the perplexing oddities of contemporary constitutional studies is the disciplinary divide and consequent lack of communication between constitutional law - arguably the most overtly political branch of law, public or private - and the social sciences, in particular political science, scholarship on constitutions and constitutionalism.” (HIRSCHL, Ran. *Politics and the Constitution: The Ties That Bind. Review of Constitutional Studies*, New York, v. 21, n. 1, p. 3-11, 2016. p. 3)

¹³⁷ “Maintaining the disciplinary divide between constitutional law and other closely related disciplines that study various aspects of the same constitutional phenomena artificially and unnecessarily limits our intellectual horizons. It restricts the kind of questions we ask as well as the range of answers we may provide. A court- or text-centric approach - focusing on constitutional provisions, high-court jurisprudence, or modes of reasoning alone, without taking into account the social and political context within which constitutional law and courts evolve, operate, and affect - risks impeding the development of constitutional studies as an ambitious, coherent, and relevant area of inquiry. The future of constitutional studies, I suggest, lies in relaxing the sharp divide between constitutional law and the social sciences, in particular political science.” (HIRSCHL, Ran. *Politics and the Constitution: The Ties That Bind. Review of Constitutional Studies*, New York, v. 21, n. 1, p. 3-11, 2016. pp. 3/4)

¹³⁸ DELMANTO, Roberto. A ditadura do Judiciário. *Migalhas*, 15/3/2018. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI276327,101048-A+ditadura+do+Judiciario>>. Acesso em: 18/8/2018.

cujas soluções não seriam ou não deveriam ser de natureza puramente jurídica ou constitucional¹³⁹.

De outro lado, os autores que apoiam o avanço do controle judicial de constitucionalidade em detrimento das opções políticas legislativas comumente fundamentam as suas teses em casos em que o Judiciário tomou decisões que protegeram os direitos fundamentais, ou que foram vistas como justas e corretas.¹⁴⁰ Os casos repetidos são quase sempre os mesmos: a) declaração de constitucionalidade da Lei de Biossegurança, que permitiu a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias¹⁴¹; b) declaração de constitucionalidade da política de cotas raciais em universidades públicas;¹⁴² c) descriminalização do aborto de feto anencefálico¹⁴³; d) reconhecimento de existência de união estável entre casais homoafetivos¹⁴⁴; e) declaração de inconstitucionalidade da cláusula de barreira que dificultaria a criação e reduziria o funcionamento parlamentar dos partidos menores¹⁴⁵.

Contudo, nos dois primeiros casos, há sérias dúvidas se houve realmente uma postura ativista ou, ao contrário, de autocontenção, pois o STF reconheceu a constitucionalidade das leis impugnadas.¹⁴⁶ No terceiro e no quarto casos, está-se diante de

¹³⁹ “Num primeiro sentido o termo supremocracia refere-se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário. [...] Num segundo sentido, o termo supremocracia refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos poderes. [...] A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que no Brasil têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador”. (VILHENA, Oscar. *Supremocracia. Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 12, p. 55-75, out.-dez. 2008. p. 59/60)

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3510. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 29/05/2008. DJe-096, 28-05-2010. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 214. p. 43.

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento Fundamental n.º 186. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 26/04/2012, DJE n.º 86, 04-05-2012.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 12/04/2012. DJE n.º 77, 20/04/2012.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05/05/2011. DJE-198, 14-10-2011; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05/05/2011. DJE-198, 14-10-2011.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1351. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 07/12/2006. DJ 30-03-2007. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 207-01, p. 116.

¹⁴⁶ Em tais casos, existe a discussão se o atuou com uma postura de autocontenção, porque reconheceu os seus próprios limites de atuação, ou se julgou constitucional as leis porque entendeu que, se estivesse legislando, faria a mesma coisa. A esse respeito, Diego Arguelhes e Leandro Ribeiro: “Na discussão sobre ativismo judicial, o ato

proteção de direitos individuais, algo que seria inerente à sua própria missão constitucional. No último caso, haveria a intromissão do STF na seara política, para “proteger minorias partidárias”, mas diversos ministros da Corte já reconheceram que essa decisão foi um erro, pelas consequências negativas que gerou.¹⁴⁷ Portanto, a análise qualitativa demanda uma investigação um pouco mais aprofundada e menos isolacionista.

Ademais, se considerados os dados estatísticos sobre ações diretas de inconstitucionalidade, do ano 2000 até 4/11/2017, observa-se que apenas 25,85% delas foram julgadas procedentes, e 6,82% foram parcialmente procedentes.¹⁴⁸ De outro lado, considerando os dados estatísticos das ações declaratórias de constitucionalidade do ano 2000 até 4/11/2017, observa-se que apenas 25,00% delas foram julgadas improcedentes.¹⁴⁹ Isso sugere que, ao menos quantitativamente, o grau de intervenção do STF para derrubada da legislação em geral e de ativismo judicial não é tão alto assim, embora esses números possam dar ensejo a diversas interpretações.¹⁵⁰

de manter na íntegra uma lei questionada é tipicamente visto como expressão de deferência. É verdade que, quando juízes decidem não anular atos do legislativo simplesmente por concordarem com o conteúdo dessas decisões, não há realmente deferência em jogo; nesses casos, a lei foi mantida justamente porque o juiz se colocou na posição de legislador, sem qualquer deferência, e concluiu que teria feito a mesma coisa. Mas, em alguns casos, a manutenção da lei questionada pode de fato ser lida como a manifestação visível de um compromisso intelectual e institucional prévio de auto-contenção judicial diante das escolhas legislativas.” (ARGUELHES, Diego Werneck; LIMA, João Marcelo da Costa e Silva. Políticas públicas, interpretação judicial e as intenções do legislador: o ProUni e o “cripto-ativismo” do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 163-192, mai.-ago. 2017. p. 164)

¹⁴⁷ “Em respostas ao senador José Pimentel (PT-CE), o ministro da Justiça licenciado, Alexandre de Moraes, afirmou que o Supremo Tribunal Federal (STF) ‘substituiu uma opção legítima do legislador’ ao declarar a inconstitucionalidade da chamada cláusula de barreira para partidos políticos em 2006” (SENADO FEDERAL. Senado Notícias. Moraes: STF “substituiu legislador” ao derrubar cláusula de barreira para partidos. 21/2/2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/02/21/moraes-stf-substituiu-legislador2019-ao-derrubar-clausula-de-barreira-para-partidos>>. Acesso em: 19/9/2018.). No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes: “O presidente do Tribunal Superior Eleitoral, ministro Gilmar Mendes, disse há pouco que o Supremo Tribunal Federal (STF) errou na decisão sobre a cláusula de barreira. ‘Hoje muitos de nós fazemos um mea culpa, reconhecendo que esta foi uma intervenção indevida, inclusive pela multiplicação dos partidos’, disse, ao encerrar o seminário internacional sobre sistemas eleitorais na Câmara dos Deputados” (CÂMARA DOS DEPUTADOS. Gilmar Mendes diz que STF errou em decisão sobre cláusula de barreira. 21/3/2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/526598-GILMAR-MENDES-DIZ-QUE-STF-ERROU-EM-DECISAO-SOBRE-CLAUSULA-DE-BARREIRA.html>>. Acesso em: 19/9/2018). O mesmo entendimento já foi exposto pelo Ministro Dias Toffoli (CONJUR. Toffoli defende criação de cláusula de barreira e fim de coligações partidárias. 20/4/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-20/toffoli-defende-criacao-clausula-barreira-fim-coligacoes>>. Acesso em: 19/9/2018).

¹⁴⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Estatísticas do STF. ADI. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>>. Acesso em: 4/11/2017.

¹⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Estatísticas do STF. ADC. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>>. Acesso em: 4/11/2017.

¹⁵⁰ “Mesmo assumindo que o percentual encontrado é “baixo”, em relação a algum parâmetro de “agressividade” judicial, há várias interpretações diferentes que podem ser construídas a partir desse dado. Para citar apenas algumas delas, pode-se inferir que: (a) o tribunal não está exercendo de forma agressiva seu poder de *judicial review* porque seus membros tem um conjunto de crenças específicas sobre o papel do Supremo – crenças essas que recomendam “autocontenção” diante da produção legislativa do Congresso; ou (b) as preferências políticas

Além disso, pragmaticamente, essas teses de “ditadura do Poder Judiciário”¹⁵¹ e “supremocracia”¹⁵² servem para realçar um problema relacionado ao avanço do Judiciário em determinadas áreas, mas, em verdade, não condizem com a atuação da Corte Constitucional brasileira frente às elites políticas ou sobre questões estruturais¹⁵³, e, se não contextualizadas, dizem pouco sobre a complexidade que cerca a questão.

As teorias constitucionais contemporâneas que propõem um sistema fraco ou forte de *judicial review*, descritas em item anterior, possuem várias divergências sobre o papel do Judiciário e, sobretudo, em relação ao grau de intervenção que o tribunal constitucional estaria autorizado a fazer. Mas elas convergem ao menos num ponto, qual seja, o de que as cortes constitucionais devem ter por meta corrigir as disfunções e melhorar as condições democráticas de tomada de decisão. Contudo, considerando a complexidade das questões em que os tribunais constitucionais intervêm e as grandes dificuldades pragmáticas que enfrentam frequentemente, a sua real capacidade de melhorar as condições democráticas é muito mais limitada do que a doutrina tradicional de direito constitucional e as teorias acima referidas sugerem.

A par disso, reconhecer a vulnerabilidade do Judiciário não implica retirar a sua autoridade. Pelo contrário, como afirma Charles Franklin, “um Judiciário sábio conhece bem

do Congresso e do Supremo Tribunal Federal têm sido suficientemente convergentes para que a leitura que o tribunal faz Constituição não divirja muito daquela feita pelos parlamentares; (c) o Supremo antecipa que uma atuação mais agressiva contra a produção legislativa federal pode ensejar reações indesejáveis, do ponto de vista dos Ministros, por parte do Congresso Nacional; (d) a produção legislativa do Congresso Nacional no período observado reflete um *aprendizado*, por parte desses atores políticos, sobre como o Supremo usa o seu poder para declarar leis inconstitucionais, de modo que ocorre uma autolimitação prévia por parte do Congresso. Nesse último cenário, o ativismo dos Ministros em alguns momentos-chave faz com que, no geral, os atores políticos reajam estrategicamente e evitem criar conflitos com o tribunal, sob pena de serem derrotados na arena judicial.” (ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, n. 7, p. 85-121, 2013. p. 89)

¹⁵¹ DELMANTO, Roberto. A ditadura do Judiciário. *Migalhas*, 15/3/2018. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI276327,101048-A+ditadura+do+Judiciario>>. Acesso em: 18/8/2018.

¹⁵² VILHENA, Oscar. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 12, p. 55-75, out.-dez. 2008. p. 59/60

¹⁵³ As questões estruturais, por vezes chamadas de direitos estruturais, regras estruturais ou estrutura constitucional, diz respeito à forma de estruturação das instituições, suas competências e poderes, formas de inter-relacionamento e controle. São questões estruturais, por exemplo, as que dizem respeito às competências dos Poderes Constituídos, aos seus poderes, ao federalismo, ao sistema de governo, ao sistema de freios e contrapesos. A esse respeito, Ozan Varol: “Constitutional theory establishes a dichotomy between constitutional structure and constitutional rights. Conventional wisdom suggests that certain constitutional provisions are structural in nature because they establish and empower the basic institutions of government. For example, provisions related to federalism, separation of powers, and checks and balances—which appear in the first three articles of the U.S. Constitution—are firmly considered structural. In contrast, other provisions, such as those that appear in the Bill of Rights, are considered rights provisions because they restrict government power and protect the individual from the government.” (VAROL, Ozan O. Structural Rights. *Georgetown Law Journal*, v. 105, n. 4, p. 1001-1054, April 2017)

sua vulnerabilidade e deve agir para proteger sua autonomia, ao mesmo tempo em que afirma essa independência”.¹⁵⁴

Assim, é mais produtivo analisar a questão de forma dinâmica, de modo que sejam considerados o contexto político em que os tribunais constitucionais se inserem; as estratégias das elites políticas para descumprirem, direta ou indiretamente, as decisões judiciais; as estratégias políticas de que se utiliza a corte constitucional para aumentar as probabilidades de sucesso no exercício da revisão judicial e no cumprimento de suas decisões. Enfim, é preciso investigar como, na seara do direito constitucional comparado e no âmbito doméstico, ela acumula capital político para tomar decisões contrárias às elites políticas, bem como estas, na prática, buscarão descumprir, reverter ou se evadir das decisões judiciais.

1.5.1. A atuação do STF frente a elites políticas: qual é o problema?

A historiografia recente da atuação do STF em relação à crise político-institucional e às elites políticas tem muito a dizer sobre a real capacidade de a Corte brasileira melhorar as condições democráticas. Analisar casos julgados pela Corte Constitucional brasileira no contexto dessa crise será importante para mostrar a centralidade do tema e problematizá-lo adequadamente.

A então Presidenta Dilma Rousseff, no auge da crise política do seu governo, nomeou para o cargo de Ministro da Casa Civil o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva (em 16/3/2016). Alguns analistas¹⁵⁵ e políticos¹⁵⁶ afirmavam que esse ato seria a “última cartada”

¹⁵⁴ Tradução livre extraída do seguinte texto: “A wise judiciary knows its vulnerability well and must act to protect its autonomy even as it asserts that independence.” (FRANKLIN, Charles H. Behavioral Factors Affecting Judicial Independence. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Eds). *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002. p. 148-159. p. 148)

¹⁵⁵ “A nomeação do ex-presidente Lula foi, para alguns, a última cartada política para salvar o governo Dilma. Para outros, uma manobra para evitar que as denúncias contra ele fossem julgadas pelo juiz Sérgio Moro.” (PEREIRA, Thomaz. Lula ministro e o silêncio do Supremo. *Jota*, 22/12/2016. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/supra/lula-ministro-e-o-silencio-supremo-22122016>>. Acesso em: 13/8/2018)

¹⁵⁶ “O Palácio do Planalto confirmou na tarde desta quarta-feira que o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva será o próximo ministro da Casa Civil. [...] Vice-líder do governo na Câmara, o deputado Sílvio Costa (PTdoB-PE) disse que a presidente Dilma Rousseff ‘marcou um gol de placa’ ao decidir nomear Lula ao cargo de ministro-chefe da Casa Civil. ‘Ela agora vai ter tranquilidade’, discursou. ‘A partir de hoje o Brasil inaugura uma nova fase. A fase da sinergia do Executivo com o Legislativo. A partir de hoje a governabilidade será outra’, avaliou o vice-líder do governo. Para ele, não haverá votos suficientes para a Câmara dar andamento ao processo de impeachment da presidente Dilma. Um dos líderes da base aliada ao Palácio do Planalto, cuja bancada é dividida, disse que a nomeação de Lula como ministro é vista ‘com entusiasmo’ pela ala governista e ‘com apreensão’ pela uma facção oposicionista. Ele avalia que o ato será ‘a última cartada do governo; se der certo, será uma tremenda jogada; mas, caso contrário, será uma grande boabeira’.” (MARCHESINI, Lucas; RESENDE, Thiago; CUNTO, Raphael Di. Planalto confirma Lula como ministro da Casa Civil; posse será terça. *Valor*

de Dilma para reunificar a base aliada (que estava descontente com a sua forma de governar) em razão do grande poder de articulação de Lula com diversos partidos e atores políticos. Os críticos, todavia, afirmavam que esse ato teria como objetivo conceder-lhe privilégio de foro (em razão do cargo de Ministro de Estado), a fim de que as investigações e os processos criminais contra ele fossem deslocados da 13ª Vara Federal de Curitiba (cujo titular era o Juiz Sérgio Moro) para o Supremo Tribunal Federal, o que daria vantagens para Lula.¹⁵⁷

Ocorre que havia sido autorizada judicialmente a interceptação telefônica de Lula e, no mesmo dia da nomeação, foi divulgada ao público uma conversa entre Lula e Dilma, em que esta dizia que estaria enviando àquele antecipadamente um termo de posse como um salvo-conduto para o caso de ser expedido um mandado de prisão contra Lula pela Justiça Federal de primeira instância. Diante da divulgação dos áudios, foram realizados diversos protestos populares contra esse ato.¹⁵⁸

Com isso, não tardou para que partidos políticos impugnassem tal ato no Supremo Tribunal Federal. Em 18/3/2016, o Ministro do STF Gilmar Mendes, um crítico ostensivo do governo petista¹⁵⁹, determinou a suspensão da nomeação de Lula para o cargo, fundamentando que existiu desvio de finalidade. Para Mendes, a então Presidenta Dilma apenas teria nomeado Lula a fim de que eventual processo criminal contra ele tramitasse e fosse julgado pelo STF, onde há foro por prerrogativa de função dos Ministros de Estado.¹⁶⁰

Econômico, 16/3/2016. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/politica/4484478/planalto-confirma-lula-como-ministro-da-casa-civil-posse-sera-terca>>. Acesso em: 24/7/2018)

¹⁵⁷ “Em meio a crise política que atinge o governo, a presidenta Dilma resolveu convidar o ex-presidente Lula para substituir Jaques Wagner na Casa Civil. Foi confirmado hoje (16) que convite foi aceito. A chegada de Lula ao ministério foi cercada de críticas e especulações, uma vez que o ex-presidente tornou-se alvo da operação Lava Jato no começo deste mês. Além disso, Lula tem um pedido de prisão preventiva contra ele feito pelo Ministério Público de São Paulo, mas que seria analisado pelo juiz federal Sérgio Moro, responsável pela operação em primeira instância. Ocorre que, a partir de agora, o ex-presidente será beneficiado com a prerrogativa de foro privilegiado. Lula, assim como os outros ministros, só poderá ser julgado pela última instância, no caso, o STF (Supremo Tribunal Federal), esquivando-se do julgamento do juiz Sérgio Moro. [...] Já a professora e Doutora em Direito Penal Alice Bianchini acredita que Lula se favorecerá com o foro privilegiado, pois o STF tem uma atitude mais garantista que outros juízes. “Na Suprema Corte, Lula corre menos riscos de ter uma prisão preventiva decretada do que nas outras instâncias”, diz. Além disso, Alice afirma que o Supremo tem demorado muito mais para julgar os casos, o que também favoreceria Lula, pois ele chegaria em 2018 com a ficha limpa para poder se candidatar como presidente.” (PUTTI, Alexandre. Nomeação de Lula como ministro divide opinião de juristas. *Justificando*, 16/3/2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/03/16/nomeacao-de-lula-como-ministro-divide-opinioe-de-juristas/>>. Acesso em: 29/8/2018)

¹⁵⁸ G1. Moro divulga grampo de Lula e Dilma; Planalto fala em Constituição violada São Paulo, 16/03/2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/moro-divulga-grampo-de-lula-e-dilma-planalto-fala-em-constituicao-violada.html>>. Acesso em: 13/8/2018.

¹⁵⁹ SCHREIBER, Mariana. Gilmar Mendes, o polêmico ministro no caminho de Dilma e do PT. Brasília: BBC Brasil, 6/10/2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/10/150921_perfil_gilmar_ms_ab>. Acesso em: 13/8/2018.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 34070, Medida Cautelar. Liminar. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 18/03/2016. DJE-054, divulg. 22/03/2016, public 28/03/2016.

Essa decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, que talvez não refletisse a opinião da maioria do Tribunal, foi determinante para mudar os rumos políticos do país num contexto em que a então Presidenta Dilma tinha perdido a sua base política aliada, havia crise econômica, escândalos de corrupção e protestos populares pedindo o seu *impeachment*. Enfim, essa decisão monocrática pode ter sido determinante para a cassação do seu mandato, ou, ao menos, contribuiu para acelerar esse processo.¹⁶¹

Outra decisão do STF impactaria no destino político do país. Em 5/5/2016, o Supremo, por seu órgão pleno, ao analisar a medida liminar na Ação Cautelar n.º 4.070¹⁶², decidiu, por unanimidade, suspender o mandato do então Deputado Federal Eduardo Cunha (MDB-RJ) e afastá-lo da presidência da Câmara dos Deputados e do exercício do mandato parlamentar. Na decisão, o principal fundamento era de que havia contra ele ações penais em andamento e ele estaria dificultando as investigações.¹⁶³

O Supremo tomou essa decisão, contra um poderoso político do país, mas o fez com grande apoio popular, da mídia e, inclusive, de outros parlamentares. Eduardo Cunha era alvo de denúncias e investigações por corrupção. Além disso, havia contra ele forte rejeição popular, pois, nos diversos protestos pelo país, os manifestantes pediam a sua saída do poder. No âmbito político, chegou-se a questionar a demora do STF ao decidir a medida liminar, já que o Deputado Federal Eduardo Cunha foi um ator político relevante no *impeachment* da ex-Presidenta Dilma Rousseff, e a decisão que o afastou somente foi proferida seis meses após a ação ter sido ajuizada, quando o processo de *impeachment* já havia sido admitido pela Câmara dos Deputados e encaminhado para o Senado Federal.¹⁶⁴

¹⁶¹ Essa decisão liminar do Ministro Gilmar Mendes, que foi determinante para os rumos políticos do país, jamais teve o seu mérito julgado. Com efeito, em 11/5/2016, um dia antes do afastamento temporário da Presidenta Dilma Rousseff, em razão da admissibilidade da denúncia pelo Senado (ocorrido em 12/5/2016), ela exonerou diversos Ministros, inclusive o ex-Presidente Lula. Com base nisso, em 16/5/2016, o Ministro Gilmar Mendes julgou prejudicado o mérito dos referidos mandados de segurança, de modo que o Pleno do STF nunca chegou a apreciar o referido pedido liminar.

¹⁶² A Procuradoria-Geral da República havia ajuizado a Ação Cautelar n.º 4.070 em 16/12/2015 contra o Deputado Federal Eduardo Cunha, para afastá-lo do cargo.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n.º 4070. Referendo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 5/5/2016. Acórdão eletrônico. DJe-225, divulg 20-10-2016, public 21-10-2016.

¹⁶⁴ “Another controversy arose from the ‘Car Wash Operation’ involving several key players in Congress. Due to its deep political impact, the timing of decision-making raised several debates on how it could have influenced the impeachment trial. For instance, the Head of the Federal Prosecutor’s Office filed a lawsuit on graft charges against Eduardo Cunha, then Speaker of the Lower House, in December 2015 (AC 4070). Since Mr. Cunha was a decisive player in launching the impeachment trial in Congress, some have argued that if the STF had decided the case immediately after charges were filed against him, things would have unfolded differently. Yet, the STF only decided to oust him from office in May 2016, after the Lower House had already authorized the impeachment procedure. While, for some, this was a politically biased strategy, for others, ousting the House Speaker signified a serious encroachment on the powers of Congress.” (BARROSO, Luís Roberto; BENVINDO, Juliano Zaiden; OSORIO, Aline. *Developments in Brazilian Constitutional Law: The Year 2016 in Review*. Blog of the International Journal of Constitutional Law and ConstitutionMaking.org. October 2017. Disponível em:

Entretanto, a mesma força não socorreu a Corte Constitucional brasileira no julgamento da ADPF n.º 402¹⁶⁵ e no caso do Senador Renan Calheiros. Em 5/12/2016, o Ministro do STF Marco Aurélio Mello, de forma monocrática, determinou liminarmente o afastamento de Renan Calheiros da Presidência do Senado.¹⁶⁶ Em sua decisão, fundamentou que, como o Senador Renan Calheiros se tornou réu em ação de natureza penal, estaria impedido de ocupar qualquer cargo que o deixasse na linha sucessória da Presidência da República.¹⁶⁷ Ocorre que, no dia seguinte (6/12/2016), a Mesa Diretora do Senado decidiu que não cumpriria a decisão judicial, bem como que aguardaria um julgamento pelo Pleno do STF.¹⁶⁸ Em outras palavras, houve um descumprimento direto da decisão judicial, bem como clara afronta à autoridade da Corte brasileira. Esse era o prenúncio de mais um episódio em que a fraqueza da Corte seria evidenciada. Após diversas conversas entre ministros da Corte com parlamentares¹⁶⁹, a Ministra Cármen Lúcia, então Presidente do STF, se comprometeu a apressar o julgamento de mérito da ação¹⁷⁰. Assim, ficou em evidência a fragilidade da Corte diante de elites políticas, bem como que, a depender da decisão do Pleno do STF, poderia se instaurar uma grave crise institucional.

<http://www.iconnectblog.com/2017/10/developments-in-brazilian-constitutional-law-the-year-2016-in-review/#_edn3>. Acesso em: 13/8/2018)

¹⁶⁵ Nessa ação, o Partido Rede postulava que o STF determinasse que réus em processos criminais não poderiam ocupar cargos que estivessem na linha sucessória da Presidência da República. Fundamentava que, como a Constituição Federal (art. 86, § 1º, inc. I) estabelece que, admitida a denúncia contra o Presidente da República, ele fica afastado do cargo, por uma interpretação analógica, réus em processos criminais não poderiam ser substitutos eventuais do Presidente da República (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento Fundamental n.º 402. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4975492>>. Acesso em: 20/8/2018)

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento Fundamental n.º 402. Medida Cautelar. Decisão monocrática. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 5/12/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4975492>>. Acesso em: 20/8/2018.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento Fundamental n.º 402. Medida Cautelar. Decisão monocrática. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 5/12/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4975492>>. Acesso em: 20/8/2018.

¹⁶⁸ “A Mesa Diretora do Senado decidiu nesta terça-feira (6) que aguardará a deliberação do plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) para cumprir a decisão liminar (provisória) do ministro Marco Aurélio Mello de afastar o presidente do Senado, Renan Calheiros (PMDB-AL), do comando da Casa. A decisão foi tomada durante uma reunião entre os integrantes da Mesa com Renan” (GARCIA, Gustavo; RAMALHO, Renan. Senado decide descumprir liminar para afastar Renan e aguardar plenário do STF. Brasília: G1, 6/12/2016. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/renan-senado-decide-nao-cumprir-liminar-e-aguardar-decisao-do-plenario-do-stf.ghtml>>. Acesso em: 13/8/2018)

¹⁶⁹ RAMALHO, Renan. Cármen Lúcia ouve ministros e marca para esta quarta decisão sobre Renan. Brasília: G1, 6/12/2016. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/carmen-lucia-ouve-ministros-e-marca-para-esta-quarta-decisao-sobre-renan.ghtml>>. Acesso em: 13/8/2018.

¹⁷⁰ PONTES, Felipe. Cármen Lúcia diz que dará urgência à análise da liminar que afastou Renan. Brasília: EBC Agência Brasil, 6/12/2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-12/carmen-lucia-diz-que-dara-urgencia-analise-da-liminar-que-afastou-renan>>. Acesso em: 13/8/2018.

Nesse contexto de grande tensão entre as instituições, em 7/12/2016, o Pleno do STF decidiu voltar atrás e manter o Senador Renan Calheiros no mandato parlamentar e também como Presidente do Senado Federal, apenas impedindo-o de exercer o cargo de Presidente da República no caso de afastamento do seu titular.¹⁷¹ A fragilidade da Corte Constitucional ficou ainda mais evidente porque o STF, poucos meses antes, no julgamento da ação contra o Deputado Eduardo Cunha, havia fixado entendimento oposto.¹⁷² Assim, pressionado pelas elites políticas, o STF voltou atrás no seu entendimento quando do julgamento do pedido de afastamento do Senador Renan Calheiros, bem como revogou liminar proferida pelo Ministro Marco Aurélio, a qual, inclusive, havia sido acintosamente descumprida pelo Senado.

A força da Corte Constitucional brasileira seria novamente testada no ano seguinte, e mais uma vez sucumbiu.

A Primeira Turma do STF, em 26/9/2017, no julgamento da ação cautelar proposta pela Procuradoria-Geral da República contra o Senador Aécio Neves, decidiu por indeferir o pedido de prisão preventiva, mas aplicar as medidas cautelares de “suspensão do exercício das funções parlamentares ou de qualquer outra função pública”; “proibição de contatar qualquer outro investigado ou réu no conjunto dos feitos em tela”; “proibição de se ausentar do País, devendo entregar seus passaportes” e de “recolhimento domiciliar no período noturno”.¹⁷³ Tratava-se, entretanto, de um parlamentar muito influente no Senado e no país, que mais uma vez colocaria em xeque a autoridade da Corte Constitucional brasileira.

Embora houvesse entendimento pacificado do STF no sentido de que a aplicação dessas medidas cautelares ao parlamentar não precisaria de autorização da Casa Legislativa respectiva, o Senado marcou para o dia 3/10/2017 sessão para debater a questão. Assim, sinalizou que poderia descumprir as medidas cautelares fixadas pelo Supremo ao Senador.

Diante da crise institucional que se avizinhava, a Corte brasileira se apressou em pautar o julgamento da ADI n.º 5526¹⁷⁴, que discutia abstratamente a questão e já tramitava

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento Fundamental n.º 402. Medida Cautelar. Referendo. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 22/6/2017. DJe-140, divulge. 26/06/2017, public. 27/6/2017.

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n.º 4070. Referendo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 5/5/2016. Acórdão eletrônico. DJe-225, divulg. 20/10/2016, public. 21/10/2016.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n.º 4327. Agravo regimental. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 26/09/2017. DJe-247, divulg. 26/10/2017, public. 27/10/2017.

¹⁷⁴ A ADI 5526 foi ajuizada em 16/05/2016, na qual os partidos Progressista (PP), Social Cristão (PSC) e Solidariedade postulavam que fosse dada interpretação conforme a Constituição para que a aplicação das medidas cautelares, quando impostas a parlamentares, fossem submetidas, em 24 horas, à deliberação da Casa Legislativa respectiva. Ou seja, pretendiam que fosse aplicada a mesma condicionante estabelecida na

desde 16/5/2016. Entretanto, ainda assim, havia diversos Senadores que pretendiam que o Senado decidisse sobre a questão, mesmo sem esperar pelo julgamento da referida ADI. Diante disso, foi marcada para o dia 2/10/2017 uma reunião entre a Presidente do STF, Ministra Cármen Lúcia, e o Presidente do Senado, Senador Eunício Oliveira. Nesta reunião, a Ministra Cármen Lúcia teria se comprometido a apressar o julgamento da ADI n.º 5526, que discutia abstratamente a questão, e o Senador Eunício Oliveira a adiar no Senado a discussão sobre as medidas cautelares impostas ao Senador Aécio Neves.¹⁷⁵

Então, em 11/10/2017, o STF, ao julgar a referida ADI, por maioria de 6 a 5, recuou em seu entendimento anterior¹⁷⁶, para fixar a tese de que o “Poder Judiciário dispõe de competência para impor, por autoridade própria, as medidas cautelares a que se refere o art. 319 do Código de Processo Penal”, mas “que se encaminhará à Casa Legislativa a que pertencer o parlamentar”, Câmara dos Deputados ou Senado Federal, “para os fins a que se refere o art. 53, § 2º, da Constituição, a decisão pela qual se aplique medida cautelar, sempre que a execução desta impossibilitar, direta ou indiretamente, o exercício regular de mandato parlamentar”.¹⁷⁷ Vale dizer, aplicadas as medidas cautelares que impliquem restrição ao

Constituição para a hipótese de prisão em flagrante de crime inafiançável. Nesta situação, o art. 53, § 2º, da CF prevê que os autos deverão ser remetidos à Casa legislativa respectiva para que a maioria dos membros delibere sobre a prisão: “Art. 53. [...] § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão”.

¹⁷⁵ CASADO, Letícia; FERNANDES, Talita. Cármen Lúcia se reúne com presidente do Senado para tratar caso Aécio. Brasília, 2/10/2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/10/1923541-carmen-lucia-se-reune-com-presidente-do-senado-para-tratar-caso-aecio.shtml>>. Acesso em: 13/8/2018.

¹⁷⁶ Quando da imposição das medidas cautelares e da suspensão do Deputado Eduardo Cunha do seu mandato, havia um forte movimento popular nas ruas pedindo a sua cassação. No momento do julgamento da ADI 5526, existe um cenário em que a maioria dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado está sendo investigada, além do próprio Presidente da República Michel Temer. Além disso, no momento deste julgamento pelo STF, está marcada para menos de uma semana depois sessão do Senado para, na prática, definir se cumpre ou não as medidas cautelares impostas pelo STF. Ou seja, o próprio STF está emparedado, ou seja, uma decisão idêntica à que foi tomada no julgamento da ação cautelar em relação ao deputado Eduardo Cunha poderia significar em seu não cumprimento pelo Senado, o que geraria grave crise institucional. Segundo diversas fontes, isso, aliás, teria sido algo que pesou muito no voto de minerva da Ministra Cármen Lúcia, que, neste julgamento, agora como presidente da Corte, tinha maior responsabilidade de manter a estabilidade da relação institucional entre os poderes, razão pela qual desempatou em favor do parlamento, ou seja, decidiu de forma oposta do que havia feito quando do julgamento da ação cautelar 4070, há um ano antes.

¹⁷⁷ “Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, assentando que o Poder Judiciário dispõe de competência para impor, por autoridade própria, as medidas cautelares a que se refere o art. 319 do Código de Processo Penal, vencido o Ministro Marco Aurélio, que, ao assentar a premissa da inaplicabilidade da referida norma legal a parlamentares, declarava o prejuízo do pedido. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, também por votação majoritária, deliberou que se encaminhará à Casa Legislativa a que pertencer o parlamentar, para os fins a que se refere o art. 53, § 2º, da Constituição, a decisão pela qual se aplique medida cautelar, sempre que a execução desta impossibilitar, direta ou indiretamente, o exercício regular de mandato parlamentar, vencidos no ponto os Ministros Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Celso de Mello. Redator para o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5526, Relator p/ acórdão: Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 11/10/2017)

mandato parlamentar, os autos do processo devem ser remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa Legislativa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, decida se suspende ou não as medidas judiciais aplicadas ao parlamentar. Assim, voltou atrás em relação ao entendimento que havia recentemente sido firmado no julgamento da Ação Cautelar n.º 4070¹⁷⁸ (em 5/5/2016), contra o Deputado Federal Eduardo Cunha.

Essa decisão do STF representava, mais uma vez, o prenúncio da vitória do poder político. Em 17/10/2017, o Senado Federal afastou as medidas cautelares de recolhimento noturno e de afastamento do mandato parlamentar impostas pela Corte ao Senador Aécio Neves.¹⁷⁹

Além dessas formas de descumprimento direto e de pressão da classe política em relação à corte constitucional, também não são incomuns medidas políticas para contornar os impactos das decisões judiciais.

O STF, ao julgar a ADI n.º 4650, em 17/9/2015, decidiu por proibir doações de pessoas jurídicas a candidatos,¹⁸⁰ ou seja, reduziu muito as possibilidades de financiamento privado de campanhas políticas.

As respostas do Congresso Nacional não tardariam. A fim de contornar a deficiência de recursos para as campanhas, diversas foram as propostas legislativas para encontrar saídas aos impactos gerados pela decisão do STF. Nesse contexto, foi editada a Lei n.º 13.487, de 6/10/2017, que criou o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC). As estimativas são que o valor desse fundo, constituído de verbas públicas, seja, para as campanhas de 2018, no importe de R\$ 1,7 bilhão.¹⁸¹ Além disso, houve um aumento

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n.º 4070. Relator: Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, Referendo, julgado em 5/5/2016, acórdão eletrônico DJe-225, divulg. 20/10/2016, public. 21/10/2016.

¹⁷⁹ AGÊNCIA SENADO. Plenário rejeita medidas cautelares contra Aécio Neves e senador retoma mandato. Senado notícias, 17/10/2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/10/17/senado-devolve-mandato-a-aecio-neves>>. Acesso em: 13/8/2018.

¹⁸⁰ “DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. MODELO NORMATIVO VIGENTE DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS. LEI DAS ELEIÇÕES, ARTS. 23, §1º, INCISOS I e II, 24 e 81, CAPUT e § 1º. LEI ORGÂNICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS, ARTS. 31, 38, INCISO III, e 39, CAPUT e §5º. CRITÉRIOS DE DOAÇÕES PARA PESSOAS JURÍDICAS E NATURAIS E PARA O USO DE RECURSOS PRÓPRIOS PELOS CANDIDATOS. [...]. 19. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para assentar apenas e tão somente a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 31 da Lei n.º 9.096/95, na parte em que autoriza, a contrario sensu, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos, e pela declaração de inconstitucionalidade das expressões “ou pessoa jurídica”, constante no art. 38, inciso III, e “e jurídicas”, inserta no art. 39, caput e § 5º, todos os preceitos da Lei n.º 9.096/95.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4650. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em 17/09/2015. DJe-034, divulg. 23/2/2016, public. 24/2/2016)

¹⁸¹ “Correndo contra o relógio para garantir verbas para o financiamento de campanhas eleitorais ainda em 2018, a Câmara dos Deputados aprovou, na noite desta quarta-feira, projeto originado no Senado que cria o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC). Estima-se que, no ano que vem, o fundo chegue ao valor de R\$ 1,7 bilhão. [...] Nos últimos 20 anos, o país assistiu ao encarecimento contínuo das campanhas eleitorais. O

considerável do valor destinado ao Fundo Partidário (constituído de verba pública), chegando-se ao importe de R\$ 888 milhões¹⁸², embora houvesse pressão do Congresso Nacional por um valor ainda maior. Assim, a classe política encontrou uma alternativa para contornar a redução de recursos de campanha decorrente da decisão do Supremo de proibir o financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas, mas sobrecarregou ainda mais os cofres públicos.

Além das ameaças de descumprimento das decisões do STF, seja de forma direta ou indireta, expressa ou velada, a classe política também tem promovido diversas medidas de reversão de decisões da Corte e também de retaliação.

A sobreposição do Congresso a decisões do STF, através da reversão, ficou evidente no caso da vaquejada.¹⁸³

O STF, em 6/10/2016, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.983, proposta pelo Procurador-Geral da República contra a Lei n.º 15.299/2013 do Estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural no âmbito deste Estado. O principal fundamento foi o de que o inciso VII do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal veda as práticas que submetam animais à crueldade, e a denominada vaquejada implicaria “crueldade manifesta”, sendo incompatível com a Constituição Federal.¹⁸⁴

maior abastecedor dos partidos e seus candidatos eram empresas privadas brasileiras, donas de interesses e negócios dentro do Estado. Nos últimos anos, a Operação Lava-Jato acabou demonstrando a promiscuidade da relação entre empresas e políticos. Grosso modo, dinheiro público acabava desviado para irrigar campanhas. A repercussão das investigações desaguou na proibição de doação de empresas, determinada pelo Supremo Tribunal Federal, em setembro de 2015. Desde então, só a eleição municipal de 2016 foi realizada sem doação empresarial. O impacto foi enorme: a arrecadação caiu pela metade em relação às eleições municipais de 2012, segundo o Tribunal Superior Eleitoral. E os partidos acharam que era necessário voltar a encher o caixa eleitoral. Na prática, a proposta aprovada no Congresso faz com que o Estado brasileiro cubra boa parte do vácuo deixado pela proibição de doações de empresas nas campanhas. Nas eleições de 2014, por exemplo, elas doaram R\$ 3 bilhões (considerando a inflação, o correspondente a R\$ 3,6 bilhões em valores atuais aproximados).” (BBC BRASIL. Entenda o novo fundo público para campanhas eleitorais aprovado na Câmara. 4/10/2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-41507850>>. Acesso em: 13/8/2018)

¹⁸² “O governo previa um valor no orçamento e o Congresso praticamente triplicava o dinheiro, depois de superestimar a arrecadação para o ano. Foi assim em 2017, quando a equipe econômica colocou R\$ 309 milhões para o fundo partidário e o Congresso aumentou para R\$ 819 milhões. Em 2018, o governo Temer resolveu fazer um agrado aos parlamentares, mesmo com o aperto nas contas. Aumentou a previsão do fundo partidário em 8,5%, R\$ 888 milhões, quando a inflação no período não chegou a 3%. São R\$ 45 milhões acima do permitido pelo teto de gastos, o que significa que o governo teve que tirar esse dinheiro de outras áreas.” (G1. Governo reserva quase R\$ 900 milhões para fundo partidário. 4/9/2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/09/governo-reserva-quase-r-900-milhoes-para-fundo-partidario.html>>. Acesso em: 13/8/2018)

¹⁸³ De acordo com a Lei n.º 15.299, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará, “considera-se vaquejada todo evento de natureza competitiva, no qual uma dupla de vaqueiro a cavalo persegue animal bovino, objetivando dominá-lo” (art. 2º, *caput*).

¹⁸⁴ “PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 do Diploma Maior, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de

Então, como resposta à decisão do STF, o Congresso Nacional, em 6/6/2017, aprovou a Emenda Constitucional n.º 96, que permite “as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais”.¹⁸⁵

Em 13/6/2017, o Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5728 perante o STF, para questionar a referida Emenda Constitucional (EC n.º 96/2017).¹⁸⁶ Um dos argumentos da associação autora é o de que “a emenda questionada teve por motivação contornar a declaração de inconstitucionalidade de lei do Ceará que legalizava a prática da vaquejada, em decisão proferida pelo STF em outubro de 2016”.¹⁸⁷ Além disso, a Procuradoria-Geral da República, em 12/9/2017, também ajuizou a ADI n.º 5772, com o mesmo objeto.¹⁸⁸

Apesar do claro objetivo de reverter a decisão do STF, este, até o momento, não apreciou os pedidos de medida cautelar formulados nas referidas ADIs.¹⁸⁹ E talvez essa inércia seja motivada pela estratégia de não haver desgaste da Corte com o Congresso Nacional, pois o STF já tinha decidido o caso em outra ADI que questionava lei estadual.

inconstitucionalidade. VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4983. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 6/10/2016. DJe-087, divulg. 26/4/2017, public. 27/4/2017)

¹⁸⁵ A referida Emenda Constitucional (EC 96/2017) acrescentou o parágrafo 7º ao artigo 225 da Constituição Federal, com a seguinte redação: “§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos”. A parte final do inciso VII do § 1º a que se refere o dispositivo diz respeito à “vedação das práticas” que “submetam os animais a crueldade”, ou seja, a EC 96/2017 trouxe uma exceção a essa vedação.

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5728. Acompanhamento Processual. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5728&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10/7/2018.

¹⁸⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. ADI questiona emenda constitucional que permite a prática de vaquejada. Notícias STF, 3/7/2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=348571>>. Acesso em: 8/8/2018.

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5772. Acompanhamento Processual. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5259991>>. Acesso em: 18/9/2018.

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5728. Acompanhamento Processual. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5728&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10/7/2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5772. Acompanhamento Processual. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5259991>>. Acesso em: 18/9/2018.

As retaliações também têm sido um instrumento utilizado pela classe política em meio à crise que se instalou no cenário político brasileiro, diante da investigação criminal no STF em relação a diversas autoridades da República.

Em 5/7/2016, o Senador Renan Calheiros, alvo de diversas investigações criminais no STF, propôs o denominado Projeto de Lei de Abuso de Autoridade (Projeto de Lei do Senado n.º 280/2016), que, apesar do nome, mais parecia uma tentativa de limitar as investigações criminais e a atuação do Ministério Público e do Judiciário. Em que pese o jogo retórico com o nome desse projeto de lei (Projeto de Lei do “Abuso de Autoridade”), houve forte desaprovação do público em geral (98,34% de desaprovação popular).¹⁹⁰ Diante da forte pressão popular, mas firme no propósito de retaliar o Judiciário, o Senado, em 26/4/2017, decidiu aprovar um substitutivo ao referido Projeto de Lei, de autoria do Senador Roberto Requião¹⁹¹, que mantém a maioria das disposições iniciais, mas retira do texto o que era muito criticado dentre juristas, o chamado “crime de hermenêutica”.¹⁹²

Em 10/11/2016, o então Presidente do Senado, Senador Renan Calheiros, instalou comissão para investigar os chamados “supersalários”, tendo como alvo membros do Poder Judiciário¹⁹³, o que foi visto por presidentes de tribunais e associações de magistrados e membros do Ministério Público como mais uma medida de retaliação, para tentar desgastar a imagem do Poder Judiciário perante a sociedade.¹⁹⁴ Sem se adentrar na questão de fundo da

¹⁹⁰ No sítio eletrônico do Projeto de Lei 280/2016, de autoria do Senador Renan Calheiros, na consulta pública realizada, houve 277.507 pessoas que se manifestaram contrários ao referido projeto de lei, enquanto apenas 4.672 eram favoráveis, ou seja, 98,34% de desaprovação popular ao referido projeto de lei. (SENADO FEDERAL. Consulta Pública. Projeto de Lei do Senado n.º 280, de 2016. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126377>>. Acesso em: 17/10/2017)

¹⁹¹ SENADO FEDERAL. Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre os Projetos de Lei do Senado n.º 280, de 2016, do Senador Renan Calheiros, e n.º 85, de 2017, do Senador Randolfe Rodrigues, que definem os crimes de abuso de autoridade e dão outras providências. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5239240&disposition=inline>>. Acesso em: 13/8/2018.

¹⁹² AGÊNCIA SENADO. Senado aprova projeto que altera Lei de Abuso de Autoridade. Senado Notícias, 28/04/2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/04/26/senado-aprova-projeto-que-altera-lei-de-abuso-de-autoridade>>. Acesso em: 17/10/2017.

¹⁹³ “O Senado instalou, nesta quinta-feira (10), uma comissão para examinar o pagamento de salários acima do teto permitido pela Constituição a servidores públicos, os chamados supersalários. A instalação foi feita pelo presidente da Casa, Renan Calheiros (PMDB-AL), que classificou a prática de ‘horror e acinte’. O principal alvo do peemedebista são os vencimentos do Judiciário e do Ministério Público que extrapolam o limite constitucional. Investigado na Operação Lava Jato, Renan tem defendido a aprovação de medidas que contrariam magistrados, procuradores e promotores, como o projeto que lista 29 condutas passíveis de punição na Lei de Abuso de Autoridade.” (SARDINHA, Edson. De olho no Judiciário, Renan instala comissão para frear supersalários. Congresso em foco, 10/11/2016. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/de-olho-no-judiciario-renan-instala-comissao-para-frear-supersalarios/>>. Acesso em: 1º/11/2017)

¹⁹⁴ “Presidentes de Tribunais de Justiça reunidos nesta segunda-feira, 14, com a presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra Cármen Lúcia, viram como uma ‘retaliação’ a iniciativa do presidente do Senado, Renan Calheiros (PMDB-AL), de instalar uma comissão especial para levantar os supersalários do Judiciário e do Ministério Público. Entidades representativas de juízes também reagiram à medida. [...] Presidentes de Tribunais de Justiça reunidos nesta segunda-feira, 14, com a presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra

medida, certamente se tratava de mais uma forma de retaliação, mas que encontraria apoio popular.

Assim, em meio à crise política que se iniciou em 2013, é possível observar uma classe política acuada e uma Corte Constitucional que, na prática, intervém analisando os seus próprios limites e as possibilidades de efetivação das suas decisões.

Se as teses de “supremocracia”¹⁹⁵ ou de “ditadura do Poder Judiciário”¹⁹⁶ não são condizentes com esse contexto, as teorias constitucionais contemporâneas que propõem um sistema fraco ou forte de *judicial review*, já analisadas, são subcomplexas para investigar essa questão. Considerando a complexidade da relação da Corte Constitucional com os demais Poderes Constituídos e com as elites políticas, seja quando as enfrenta ou quando lhes é subserviente, a sua real capacidade de melhorar as condições democráticas é muito mais limitada do que as teorias tradicionais de direito constitucional sugerem.

Os casos acima citados deixam em aberto diversas questões: Qual é a relação da Corte Constitucional com a política e quais devem ser os limites dessa relação? Qual é o grau de independência do STF para tomar suas decisões quando contrariam interesses governistas ou de elites políticas? Qual é a real capacidade de a Corte Constitucional brasileira implementar as suas decisões? Como atua para angariar capital político, a fim de efetivar as suas decisões? Quais são as variáveis que devem ser consideradas nos diferentes casos, quando o STF se sobrepõe e quando sucumbe às elites políticas? Enfim, de onde vem a força e quais são as fraquezas da Corte Constitucional brasileira?

1.5.2. STF *versus* poder político: questionamentos acerca da efetividade das decisões da Corte no enfrentamento de elites políticas

Nas situações em que a decisão da corte constitucional não atinge questões constitucionais estruturais nem interesses de elites políticas ou do governo, comumente não há

Cármem Lúcia, viram como uma ‘retaliação’ a iniciativa do presidente do Senado, Renan Calheiros (PMDB-AL), de instalar uma comissão especial para levantar os supersalários do Judiciário e do Ministério Público. Entidades representativas de juízes também reagiram à medida.” (MOURA, Rafael Moraes; BONFIM, Isabela. TJs veem retaliação em comissão de supersalários. Estadão, 16/11/2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,tjs-veem-retaliacao-em-comissao-de-supersalarios,10000088443>>. Acesso em: 1º/11/2017)

¹⁹⁵ VILHENA, Oscar. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 12, p. 55-75, out.-dez. 2008. p. 59/60

¹⁹⁶ DELMANTO, Roberto. A ditadura do Judiciário. *Migalhas*, 15/3/2018. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI276327,101048-A+ditadura+do+Judiciario>>. Acesso em: 18/8/2018.

grandes preocupações com a sua efetivação. Além disso, como já se mostrou em item anterior, há casos em que a corte constitucional conta com um grande suporte político. No entanto, as situações de interesse para esta investigação são aquelas em que existe um ambiente difícil, quando há algum impacto relevante para elites políticas. Então, a questão que se coloca é como as elites políticas buscam descumprir, se evadir e contornar decisões judiciais e retaliar o tribunal constitucional.¹⁹⁷ Nessas situações, de que forma os tribunais constitucionais podem angariar apoio de outras elites políticas e outros atores, como o público em geral e as instituições internacionais, para fazer frente a esses instrumentos de pressão de elites políticas? Quais são as ferramentas que utilizam? Essas questões, que comumente passam à margem das discussões jurídico-normativas, acabam sendo centrais na tomada de decisão dos tribunais constitucionais.

Do ponto de vista político-institucional, a revisão judicial é algo que pode criar uma tensão política, sobretudo quando derruba iniciativas políticas consideradas importantes por uma parte significativa das elites políticas.¹⁹⁸ Quando a corte constitucional decide sobre questões estruturais, tais como as relativas à separação dos poderes ou à distribuição de poder político no âmbito federal, estadual e/ou municipal, há maior risco de descumprimento ou retaliação por parte dos atores políticos.¹⁹⁹ Também haverá maior possibilidade de

¹⁹⁷ Em situações extremas, o descontentamento do governo ou de atores políticos com a corte constitucional pode ser tão grande que eles podem tentar fechar a corte, destituir seus membros ou reduzir drasticamente as suas competências. No entanto, como referem Gretchen Helmke e Jeffrey Staton, não haveria incentivos para destituir os membros de um tribunal quando o governo e atores políticos relevantes podem, com menor custo, pode simplesmente ignorar uma decisão (HELMKE, Gretchen; STATON, Jeffrey K. *The Puzzling Judicial Politics of Latin America: A Theory of Litigation, Judicial Decisions, and Interbranch Conflict*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 306-331. p. 327).

¹⁹⁸ “Constitutional review by independent judges is sometimes thought to be in tension with democratic or, more generally, political accountability. Numerous solutions are offered to reduce or dissolve the normative tension, and these too are outside the scope of my concern here. Rather, I am interested in the tension between judicial independence and the rest of the political system considered in political, not normative, terms. In those terms, constitutional review is indisputably an institution that creates this sort of political tension, at least when constitutional review is reasonably effective. Reasonably effective constitutional review is a practice in which judges invoke the constitution, with some regularity, to set aside policy initiatives thought important by a significant portion of the nation's political elites. One can expect those elites to attempt to reduce judicial independence to enable them to implement their policies. Decent accounts exist of why such attempts might fail primarily, when the policies that trigger these attempts are opposed not only by the judges but also by a significant segment of the polity.” (TUSHNET, Mark. *Preserving Judicial Independence in Dominant Party States*. *New York Law School Law Review*, v. 60, n. 1, p. 107-124, 2016. p. 109)

¹⁹⁹ “There is some literature suggesting that the risks of noncompliance or retaliation may tend to be particularly great for structural issues. Structural constitutional decisions impacting the separation of powers or distribution of national and subnational power may have a tendency to hit powerful political interests hard, which may provoke either noncompliance or backlash. An analysis of the Russian Constitutional Court found that the court's early engagement with important structural issues was a cause of the attacks that caused it to be shut down, and when reestablished, the new justices tended to focus on lower-stakes rights issues rather than constitutional structure. Similarly, a leading analysis of the South African Constitutional Court (which operates in a dominant party system) found that the court has had a fairly free hand on many rights issues, but has had to tread more

descumprimento quando as decisões contrariarem os interesses de certos políticos ou partidos com muito poder. Assim, por exemplo, uma decisão que limite o poder presidencial, que reduza prerrogativas parlamentares ou que, em processo criminal, determine a restrição da liberdade ou de direitos de determinado político certamente encontrará pela frente possibilidade de descumprimento ou, ao menos, de retaliação.

Nessas situações, em que julgamentos do tribunal constitucional afetam diretamente interesses governistas ou de elites políticas, a sua efetividade poderá ficar comprometida, podendo o exercício da revisão judicial se tornar algo perigoso para a própria corte e para o cumprimento das suas decisões. Com efeito, esses atores políticos, se pressionados, atuarão para descumprir, se evadir ou contornar a decisão judicial, ou, ainda, impor represálias, o que pode enfraquecer o tribunal constitucional.

O descumprimento direto ocorre quando há a recusa expressa ou o fracasso na efetivação de uma decisão judicial.²⁰⁰ Essa forma de descumprimento é a que mais fragiliza a corte constitucional, pois coloca em xeque a própria autoridade das suas decisões, podendo gerar verdadeira crise institucional. Por isso, comumente, quando cortes constitucionais precisam tomar decisões contrárias aos interesses de elites políticas, ou se utilizam de um capital político acumulado e/ou da opinião pública ao seu favor, ou, então, adotam uma postura de autocontenção.

As represálias também constituem um recurso muito utilizado pelas classes políticas contra o tribunal constitucional, seja para reduzir garantias de independência, prerrogativas do cargo, direitos relativos à remuneração, ou para gerar desgaste na imagem do Judiciário perante a população em geral.

Entretanto, o descumprimento direto e as represálias não são os únicos problemas que enfrentam as cortes constitucionais. Há possibilidade de que a decisão judicial seja formalmente cumprida, mas os atores políticos encontrem outro caminho para conseguirem os fins almejados, desviando ou contornando a decisão. É o que a doutrina estadunidense em

carefully on issues involving the rights of the political opposition and the constitutional structure.” (LANDAU, David. Political support and structural constitutional law. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, p. 1069-1124, 2016. p. 1074)

²⁰⁰ “Direct noncompliance-refusal or failure to carry out a judicial decision-is perhaps the most obvious problem faced by courts. Similarly, courts can face attacks on their jurisdiction or composition as the result of an unwanted decision, and this threat might deter courts from undertaking certain lines of jurisprudence in the first place. These risks exist in all contexts within constitutional law, although they are much higher within some constitutional cultures and contexts than others. Further, both evidence and logic suggest that the risk of noncompliance will vary across issue areas. As noted below, a decision limiting presidential power may create an incentive for noncompliance or retaliation, but probably not as great an incentive as a decision forcing a president out of office.” (LANDAU, David. Political support and structural constitutional law. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, p. 1069-1124, 2016. p. 1073)

geral chama de saída “hidráulica”, que consiste em, diante da proibição de certa conduta ou havendo certa forma de regulação, o ente político responder mudando para outro caminho. Isto, pragmaticamente, é bastante comum ocorrer no âmbito do direito fiscal, do direito penal, bem como diante de reformas no financiamento de campanha ou na lei eleitoral.²⁰¹ Embora as saídas hidráulicas sejam analisadas em diversos contextos há mais tempo, são bem mais recentes e ainda muito escassos os estudos sobre como um juiz se antecipa a uma resposta hidráulica e como isso pode afetar a sua tomada decisão.²⁰²

Apesar da variada terminologia proposta por estudiosos das respostas legislativas a uma revisão judicial “indesejada”, Luke Milligan mostra que cada uma das restrições do Congresso sobre a revisão judicial abordada pela literatura pode ser classificada como um freio (*curb*) ou uma sobreposição (*override*).²⁰³ O freio (*curbing*) seria, segundo o autor, uma resposta punitiva à revisão judicial adversa, um ato formal do parlamento destinado a limitar a independência do tribunal constitucional, para garantir que futuras decisões sejam proferidas de acordo com as preferências do Congresso. Esses freios seriam indiretos e assimétricos, destinando-se a negar aos juízes certos poderes ou independência para casos futuros. Seriam

²⁰¹ “Direct noncompliance (or retaliation against a court) is not the end of the issue. Structural judicial decisions can be evaded or worked around, even if a decision receives formal compliance. This is because actors can often reach the same goal through a number of different means. This issue is sometimes referred to in the broader literature as one of ‘hydraulics’: courts or other regulators attempt to impose a prohibition or regulation on a certain kind of conduct, and the regulated entity responds by shifting towards some other pathway. Legal commentators have explored this dynamic in a number of different domains, including tax, criminal law, and campaign finance reform and election law.” (LANDAU, David. Political support and structural constitutional law. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, p. 1069-1124, 2016. p. 1075)

²⁰² “Although Stuntz did not explicitly use the term ‘hydraulics’, his study is viewed as a staple of hydraulics literature’. In the same year as Stuntz’s article, Professor Fitts, drawing from the work of Ronald Coase, injected an early, if basic, version of hydraulics analysis into legal commentary. Analogizing separation-of-powers decisions to an ‘allocation of political property rights’, Fitts argued that the significance of any decision ‘can be seen to turn in part on the ease with which informal or other formal political mechanisms may be employed to overcome or effect the decision made by the institution given the formal placement’. Moreover, he observed that ‘political forces seem to be able to undo informally, or at least strongly influence, such formal allocations in ways that we may not fully appreciate or incorporate into our separation of powers analysis’. In conclusion, Fitts asserted that those ‘who spend their professional lives thinking about the legal and formal rules of government structure may systematically ... underestimate the role informal politics plays in redirecting formal government decisions along significantly different paths’. Over the past decade, legal academics have employed hydraulics analyses in a variety of contexts. Yet, none of these studies has addressed how a judge’s anticipation of a hydraulics response might impact his decisionmaking. This is not surprising. Most of the hydraulics studies have been limited to scenarios where the rights-assigning entity was nonjudicial.” (MILLIGAN, Luke M. Congressional End-Run: The Ignored Constraint on Judicial Review. *Georgia Law Review*, v. 45, n. 1, p. 211-274, Fall 2010. pp. 252-254)

²⁰³ “The Supreme Court, of course, does more than simply interpret legislative and administrative texts. It also engages in judicial review. While conventional views regarding judicial supremacy and interpretive primacy have undoubtedly chilled SOP research in this area, several political scientists have nonetheless turned to study legislative responses to unwelcomed judicial review. Despite the varied terminology of judicial politics scholars, my research indicates that each of the congressional constraints on judicial review addressed by the literature can be classified as either a ‘curb’ or an ‘override’.” (MILLIGAN, Luke M. Congressional End-Run: The Ignored Constraint on Judicial Review. *Georgia Law Review*, v. 45, n. 1, p. 211-274, Fall 2010. pp. 231/232)

exemplos de freios a utilização do Senado para confirmar a indicação de certos juízes que comporão tribunais; emendas constitucionais para mudar a estrutura ou o procedimento do tribunal; *impeachment* de juízes; retirada da competência do tribunal para apreciar determinadas matérias; alteração do processo de seleção e remoção de juízes; exigência de maiorias extraordinárias para declarações de inconstitucionalidade; instrumentos para tornar o tribunal “mais representativo” (aumentando as indicações políticas); retirada do poder de revisão judicial; cortes no orçamento; alterações do tamanho do tribunal. Além disso, o autor também aponta como exemplos desses freios (*curbs*) o poder do Congresso para congelar os salários dos juízes, ajustar o orçamento em relação ao pagamento de pessoal, exigir o dever de autocontenção judicial, coletar e publicar informações depreciativas sobre juízes e especificar o número de votos necessários para exercer o poder de revisão judicial.²⁰⁴

A sobreposição (*override*), por sua vez, seria, segundo Milligan, o poder de anular os atos de revisão judicial. Ocorreria quando o Congresso sobrepõe a sua própria interpretação da constituição à da corte constitucional. Para o autor, a sobreposição poderia ocorrer de duas formas, ou por emenda constitucional, ou quando o Congresso desconsiderasse, por ação ou omissão, qualquer interpretação não desejada. Para o autor, esse segundo tipo de substituição evocaria a observação de Hamilton de que o Judiciário “pode verdadeiramente dizer que não tem força nem vontade, mas sim um juízo”.²⁰⁵

Milligan está tratando do caso estadunidense, de modo que não se pode pretender aplicar essas formas de freio e de sobreposição, em termos de direito comparado, sem a

²⁰⁴ “Curbing. One traditional constraint on judicial review is known as the congressional curb. A ‘curb’ is a punitive response to adverse judicial review. It has been defined as a formal congressional act ‘intended to limit the independence of the Court and ensure that future decisions will be in accord with congressional preferences’. Curbs are indirect and asymmetrical; the offending decision goes undisturbed while the Justices are denied certain powers or independence in future cases. Perhaps the most obvious examples of curbs are articles of impeachment and jurisdiction-stripping legislation. In 1991, Professor Rosenberg identified ten forms of congressional curbs: (1) using the Senate’s confirmation power to select certain types of judges; (2) enacting constitutional amendments to ... change Court structure or procedure; (3) impeachment; (4) withdrawing Court jurisdiction over certain subjects; (5) altering the selection and removal process; (6) requiring extraordinary majorities for declarations of unconstitutionality; (7) allowing appeal from the Supreme Court to a more ‘representative’ tribunal; (8) removing the power of judicial review; (9) slashing the budget; (10) altering the size of the Court. One should add to Rosenberg’s list Congress’s power to freeze judicial salaries, adjust staff funding, require circuit duty, collect and publish information about disfavored judges, and ‘specify the number of votes needed to exercise the power of judicial review’.” (MILLIGAN, Luke M. Congressional End-Run: The Ignored Constraint on Judicial Review. *Georgia Law Review*, v. 45, n. 1, p. 211-274, Fall 2010. pp. 233/234)

²⁰⁵ “Overrides. A curb is not the only means by which Congress can constrain judicial review. Congress, after all, has the power to override acts of judicial review. An ‘override’ occurs when Congress substitutes its own interpretation of the Constitution for that of the Court. Overrides come in two general forms. First, Congress can initiate a constitutional amendment. Alternatively, Congress can disregard by act or omission any unwelcomed interpretation. This second type of override evokes Hamilton’s observation that the judiciary ‘may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment’.” (MILLIGAN, Luke M. Congressional End-Run: The Ignored Constraint on Judicial Review. *Georgia Law Review*, v. 45, n. 1, p. 211-274, Fall 2010. pp. 236/237)

necessária compatibilização com o contexto institucional e político do país que se considera. Por exemplo, no Brasil, as emendas constitucionais também podem ser uma forma de sobreposição, mas é preciso lembrar que o STF pode fazer a revisão judicial da emenda constitucional tendo como paradigma as chamadas “cláusulas pétreas”.²⁰⁶ No entanto, essas formas de freios e de sobreposição podem, com as devidas ressalvas contextuais, ser objeto de investigação também em outros países. Aliás, como já se pôde observar no subitem anterior, muitas delas já foram e estão sendo utilizadas, no Brasil, pelas elites políticas em face do STF.

É claro que essas tentativas de contornar a decisão judicial comumente são acompanhadas por respostas do Poder Judiciário, que podem buscar fechar as saídas para o descumprimento ou aumentar os custos para outras rotas alternativas pelas quais os atores políticos tentam desviar. Nos EUA, estudiosos do tema têm recentemente desenvolvido a chamada doutrina antievasão, que procura criar mecanismos para fechar os caminhos deixados abertos pelas regras existentes, ou seja, para evitar que ocorra o cumprimento formal da decisão mediante desvios finalísticos, em que os seus destinatários buscam rotas de fuga indevidas.²⁰⁷

Ocorre que, para a corte constitucional, talvez não seja estrategicamente aconselhável a utilização desses mecanismos antievasão em determinados casos. Ao utilizar esses instrumentos, precisa admitir, em alguma medida, que as suas decisões estão sujeitas a

²⁰⁶ “Ao menos em princípio, algumas dessas opções não parecem muito promissoras para legisladores e presidentes brasileiros que desejem reagir a certas decisões do STF. Aqui, as regras formais fazem bastante diferença. No direito constitucional brasileiro, é amplamente reconhecido que o STF pode anular emendas à própria constituição, caso violem as chamadas ‘cláusulas pétreas’. Isso significa que as reações de natureza ‘formal’ indicadas na tabela acima têm um alcance reduzido. Tendo em vista que a composição, a estrutura, a competência e as garantias do STF estão previstas no texto constitucional, só poderiam ser retiradas por emendas – que, dada a relativa facilidade de acesso à jurisdição do tribunal, invariavelmente serão levadas ao próprio tribunal para que discuta a sua constitucionalidade. Ou seja: após a retaliação formal, na prática a palavra sempre voltará ao próprio tribunal. Isso não exclui, é claro, que emendas à constituição que pretendam reduzir o poder do STF ou alterar sua composição não possam eventualmente ser consideradas constitucionais pelos Ministros. O que se procura mostrar aqui é que, ao menos formalmente, os Ministros terão acesso a mais uma oportunidade de rejeitar essas retaliações, ao contrário do que ocorre em países como os EUA, tornando-as assim menos atraentes aos poderes políticos.” (ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. Revista Direito e Práxis*, v. 4, n. 7, p. 85-121, 2013. p. 110)

²⁰⁷ “Courts may have a limited ability to influence the possibilities for evasion through judicial doctrine. Most obviously, courts can work, either within a single case or a series of cases, to close off or raise the costs of action along the other potential routes. But there are also more complex doctrinal devices. For example, courts can develop what recent scholarship has called ‘anti-evasion doctrines’: standard-like devices that seek to close off pathways left open by existing rules. In other words, courts can develop doctrines to ‘bolster or backstop’ rules in order to ‘prevent circumvention of the constitutional command by formal compliance with the decision rule itself—that is, compliance that nevertheless permits avoidance of the principle the initial decision rule was designed to implement’. This can be done, for example, by developing doctrines that consider whether an action, although formally following a permissible rather than prohibited route, has a purpose of achieving the impermissible route or is actually a pretext to carry out the prohibited route.” (LANDAU, David. *Political support and structural constitutional law. Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, p. 1069-1124, 2016. p. 1079)

descumprimento, ou seja, que é possível o direito ceder diante do poder. Assim, é preciso considerar os impactos que esses mecanismos antievasão podem ter sobre o direito constitucional.²⁰⁸ Além disso, para o tribunal constitucional, utilizar essas doutrinas em suas decisões implica reconhecer, em alguma medida, a má-fé dos membros dos outros Poderes Constituídos,²⁰⁹ e isso pode abalar a sua relação com eles. A utilização desses mecanismos pode, ainda, levar a corte a “legislar”, pois é preciso prever possíveis condutas futuras de descumprimento e dizer como o outro órgão terá de se comportar, o que pode abrir um outro flanco para críticas à atuação judicial. Nesse ínterim, os mecanismos antievasão implicam determinações adicionais que talvez sejam desnecessárias, que podem tornar a decisão judicial ainda mais polêmica ou, ainda, que também sejam contornadas, porque dificilmente conseguirá a corte constitucional fechar todas as saídas. Por fim, se as elites políticas utilizarem mecanismos para contornar a decisão judicial, evadindo-se dela, talvez a evasão não gere tantos impactos negativos para a autoridade da corte constitucional quanto um descumprimento direto.

Assim, quando a corte constitucional toma uma decisão e analisa a conjuntura política para assegurar que ela seja cumprida, ou deixa algumas saídas abertas para os órgãos políticos, esse “é um tipo de avaliação de risco que procura obter precauções ótimas (em vez de máximas)”, como apontam Brannon Denning e Michael Kent.²¹⁰

Quando se fala em riscos de descumprimento, direto ou indireto, é preciso ainda considerar um complexo de variáveis, que dependem sobretudo do contexto institucional e político de determinado país em dado tempo. Por exemplo, instituições e atores políticos mais

²⁰⁸ “Finally, the Court expresses a reluctance to create AEDs when it believes the consequences of adopting a particular AED will destabilize or dramatically alter constitutional doctrine.” (DENNING, Brannon P.; KENT, Michael B. Jr. *Anti-Anti-Evasion in Constitutional Law. Florida State University Law Review*, v. 41, n. 2, p. 397-434, Winter 2014. p. 420)

²⁰⁹ “As hinted at in the prior Part, the Court has displayed an ambivalent relationship with purpose tests throughout the years. On the one hand, it frequently uses purpose or intent tests to flush out unconstitutional actions that were somehow concealed. But on the other, the Court is often wary of relying on impermissible purpose alone to invalidate official action, as *Palmer v. Thompson*, *Eldred*, and *Henneford* showed. The Court's ambivalence stems from, as critics have argued, a reluctance to accuse another branch of legislating in bad faith, the difficulty in assigning motive or intent to a multimember body, the differences between the judicial and legislative functions, and the possibility that offending legislation will simply be reenacted after somehow purging itself of the effects of the malign purpose.” (DENNING, Brannon P.; KENT, Michael B. Jr. *Anti-Anti-Evasion in Constitutional Law. Florida State University Law Review*, v. 41, n. 2, p. 397-434, Winter 2014. p. 420)

²¹⁰ “In this way, the actions of the Court when it employs anti-antievassão confirm our earlier observation that when the Court chooses among decision rules, it is engaging in a form of risk regulation. Just as AEDs suggest that the Court's doctrinal formation is a type of risk assessment that seeks to achieve optimal (rather than maximal) precautions, the decision not to create an AED suggests that the Court believes adequate (even if incomplete) protections already exist without the need for additional decision rules.” (DENNING, Brannon P.; KENT, Michael B. Jr. *Anti-Anti-Evasion in Constitutional Law. Florida State University Law Review*, v. 41, n. 2, p. 397-434, Winter 2014. p. 432)

fracos terão menos condições de repelir ou contornar decisões judiciais do que aqueles com maior poder político.

Além disso, as cortes constitucionais terão mais facilidade para obter êxito no cumprimento das suas decisões quando contarem com o apoio de outros políticos, de outras instituições ou de grupos da sociedade civil, que podem fazer pressão para que a decisão seja efetivada. Assim, o nível de apoio político desses setores ao tribunal constitucional é uma variável importante na própria tomada de decisão, quando ela pode contrariar interesses de elites políticas.²¹¹

Se o tribunal constitucional conseguir obter apoio popular, aumentará os custos políticos para aqueles que pretendam descumprir ou evadir-se à decisão judicial. Assim, a corte constitucional pode acumular capital político ao longo do tempo. Nesse ponto, a agenda de direitos humanos, por exemplo, costuma servir para o tribunal constitucional angariar capital político diante do público e de organismos internacionais. Ações envolvendo igualdade de oportunidades e igualdade de gênero comumente são acompanhadas por grupos ativistas, com alta capacidade de mobilização, e, quando a corte constitucional decide favoravelmente a esses grupos, costuma obter muito capital político.

De outro lado, decisões sobre questões institucionais estruturais não possuem o mesmo engajamento popular. David Landau confirma essas afirmações citando exemplos de casos julgados pelas Cortes Colombiana, Mexicana e Estadunidense e a sua repercussão popular.²¹² Segundo Landau, recentes defesas da revisão judicial têm se concentrado no papel

²¹¹ “The point can be seen theoretically by emphasizing a common set of problems faced by courts when engaging in structural judicial review. Courts must commonly contend with problems of compliance, either directly or through evasion, when political actors find ways to work around existing jurisprudence by finding alternative routes to achieve a similar end. Courts are more likely to be successful in closing off routes for evasion when they can count on the support of other political actors or civil society groups to help them, or at least to avoid colluding with overreaching institutions. Further, courts often must contend with problems of institutional weakness, which occurs when institutions abdicate their constitutionally assigned responsibilities. These problems of abdication are extremely difficult—perhaps ordinarily impossible—for courts to use doctrine to deal with, and they are in a stronger position when they do not arise. Thus, in facing both classes of problems, the level of political support courts receive from other institutions and actors would appear to be to be a critical variable.” (LANDAU, David. Political support and structural constitutional law. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, n. 4, p. 1069-1124, 2016. pp. 1071/1072)

²¹² “Virtually all of the work on popular mobilization in response to judicial decisions has focused on high-stakes rights contexts like abortion, antidiscrimination, etc. Structural decisions often (although not inevitably) seem to lack this level of popular engagement. The Colombian and Mexican examples studied in this Article are examples. The Colombian court’s aggressive engagement with structural issues has gone largely unnoticed, and most popular attention has instead gone to the court’s highprofile cases on a range of rights issues including same-sex marriage, abortion, and socioeconomic rights. The Mexican court is an even more striking case: it is known in the comparative literature as a primarily structural court, and yet even here its limited engagement with hot-button issues like abortion and same-sex marriage has overshadowed its important reshaping of Mexican political structure. The United States seems to demonstrate the same basic pattern, with the exception of a small handful of major structural cases (*Bush v. Gore*, *NFIB*). Even the major United States structural cases, including the ‘new federalism’ jurisprudence of the Court, have had relatively little popular impact.” (LANDAU, David.

do tribunal constitucional como um mecanismo de “alarme de incêndio”, ou seja, as decisões judiciais podem servir para alertar o público de que os atores políticos estão extrapolando e, portanto, devem se mobilizar e prestar mais atenção às ações dos políticos.²¹³

Uma estratégia por vezes utilizada pelos tribunais constitucionais, ao decidir questões estruturais, é o desenvolvimento argumentativo acerca de um conjunto de princípios constitucionais que estão na consciência popular. A esse respeito, David Landau exemplifica com o caso do Tribunal Constitucional Colombiano, em que a decisão que impediu o Presidente do país de legislar por decretos foi fundamentada em argumentos como as violações a direitos humanos e os abusos ocorridos em momento pretérito pelos governos em contextos de estado de emergência.²¹⁴

Entretanto, a revisão judicial em questões estruturais tende a ser modesta, não somente no sentido do impacto que pode causar no funcionamento das instituições, mas também considerando até onde pode positivamente chegar. Como aponta David Landau, ainda que tente transformar o comportamento burocrático, a decisão judicial centra-se em torno da provisão de algum conjunto particular de serviços, em vez de ser de âmbito mais geral. Mesmo se não houvesse restrições à atuação judicial, seria improvável que tribunais

Political support and structural constitutional law. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, n. 4, p. 1069-1124, 2016. p. 1121/1122)

²¹³ “Courts also have an alternative to seeking to draft in support from domestic or international political elites: they may seek to build popular support, thus raising the costs of either noncompliance or evasion. A significant U.S.-based literature has focused on ways in which judicial decision making on rights issues might mobilize popular support in either a positive or negative fashion. For example, scholars have examined how gender pay-equity litigation served as an organizing force for activist groups, and these groups ended up achieving much more because of their increased mobilization than they did directly through litigation. Other work has examined the ‘backlash’ hypotheses, considering whether major judicial decisions like *Roe v. Wade* may inadvertently mobilize opposition groups that are more powerful than those mobilizing in support of the decisions. Finally, recent defenses of judicial review have focused on the role of the court as a ‘fire alarm’ mechanism in a principal-agent game: judicial decisions may serve to alert the public that political actors are overreaching, and therefore that they should mobilize and pay attention to political developments.” (LANDAU, David. Political support and structural constitutional law. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, n. 4, p. 1069-1124, 2016. p. 1121)

²¹⁴ “The Colombian court’s emergency powers jurisprudence offers an example. As noted above, this has been one of the court’s most prominent successes-it has effectively closed off the possibility of executives ruling by emergency decree in all but extraordinary and unforeseen circumstances. A part of the explanation for the Court’s success seems to lie in the historical importance of the issue both for the Colombian political class and the general public. In popular consciousness, the state-of-siege mechanism was connected both with ineffectiveness and with human rights abuses. This critique was rolled into broader critiques of the way rights were violated by the government, by guerrilla groups, and by paramilitaries, with impunity throughout Colombian society. The court’s jurisprudence in the post-1991 period thus gained part of its strength from the resonance that the rights issues connected to the state of siege had with the Colombian population.” (LANDAU, David. Political support and structural constitutional law. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, n. 4, p. 1069-1124, 2016. p. 1122)

empreendessem uma intervenção estrutural generalizada na legislatura ou em outro ramo do governo.²¹⁵

Analisando a questão do ponto de vista do direito constitucional comparado, David Landau aponta que a revisão judicial ocorre, na prática, de forma diversa da que é concebida pelas teorias constitucionais clássicas. Ressalta que, em questões estruturais, a revisão judicial será mais efetiva quando possui suporte externo significativo em outros lugares do sistema político e que, quando esse apoio faltar, os tribunais terão poucas chances de sucesso, mesmo com grande esforço ou sofisticação doutrinária.²¹⁶ De outro lado, como aponta Landau, os tribunais possuem alguma habilidade para construir apoio para as suas decisões, quando elas faltam no princípio. Podem, por exemplo, tomar decisões para obter apoio de instituições políticas, ou obter apoio de substitutos dessas instituições, no nível internacional ou perante o público em geral.²¹⁷

²¹⁵ “An abdication problem is often rooted in structural characteristics that are difficult for judiciaries to influence. For example, legislative abdication is often rooted in characteristics of the party system. But it is difficult to see how judicial doctrine could alter the fragmentation or institutionalization of a party system. A potential path would be a sustained structural intervention, but this would be unlikely for a court to undertake. Structural remedies, of course, do exist, both within and outside of the United States. Indeed, debates about their efficacy, propriety, and cost, as well as ideal model, have consumed a significant volume of scholarship. The major structural judicial decisions involve large-scale bureaucratic failures to carry out constitutional or legal rights or sets of rights. They often attempt to transform bureaucratic behavior but center around the provision of some particular set of services rather than being more general in scope. Moreover, structural judicial interventions in at least some institutions seem to strain judicial role conceptions to the breaking point. In the United States, justiciability doctrines and the political question doctrine make interventions in legislative procedure and similar internal dimensions of judicial behavior unlikely. Even in systems without these same constraints, courts may be unlikely to undertake a generalized structural intervention in the legislature or another branch of government.” (LANDAU, David. Political support and structural constitutional law. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, n. 4, p. 1069-1124, 2016. p. 1085/1086)

²¹⁶ “The case studies in the prior section lend some support to the theory developed in Part I: judicial success in carrying out projects of structural judicial review depends at least in large part on whether the court can find support from other political and social actors. This is a modest point but one with potentially significant implications for U.S. and comparative constitutional law. This part draws out two major points. First, the relationship between judicial review and political support may be different than is often conceptualized in constitutional theory. The structural safeguards literature argues that courts should refrain from enforcing constitutional structure when other actors or mechanisms are available to enforce that structure. But the theory and evidence presented here suggests that structural judicial review may be most effective when it has significant external support elsewhere in the political system. Moreover, when such support is lacking courts may have little prospect of success regardless of doctrinal effort or sophistication. Thus, at least in some contexts judicial review and structural safeguards should be seen as complements, not substitutes.” (LANDAU, David. Political support and structural constitutional law. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, n. 4, p. 1069-1124, 2016. p. 1110)

²¹⁷ “The second point is that courts have at least some ability to construct these supports when they are missing at the outset. Courts can, for example, time or draft decisions so as to marshal support from other political institutions. They can also craft decisions so as to garner support from substitutes for these institutions, at the international level or from the public. While scholars are paying attention to the mechanisms when studying rights, they are less likely to focus on them when studying structure.” (LANDAU, David. Political support and structural constitutional law. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, n. 4, p. 1069-1124, 2016. p. 1110)

No caso de o tribunal constitucional receber esses suportes, há diminuição do risco de descumprimento direto ou de represálias contra a decisão judicial, pois os tornam mais visíveis, além de aumentarem o seu custo político frente às demais instituições e ao eleitorado.²¹⁸ Ocorre que, muitas vezes, essa retaliação pode vir de forma sub-reptícia, oculta, o que pode dificultar a atuação judicial.

Assim, a complexidade com que se estruturam as instituições de determinado país oferecem diferentes maneiras de atores políticos se evadirem da decisão judicial para atingir seus objetivos, ainda que não a descumpram diretamente. No entanto, com isso, os esforços judiciais para melhorar as instituições podem, por vezes, causar ainda mais disfunções estruturais.

Além disso, como aponta David Landau, o sistema de governo acaba por ser um preditor significativo do comportamento legislativo na maioria dos contextos políticos modernos. Por exemplo, em sistemas presidencialistas, os parlamentares, individualmente considerados, podem não ter incentivos para efetivamente controlar o Executivo. De outro lado, se as instituições legislativas estiverem nas mãos de partidos fortes que se opõem ao Executivo, será muito provável que o Legislativo exerça mais o seu papel.²¹⁹

Assim, a forma como essa inter-relação entre os Poderes Constituídos ocorre depende dos contextos políticos de cada país, em dado momento. Em alguns países e contextos, a organização das instituições relevantes e os incentivos atuarão para que a separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos funcione relativamente bem, como nos casos em que o chefe de governo e o parlamento são controlados por diferentes partidos. Contudo, quando o Executivo e o parlamento são controlados pela mesma base partidária, ou onde o sistema partidário é fraco, haverá mais propensão a que o sistema de freios e

²¹⁸ “Existing literature also suggests that the risk of direct noncompliance or reprisal depend in part on whether courts have support from political institutions or the public. Either form of support may make efforts at noncompliance more visible and thus costlier. Similarly, these forms of support may raise the costs of efforts to retaliate against the judiciary.” (LANDAU, David. Political support and structural constitutional law. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, p. 1069-1124, 2016. p. 1075)

²¹⁹ “These problems, like problems of evasion, will vary according to the political context. For example, the party system is a meaningful predictor of legislative behavior in most modern contexts. Take legislative behavior within a presidential system as a paradigm case. ‘Abdicating’ legislatures are probably most likely in contexts where party systems are either weakly developed or where the same political force controls multiple institutions. In both cases, individual legislators may lack the incentive to exercise control over the executive. In contrast, these problems may be less likely to arise where opposing institutions are in the hands of strong parties that are in opposition to the executive. Thus, courts will sometimes have to deal with pervasive problems of institutional abdication, but in other cases will be able to rely on ambition checking ambition in the Madisonian conception. The judicial task will be much more achievable in the latter case than in the former.” (LANDAU, David. Political support and structural constitutional law. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, n. 4, p. 1069-1124, 2016. p. 1086/1087)

contrapesos funcione mal.²²⁰ Como aponta Mark Tushnet, a posição dominante de um partido permite que ele implemente políticas que prejudicam a independência judicial, sem serem bloqueadas pela oposição, nos órgãos políticos, ou pelos próprios juízes.²²¹ Neste contexto, será mais difícil uma atuação efetiva da corte constitucional para melhorar as condições democráticas, pois o poder político estará concentrado e terá mais instrumentos de manobras para descumprir ou se evadir das decisões.

Em perspectiva de direito constitucional comparado, David Landau analisa a atuação dos Tribunais Constitucionais Colombiano e Mexicano. Landau aponta que, ao decidir impor limites ao poder do Executivo em relação aos poderes de emergência, o Tribunal Constitucional Colombiano recebeu apoio de atores políticos externos, o que foi fundamental para que houvesse a prevalência dessa decisão; de outro lado, ao abordar o tema da dominância do Executivo e da fraqueza do Legislativo, o Tribunal não recebeu apoio, em razão da natureza do sistema partidário. Em contraste, as ações da Suprema Corte Mexicana que limitaram poderes regulatórios do Presidente foram levadas a efeito e tiveram como conseqüência a distribuição do poder, porque o parlamento, liderado pelos outros dois grandes partidos, estava pronto para assumir a tarefa de elaboração de políticas nacionais.²²²

No Brasil, a força e as fraquezas do seu Tribunal Constitucional também têm ficado em evidência, sobretudo a partir da crise política que iniciou em 2013, em que presidentes, ex-presidentes e mais da metade dos parlamentares federais são investigados

²²⁰ “From a comparative perspective, the degree to which structural systems are self-enforcing will vary in somewhat predictable ways across political contexts. In some cases, the incentives and organization of the relevant institutions will line up so that the Madisonian story fits relatively well. Scholarship suggests, for example, that modern political systems are determined largely by party system dynamics, so where a strong party system exists, and where the president and legislature are controlled by different parties, the self-enforcing story of separation of powers may approximate reality. But the story will probably break down where executives and legislatures are controlled by the same party or where parties are weak and poorly institutionalized rather than strong. In comparative terms, then, the United States demonstrates an unusually unpredictable pattern of executive-legislative relations. The two-party system found here creates an oscillation between unified and divided government, and thus in relatively strong and relatively weak separation of powers. But patterns elsewhere may be more stable. Executives may work within a strong party system with three or more strong parties, in which case divided government would be the rule (Mexico since 1997). Or they might work within a dominant party system, in which case it would be exceptional for the executive not to enjoy a legislative supermajority (Mexico before 1994). Finally, they might work within a poorly institutionalized party system, where the incentives of individual legislators are not likely to be aligned to produce an ambitious legislature on national issues (Colombia). Even if it would be normatively undesirable for United States constitutional jurisprudence to shift with the frequent oscillations between divided and unified government, it may be more sensible for the jurisprudence of countries with more stable relationships to be attuned to elements of the party system.” (LANDAU, David. Political support and structural constitutional law. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, n. 4, p. 1069-1124, 2016. p. 1111/1112)

²²¹ TUSHNET, Mark. Preserving Judicial Independence in Dominant Party States. *New York Law School Law Review*, v. 60, n. 1, p. 107-124, 2016. p. 108.

²²² LANDAU, David. Political support and structural constitutional law. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, n. 4, p. 1069-1124, 2016. p. 1113.

criminalmente. Questões constitucionais são decididas pelo STF em meio a um contexto de crise, considerando mais os envolvidos e as consequências imediatas da decisão do que o paradigma constitucional.

Essa investigação teórica e empírica, considerando casos emblemáticos de intervenção do STF na política e nos rumos do país, de um lado, e de outro, a Corte Constitucional brasileira se curvando às elites políticas, aponta que algumas absolutizações como “supremocracia”²²³ e “ditadura do Judiciário”²²⁴ não se sustentam em todas as situações, e que análises teóricas sobre revisão judicial forte ou fraca são subcomplexas. Contudo, não se pode aqui, somente com base nesses casos e nas teorias expostas, concluir sobre como seria a atuação global da Corte Constitucional brasileira, tampouco que ela seria subserviente à política ou que teria (ou não) capacidade para corrigir as disfunções democráticas, sob pena de se incorrer no mesmo erro.

Pesquisas sobre o desempenho de tribunais constitucionais comumente se desenvolvem a partir de dois cenários em abstrato: num deles, os juízes são independentes e podem decidir livremente, sem sofrer sanções; no segundo cenário, os juízes não possuem independência de fato, pois podem sofrer sanções dos governos quando as suas decisões os afrontarem. Segundo essas pressuposições, quando os governos são incapazes de punir os juízes, estes poderiam decidir de acordo com as suas preferências sinceras; no entanto, quando os governos são capazes de realizar punições, os juízes seriam estrategicamente deferentes *ex ante*, de modo que os políticos teriam pouca necessidade de sancioná-los *ex post*.²²⁵

Entretanto, como adiante se demonstrará, na América Latina e, especificamente, no Brasil, essas duas situações hipotéticas quase nunca se concretizam puramente, pois a realidade se apresenta de forma muito mais complexa. A título de exemplo, há diversas situações em que tribunais de países latino-americanos tomaram decisões contra governos e sofreram severas sanções. Nesse tocante, é possível observar que as Cortes Constitucionais da

²²³ VILHENA, Oscar. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 12, p. 55-75, out.-dez. 2008. p. 59/60

²²⁴ DELMANTO, Roberto. A ditadura do Judiciário. *Migalhas*, 15/3/2018. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI276327,101048-A+ditadura+do+Judiciario>>. Acesso em: 18/8/2018.

²²⁵ “In short, existing theories lead us to expect that litigation should largely be the province of independent judiciaries. They also tell us, however, that sanctions against courts under either scenario will remain essentially unobserved. When governments are incapable of punishing judges, the latter will rule as they see fit. When governments are capable of carrying out punishments, judges will be strategically deferential *ex ante*, and thus politicians should have little need to sanction them *ex post*.” (HELMKE, Gretchen; STATON, Jeffrey K. *The Puzzling Judicial Politics of Latin America: A Theory of Litigation, Judicial Decisions, and Interbranch Conflict*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 306-331. p. 308)

Argentina, Bolívia, Equador²²⁶, Peru e Venezuela²²⁷ foram alvo de ataques dos governos nas últimas décadas, já em regime democrático. Mesmo em democracias mais estáveis, como Chile, Uruguai e Honduras, os tribunais constitucionais também sofreram diversos ataques em passado recente.²²⁸

No Brasil, ainda que tradicionalmente os ataques da classe política tenham sido, em termos estatísticos, menos contundentes do que em outros países latino-americanos²²⁹, algo diferente pode ser observado desde a crise política que se instaurou em 2013. Desde o início da crise, diversas decisões do STF que desagradaram as maiorias políticas foram alvo de descumprimento, direto ou indireto, e geraram reações sancionatórias por parte da classe política contra a Corte.

Além disso, diversas situações apontam que ministros da Corte Constitucional brasileira atuaram estrategicamente, seja para corrigir disfuncionalidades na política e coibir a corrupção, seja para salvaguardar a “velha política”. Se o STF, em muitas situações, parece

²²⁶ “But in Latin America (and elsewhere), judicial politics do not always fit so neatly with these expectations. Perhaps most obviously, sanctions against courts abound in the region (Helmke 2005; see also Chapters 8 and 10). All but a handful of countries in the region have entirely escaped judicial crises. In Argentina, Bolivia, and Ecuador, courts have been targeted by nearly every recent democratic government. From Carlos Menem’s infamous court-packing scheme in 1990 to Lucio Gutierrez’s illfated attempt to remove all thirty-one judges on the Ecuadorian Supreme Court in 2005 to Evo Morales’s nearly constant harassment of the Bolivian judiciary since his election in 2006, executives routinely concentrate their energies on attacking judges.” (HELMKE, Gretchen; STATON, Jeffrey K. *The Puzzling Judicial Politics of Latin America: A Theory of Litigation, Judicial Decisions, and Interbranch Conflict*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 306-331. p. 308)

²²⁷ “Judicial impeachments were immediately carried out in Peru in 1997, and the constitutional tribunal was left inoperative. In Venezuela, the government harassed individual judges, such as Justice Arrieché, whom the government claimed had presented false credentials during his judicial appointment hearings (Taylor 2009). In 2004, facing an important referendum, the Chávez government both passed a law that expanded the size of the court and moved to impeach several sitting justices (Taylor 2009). In Ecuador, Correa’s Constituent Assembly, which concluded its work in July 2008, gave the government a green light to remake the courts.” (HELMKE, Gretchen; STATON, Jeffrey K. *The Puzzling Judicial Politics of Latin America: A Theory of Litigation, Judicial Decisions, and Interbranch Conflict*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 306-331. pp. 311/312)

²²⁸ “Even in relatively stable countries, judges have come under repeated and highly public threat, if not actual attack. In Chile, Presidents Aylwin and Frei both attempted several times to remove Pinochet-era judges from power. In Uruguay, long a bastion of judicial independence in the region, one of the leading presidential candidates in 2009, José Mujica, recently had this to say about the court’s handling of amnesty: ‘I want to know the truth, but the judiciary doesn’t care a damn. It carries the stench of vengeance from the slut that gave birth to it.’ Meanwhile, in present-day Honduras, the judiciary has landed at the center of one of the country’s worst institutional crises in memory. So far, the court remains intact, but perhaps only because it chose to come down on the winning side of Zelaya’s battle with the legislature over this reelection.” (HELMKE, Gretchen; STATON, Jeffrey K. *The Puzzling Judicial Politics of Latin America: A Theory of Litigation, Judicial Decisions, and Interbranch Conflict*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 306-331. pp. 308/309)

²²⁹ Segundo pesquisa empírica realizada por Gretchen Helmke and Jeffrey Staton, as Cortes Constitucionais do Brasil e do Uruguai foram as que menos sofreram ataques por parte dos governos, no período analisado, de 1985 a 2008 (HELMKE, Gretchen; STATON, Jeffrey K. *The Puzzling Judicial Politics of Latin America: A Theory of Litigation, Judicial Decisions, and Interbranch Conflict*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 306-331. p. 310).

ter adotado uma postura para melhorar a democracia, observa-se que, em outras, pela conduta individual de seus ministros, se utilizou de práticas de constitucionalismo abusivo, de constitucionalismo de camuflagem e de autoritarismo velado. É com base nesse conjunto intrincado de fatores e contextos que se desenvolvem os próximos capítulos, buscando-se verificar qual é a real capacidade de a Corte Constitucional brasileira corrigir as disfuncionalidades, coibir a corrupção na política e melhorar as condições democráticas do país.

CAPÍTULO 2) EM BUSCA DE EXPLICAÇÕES PARA O NOVO PAPEL DO STF EM PERSPECTIVA COMPARADA: DIFICULDADES E DESAFIOS

Diversos estudos contemporâneos sobre tribunais e controle de constitucionalidade se desenvolvem a partir de teorias constitucionais que consideram os contextos estadunidense e/ou europeu, extraindo conclusões para problemas teóricos ancorados em situações ideais. Contudo, essas teorias constitucionais *standard* costumam ser subcomplexas para investigar problemas de revisão judicial em democracias mais recentes ou mais frágeis. Nesse contexto, é possível observar que não dão respostas satisfatórias para os problemas vivenciados, por exemplo, pela Corte Constitucional brasileira. Este capítulo pretende preencher essa lacuna. Após mostrar os diversos papéis de cortes constitucionais em diferentes países, em contextos autoritários e democráticos, parte-se para a análise das funções desempenhadas pelas cortes no constitucionalismo latino-americano, onde se encontrarão adversidades democráticas e experiências que podem lançar importantes luzes sobre o caso brasileiro. A seguir, sob uma perspectiva comparada, pretende-se investigar o novo papel do STF na política e na democracia, as suas dificuldades e seus desafios. Assim, passa-se a analisar o seu *design* institucional, considerando a independência judicial e o poder jurídico que foi conferido pela Constituição brasileira, a fim de minimizar interferências ilegítimas da classe política. Além disso, busca-se verificar a estrutura de oportunidades constitucionais e de incentivos sociopolíticos à judicialização, bem como a cultura jurídica, que também são determinantes na conformação desse novo papel desempenhado pela Corte Constitucional brasileira. A seguir, investiga-se o comportamento judicial do STF, sobretudo como ele tem atuado (se é que tem atuado) para enfrentar elites políticas, bem como para evitar retrocessos e melhorar as condições democráticas do país.

2.1. Cortes constitucionais em regimes autoritários e em democracias

Para investigar qual é a capacidade institucional de uma corte constitucional melhorar as condições democráticas do seu país, é essencial analisar qual é a relação dos tribunais constitucionais e da revisão judicial com regimes democráticos e regimes autoritários, bem como eles, na prática, se comportam nos contextos desses regimes.

Diversos são os estudos que apontam que cortes constitucionais, na grande maioria das vezes, contribuíram para a consolidação e o desenvolvimento de regimes

democráticos. Entretanto, com base nessa premissa, não se pode recair na falácia de que cortes constitucionais são sempre simpatizantes de regimes democráticos ou que sempre atuam em direção à democracia²³⁰, tampouco que regimes autoritários não têm interesse em implementar tribunais constitucionais.

Com efeito, na prática, a maioria dos países com regimes autoritários possuem uma constituição e um tribunal constitucional. Atualmente, por regimes autoritários, deve-se entender não somente aqueles em que há ditaduras, mas também aqueles em que existe um “autoritarismo competitivo”, como apontam Steven Levitsky e Lucan Way, ou seja, regimes em que “as instituições democráticas formais são amplamente vistas como o principal meio de obter e exercer autoridade política”, e nos quais “os governantes violam essas regras com tanta frequência e de tal forma que o regime não cumpre os padrões mínimos para a democracia”.²³¹

Hodiernamente, o que caracteriza um regime como autoritário não é a ausência de constitucionalismo ou de um tribunal constitucional, mas a forma como as suas instituições trabalham. Nesse ponto, vale aqui uma questão levantada por Mark Tushnet ao analisar regimes autoritários e regimes híbridos: se o constitucionalismo implica limitações ao governo e os regimes autoritários são aqueles em que o governo é ilimitado, por que esses regimes sempre possuem constituições?²³²

Em primeiro lugar, as constituições podem ser utilizadas instrumentalmente em regimes autoritários para que os seus líderes possam se perpetuar no poder. Como mostram Alberto Simpser e Tom Ginsburg, em regimes autoritários, a constituição serve como uma espécie de manual de operação, para que sejam seguidas as instituições do regime; como *outdoors*, com propagandas do regime; e como vitrines para aqueles que observam o país de fora do regime, a fim de que possam conhecê-lo da forma que os governantes pretendem.²³³

²³⁰ A partir de estudos de direito comparado, Tom Ginsburg identifica quatro tipos de papéis que os tribunais constitucionais podem desempenhar em transições democráticas: a) como agentes do passado, policiando a transição ou até mesmo preservando políticas do regime autoritário; b) como agentes do futuro, ajudando a transformar o processo político e estimulando a consolidação da democracia; c) em raras situações, desencadeiam o próprio processo de democratização, incentivando a mobilização e a transformação para o regime democrático, moldando estruturas e ambientes institucionais subsequentes; e d) serem simplesmente atores marginais, que não facilitam nem impedem uma transição para a democracia (GINSBURG, Tom. *Courts and New Democracies: Recent Works. Law & Social Inquiry*, v. 37, n. 3, p. 720-742, Summer 2012. p. 739).

²³¹ LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A.. Elections Without Democracy: The Rise of Competitive Authoritarianism. *Journal of Democracy*, Washington, v. 13, n. 2, p. 51-65, April 2002. p. 52.

²³² TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitutionalism. *Cornell Law Review*, v. 100, n. 2, p. 391-462, jan. 2015. p. 421.

²³³ GINSBURG, Tom; SIMPSE, Alberto. Introduction. In: GINSBURG, Tom; SIMPSE, Alberto (eds.). *Constitutions in Authoritarian Regimes*. Chicago: Cambridge University Press, 2014. pp. 1-20.

Ao investigar o que motiva líderes de governos autoritários a estabelecer instituições judiciais com diferentes graus de autonomia, Tamir Moustafa e Tom Ginsburg identificam cinco funções primárias dos tribunais em Estados autoritários, concluindo que eles podem ser usados para: a) estabelecer o controle social e o controle de adversários políticos; b) reforçar a existência de um regime com legitimidade “jurídica”; c) fortalecer a ideia de cumprimento de normas administrativas dentro do mecanismo burocrático do Estado e resolver problemas de coordenação entre facções dentro do mesmo regime; d) facilitar o comércio e o investimento; e e) implementar políticas controversas de modo a manter a política distante dos elementos centrais do regime.²³⁴

A Rússia é um bom exemplo disso. Vladimir Putin (no poder desde 1999) se utilizou da revisão judicial para ajudar a consolidar seu poder. A fim de criar um espaço político unificado, ele autorizou tribunais federais a anular leis regionais inconsistentes com a Constituição. Essa autorização, em uma análise superficial, poderia ser entendida como sendo apenas uma disposição neutra acerca do federalismo, de modo que, a uma primeira vista, seria consistente com outros Estados que adotam sistemas federalistas, como EUA e Brasil. Todavia, na Rússia, essa disposição foi utilizada por Putin para concentrar cada vez mais poder. A esse respeito, Ozan Varol aponta que, no discurso de Putin, a nova autoridade judicial federal, para derrubar as leis regionais, apenas enfatizava o “compromisso da Rússia com a legalidade e o Estado”. Ozan Varol aponta que os tribunais federais russos desempenharam o seu novo poder com zelo e derrubaram milhares de leis regionais, o que permitiu que Putin centralizasse e consolidasse seu poder, bem como reduzisse os controles verticais por governos regionais.²³⁵

A concentração de poder não é a única “utilidade” de cortes constitucionais para regimes autoritários. Em tais regimes, os tribunais constitucionais também podem servir como

²³⁴ GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir. Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Politics. In: GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir (eds.). *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. Cambridge University Press, 2008.

²³⁵ “For example, Vladimir Putin deployed judicial review to help consolidate his power in Russia. For the purported purpose of creating a unified political space, he authorized federal courts to nullify regional laws inconsistent with the federal constitution. That authorization appears, at least on its surface, to be nothing more than a neutral, straightforward assertion of vertical federal supremacy and is consistent with the models in other federal states, including the United States. According to Putin, the new federal judicial authority to strike down regional laws would thus merely reemphasize ‘Russia’s commitment to ‘legality and the state.’ The Russian federal courts deployed their newfound power with zeal and struck down thousands of regional laws. The elimination of those regional laws allowed Putin to centralize and consolidate his power and reduce the vertical checks on his power by regional governments.” (VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, University of Iowa College of Law, Iowa City, v. 100, n. 4, p. 1673-1742, May 2015. p. 1689)

instrumentos para que governos atraíam investimentos estrangeiros.²³⁶ Com efeito, os investidores precisam da segurança proporcionada por um órgão estatal imparcial que lhes garanta algum sucesso em eventuais demandas contra o Estado, ou, no mínimo, que o seu capital ou a empresa em que investem não sejam confiscados pelo Estado. Esses tribunais, em geral, protegem o direito ao livre mercado e o direito à propriedade, que são essenciais para que haja investimentos externos.²³⁷ No entanto, como aponta Mark Tushnet, em regimes autoritários, os governantes podem até querer assumir compromissos credíveis, mas não conseguem passar tanta credibilidade, precisamente porque podem alterar a constituição sempre que quiserem, e os públicos-alvo sabem que eles podem fazê-lo.²³⁸

Além disso, cortes constitucionais também são utilizadas em regimes autoritários para que sejam reduzidas as pressões de organismos internacionais relacionadas a direitos humanos.²³⁹

Em regimes autoritários, os tribunais constitucionais terão certa independência para decidir sobre as mais diversas questões, inclusive para que haja um “verniz” de independência judicial, de separação de poderes, de proteção a direitos e de democracia, como aponta Ozan Varol. Contudo, nesses regimes, dificilmente os tribunais constitucionais tomarão decisões que contrariem direitos estruturais ou que afetem diretamente o regime.²⁴⁰

Ademais, um regime autoritário pode se utilizar do tribunal constitucional para fazer prevalecer as suas preferências, transferindo para este a responsabilidade em relação a

²³⁶ Aliás, diversas instituições financeiras internacionais e os governos de diversos países, através de financiamentos e doações, ajudaram, direta ou indiretamente, a promover reformas judiciais e a fortalecer o Estado de Direito. Sobre o tema, vide: SANTISO, Carlos. Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005. p. 117-143. p. 117.

²³⁷ “The legitimacy provided by autonomous courts may also be helpful in attracting foreign investment and trade. Judicial review can provide legal assurances to foreign investors by protecting property rights and ensuring stability in the economic sphere, especially in regimes with some level of government corruption. For that reason, the World Trade Organization (‘WTO’) requires judicial supervision in trade-related areas, the establishment of which can convince a skeptical international community to invest in a state, despite any anti-democratic practices. For example, the Egyptian Constitutional Court was provided interpretative power over the constitution in part to attract foreign investment and assure international investors that the court would deter any changes to a free market economy.” (VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, University of Iowa College of Law, Iowa City, v. 100, n. 4, p. 1673-1742, May 2015. p. 1692)

²³⁸ TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitutionalism. *Cornell Law Review*, v. 100, n. 2, p. 391-462, jan. 2015. p. 422/423.

²³⁹ VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, University of Iowa College of Law, Iowa City, v. 100, n. 4, p. 1673-1742, May 2015. p. 1692.

²⁴⁰ VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, University of Iowa College of Law, Iowa City, v. 100, n. 4, p. 1673-1742, May 2015. pp. 1691/1692.

decisões polêmicas, que afetam determinadas elites ou que atingem atores internacionais, reduzindo os custos políticos e mitigando o desgaste da sua imagem no plano internacional.²⁴¹

Os líderes autoritários, para maquiagem seus regimes com legitimidade e legalidade, costumam utilizar uma retórica de Estado de Direito, democracia e constitucionalismo para implementar reformas que chamam de democráticas, mas que, em verdade, contêm medidas antidemocráticas ou de restrições democráticas.²⁴²

Assim, não se pode afirmar que cortes constitucionais são inerentes a regimes democráticos, nem que buscam sempre implementar valores democráticos. Também não seria possível estabelecer uma relação de necessidade entre democracia e crescimento da revisão judicial.²⁴³ Países marcadamente autoritários também tiveram aumento do poder de revisão judicial, como se demonstrou acima.

De outro lado, é possível observar um aumento do poder de revisão judicial à medida que a “terceira onda” de democracia²⁴⁴ avançou pelo mundo, tanto nas democracias estabelecidas, quando nas novas democracias. Nesse tocante, há diversos estudos empíricos que relacionam a atuação ativa de cortes constitucionais a transições democráticas e ao

²⁴¹ “Judicial review can also be established to avoid accountability by delegating controversial questions to the judiciary. By entrenching its policy preferences in a relatively autonomous judiciary, the regime can allow the judiciary to protect its interests, authorize judges to issue controversial decisions that political elites approve but cannot publicly champion, and insulate themselves from political accountability in the process. For example, in a series of controversial decisions, the Egyptian Constitutional Court overturned socialist policies to the alacrity of the ruling elite, who avoided the political backlash that would have resulted from the enactment of the contentious reforms through the political process.” (VAROL, Ozan O. *Stealth Authoritarianism. Iowa Law Review*, University of Iowa College of Law, Iowa City, v. 100, n. 4, p. 1673-1742, May 2015. pp. 1692/1693)

²⁴² “To imbue their regimes with the veneer of legitimacy and legality, authoritarians or would-be authoritarians frequently implement democratic reforms and employ rhetoric that invokes the rule of law, democracy, and constitutionalism. This sleight of hand can distract domestic and international audiences who often fail to detect anti-democratic measures through the fog of democracy rhetoric and reforms [...] In addition to democratic reforms, rhetoric that invokes the rule of law, democracy, or constitutionalism is often used to distract audiences from anti-democratic practices. Now-President Erdogan in Turkey, for example, frequently reiterates his grand vision of creating an ‘advanced democracy’ in Turkey. He also rebuts criticisms levied at controversial government measures either by citing a constitutional or legal basis for the measure or invoking comparative law and pointing to a democratic country (usually in the West) that has implemented the same measure. For example, a set of constitutional amendments that packed the Turkish Constitutional Court in September 2010 were adopted as part of a ‘democratization’ package intended to increase the involvement of the political branches in judicial appointments and bring the appointments process in line with liberal democracies, such as Germany.” (VAROL, Ozan O. *Stealth Authoritarianism. Iowa Law Review*, University of Iowa College of Law, Iowa City, v. 100, n. 4, p. 1673-1742, May 2015. p. 1715-1717)

²⁴³ “As the ‘third wave’ of democracy has proceeded around the globe, it has been accompanied by a general expansion in the power of judges in both established and new democracies. Virtually every post-Soviet constitution has at least a paper provision for a constitutional court with the power of judicial review. New constitutional courts have been established in many new democracies. The following table (Table 1.1) demonstrates the spread in new democracies of constitutional courts, that is, bodies with the explicit power to overrule legislative acts as being in violation of the constitution. Countries listed in the table are those characterized by the Freedom House survey as democracies in 2000 that had not been so as of 1986, plus other well-known ‘third wave’ democracies.” (GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies*. New York: Cambridge University Press, 2003. p. 6)

²⁴⁴ HUNTINGTON, Samuel P. *A Terceira Onda*. São Paulo: Ática, 1994.

desenvolvimento de democracias. Aliás, há evidências de que existe uma relação muito forte entre transição democrática, Estado de Direito, crescimento econômico, aumento de investimento estrangeiro e qualidade da governança.²⁴⁵

Além disso, têm perdido espaço os estudos que tratam da não-intervenção judicial e da ideia de soberania do parlamento como necessárias para a democracia.²⁴⁶ Mesmo em países como o Reino Unido, é possível notar a expansão da revisão judicial.²⁴⁷ Aliás, a própria ideia de soberania parlamentar como inerente à democracia parece ter sido datada e teve seu contexto, em que havia maior desconfiança em relação aos juízes. Noutros contextos, em que a desconfiança está mais ligada ao Poder Executivo e, muitas vezes, ao próprio Legislativo, a revisão judicial ganha mais espaço.

Num presidencialismo de coalizão, como é o caso do Brasil e de outros países da América Latina, onde as bases governistas são formadas no Congresso Nacional em razão de

²⁴⁵ “Legal and judicial reform has become a core objective of reformers seeking to consolidate democracy and deepen market reforms. It is also a critical concern of those international organizations seeking to assist them. Judicial reform is an essential dimension of the now much-lauded ‘second-generation’ economic reforms, which underscore the centrality of the institutions of governance for anchoring market-oriented reforms and consolidating democracy. The new paradigm of development economics identifies the strengthening of political institutions and reform of the state as determinant variables for effective economic governance. There exists a substantive body of evidence correlating the rule of law with economic growth, foreign investment and the quality of governance. Yet, effective judicial reform has been elusive in many transitional and developing countries.” (SANTISO, Carlos. *Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability*. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005. p. 117-143. p. 117)

²⁴⁶ “It was natural that the early proponents of democracy supported parliamentary sovereignty. They saw threats to liberty from the traditional sources: the ancien régime, the monarchy, and the church. Once these formidable obstacles to popular power had been overcome, theorists could hardly justify limitations on the people’s will, the sole legitimate source of power. As democratic practice spread, however, new threats emerged. In particular, Europe’s experience under democratically elected fascist regimes in World War II led many new democracies to recognize a new, internal threat to the demos. No political institution, even a democratically legitimate one, ought to be able to suppress basic liberties. Postwar constitutional drafting efforts focused on two concerns: first, the enunciation of basic rights to delimit a zone of autonomy for individuals, which the state should not be allowed to abridge; and second, the establishment of special constitutional courts to safeguard and protect these rights. These courts were seen as protecting democracy from its own excesses and were adopted precisely because they could be countermajoritarian, able to protect the substantive values of democracy from procedurally legitimate elected bodies.” (GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies*. New York: Cambridge University Press, 2003. p. 2)

²⁴⁷ “The second mechanism is the growth of domestic judicial review as shown by an expanding body of administrative law. According to many observers, United Kingdom (UK) courts are exhibiting growing activism in checking the government, especially since the 1980s.¹⁰ This administrative law jurisprudence has grown in recent years. The practice of international courts reviewing British legislation no doubt played a role in undermining the primary objection to domestic judicial review. The British objection to domestic courts exercising judicial review was not that judges were incapable of it or that the rule of law was a secondary goal. Indeed, it was the assertion that government was subject to ordinary law applied by ordinary judges that was at the heart of Dicey’s celebration of the English constitution. Rather, the traditional objection to judicial review was that the people acting through Parliament possess complete sovereignty. This argument has now lost force. If the will of the Queen in Parliament is already being constrained by a group of European law professors sitting in Strasbourg, then the objection to constraint by British judges is much less potent.” (GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies*. New York: Cambridge University Press, 2003. p. 4)

concessão de cargos de chefia em Ministérios, autarquias e empresas estatais, é comum que exista maior desconfiança em relação aos Poderes eleitos. Em diversos sistemas em que há um presidencialismo de coalização, a revisão judicial tem se mostrado necessária exatamente para coibir a concentração de poder no Presidente em detrimento do Parlamento, ou para preservar a aplicação das próprias regras democráticas. Em democracias menos maduras e com mais problemas de corrupção política e/ou concentração de poder, diversos autores defendem uma maior atuação do Judiciário, para corrigir essas disfuncionalidades democráticas, como adiante se demonstrará.

Em contextos de democracias frágeis, é possível observar que as elites políticas comumente buscam alterar regras constitucionais e infraconstitucionais para, por exemplo, reduzir a competição política, corroer os direitos individuais,²⁴⁸ aumentar o aporte de recursos estatais para fundos partidários e aprovar medidas de interesse de grupos econômicos que financiam campanhas eleitorais. Em tais situações, fica difícil não concordar que o Judiciário deva ter uma postura mais ativa nas questões de natureza política, sobretudo para corrigir as disfunções na democracia.

Aliás, a experiência de direito constitucional comparado mostra que a constituição não é sempre um momento para deliberação e reflexão democrática. Em diversos países, a elaboração da constituição e as emendas constitucionais são marcadas pelas manipulações das elites para se consolidarem no poder, implementarem benefícios próprios e, inclusive, prejudicarem direitos fundamentais.²⁴⁹

Em estudo comparado, Willian Partlett mostra que, em alguns países como Índia, Colômbia e África do Sul, os tribunais atuam de forma independente e como “grandes supervisores do exercício do poder político”. Segundo ele, “isto sugere que os tribunais

²⁴⁸ “One of the first lessons is that formal, written constitution-making (whether it is constitutional amendment or replacement) can be particularly dangerous to individual rights and institutionalized political competition in fragile and poorly institutionalized democracies. In these contexts, partisan elites can seize on electoral mandates and then use formal constitutional rules to reduce political competition and erode individual rights.” (PARTLETT, William. Courts and Constitution-Making. *Wake Forest Law Review*, Wake Forest University School of Law, Winston-Salem, CN, v. 50, p. 921-949, 2015. pp. 922/923)

²⁴⁹ “Comparative experience of formal constitutionmaking beyond the traditional canon of countries, however, shows that constitution-making is not always a time for democratic selfdeliberation and reflection. Instead, in many countries across the former Soviet Union, Eastern Europe, and South America, formal constitution-making has been characterized by elite manipulation. In many cases, self-interested elites have been able to win elections and then use their resulting control of the constitution-making process to push through formal rules that undermine individual rights and entrench their own power.” (PARTLETT, William. Courts and Constitution-Making. *Wake Forest Law Review*, Wake Forest University School of Law, Winston-Salem, CN, v. 50, p. 921-949, 2015. p. 926)

podem desempenhar um papel democraticamente legítimo no projeto constitucional”.²⁵⁰ Contudo, também é preciso ter certo cuidado com a sobrevalorização da atuação de algumas cortes constitucionais em estudos comparados. É comum que, para defender determinada tese, pesquisadores exaltem alguns aspectos, fazendo um corte epistemológico, de modo que outras variáveis relevantes sejam negligenciadas.²⁵¹

Nesse aspecto, o próprio Partlett afirma que existe certo otimismo em relação à possibilidade de tribunais melhorarem a constituição, mas, dentro de uma análise comparativa mais ampla da experiência das cortes constitucionais, observa-se que esses três tribunais (da Índia, da Colômbia e da África do Sul) são a exceção, pois, em diversas outras democracias menos desenvolvidas e “países do Sul”,²⁵² o que mais chama a atenção são problemas familiares de impotência e exploração judicial. Partlett afirma, em primeiro lugar, que a experiência comparativa mostra que os tribunais “são frequentemente ignorados em suas tentativas de regular os processos constitucionais”; em segundo, que “um controle de constitucionalidade robusto pode tornar-se uma ferramenta poderosa para novas elites”; e, em terceiro lugar, que os “tribunais podem se tornar instituições guardiãs que ajudam a proteger uma elite particular das majorias eleitorais concertadas”.²⁵³ Como exemplos de impotência e exploração judicial, podem ser citados os casos das Cortes Constitucionais da Rússia e da Venezuela.

A experiência do Tribunal Constitucional russo na década de 1990 é emblemática para mostrar a fraqueza judicial diante do Parlamento e do Governo. Como aponta Partlett, em 1992 e 1993, o Tribunal Constitucional russo, em alguns casos sensíveis, assumiu um papel mais ativo na tentativa de fazer cumprir as regras constitucionais democráticas. Num dos casos, esse Tribunal derrubou um decreto presidencial que buscava unir a polícia interna e a KGB (serviço secreto soviético) em nítida violação à separação de poderes. O Tribunal

²⁵⁰ PARTLETT, William. Courts and Constitution-Making. *Wake Forest Law Review*, Wake Forest University School of Law, Winston-Salem, CN, v. 50, p. 921-949, 2015. p. 930.

²⁵¹ Nesse tocante, parece que são selecionados alguns julgamentos das cortes constitucionais desses países, a fim de se defender a tese de que existe um constitucionalismo do Sul, no qual pode se admitir uma maior intervenção judicial para corrigir distorções democráticas.

²⁵² Alguns autores, como Daniel Bonilla Maldonado, que preconizam a existência de um Constitucionalismo do Sul, com uma nova gramática constitucional. Nesse tocante, tem sido dado como exemplo a atuação de três cortes constitucionais, em três diferentes continentes, quais sejam, as Cortes Constitucionais da Colômbia, da África do Sul e da Índia (MALDONADO, Daniel Bonilla. Introduction: Toward a Constitutionalism of the Global South. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). *Constitutionalism of the global South: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia*. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 1-37. pp. 21/22). O autor utiliza como exemplo esses três países que, em casos selecionados, tiveram um papel importante no estabelecimento da democracia ou no combate no autoritarismo, o que, segundo ele, indica que a atuação da corte constitucional pode, em alguns casos, melhorar as condições democráticas da instituição desses países.

²⁵³ PARTLETT, William. Courts and Constitution-Making. *Wake Forest Law Review*, Wake Forest University School of Law, Winston-Salem, CN, v. 50, p. 921-949, 2015. p. 934.

Constitucional russo limitou o poder presidencial, bem como derrubou extensões inconstitucionais de poder concedidas pelo Parlamento russo. Assim, ao longo do tempo, o Tribunal entrou cada vez mais em choque com o poder presidencial, sendo que o ponto culminante foi essa Corte ter derrubado um decreto do presidente russo que dissolvia a legislatura. Na sequência, como represália, o presidente Boris Yeltsin dissolveu o Tribunal Constitucional e, unilateralmente, impôs uma nova Constituição. Dois anos depois, o Tribunal Constitucional russo foi reaberto, mas com juízes muito mais flexíveis. Portanto, apesar das boas intenções e da tentativa de o Tribunal Constitucional russo fazer o controle dos atos do presidente, no melhor sentido do sistema de freios e contrapesos, ele não conseguiu melhorar as condições democráticas na Rússia governada por Yeltsin.²⁵⁴

O fracasso dos tribunais constitucionais em tentativas de melhorar as condições democráticas também pode ser observado em diversos países, como o emblemático caso venezuelano, com problemas que se renovam e se arrastam ao longo do tempo.²⁵⁵ Na Venezuela, o Presidente Nicolás Maduro, depois de uma crise institucional ocorrida em 2017, passou a não mais reconhecer os membros do *Tribunal Supremo de Justicia*, os quais buscaram exílio em outros países – esses juízes exilados passaram a integrar o que

²⁵⁴ “Russia presents the archetypal example of this judicial weakness during constitutional replacement. In 1992 and 1993, the Russian Constitutional Court took an active role in attempting to enforce the constitutional rules of the game. In its first case, the court struck down a presidential decree seeking to merge the internal police and the KGB as a violation of separation of powers. The Russian Constitutional Court did not just limit presidential power; later decisions also struck down unconstitutional extensions of power by the Russian Parliament. Over time, however, the court increasingly came into pitched conflict with the presidential administration. The final moment came when the court struck down a decree by the Russian President disbanding the legislature. In the aftermath of this decision, President Boris Yeltsin disbanded the constitutional court and unilaterally pushed through a new constitution entrenching presidential power. When the court reopened two years later, it had far more pliant judges. Despite the best attempts of the court to check the power of the president, it had ultimately been unable to improve the politics of constitution-making by blocking Yeltsin's imposed constitutional draft.” (PARTLETT, William. Courts and Constitution-Making. *Wake Forest Law Review*, Wake Forest University School of Law, Winston-Salem, CN, v. 50, p. 921-949, 2015. p. 935)

²⁵⁵ “We see a similar failed attempt by a court to check an abusive process of constitutional replacement in Venezuela. This controversy emerged most clearly in the litigation surrounding referendum questions for a new constitutional assembly. A critical question asked whether voters authorized newly elected President Hugo Chavez to personally determine ‘the bases of the electoral procedure in which the National Constituent Assembly will be elected’. The court struck this provision down and held that the assembly would not reflect ‘the true popular will’ if voters were forced to vote on an electoral procedure without knowing what it was. The court issued a follow-up decision clarifying that the National Constituent Assembly was ‘bound to the spirit of the constitution in force’. President Chavez easily circumvented both of these decisions, however, by writing the electoral rules in a way that helped ensure that he could dominate the Assembly and later declaring that a National Constituent Assembly dominated by his supporters stood above the existing constitution. Ultimately, therefore, the court failed to block Chavez in his attempt to unilaterally fashion the constitutional rules of the game.” (PARTLETT, William. Courts and Constitution-Making. *Wake Forest Law Review*, Wake Forest University School of Law, Winston-Salem, CN, v. 50, p. 921-949, 2015. p. 936)

autodenominam de *Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en el exilio*.²⁵⁶ Em seu lugar, Maduro nomeou juízes que apoiam o seu governo. Ocorre que esse Tribunal Constitucional, na atual composição, tem sido subserviente ao regime de Maduro, dando respaldo aos seus diversos atos antidemocráticos e de abuso do poder presidencial. A título de exemplo, em 31/5/2017, o *Tribunal Supremo de Justicia* em exercício declarou legítima a possibilidade de Maduro convocar uma nova Assembleia Nacional Constituinte sem referendo²⁵⁷, composta apenas com apoiadores do seu governo²⁵⁸ – posteriormente, cedendo a pressões populares, da oposição e de organismos internacionais, a Constituição elaborada por essa Assembleia Constituinte foi submetida a referendo popular e, no escrutínio dos cidadãos, não foi aprovada²⁵⁹. A Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 21/8/2018, reconheceu como ilegítimo o Tribunal Supremo de Justiça em exercício na Venezuela²⁶⁰.

Esses exemplos mostram que o Judiciário se revela um poder mais fraco, dependente de capital político e de outras instituições para impor as suas decisões. Caso os tribunais tentem atuar de forma completamente independente e sem considerar as forças externas que circundam os seus julgamentos, aumentam as chances de que as suas decisões não sejam cumpridas, que elas sejam “contornadas” ou, em situações extremas, que a composição do próprio tribunal seja dissolvida.²⁶¹

²⁵⁶ Os juízes do *Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en el exilio* se encontram exilados na Colômbia, no Chile, nos Estados Unidos e no Panamá e se encontram virtualmente uma vez por semana, pela rede mundial de computadores.

²⁵⁷ PRESSE, France. Tribunal Supremo venezuelano valida convocação de Constituinte sem referendo. *GI*, 31/05/2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/tribunal-supremo-venezuelano-valida-convocacao-de-constituente-sem-referendo.ghtml>>. Acesso em: 5/10/2018.

²⁵⁸ “[...] desde agosto de 2017, a Assembleia Constituinte da Venezuela, formada exclusivamente por chavistas, assumiu a ‘competência para legislar’ e ‘ditar atos parlamentares em forma de lei’. Essa Assembleia é chamada de ‘fraudulenta’ pela oposição e não reconhecida por vários países.” (PRESSE, France. Parlamento venezuelano respalda sentença de tribunal no exílio contra Maduro. *GI*, 22/8/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/08/22/parlamento-venezuelano-respalda-sentenca-de-tribunal-no-exilio-contra-maduro.ghtml>>. Acesso em: 5/10/2018)

²⁵⁹ “Venezuela ha dicho ‘no’ a la reforma constitucional de Hugo Chávez. Por un estrechísimo margen, 50,7% frente a 49,2%, los opositores al presidente venezolano le han infligido su primera derrota en las urnas en sus nueve años de Gobierno, rechazando una reforma que le hubiera dado un poder casi ilimitado. Con el 88% de los votos escrutados, Chávez ha comparecido para reconocer la victoria ‘pírrica’ de la oposición, pero no ha dado por perdida la guerra. Según él, las reformas han fracasado ‘por ahora’ y ‘siguen vivas’, lo que sugiere que podría intentar ponerlas en marcha más adelante.” (PEREGIL, F. Venezuela dice “no” a la Constitución de Chávez. *El país*, 3/12/2017. Disponível em: <https://elpais.com/internacional/2007/12/03/actualidad/1196636401_850215.html>. Acesso em: 5/10/2018)

²⁶⁰ PRESSE, France. Parlamento venezuelano respalda sentença de tribunal no exílio contra Maduro. *GI*, 22/8/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/08/22/parlamento-venezuelano-respalda-sentenca-de-tribunal-no-exilio-contra-maduro.ghtml>>. Acesso em: 5/10/2018.

²⁶¹ “Courts are weak actors: they neither wield the power of the sword nor the purse. In some cases, the political branches can ‘stack’ courts with pliant judges or disband them completely. In other cases, courts themselves choose to avoid confrontations with powerful political forces. In both cases, courts are unable to block partisan

Mas a fraqueza judicial evidenciada ao tentar impor as suas decisões não é o único problema que enfrentam as cortes constitucionais. O cenário também é preocupante quando os tribunais constitucionais são capturados por elites políticas²⁶² e usados para fazer valer determinados interesses, como a concessão de vantagens a determinados atores políticos ou a redução do poder dos partidos de oposição. Esse risco de captura aumenta nas situações em que existe renovação mais acentuada dos membros da corte constitucional (quando foram nomeados e aprovados pelo chefe do Executivo e pela legislatura do momento), diante da necessidade de assumirem certos compromissos, ou, ainda, quando existe risco de a corte constitucional perder poder, situação em que há maior possibilidade de que esta ceda em casos específicos para manter as suas competências. Assim, a fraqueza judicial é mais alarmante quando cortes constitucionais são capturadas pelas elites políticas e utilizadas em detrimento da própria democracia.

O caso da Ucrânia ilustra bem essa questão. O Tribunal Constitucional ucraniano possui, em seu *design* institucional, poderes significativos para rever as alterações (emendas) constitucionais. Entretanto, apesar desses poderes formais, o Tribunal tem sido reiteradamente cooptado pelos presidentes do país, como mostra Partlett. A título de exemplo, em 2004, houve uma série de alterações constitucionais aprovadas, logo após a Revolução Laranja, as quais enfraqueceram os poderes do Presidente e aumentaram os do Parlamento. Embora tais alterações fossem inconstitucionais, por violarem a separação de poderes, o Tribunal Constitucional não interveio de imediato. Somente seis anos após, sob forte pressão do recém-eleito Presidente Viktor Yanukovich, o Tribunal Constitucional ucraniano derrubou essas alterações constitucionais, aumentando efetivamente os poderes do novo Presidente e enfraquecendo os poderes dos seus oponentes no parlamento.²⁶³

exploitation of formal constitutional rules. This weakness is particularly acute during times of constitutional replacement when powerful elites – often commanding electoral majorities – seek to fundamentally change the framework of the constitutional order.” (PARTLETT, William. Courts and Constitution-Making. *Wake Forest Law Review*, Wake Forest University School of Law, Winston-Salem, CN, v. 50, p. 921-949, 2015. p. 935)

²⁶² “A second problem is when courts are captured by elites and then used as tools for weakening deliberation and negotiation in constitution-making. Courts are extremely prone to be captured and used as the tool of powerful elites seeking to control democratic politics and formal constitutional amendment. In this scenario, powerful political actors use their powers of removal and appointment to create pliant courts that will consistently rule in their favor. As these actors fear a loss of power, they will do anything-including judicial exploitation-because they ‘focus on winning at all costs in the immediate future’ since ‘losing a battle now might mean losing the whole war’”. (PARTLETT, William. Courts and Constitution-Making. *Wake Forest Law Review*, Wake Forest University School of Law, Winston-Salem, CN, v. 50, p. 921-949, 2015. p. 937)

²⁶³ “This type of ‘strategic pressure’ is particularly common in countries formerly part of the Soviet Union. In Ukraine, for instance, the constitutional court has significant powers to review constitutional change. Equipped with these review powers, the court has been repeatedly exploited by those with presidential power. The most recent example in Ukraine involves a series of constitutional amendments passed in 2004, in the wake of the Orange Revolution, that weakened the power of the Presidency and strengthened the Parliament. Although the

Em outros cenários, as cortes constitucionais, com membros designados por certas elites políticas, podem atuar apenas para garantir que essa elite sempre se mantenha no poder, e não para melhorar as condições democráticas. Isso é o que aconteceu, por exemplo, na Tailândia, como aponta Partlett. O Tribunal Constitucional tailandês atuou por longo tempo para manter uma elite política no poder, bem como bloquear o poder das maiorias eleitorais.²⁶⁴

Assim, considerado as democracias mais recentes, é possível observar que, em certas situações, alguns tribunais constitucionais como os da Índia, da Colômbia e da África do Sul tiveram êxito em enfrentar elites políticas e conseguiram melhorar eficazmente as condições democráticas,²⁶⁵ mas essa não é a realidade da maioria das cortes constitucionais dos chamados “países do Sul”.

A partir disso, surgem diversas outras questões que precisam ser respondidas: Quão eficazes são as soluções de *design* institucional para permitir que os tribunais constitucionais exerçam eficazmente o seu papel? Como os tribunais constitucionais podem atuar para melhorar as condições democráticas do seu país? Se e como a opinião pública pode auxiliar tribunais bem-intencionados contra poderosos atores políticos? Quais são os custos políticos assumidos pelos tribunais constitucionais na revisão judicial e na limitação dos poderes do Presidente? Quão estáveis são os tribunais para atuarem como guardiões da

amendments were made in violation of the constitution, the constitutional court took no action. 15 Seven years later, however, the Ukrainian Constitutional Court struck down these 2004 constitutional amendments under heavy pressure from the newly elected President, Viktor Yanukovich. This decision effectively enhanced President Yanukovich's powers and weakened his opponents' powers in the legislature.” (PARTLETT, William. Courts and Constitution-Making. *Wake Forest Law Review*, Wake Forest University School of Law, Winston-Salem, CN, v. 50, p. 921-949, 2015. pp. 937/938)

²⁶⁴ PARTLETT, William. Courts and Constitution-Making. *Wake Forest Law Review*, Wake Forest University School of Law, Winston-Salem, CN, v. 50, p. 921-949, 2015. p. 939.

²⁶⁵ “The Indian Supreme Court, the South African Constitutional Court, and the Colombian Constitutional Court have been among the most important and creative courts in the Global South. These Courts are widely seen in Asia, Africa, and Latin America as activist tribunals that have contributed (or attempted to contribute) to the structural transformation of the public and private spheres of their countries. These Courts’ jurisprudence has dealt with problems that are important for and frequent in all contemporary liberal democracies. Issues about the interpretation and protection of civil and political rights, for example, have been addressed regularly by these three Courts’ case law. Yet these Courts’ jurisprudence has also dealt with problems that are specific to or have special importance in the Global South, and the Courts have done so through original and imaginative legal theories and political strategies. Issues related to political violence, poverty, and the consolidation of the rule of law have been an important part of these Courts’ jurisprudence. These Courts, for example, have decided cases about the rights of internally displaced people, how to recognize and accommodate adversary religious minorities, the justiciability of social and economic rights in contexts with high levels of poverty, and the limits that Congress has for amending the Constitution in innovative and appealing ways.” (MALDONADO, Daniel Bonilla. Introduction: Toward a Constitutionalism of the Global South. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). *Constitutionalism of the global South: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia*. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 1-37. pp. 21/22)

constituição e da democracia ao longo do tempo?²⁶⁶ Como tem sido, na prática, a atuação das cortes constitucionais e, especialmente, do STF na melhoria das condições democráticas? Essas são questões que precisam ser investigadas, o que se fará a seguir.

2.2. O novo papel das cortes constitucionais na América Latina: dificuldades e desafios

O estágio atual de estudos sobre o papel dos tribunais constitucionais latino-americanos na política foi precedido por quatro estágios anteriores, como aponta Matthew Taylor, quais sejam: a primeira onda, focada em reformas judiciais e efeitos dos tribunais sobre o desenvolvimento econômico; a segunda, que colocou ênfase no legado do autoritarismo relacionado à justiça; a terceira, que se dedicou a estudar a contribuição dos tribunais à justiça social; e a quarta onda, focada na política judicial e na judicialização da política. No estágio atual (que se poderia chamar de quinta onda), há diversos pesquisadores da América Latina estudando o papel dos tribunais na formulação de políticas na região.²⁶⁷

Fora dos países da América do Norte e da Europa Ocidental, é possível observar que os tribunais constitucionais encontram outros contextos institucionais, com muito mais adversidades, razão pela qual a sua atuação e os seus riscos devem receber também um outro olhar. Em democracias mais jovens com contextos políticos mais instáveis, os tribunais constitucionais se encontram em posições mais arriscadas e são chamados a decidir questões eminentemente políticas, sobretudo quando as instituições competentes estão enfraquecidas ou entrincheiradas. Nessa perspectiva, ocupam um papel mais central do que em democracias

²⁶⁶ Diversos desses questionamentos também são feitos por William Partlett (PARTLETT, William. Courts and Constitution-Making. *Wake Forest Law Review*, Wake Forest University School of Law, Winston-Salem, CN, v. 50, p. 921-949, 2015. p. 949).

²⁶⁷ “Correspondingly, scholars of Latin America are increasingly analyzing the role of courts in policymaking throughout the region. This recognition of courts’ policy relevance builds on four previous waves of political science research on courts in the region (Kapiszewski and Taylor 2006, 1–2): a first wave focused on judicial reforms (for example, Hammergren 1998, 2007; Prillaman 2000; Ungar 2002) and courts effects’ on economic development (for example, Buscaglia and Ulen 1997); a second wave focused on the justice-related legacy of authoritarianism (for example, McAdams 1997; Barahona De Brito et al. 2001); a third wave focused on courts’ contribution to social justice (for example, Méndez et al. 1999; O’Donnell 1994); and, finally, a wave focused on judicial politics (for example, Chavez 2004; Hilbink 2007) and the ‘judicialization’ of politics (for example, Gloppen et al. 2004, Sieder et al. 2005).” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 1)

mais maduras,²⁶⁸ ao mesmo tempo em que são maiores os riscos que enfrentam, e mais complexa é a sua atuação.

Desse modo, para analisar a questão da revisão judicial em países da América Latina, não são suficientes proposições altamente abstratas ou que considerem apenas os problemas de contextos institucionais de democracias mais maduras, como a estadunidense.²⁶⁹ Ao contrário, analisar o papel dos tribunais constitucionais nas democracias latino-americanas exige investigar, também, toda a complexidade em que eles estão inseridos, as suas dificuldades e seus desafios.

Nessa perspectiva, a princípio, é preciso considerar que a concepção clássica de separação de poderes não pode ser colocada como um critério normativo e institucional transcendente e irretorquível, como se qualquer outro desenho institucional não pudesse ser admitido²⁷⁰ ou fosse algo inconstitucional e antidemocrático. Dentro de uma perspectiva crítica e reflexiva, não se pretende seguir estritamente o modelo clássico de separação de poderes – tampouco propor um novo modelo –, senão utilizá-lo como um parâmetro, a fim de

²⁶⁸ “I argue that the growing literature has great potential to expand our thinking about the relationship between democracy and law, particularly outside the relatively stable North American and western European contexts that have informed most theorizing to date. In more unstable environments, courts find themselves in more risky positions, but also may be called on to perform essential governance functions when other institutions are weak or ineffective. These courts thus may have more constraints but also more opportunities for innovation than do their counterparts in stable democratic environments. Instability requires careful consideration of the role of time, as judicial power can ebb and flow in response to particular circumstances.” (GINSBURG, Tom. Courts and New Democracies: Recent Works. *Law & Social Inquiry*, v. 37, n. 3, p. 720-742, Summer 2012. p. 720)

²⁶⁹ A esse respeito, Ran Hirschl, criticando alguns autores como Mark Tushnet, afirma que, ao se analisar a revisão judicial, não se pode considerar apenas o contexto abstrato ou o contexto institucional dos Estados Unidos. Seria necessário considerar os contextos políticos e judiciais de cada país. Nas palavras do autor: “That said, I believe that most American constitutional law scholarship would benefit from taking another step in a ‘universalist’ or ‘cosmopolitan’ direction. After all, what Tushnet views as a necessary and sufficient set of constitutional principles aimed primarily at protecting formal equal treatment and individual liberty (the ‘thin Constitution’), may seem to non-American constitutionalists as merely secondary to fundamental constitutional principles concerning separation of powers, federalism, and responsible government. [...] Such a compelling ‘grand thesis’ concerning one of the most powerful ideas of our times ought to inform and be informed by political and judicial contexts other than the United States’s exceptional, if not outright idiosyncratic, constitutional legacy.” (HIRSCHL, Ran. Looking Sideways, Looking Backwards, Looking Forwards: Judicial Review vs. Democracy in Comparative Perspective. *University of Richmond Law Review*, Richmond, Virginia, v. 34, n. 2, p. 415-441, 2000. pp. 440/441)

²⁷⁰ “Este livro defende que as críticas à ‘judicialização da política’ e à ‘insegurança jurídica’ são pautas conservadoras que tendem a transformar a separação de poderes, segundo suas feições clássicas, em um critério normativo transcendente para denunciar a suposta falta de qualidade de nossas instituições. Como se não fosse possível desenhar o Estado de outra maneira e como se toda mudança em tal desenho fosse indesejável e inadequada *prima facie*. Evidentemente, podemos criticar o desempenho atual das instituições e do Judiciário pelas mais diversas razões. Mas o que me parece inadequado em uma sociedade democrática é congelar os seus modos de agir e seu papel na separação de poderes ao ditar regras para a realidade a partir da teoria do direito ou da teoria política. O conceito de separação de poderes em suas feições clássicas e os modelos de racionalidade judicial não são algo a ser necessariamente preservado. Tais conceitos devem ajudar a refletir sobre a dinâmica institucional real e avaliar os rumos que ela eventualmente esteja tomando, tendo em vista os interesses em conflito na sociedade civil. Não devem ser valorizados em si mesmos, mas em função de sua gênese e de seu devir conflitivo.” (RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. pp. 20/21)

avaliar a dinâmica de como as instituições reais se comportam, como elas se aproximam ou se distanciam desse modelo, quais as consequências disso para o Estado e para a sociedade e quais os rumos institucionais dos diversos países numa perspectiva comparada.

Ao abordar as problemáticas da atuação dos tribunais constitucionais e da expansão da jurisdição constitucional, grande parte dos estudos constitucionais estadunidenses, com foco mais normativo, põe ênfase na chamada “dificuldade contramajoritária”²⁷¹, colocando a democracia e o ativismo judicial em tensão. Todavia, nos países latino-americanos, os problemas democráticos são muito maiores e mais complexos do que o da “dificuldade contramajoritária”. Aliás, há diversos incentivos para que as decisões de tribunais constitucionais sejam convergentes com a opinião da maioria.²⁷² Com efeito, decisões contramajoritárias podem desgastar a imagem da Corte e diminuir o seu capital político, bem como dificultar o cumprimento da decisão judicial. Portanto, em países da América Latina, a dificuldade contramajoritária está longe de ser o principal problema democrático vivenciado pela atuação dos tribunais constitucionais.

Então, para entender o papel dos tribunais constitucionais nas democracias latino-americanas, é imprescindível conhecer os contextos em que atuam, os problemas que enfrentam e os seus desafios.

Do ponto de vista empírico, observa-se que, nos países latino-americanos, a redemocratização foi seguida de um aumento do poder dos tribunais constitucionais e de um avanço das suas decisões sobre questões políticas e de implementação de direitos fundamentais. Com isso, não se pretende negar essa tensão entre democracia e ativismo judicial, ou entre democracia e constitucionalismo, senão colocar um ponto de interrogação na

²⁷¹ Trata-se de expressão cunhada e desenvolvida por Alexander Bickel (*The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press, 1986), que norteia grande parte das críticas direcionadas por constitucionalistas à revisão judicial de disposições normativas aprovadas por maiorias parlamentares.

²⁷² “A literatura indica alguns fatores que podem ser fortemente indutores de uma convergência entre a opinião da maioria e os julgamentos das cortes constitucionais. São eles: i) o critério político de seleção dos membros das cortes; ii) a sujeição dos ministros às mesmas influências, valores e tendências ideológicas a que se encontra sujeita a população de um modo geral; iii) a importância de preservar a credibilidade e a legitimidade do tribunal como instituição, tendo em vista que nenhum poder é capaz de se manter sistematicamente em desalinho com a opinião pública sem se colocar em risco; iv) a ocorrência de um diálogo social, por meio do qual decisões judiciais fortemente rejeitadas tendem a ser revistas; v) a preocupação dos ministros de uma suprema corte com a opinião pública como grupo de referência, seu desejo de reconhecimento, suas eventuais aspirações profissionais futuras.” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 402-423, 2017. p. 420)

aplicabilidade das teorias que tem na sua base o contexto dos países do Norte ou que pressupõem contextos ideais de democracias mais desenvolvidas e estáveis.²⁷³

Considerando estudos empíricos em diversos países, não é possível afirmar que cortes constitucionais sempre tiveram um papel ativo na transição democrática ou que sempre atuaram para recrudescer a democracia.²⁷⁴ Contudo, autores que analisam o papel efetivamente desempenhado pelo Judiciário nas democracias da América Latina sugerem que os tribunais atuaram, predominantemente, na consolidação da transição democrática e em apoio às diversas concepções de democracia.²⁷⁵ Esses estudos que focam em aspectos empíricos sobre a atuação das cortes constitucionais na consolidação democrática comumente põem em segundo plano as questões envolvendo a dificuldade contramajoritária e buscam, primariamente, investigar as funções dos tribunais na governança democrática, analisando, sobretudo, como eles complementam instituições políticas.²⁷⁶

Assim como ocorreu, de forma geral, em âmbito mundial, o aumento dos papéis das cortes constitucionais em questões políticas também é um fenômeno que pode ser observado nos países latino-americanos. Ao mesmo tempo, as constituições que se sucederam nesses países também aumentaram, em geral, a independência e o poder jurídico dos tribunais

²⁷³ “In addition, thinking about courts from a broader governance perspective-as ‘one governing institution among many’ (Shapiro 1964, 6)- shifts the focus away from abstract theory of what courts should do and toward empirical evaluation of what courts actually do. This is particularly important in transitional situations. While the normative literature on law, under the rubric of the countermajoritarian difficulty, has tended to treat democracy and judicial power as in some tension, casual empiricism suggests that democratization has been accompanied or paralleled by judicialization in many countries, including the creation of many new courts and the empowerment of old ones. This has led to a new diversity in the domains in which courts are active, with many new roles and approaches.” (GINSBURG, Tom. Courts and New Democracies: Recent Works. *Law & Social Inquiry*, v. 37, n. 3, p. 720-742, Summer 2012. p. 721)

²⁷⁴ “In this article, I identify four broad roles that courts can play in democratic transition. Sometimes, they serve as agents of the past, policing a transition or even preserving policies of the authoritarian regime. Sometimes, they act as agents of the future, helping transform the political process and encouraging the consolidation of democracy. On rare occasions, courts trigger the democratization process itself, encouraging mobilization and tipping the regime into transformation. These critical junctures shape subsequent institutional structures and environments profoundly. Finally, courts can be simply marginal players who neither facilitate nor hinder a transition to democracy.” (GINSBURG, Tom. Courts and New Democracies: Recent Works. *Law & Social Inquiry*, v. 37, n. 3, p. 720-742, Summer 2012. p. 739)

²⁷⁵ Por exemplo: HELMKE, Gretchen. The Origins of Institutional Crises in Latin America. *American Journal of Political Science*, Washington, v. 54, n. 3, p. 737-750, jul. 2010; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54.

²⁷⁶ “In short, scholars are using a variety of methodologies to understand the wide range of roles of courts in democratic consolidation. My temporal account of the different roles courts play over time through democratic transition suggests that the consolidation function, in which courts work in support of various conceptions of democracy, is predominant. Scholars seem to be attracted to stories of judicial empowerment, and the consolidation of democracy involves an expansion in judicial power and relevance, in a wide range of arenas. The full effect of the positive literature is to put to rest the idea of the countermajoritarian difficulty. Myriad judicial roles are consistent with vigorous democratic governance, as judges both complement and supplement other political institutions.” (GINSBURG, Tom. Courts and New Democracies: Recent Works. *Law & Social Inquiry*, v. 37, n. 3, p. 720-742, Summer 2012. p. 735)

constitucionais, sendo possível observar um fortalecimento no plano institucional. Como aponta a pesquisa empírica de Julio Ríos-Figueroa, todos os dezoito países da América Latina, exceto Cuba, vivenciam um aumento da independência e do poder jurídico de seus juízes constitucionais desde 1945.²⁷⁷

Nas últimas décadas, os tribunais constitucionais passaram a ocupar um papel central na política latino-americana.²⁷⁸ Hodiernamente, entram na pauta de julgamento das cortes constitucionais questões como a distribuição de poder entre atores políticos, políticas governamentais e diversos temas relacionados a direitos humanos. Em razão de tudo isso, fica claro que o papel dos tribunais constitucionais na América Latina passou por grande transformação, ainda que sob críticas e represálias em diversos casos.

Essa nova imagem dos tribunais constitucionais dos países latino-americanos, construída sobretudo nas três últimas décadas, sobrepõe-se à antiga percepção de que os tribunais seriam conservadores, fracos, ineficientes, que foram subservientes ou desmontados pelas ditaduras militares, que foram incapazes de tomar decisões contra governos e governantes²⁷⁹ – ainda que vários problemas persistam ou tenham ganhado novos contornos.

²⁷⁷ “This chapter provides a systematic assessment of the institutional framework under which Latin American constitutional judges work and suggests testable hypotheses of the impact of institutions on judicial behavior. In particular, it presents several arguments that consider institutional features to explain the behavior of constitutional judges and maps the existence or absence of such features in a sample of eighteen Latin American countries from 1945 to 2005. As is shown in the first section, Latin American constitutional judges have experienced an expansion in their de jure independence and power since 1945. [...] Figure 1.1 shows the average regional level of the de jure indexes of independence and legislative power of constitutional judges, taking into account the eighteen largest Latin American countries, except Cuba, from 1945 to 2005.¹³ Both indexes are normalized to 1 to facilitate comparisons. It is apparent that both independence and power have been increasing, although not at an impressive rate. It is interesting to note that levels of de jure independence are consistently above levels of de jure power. Notice also that by 2005, the average regional level of independence was well above the middle value of the index, but the average regional level of de jure power was below it. While the positive trends of both indexes point in the same direction as the evaluations of experts with practical and academic experience in Latin American judicial reforms of the past three decades (e.g., Vargas Vivancos 2009; Hammergren 2007; Gargarella 1997), the systematic collection of data suggests caution regarding the real extent of changes to formal institutions in these two dimensions.” (RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Institutions for Constitutional Justice in Latin America*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54. pp. 28/32/33)

²⁷⁸ “Courts are central players in Latin American politics. Throughout the region, judges now shape policies that were once solely determined by presidents and legislators. Over the last two decades, courts have been asked to decide a litany of hot-button social, political, and economic questions. Whether reelection should be permitted, executive powers expanded, emergency economic measures upheld, presidents impeached, human rights abuses prosecuted, divorce and abortion permitted, foreign wars supported, and AIDS medication made available, these are the sorts of major policy issues now being decided by Latin American judges. As the list of areas in which courts intervene has grown, the judiciary has emerged as one of the most important – if still deeply contested – institutions in posttransition Latin American politics.” (HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Introduction. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 1-26. p. 1)

²⁷⁹ “Such developments are sharply at odds with the long-standing image of Latin American courts. Weak, ineffective, dependent, incompetent, unimportant, powerless, decaying, parochial, conservative, and irrelevant – these were the adjectives used by scholars to describe the region’s judicial systems for most of the twentieth century. Under dictatorship, courts were a frequent casualty of regime change, and judiciaries were largely

As constituições promulgadas no período pós-ditadura na América Latina, na sua maioria, estabeleceram garantias formais de independência, a fim de reduzir a pressão política, bem como previram instrumentos de revisão judicial. O resultado disso foi a ampliação dos papéis das cortes constitucionais em questões políticas.²⁸⁰

Entretanto, é preciso reconhecer que, mesmo após a transição de um regime ditatorial para um democrático, o caminho não é sempre progressivo. Crises, instabilidades e retrocessos também são comuns nesse processo. Além disso, empiricamente, observa-se que crises nem sempre trazem ganhos em termos democráticos.²⁸¹

De outro lado, analisando-se a complexidade que cerca a questão, não se pode desenhar uma imagem estanque das cortes constitucionais latino-americanas. Ao mesmo tempo em que não se pode dizer que os tribunais são órgãos inteiramente subservientes, não seria correto afirmar que estejam indenizados à classe política. Além disso, a avaliação sobre a atuação de um tribunal constitucional pode mudar ao longo do tempo.

dismissed by scholars as pawns of de facto governments. But even as democracy took root, many of the same problems identified with courts under authoritarianism – executive dominance, conservative legal philosophy, lack of adequate infrastructure, lack of public trust and support, and ongoing political instability (cf. Verner 1984) – seemed to persist. Carlos Menem’s notorious packing of the Argentine Supreme Court in 1990 and the string of highly questionable judicial decisions that followed led observers to conclude that checks and balances in Latin America were frustratingly elusive (Larkins 1998). Conversely, scholars warned that even if judges enjoyed independence, the conservative legal philosophy and bureaucratic mind-set rooted in the civil law legal tradition (cf. Merryman 1985) prevented Latin American judges from protecting individual and human rights. This was the main lesson provided by the Chilean Supreme Court (Couso 2002; Hilbink 2007).” (HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Introduction. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 1-26. pp. 1/2)

²⁸⁰ “Yet, as scholars began to look more closely at the region’s courts, they also began to realize that not all the news was bad. First, the increasing social demand for greater accountability (Peruzzotti and Smulovitz 2006, 10) began to spill over into a demand for courts to insert themselves into the very sorts of political controversies listed earlier. This suggested that judges could and should play an important role in shaping society, allocating resources, and keeping governments in check, even if reality often falls short of expectations. Second and related, although conceptions of the role of judges in a democracy have been slow to change, an ideological shift has clearly been underway. The global doctrine affirming that human rights constitute the central category of constitutionalism has gradually been incorporated into the legal curriculum (Pérez-Perdomo 2006, 102–113; Couso, forthcoming; see also Chapter 4). Third, as Ríos-Figueroa carefully elaborates in Chapter 1, Latin American judges now enjoy greater formal institutional protections than ever before. At the same time, they also have been granted an expanded portfolio of legal instruments of constitutional control. This blend of more insulation from political pressure and a growing capacity to influence policy is considerably greater than what existed in the recent past.” (HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Introduction. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 1-26. pp. 1/2)

²⁸¹ “Moreover, the transition or consolidation process is not always a progressive one. It is sometimes a process of loss and not of gain. Nations slip-slide back and forth between progress and disaster. Democratic development often depends on economic, social, and political factors that are beyond the control of courts (Argentina is a good example). But, of course, courts also have a role to play in resolving some of these issues.” (STOTZKY, Irwin P. Lessons Learned and the Way Forward. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005. p. 144-146. pp. 145/146)

Do ponto de vista empírico, houve e continua havendo uma série de ataques políticos às cortes constitucionais na América Latina²⁸², para reduzir seus poderes, remover seus juízes ou, de alguma forma, tentar enfraquecê-las, sempre que elas representam entrave ou empecilho para a implementação da agenda governista.²⁸³ Esses ataques continuaram mesmo após o fim do período de ditaduras militares na região.²⁸⁴

A esse respeito, Juan Carlos Rodríguez-Raga, em pesquisa realizada na Colômbia, conclui que há evidências empíricas acerca da existência de comportamento estratégico do Tribunal Constitucional colombiano na sua interação com o Poder Executivo. Demonstra que, concretamente, há avaliação pela Corte Constitucional acerca do contexto político em que toma suas decisões, com análise consequencialista sobre possíveis reações adversas do Executivo, bem como aferição dos custos associados a tais reações, o que molda a probabilidade de o Tribunal decidir ou não contra as preferências do governo.²⁸⁵ Assim, se a decisão judicial tende a desagradar o Executivo ou a classe política, esse é um fator – em

²⁸² “Throughout the twentieth century, Latin American judiciaries have all too frequently been the casualty of regime change, with judges resigning en masse whenever dictators displaced democrats and vice versa. In Argentina, for example, judges were the victims of regime instability in 1946, 1955, 1966, 1973, 1976, and 1983. In Bolivia, political instability under the specter of military rule led to the reshuffling of the Supreme Court some seventeen times over four and half decades (1936, 1940, 1941, 1944, 1946, 1948, 1952, 1957, 1961, 1964, 1967, 1972, 1974, 1978, 1979, 1980, and 1982). Even under Mexico's relatively stable single-party rule, the Court was subject to constant manipulation by incoming governments. Mexico's Supreme Court was completely dissolved and re-constituted in 1934, 1940, and again in 1994 with the latest wave of reforms.' Despite life tenure provisions, the majority of presidents during that time appointed more than 50% of the justices to the bench.” (HELMKE, Gretchen. Public Support and Judicial Crises in Latin America. *Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 2, p. 397-411, 2010. pp. 400/401)

²⁸³ “Nevertheless, in many Latin American countries, the historical legacy of weak judicial institutions has been hard, if not impossible, to overcome. As several of the chapters in this volume attest, throughout the region, judges continue to face threats ranging from impeachment and forced resignation to court packing and en masse purges. Drawing on a new data set on interbranch crises compiled by Helmke (2009), Helmke and Staton (Chapter 11) identify more than fifty instances of threats or attacks on the survival of high-court judges in the region between 1985 and 2008. Such assaults range from Menem's court packing and Fujimori's dissolution of the supreme court to the impeachment of judges in Ecuador under President Gutiérrez, Hugo Chávez's efforts to remake the Venezuelan Supreme Court, and Evo Morales's assault on Bolivia's Supreme and Constitutional courts (cf. Chapter 10).” (HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Introduction. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 1-26. pp. 2/3)

²⁸⁴ “Interestingly, however, in many Latin American countries, the pattern of juridical instability has continued or even increased following the advent of democracy. In Argentina, Bolivia, and Ecuador, for instance, courts have continued to be targeted for removal or packing by nearly every recent democratic government. From Carlos Menem's infamous court-packing scheme in 1990, to Lucio Gutierrez's ill-fated attempt to remove all thirty-one judges on the Ecuadorian Supreme Court in 2005, to Evo Morales's nearly constant harassment of the Bolivian judiciary since his election in 2006, executives routinely concentrate their energies on attacking sitting judges. In other well-known instances, including Alberto Fujimori's self-coup in Peru in 1992, Jorge Serrano's unsuccessful effort to stage a self-coup the next year in Guatemala, and Hugo Chavez's attempts to consolidate his power through constitutional change in 1999, courts are often pulled into larger institutional battles.” (HELMKE, Gretchen. Public Support and Judicial Crises in Latin America. *Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 2, p. 397-411, 2010. p. 401)

²⁸⁵ RODRÍGUEZ-RAGA, Juan Carlos. Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992–2006. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 81-98. p. 81.

maior ou menor grau – sempre relevante no cálculo estratégico que antecede a decisão da Corte Constitucional.

Além disso, há evidências empíricas de que a popularidade do presidente comumente torna mais difícil a revisão judicial,²⁸⁶ bem como de que os entraves impostos à revisão judicial aumentam na medida em que o presidente possui mais apoio no congresso, comparativamente às situações em que há fragmentação política. Isto é, o controle político-partidário do congresso pelo governo dificulta a autonomia judicial.²⁸⁷

Em pesquisa empírica realizada na Argentina e no Chile, Druscilla Scribner observou que as Cortes Constitucionais de ambos os países exercem mais controle do Executivo nos contextos de governo democrático dividido ou fragmentado, se comparado aos contextos de governo democrático unificado.²⁸⁸

De forma semelhante, Arianna Sánchez, Beatriz Magaloni e Eric Magar mostram que, no México, a fragmentação do poder político também fomenta um ativismo da Corte Constitucional, na medida em que os políticos levam os seus desacordos ao Tribunal Constitucional e, por conseguinte, há uma expansão dos poderes decisórios do Tribunal.²⁸⁹ No

²⁸⁶ RODRÍGUEZ-RAGA, Juan Carlos. Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992–2006. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 81-98. p. 95.

²⁸⁷ “The spatial theory of supreme court independence sheds light on why particular presidents are able to subordinate the judiciary. The spatial theory indicates that unified party control of the executive and legislative branches hinders judicial independence in presidential systems. Unified government under a single dominant party can denude the judiciary of its autonomy and therefore of its capacity to act as a check on the other branches of government. When the president’s party controls a majority in congress, the executive and legislative branches together can overrule court decisions or punish judges. Divided government, on the other hand, facilitates judicial autonomy. It permits the legislature to check the president, and vice versa, creating a climate in which an independent judiciary can emerge.” (CHÁVEZ, Rebecca Bill; FERREJOHN, John A.; WEINGAST, Barry R. A Theory of the Politically Independent Judiciary: A Comparative Study of the United States and Argentina. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 219-247. p. 220)

²⁸⁸ “With respect to judges’ proclivity to check power, our expectations about political fragmentation enjoy support from both country cases (Table 9.3). In the Chilean case, political fragmentation is positive and significant (model 1). Moreover, the interaction between judicial appointment and fragmentation is significant and positive (model 2). A justice who was not appointed by the current president (or a president of the same political tendency) is 25 percent more likely to check exceptional power with a discrete change to fragmented politics. Moreover, under conditions of fragmented democratic politics (model 3), Chilean judges who are not politically aligned with the president are 31 percent more likely to vote to check executive power than are their colleagues. Similarly, in Argentina, there is some support for a constrained-court approach in the context of cases concerning power. The variable political fragmentation is positive and significant (model 4) – a judge is 14 percent more likely to vote to check power as we move from the context of unified democratic government to divided democratic government. The interactive term is not significant in the Argentinean case. However, in the context of fragmented democratic politics (model 6), judicial appointment is significant and positive: an Argentinean judge who was not appointed by the president is 28 percent more likely to vote to check executive power.” (SCRIBNER, Druscilla. Courts, Power, and Rights in Argentina and Chile. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 248-277. p. 268)

²⁸⁹ “The spatial model thus predicts a significant expansion of the court’s policymaking powers in constitutional actions after 2000 but not after 1997. The change in the court’s behavior results from both fragmentation of

entanto, os autores acrescentam outras condicionantes, dizendo que essa fragmentação provavelmente somente levará a um ativismo judicial significativo se também houver dispersão ideológica entre o Presidente e o Congresso, e se o Tribunal estiver posicionado entre esses dois órgãos.²⁹⁰

Embora os juízes da corte constitucional tenham mais espaço para decidir contra as elites políticas em contextos de poder político fragmentado, isso não quer dizer que eles o farão. Há diversos outros estudos empíricos que mostram que juízes moderadamente conservadores, mesmo nesses contextos, não avançaram para tomar decisões contra o governo. Por exemplo, Druscilla Scribner mostra que, no Chile, a fragmentação do poder político teve pouco impacto para as decisões da Suprema Corte em matéria de proteção de direitos fundamentais, onde prevaleceu o comportamento conservador dos juízes do Tribunal Constitucional.²⁹¹

Portanto, os espaços deixados pelos demais Poderes Constituídos não são os únicos fatores determinantes para a intervenção da corte constitucional na agenda política governista ou para a revisão judicial. Os juízes possuem uma concepção subjacente do seu papel no exercício do controle de constitucionalidade. Como a cultura jurídica pode mudar, o próprio papel e a atuação dos tribunais variam no tempo e nos diferentes contextos. Há estudos empíricos que demonstram que diversas cortes constitucionais passaram da cultura

political power in office at the national level and from a shift in the policy preferences of the president relative to the congress and the court. Increased polarization between the executive and legislative branches, and among the majority and minority factions in congress, under conditions of political fragmentation is what has led politicians to take their disagreements to the court and hence to the expansion of court policy-making powers (Gates 1987; MacDonald and Rabinowitz 1987).” (SÁNCHEZ, Arianna; MAGALONI, Beatriz; MAGAR, Eric. *Legalist versus Interpretivist: The Supreme Court and the Democratic Transition in Mexico*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 187-218. p. 193)

²⁹⁰ “The theory produces several predictions about the Mexican court’s behavior and its role in the system of checks and balances. Fragmentation of political power in office is likely to lead to court activism only if (1) there is ideological dispersion between the president and congress and (2) the court is positioned between both branches. If the court is positioned on the right (left) next to the president or to the left (right) next to congress, we should not expect significant expansion of court powers even under divided government.” (SÁNCHEZ, Arianna; MAGALONI, Beatriz; MAGAR, Eric. *Legalist versus Interpretivist: The Supreme Court and the Democratic Transition in Mexico*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 187-218. p. 188)

²⁹¹ “Although fragmentation of politics seems to be an important factor affecting the probability of judicial decisions checking power and appears to work interactively with political appointment in Chile, the same cannot be said in the context of ensuring rights. The theory suggests that political fragmentation will be associated with a greater probability that a judge will ensure rights and also that the interaction with judicial attitudes would be positive and significant. These expectations are not met (models 7–8 for Chile and 10–11 for Argentina). When the analysis is restricted specifically to conditions of political fragmentation (models 9 and 12), judicial attitude is significant and positive only in the Argentinean case. A liberal Argentinean judge is 15 percent more likely to vote to ensure rights than a conservative judge. Thus, in general, fragmentation does not appear to be a significant predictor of decision making on rights cases.” (SCRIBNER, Druscilla. *Courts, Power, and Rights in Argentina and Chile*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 248-277. pp. 268/269)

baseada no quietismo (*quietism*) para a do ativismo judicial. Isto é, um maior ativismo judicial, a depender dos contextos, pode não estar ligado simplesmente ao fato de que a corte constitucional possui mais independência em relação ao governo, senão à mudança da cultura jurídica, referente à predisposição cultural para assumir esse papel.²⁹²

Além disso, as instituições também moldam o ambiente em que as cortes constitucionais operam. As regras específicas sobre a composição dos tribunais constitucionais, a forma de indicação dos seus juízes, o tempo do mandato, as suas garantias formais, os mecanismos de sua remoção, as competências das cortes, os instrumentos de provocação, a facilidade (ou não) de acesso, os atores que podem ingressar com a ação para postular direitos, por exemplo, são questões institucionais que podem ser determinantes para a forma de atuação das cortes constitucionais. Essas instituições formais, moldadas pelas constituições, também são relevantes para indicar se os juízes constitucionais gastarão mais tempo arbitrando conflitos entre órgãos políticos, nos diferentes níveis de governo, ou se dedicando a efetivar direitos fundamentais.²⁹³

Outra questão relevante a ser considerada é que os sistemas presidencialistas adotados pelos países latino-americanos possuem forte tendência de concentração de poder. Na maioria das Constituições latino-americanas, há previsão de edição de decretos pelo presidente, seja decretos executivos (previsão constitucional de o presidente editar decretos sobre determinadas matérias) ou decretos delegados (por delegação do parlamento ao presidente), o que pode servir de instrumento para excluir ou mitigar a participação do parlamento nas políticas do governo.²⁹⁴ Além disso, nos presidencialismos latino-americanos,

²⁹² Nesse sentido: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Introduction. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 1-26. p. 17.

²⁹³ “More recent institutional arguments point to specific institutional features within the two broad dimensions of independence and power to explain why and to what extent constitutional judges tend to devote relatively more time to arbitrating conflicts between branches and levels of government or to upholding rights.” (RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54. pp. 27/28)

²⁹⁴ “A central measure of judicial effectiveness resides in the judicial review of executive acts by constitutional courts. Judicial review powers are particularly important indicators of judicial performance in Latin America where most new and restored democracies have opted for presidential systems of government relying heavily on executive decrees to govern. This method of government has been resorted in response to economic crises, which have been recurrent in Latin America in the last two decades since the restoration of democracy in the early-mid 1980s, as it allowed for decisive policy making. In some cases, the legislature willingly delegated its law-making powers to the executive (delegated decree authority). In other cases, the constitution provided the executive with the right to rule by decree (constitutional decree authority), a prerogative often abused by impatient governments in centralized presidential systems. In constitutional terms, executive decrees are often at the fringe of legality and have been compared to a de facto usurpation of legislative powers.” (SANTISO, Carlos. Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability. In:

também existe um histórico de restrições aos demais Poderes Constituídos pelo chefe do Executivo.²⁹⁵ Desse modo, é comum que o presidente tenha superpoderes e que trabalhe para concentrar ainda mais poder, em detrimento do Poder Legislativo, que resta enfraquecido.²⁹⁶ Com isso, há sempre um grande potencial para que cortes constitucionais de países latino-americanos entrem em confronto com o governo central, no sentido de limitar o poder do presidente e garantir o equilíbrio entre os poderes.

Isso explica o fato de diversas constituições latino-americanas terem previsto um extenso rol de garantias ao Judiciário e às cortes constitucionais, relacionadas à independência judicial e ao poder jurídico. É claro que as instituições formais não são, por si sós, suficientes para determinar o comportamento judicial,²⁹⁷ tampouco para proteger os juízes das pressões políticas. No mundo real, as elites políticas e o governo sempre terão instrumentos para constranger juízes a não tomar determinadas decisões que afrontem seus interesses. Como foi exposto no capítulo anterior, é possível observar que, na prática, há diversas formas de descumprimento direto, indireto e represálias aos juízes, por decisões que desagradam as elites políticas ou o governo.

GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005. p. 117-143. p. 121)

²⁹⁵ Embora se faça uma crítica a esse modelo, é importante ressaltar que nada indica que um sistema parlamentarista seria a solução para os problemas da região, tampouco para os vivenciados no Brasil. Um sistema parlamentarista poderia tornar o Congresso Nacional brasileiro ainda mais servil aos interesses pessoais de seus próprios membros. A esse respeito, Juliano Zaiden Benvindo, ao analisar a promessa de maior estabilidade do parlamentarismo, questiona: “Estabilidade para quem?”. Nas palavras do autor: “The current moment of political instability and growing discontent with the political class in Brazil has sparked a debate over the possibility of implementing parliamentarism as a way out. This radical change has been defended as a more stable system of government. It would also be a major break with the Latin American tradition: In the wake of independence, the new Latin American nations adopted a type of presidential system somewhat inspired by the American model, although bestowing greater lawmaking powers on the executive. Yet, such a radical change would not be the result of any well-reasoned discussion, but, rather, would result from a demoralized and highly unpopular Congress trying to figure out how to keep their positions and privileges virtually untouched in the years to come. Backlash against the popular will is gaining momentum in Brazilian politics, potentially radically altering how democracy is exercised in the near future. Therefore, the key question in this debate is perhaps not ‘which system of government would yield greater stability?’, but, instead, ‘stability for whom?’” (BENVINDO, Juliano Zaiden. *Parliamentarism in Brazil: Stability for Whom?*. *International Journal of Constitutional Law Blog*, August 2017. Disponível em: <<http://www.icconnectblog.com/2017/08/parliamentarism-in-brazil-stability-for-whom/>>. Acesso em: 7/8/2018)

²⁹⁶ Há evidências de que Legislaturas na América Latina somente conseguiram restringir ou se contrapor ao abuso do poder presidencial, em situações de extrema concentração de poder, quando houve apoio da sociedade civil. Nesse sentido, por exemplo, Kathryn Hochstetler: “Al afirmar una inesperada fortaleza de las legislaturas, este artículo también muestra que los legisladores pueden ejercer su poder contra los presidentes sólo con aliados en la sociedad civil” (HOCHSTETLER, Kathryn. *Repensando el presidencialismo: desafíos y caídas presidenciales en el Cono Sur*. *América Latina Hoy*, Salamanca, v. 49, p. 105-126, Dic. 2008. p. 69).

²⁹⁷ Como afirma Donald Lutz: “Constitutional design is always conditioned by some vision of the ideal, but institutions rest on real people in an actual world. It is not helpful, and usually dangerous, to attempt to actualize the ideal that informs a constitution. Human institutions are inevitably prone to imperfect results, and when the institutions based on speech and coordination fall short of the expected ideal, there is a great temptation to use force to command perfect compliance.” (LUTZ, Donald S.. *Principles of Constitutional Design*. Cambridge University Press. New York, 2006. p. 211)

Em contrapartida, observa-se uma expansão da jurisdição constitucional nos países latino-americanos, o que gera diversas inquietações aos estudiosos do tema. Desse modo, diversas questões ficam em aberto: Por que tribunais constitucionais buscariam limitar o poder governamental? Se, como e em que medida o *design* institucional da corte constitucional pode aumentar as chances de sucesso da revisão judicial no arbitramento de conflitos políticos? Quais são a estrutura de oportunidades constitucionais e os incentivos sociopolíticos para a revisão judicial de questões políticas? Qual é a importância da cultura jurídica na transformação do papel das cortes constitucionais? Como têm decidido as cortes constitucionais quando as causas envolvem interesses do governo ou de atores políticos relevantes?

É possível observar que, desde a “terceira onda” de democratização nos países latino-americanos, aumentaram os estudos sobre o papel dos tribunais constitucionais na política, as suas dificuldades e seus desafios, de modo que algumas teses mais abstratas, como a relativa à dificuldade contramajoritária,²⁹⁸ têm perdido espaço. Aliás, especificamente no Brasil, talvez a pecha de que a atuação do STF seria contramajoritária talvez não esteja tão acertada, pois, em diversas questões essenciais para a democracia brasileira, o parlamento esteve em confronto com a opinião pública, enquanto o STF decidiu de forma favorável à “vontade da maioria”, tais como quando julgou as questões relativas à fidelidade partidária²⁹⁹, à união estável homoafetiva³⁰⁰ e ao financiamento privado de campanha eleitoral³⁰¹. A

²⁹⁸ BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press, 1986.

²⁹⁹ “A decisão seguramente não atendida aos interesses dos partidos que tinham maioria na Câmara dos Deputados e que poderiam ter corrigido tal distorção pela via legislativa. Não havia interesse em fazê-lo porque ela se prestava bem à preservação de seu poder na Câmara. Todavia, de acordo com pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística - IBOPE, contratada pela Confederação Nacional da Indústria - CNI, 52% da população eram favoráveis à implementação do dever de fidelidade partidária contra 37%, que se manifestaram contra a medida. Mais uma vez, portanto, coube ao STF dar voz aos anseios da maioria.” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 402-423, 2017. p. 410)

³⁰⁰ “Depois desse primeiro mapeamento sobre acompanhamento de notícias a respeito do judiciário e da justiça em geral, entramos no tema de interesse específico da pesquisa, perguntando aos entrevistados se eles acompanharam ou não a decisão do STF que reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo (união homoafetiva). A maioria dos entrevistados respondeu afirmativamente – 86%. Sendo que as pessoas com maior escolaridade e renda e as que conhecem o STF (ou seja, declararam que o conhecem bem ou um pouco) foram as que mais disseram ter acompanhado essa decisão. A maioria dos entrevistados declarou que concorda com essa decisão do STF, sendo que as pessoas de maior escolaridade e renda tendem a concordar mais do que as de baixa escolaridade e menor renda. A religião também aparece como fator de distinção: as pessoas que não seguem uma religião concordam mais com a decisão do que as pessoas que seguem alguma religião. E quem conhece o STF tende a concordar mais com a decisão do que quem não conhece. Os mais jovens também concordam mais.” (FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a Supremo protagonista?. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 429-469, 2013. p. 456)

³⁰¹ “Ao que tudo indica, também nesse caso as instâncias majoritárias se afastaram da vontade popular e coube ao Supremo dar-lhe voz. De acordo com pesquisa divulgada pelo Datafolha, 74% da população eram contra o

despeito disso, teses de “ditadura” do STF³⁰² e de “supremocracia”³⁰³ ainda formam o grande bloco de críticas à atuação da Corte Constitucional brasileira. Portanto, o estágio atual de estudos sobre o papel das cortes constitucionais na América Latina mostra que, no Brasil, talvez ainda estejam sendo feitas as perguntas erradas.

Assim, para investigar a problemática da capacidade institucional de o STF melhorar a democracia brasileira, é preciso analisar, inicialmente, sob uma perspectiva comparada, o seu *design* institucional, a estrutura de oportunidades constitucionais, os incentivos sociopolíticos à judicialização da política e como a cultura jurídica auxiliou na transformação do papel da Corte Constitucional brasileira no cenário político nacional. Após essas análises, também será necessário investigar qual tem sido o comportamento do STF quando trata de arbitramento de conflitos políticos, sobretudo após a crise política que se iniciou a partir de 2013.

2.3. O STF em perspectiva comparada: *design* institucional, estrutura de oportunidades constitucionais, incentivos sociopolíticos e cultura jurídica

Para investigar o novo papel do STF na política e na democracia, considerando toda a sua complexidade, é preciso ir além do constitucionalismo jurídico – cujos estudos se centram basicamente no texto constitucional e nos tribunais –, pois o problema também precisa ser enfrentado sob o ponto de vista do constitucionalismo político,³⁰⁴ a fim de aferir os contornos dos jogos de poder, o comportamento dos diversos atores políticos, como a Corte entra nas disputas políticas e como ocorre, pragmaticamente, a deliberação político-democrática.

financiamento de campanha por empresas privadas e 79% estavam convictos de que esse tipo de financiamento estimulava a corrupção.” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 402-423, 2017. p. 411)

³⁰² DELMANTO, Roberto. A ditadura do Judiciário. *Migalhas*, 15/3/2018. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI276327,101048-A+ditadura+do+Judiciario>>. Acesso em: 18/8/2018.

³⁰³ VILHENA, Oscar. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 12, p. 55-75, out.-dez. 2008.

³⁰⁴ “The difference between legal constitutionalism and political constitutionalism are acknowledged by critical constitutional theorists, from the left and right, who disapprove of what they regard as excessive reliance on constitutionalism and judicial review at the expense of democratic political deliberation. However, the deeply rooted sociological and political dimensions of that distinction remain beyond the purview of canonical constitutional discourse with its traditional text- and court-centric analyses.” (HIRSCHL, Ran. Politics and the Constitution: The Ties That Bind. *Review of Constitutional Studies*, New York, v. 21, n. 1, p. 3-11, 2016. p. 6)

Há três principais tipos de abordagens que procuram explicar decisões judiciais sobre questões políticas nas cortes constitucionais de países latino-americanos, quais sejam, as abordagens institucional, estratégica e cultural.³⁰⁵ A abordagem institucional coloca ênfase nas características institucionais de um tribunal constitucional, analisando como o *design* institucional e os aspectos formais influenciam nas suas decisões. Os autores que propõem uma abordagem estratégica sugerem que as decisões das cortes constitucionais são guiadas por estruturas de oportunidades e incentivos, considerando, sobretudo, os incentivos e restrições impostas pelo sistema político em sentido amplo, com destaque principal para os demais Poderes Constituídos e para o apoio popular. A abordagem cultural sustenta que a transformação da cultura jurídica, ao lado de questões institucionais e estratégicas, é determinante para o fenômeno da judicialização da política e para o novo papel assumido pelos tribunais constitucionais nas democracias.

É com base nessas abordagens que se pretende investigar qual é o novo papel assumido pelo STF na vida política brasileira, bem como quais são as causas do fenômeno, seus limites e os principais problemas enfrentados no tocante à sua capacidade institucional de melhorar as condições democráticas no país. Para tanto, o *design* institucional do STF, a estrutura de oportunidades constitucionais, os incentivos sociopolíticos e a cultura jurídica poderão dar algumas respostas para o problema. E é exatamente nessa ordem que tais fatores serão analisados a seguir.

2.3.1. O *design* institucional da Corte Constitucional brasileira na perspectiva de direito comparado

A análise comparativa do *design* institucional em termos de empoderamento e independência judicial fornece uma boa base para investigar a capacidade de a Corte Constitucional brasileira melhorar as condições democráticas do país, ao colocá-la numa métrica internacional. De acordo com autores que seguem a linha do chamado “novo institucionalismo”, as normas institucionais, as estruturas ou ambos podem influenciar o comportamento político ao moldar a capacidade dos atores políticos de fazer prevalecer as

³⁰⁵ Essa classificação também é utilizada por Diana Kapiszewski (KAPISZEWSKI, Diana. How Courts Work: Institutions, Culture, and the Brazilian Supremo Tribunal Federal. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 51-77. pp. 51/52)

suas preferências.³⁰⁶ Ainda que não se adote inteiramente essa teoria, é preciso reconhecer que a análise institucional da independência judicial e do poder jurídico das cortes constitucionais é essencial para compreender o seu novo papel na democracia, como adiante se mostrará.

2.3.1.1. *Independência judicial*

A independência judicial é uma garantia para que o julgador não esteja sujeito à influência inapropriada.³⁰⁷ Desse modo, não pode ser confundida com separação de poderes, pois, enquanto a primeira é uma garantia dos juízes, seja quando envolve os demais Poderes Constituídos ou não, a segunda é uma garantia no nível estrutural.³⁰⁸ Além disso, também não se devem imiscuir os conceitos de poder jurídico e independência judicial. Embora,

³⁰⁶ “The least common denominator of ‘new institutionalism’ is that institutional norms, structures, or both may affect political behavior by shaping the ability of political actors to advance their preferred course of conduct. Three competing, if overlapping, variants of new institutionalism have expanded upon this theme (Hall and Taylor 1996; Koelble 1995). Rational choice new institutionalism places considerable emphasis on collective action and the strategic interaction between players, who are assumed to behave rationally within existing informational and behavioral constraints. Sociological new institutionalists are critical of the rational choice model’s marginalization of cultural variables, and suggest that institutions ‘frame’ behavior through cognitive scripts that shape not only individuals’ strategic calculations but their very notion of group identity. Finally, historical new institutionalists fill the middle ground, emphasizing distinctions between political outcomes, power asymmetries, and the unintended consequences of institutional arrangements, while often drawing on culture as a transmission belt for the habitualization and internalization of norms (for example, Steinmo et al. 1992). Despite occasionally loud differences, the three schools share a common belief that institutions are not neutral in their effect on politics and society.” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 15)

³⁰⁷ “Legal definitions of judicial independence qualify this ordinary language sense of independence as freedom from influence. We may approach the qualification in either of two ways. First, the judge should only be free of ‘inappropriate’ influence. Second, and related, the judge need not be free of the influence of all individuals. The parties may influence a judge through legal arguments that persuade judges and that are offered orally in court or in papers submitted to the court; such persuasion does not constitute ‘inappropriate’ influence. Arguments offered ex parte might be inappropriate though we may not characterize the exercise of this sort of influence as compromising judicial independence. Similarly, judges who take bribes are subject to inappropriate influence. Neither lower court judges who follow the decisions of superior courts nor state supreme court justices who are persuaded by the rulings of courts outside their jurisdiction are subject to inappropriate influence. Most important, judges who render judgment on the basis of commitment to some set of moral and political principles are not subject to inappropriate influence.” (KORNHAUSER, Lewis A.. *Is Judicial Independence a Useful Concept?*. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Eds). *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002. p. 45-55. p. 48)

³⁰⁸ “Consider now the relation of the concept of judicial independence to that of the separation of powers. These two concepts are often conflated. As before, the separation of powers is a structural concept whereas judicial independence apparently has a sense at the level of the individual judges. Even at the structural level, however, the two concepts are distinct as one may perceive by two different routes. [...] Second, separation of powers and judicial independence have different functional roles. Separation of powers provides a check on government power; it regulates the relation among government institutions and between the government and the citizenry. The concern for judicial independence, by contrast, arises regardless of the identity of the litigants before the courts. Independence is generally regarded as a virtue in the adjudication of disputes between private individuals as well as of disputes between the government and private citizens.” (KORNHAUSER, Lewis A.. *Is Judicial Independence a Useful Concept?*. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Eds). *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002. p. 45-55. p. 47)

geralmente, na prática, possuem íntima conexão, a independência judicial não é necessária nem suficiente para o poder jurídico, de modo que é possível existir um tribunal independente com pouco poder, e um tribunal bastante poderoso com pouca independência.³⁰⁹

Sob o ponto de vista do titular da prerrogativa, a independência pode ser classificada em interna, que seria a independência dos juízes de instâncias inferiores em relação a juízes de instâncias superiores, e externa, consistente na independência de juízes da suprema corte em relação aos outros Poderes Constituídos e atores políticos.³¹⁰ No presente estudo, focado na corte constitucional, interessa mais a independência externa, haja vista que não há outro tribunal acima da corte constitucional, ao menos no plano nacional.

A fim de garantir independência às cortes constitucionais, há uma série de instituições formais que podem auxiliar a blindá-las das pressões políticas indevidas e a permitir que os juízes constitucionais decidam sinceramente. Para permitir que possam arbitrar os conflitos entre órgãos políticos, na mesma ou em diferentes esferas de governo, é importante que os tribunais constitucionais tenham um bom nível de autonomia e independência.

No âmbito dos países latino-americanos, houve uma série de reformas constitucionais, nas quatro últimas décadas, que aumentaram a autonomia dos juízes de tribunais constitucionais, ainda que isso não tenha se dado de forma tão linear. Elas tratam, sobretudo, das formas de nomeação, exercício e remoção dos juízes das cortes constitucionais, de modo a permitir, ao menos do ponto de vista formal, um isolamento relativamente maior.³¹¹

³⁰⁹ “One may, nonetheless, see that independence is neither necessary nor sufficient for power. An independent court may have little power. Consider, for example, British courts. The independence of the British judiciary is generally uncontested but its courts are much less powerful than, for example, U.S. courts. Conversely, a dependent court may be quite powerful. The European Court of Justice exercises extraordinary power. If its judges were subject to the control of the governments of their native states, the judges would not be independent even though the Court would remain a powerful institution.” (KORNHAUSER, Lewis A.. Is Judicial Independence a Useful Concept?. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Eds). *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002. p. 45-55. p. 47)

³¹⁰ “Because the hypotheses of this essay concern the institutional architecture of the justice system, I use a de jure concept of judicial independence, e.g., the formal institutional rules designed to insulate judges from undue political pressure (e.g., tenure and removal institutions). In particular, I focus on 1) the independence of supreme court judges from the other branches of government, or ‘external’ independence, and on 2) the independence of lower-court judges from their hierarchical superiors, or ‘internal’ independence.” (RÍOS-FIGUEROA, Julio. Justice System Institutions and Corruption Control: Evidence from Latin America. *The Justice System Journal*, v. 33, n. 2, p. 195-214, 2012. pp. 199/200)

³¹¹ “Practitioners and scholars alike agree that the wave of judicial reforms that swept Latin America in the last two decades of the twentieth century generally strengthened the institutions that aim to promote judicial independence to the point that now some believe that judicial accountability should be addressed to strike a better balance (Hammergren 2007, 207). These reforms have changed the appointment, tenure, and removal mechanisms of constitutional judges in such a way that, at least on paper, Latin American judges now enjoy considerably greater insulation from political pressure than they have in the recent past.” (RÍOS-FIGUEROA,

A independência dos juízes constitucionais está diretamente relacionada com o grau de controle exercido pelos outros atores antes e depois da posse no cargo. Como observa Daniel Brinks, o controle *ex ante* molda o perfil dos juízes das cortes constitucionais, inclusive as suas preferências sinceras, enquanto o controle *ex post* determina o grau em que os juízes devem ser estratégicos para obterem conformidade e efetivação das suas decisões.³¹²

Julio Ríos-Figueroa aponta que há cinco características institucionais destinadas a promover a independência dos juízes constitucionais frente a pressões políticas indevidas, que podem ser sintetizadas da seguinte forma: a) se a nomeação é feita pelos próprios juízes ou por pelo menos dois diferentes órgãos estatais, ou se há nomeação pelo Executivo ou eleição direta pelos cidadãos; b) se o período do mandato do juiz constitucional é maior do que o mandato do nomeante; c) se há ou não relação entre o processo de nomeação e o período do mandato; d) se o processo de remoção/cassação/perda do cargo dos juízes constitucionais envolve ao menos dois terços da legislatura; e) se o número de juízes constitucionais é previsto expressamente na constituição.³¹³

Analisando-se a primeira variável, num *design* institucional em que a nomeação deve ser feita diretamente pelo chefe do Poder Executivo, sem a intervenção de outros órgãos, a consequência é a menor independência em relação ao governo. De outro lado, se a nomeação é feita pelos próprios juízes, haverá maior independência em relação aos atores políticos. Entre esses dois extremos, há diversas outras configurações. No caso de o processo de nomeação passar por dois órgãos estatais de natureza política, como ocorre no Brasil, há uma independência relativamente maior que na primeira situação, mas menor que na segunda.

No Brasil, a Constituição Federal prevê que “os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal” (art. 101, p. único, CF). Assim, embora os juízes constitucionais sejam de livre escolha pelo Presidente da República, precisam ser sabatinados e aprovados pelo Senado Federal. Isso garante a participação de dois órgãos na escolha dos ministros do STF, o que, em tese, lhes garante maior autonomia do que se essa escolha ficasse a cargo exclusivo do presidente da República. Contudo, a desvinculação da escolha em

Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54. p. 29)

³¹² BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. p. 139.

³¹³ RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54. p. 29.

relação ao Poder Judiciário (os demais juízes e ministros do STF não participam desse processo), garante mais liberdade à classe política e, por conseguinte, maior vinculação do ministro escolhido à base política governista.

Além disso, a maioria exigida no Senado Federal para aprovação também influencia na seleção dos ministros do STF. Caso se exigisse maioria qualificada (de dois terços, por exemplo, como em alguns países), partidos menores e a oposição poderiam ter maior participação nessa escolha, porque poderiam ter mais condições de vetar a indicação. No Brasil, ao se exigir uma maioria absoluta (e não qualificada) do Senado Federal, há menor custo de negociação para o chefe do Executivo aprovar o seu indicado na referida Casa Legislativa, sobretudo num sistema que admite muitos partidos políticos. Assim, torna-se mais fácil alinhar o perfil do candidato a ministro do STF à ideologia e à agenda do governo federal,³¹⁴ com menores chances de que tenha opiniões mais favoráveis ao parlamento.³¹⁵

A forma de nomeação dos juízes da corte constitucional é um fator chave para que ela tenha condições de melhorar a democracia de seu país. Esse fator, aliás, foi preponderante na formação da isenção funcional de alguns tribunais constitucionais que ajudaram a melhorar a governança democrática nos seus países. Como aponta Willian Partlett, nos tribunais constitucionais da África do Sul, da Colômbia e da Índia, os juízes foram escolhidos por serem mais experientes e por terem forte reputação na comunidade jurídica. Esse processo de nomeação aumenta a possibilidade de que os juízes sejam independentes das estruturas políticas e procurem estabelecer um caminho independente. Isso, segundo Partlett, é um fator institucional chave para encorajar um compromisso de atitude, pois esses juízes podem, então, se perceberem como guardiões da ordem democrática e ajudar a corrigir as deficiências da democracia.³¹⁶

³¹⁴ Nesse sentido, Daniel Brinks: “A system that allows the president to select justices with consent from only a simple majority of the senate gives the executive slightly less freedom when the same party controls the executive and the senate, constituting only the president’s own party as a veto player. his freedom diminishes even more if the president has only coalitional majorities in the senate and dissipates further if an opposition party or coalition actually controls the legislature. Finally, a system that uses presidential nominations with the approval of a supermajority of the senate allows less-thanmajoritarian parliamentary actors to block approval but would give the executive continued control if he or she could count on a large majority in the senate.” (BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. p. 132)

³¹⁵ BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. p. 140.

³¹⁶ PARTLETT, William. Courts and Constitution-Making. *Wake Forest Law Review*, Wake Forest University School of Law, Winston-Salem, CN, v. 50, p. 921-949, 2015. p. 942.

O período de permanência no cargo também é um fator que pode garantir maior independência aos juízes da corte constitucional.³¹⁷ Essa, aliás, é uma variável importante a ser considerada no caso do STF. Na Corte Constitucional brasileira, os seus ministros adquirem a vitaliciedade a partir da posse no cargo³¹⁸, ou seja, não cumprem apenas um mandato no cargo, ou um mandato coincidente com a autoridade nomeante, mas ficam no cargo até a sua aposentadoria voluntária ou compulsória (aos 75 anos de idade³¹⁹), em situações normais. Com isso, permanecem no cargo por um período superior ao do mandato daquele que o nomeia.

Ainda que, ao serem nomeados ao cargo, possam ter assumido compromissos com a autoridade nomeante, com o passar do tempo, poderão adquirir maior independência.³²⁰ Aliás, há evidências empíricas de que um juiz que não foi nomeado pelo atual presidente (ou presidente da mesma tendência política) é mais propenso a controlar os seus atos.³²¹ Portanto,

³¹⁷ Há autores, como Gretchen Helmke e Jeffrey Staton, que, no entanto, entendem que mandatos mais longos não seriam inequivocamente positivos do ponto de vista do estado de direito, na medida em que isso aumentaria o valor do cargo e, por conseguinte, seriam maximizados os incentivos para deferência judicial estratégica *ex post* (HELMKE, Gretchen; STATON, Jeffrey K. *The Puzzling Judicial Politics of Latin America: A Theory of Litigation, Judicial Decisions, and Interbranch Conflict*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 306-331. p. 323). No entanto, empiricamente, juízes das cortes constitucionais costumam ser mais deferentes à autoridade nomeante logo após a nomeação do que em períodos posteriores.

³¹⁸ Lei Complementar n.º 35/1979: “Art. 2º. O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.”

³¹⁹ CF: “Art. 100. Até que entre em vigor a lei complementar de que trata o inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, nas condições do art. 52 da Constituição Federal.”

³²⁰ “Closely related to appointment procedure is length of tenure. The appointment process may involve many different organs, but if the tenure of judges coincides with the tenure of their appointers or with that of the executive and legislators, there is potential for undue pressure. Thus, let us consider that judges’ tenure should be longer than that of their appointers. Arguably, as length of tenure increases, the appointment method would tend to become irrelevant for influencing judges’ independence from their appointers. However, the particularities of the appointment method, such as how many or which organs participate in it, would still be important determinants of the types of judges who reach the bench.” (RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Institutions for Constitutional Justice in Latin America*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54. p. 30)

³²¹ “With respect to judges’ proclivity to check power, our expectations about political fragmentation enjoy support from both country cases (Table 9.3). In the Chilean case, political fragmentation is positive and significant (model 1). Moreover, the interaction between judicial appointment and fragmentation is significant and positive (model 2). A justice who was not appointed by the current president (or a president of the same political tendency) is 25 percent more likely to check exceptional power with a discrete change to fragmented politics. Moreover, under conditions of fragmented democratic politics (model 3), Chilean judges who are not politically aligned with the president are 31 percent more likely to vote to check executive power than are their colleagues. Similarly, in Argentina, there is some support for a constrained-court approach in the context of cases concerning power. The variable political fragmentation is positive and significant (model 4) – a judge is 14 percent more likely to vote to check power as we move from the context of unified democratic government to divided democratic government. The interactive term is not significant in the Argentinean case. However, in the context of fragmented democratic politics (model 6), judicial appointment is significant and positive: an

esse mandato mais longo implica, no comportamento dos ministros do STF, poucas ambições de carreira (não há um mandato a ser renovado), de modo que não induz – ao menos em tese – posturas que poderiam ser manipuladas pelo governo ou outros políticos para recompensar a indicação ao cargo.³²²

Ao se considerar a terceira variável acima exposta, constata-se que inexistente relação imediata entre o processo de nomeação e o período em que o ministro do STF fica no cargo. Como já se expôs, a vitaliciedade garante que o ministro nomeado permaneça no cargo mesmo após o término do mandato do nomeante (presidente da República). Desse modo, nesse quesito, o sistema brasileiro garante mais independência aos seus juízes constitucionais.

Outro importante fator que pode aumentar ou diminuir a independência judicial – e que tende a ser ainda mais relevante – diz respeito à facilidade/dificuldade de acusação do juiz constitucional para sua remoção, cassação ou perda do cargo. Quanto maior é a facilidade para retirá-lo do cargo, proporcionalmente maior é a pressão política que sofre ao tomar as suas decisões. Nesse aspecto, algumas regras podem ser determinantes, tais como os legitimados para ingressar com a demanda contra o juiz constitucional, o quórum exigido para decretar a perda do cargo, bem como o órgão ou os órgãos julgadores.³²³

No Brasil, qualquer cidadão pode provocar o processo de *impeachment* (por crime de responsabilidade) contra um ministro do STF³²⁴, dando início ao processo, de natureza político-administrativa, que será julgado pelo Senado Federal (art. 52, II, CF). Os crimes de responsabilidade dos ministros do STF estão previstos nos artigos 39 e 39-A da Lei n.º 1.079/1950.³²⁵ Para que a denúncia seja admitida, precisa ser determinado o processamento

Argentinean judge who was not appointed by the president is 28 percent more likely to vote to check executive power.” (SCRIBNER, Druscilla. Courts, Power, and Rights in Argentina and Chile. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 248-277. p. 268)

³²² No mesmo sentido: BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. p. 140.

³²³ “Removal proceedings also relate constitutional judges to the elected branches of government. Particularly important is the accusation part of the process because a simple accusation may tarnish a judge’s reputation; the easier it is to accuse, the more likely it is that the judge will be unduly pressured.” (RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54. p. 30)

³²⁴ Lei 1.079/1950: “Art. 41. É permitido a todo cidadão denunciar perante o Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador Geral da República, pêlos crimes de responsabilidade que cometerem (artigos 39 e 40).”

³²⁵ Lei 1.079/1950: “Art. 39. São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: 1 - alterar, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal; 2 - proferir julgamento, quando, por lei, seja suspeito na causa; 3 - exercer atividade político-partidária; 4 - ser patentemente desidiioso no cumprimento dos deveres do cargo; 5 - proceder de modo incompatível com a honra dignidade e decôro de suas funções. Art. 39-A. Constituem, também, crimes de responsabilidade do Presidente do Supremo Tribunal Federal ou de seu substituto quando no exercício da Presidência, as condutas previstas no

pelo Presidente da Mesa do Senado Federal³²⁶ e, além disso, por uma comissão especial, que deve aprovar a admissibilidade da acusação por uma maioria simples, submetendo o parecer ao Plenário do Senado, no qual também é necessária a maioria simples para a admissibilidade da denúncia.³²⁷ Além disso, ainda que admitido o processamento, após a instrução processual para colheita de provas e a defesa do acusado, será necessário, para a decretação da sua cassação, novo parecer da Comissão Especial, por maioria simples, bem como voto da maioria qualificada de 2/3 (dois terços) dos senadores pela condenação do ministro do STF.³²⁸

No Brasil, historicamente, apesar do elevado quantitativo de representações apresentadas, nunca houve *impeachment* de ministro do STF. Os processos têm sido sumariamente arquivados por decisão da Mesa do Senado Federal ou mesmo por decisão monocrática do Presidente. Isso pode ser justificado pelos baixos incentivos existentes para que o Senado destitua um ministro da Suprema Corte do cargo, bem como porque comumente há fragmentação interna nessa Casa Legislativa.³²⁹

Outra variável a ser analisada, no tocante à independência judicial, é se o quantitativo de juízes constitucionais está previsto ou não na constituição. Havendo previsão constitucional, há mais dificuldades para que a classe política, por exemplo, amplie o número de juízes constitucionais quando encontra óbices ou resistência à sua agenda pelos juízes em exercício no tribunal constitucional. No Brasil, o quantitativo de ministros que compõem o STF encontra assento constitucional – está previsto no art. 101, *caput*, da Constituição

art. 10 desta Lei, quando por eles ordenadas ou praticadas. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos Presidentes, e respectivos substitutos quando no exercício da Presidência, dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Contas, dos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais, dos Tribunais de Justiça e de Alçada dos Estados e do Distrito Federal, e aos Juízes Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição.”

³²⁶ Lei 1.079/1950: “Art. 44. Recebida a denúncia pela Mesa do Senado, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada a uma comissão especial, eleita para opinar sobre a mesma.”

³²⁷ Lei 1.079/1950: “Art. 47. O parecer será submetido a uma só discussão, e a votação nominal considerando-se aprovado se reunir a maioria simples de votos.”

³²⁸ Lei 1.079/1950: “Art. 53. Findas as diligências, a comissão emitirá sobre o seu parecer, que será publicado e distribuído, com todas as peças que o instruírem e dado para ordem do dia 48 horas, no mínimo, depois da distribuição. Art. 54. Esse parecer terá uma só discussão e considerar-se-á aprovado se, em votação nominal, reunir a maioria simples dos votos. [...] Art. 68. O julgamento será feito, em votação nominal pelos senadores desimpedidos que responderão ‘sim’ ou ‘não’ à seguinte pergunta enunciada pelo Presidente: ‘Cometeu o acusado F. o crime que lhe é imputado e deve ser condenado à perda do seu cargo?’ Parágrafo único. Se a resposta afirmativa obtiver, pelo menos, dois terços dos votos dos senadores presentes, o Presidente fará nova consulta ao plenário sobre o tempo não excedente de cinco anos, durante o qual o condenado deverá ficar inabilitado para o exercício de qualquer função pública.”

³²⁹ No mesmo sentido: BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. p. 139.

Federal³³⁰ –, o que, se analisado comparativamente, é um fator que amplia a independência judicial.

Segundo Daniel Brinks, em pesquisa empírica, focando no controle *ex post* dos membros do STF, um fator concreto – não institucional – que incrementa sua independência é o fato de que os ministros ingressam na Corte no auge de suas carreiras e têm boas condições de vida, de modo que não são altamente suscetíveis à possibilidade de recompensas e/ou punições se saírem do Tribunal.³³¹ Entretanto, ainda que esse possa ser um fator relevante, é preciso considerar que os ministros da Suprema Corte brasileira, assim como os juízes dos tribunais constitucionais de outros países, valorizam os seus cargos, não somente pela remuneração que recebem³³², mas também pelo prestígio, pelo interesse na política³³³ ou por poder.

³³⁰ Constituição Federal: “Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.”

³³¹ “*Ex post* control over STF justices is likely to be weak. Justices are insulated from pressures while on the bench, arrive at the court at the peak of their careers and have life terms, are not highly susceptible to the possibility of rewards and/or punishments after retiring from the court, and enjoy moderately high popular support. Given this political and institutional context, and focusing purely on *ex post* control, we would expect a court that acts sincerely, especially when issuing rulings that are largely self-enforcing such as rulings on the constitutionality of laws or rulings governing behavior within the courts (e.g., due process rights of criminal defendants). We might also expect any decrees that require affirmative action to focus on bureaucrats or lower levels of government and to have at least the tacit support of influential national policy makers.” (BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. p. 139)

³³² Nas demais instâncias judiciais, há evidências empíricas que indicam que reformas estruturais como aumento da remuneração dos juízes, criação de escolas judiciais e aumento de número de juízes produz aumento na preparação dos juízes e no seu perfil acadêmico, aumenta a independência judicial, bem como produz juízes mais ativos, proativos e responsáveis em seu papel de guardiões dos princípios e integridade do sistema. A esse respeito, Javier Couso e Lisa Hilbink, considerando dados empíricos produzidos no Chile: “Meanwhile, however, a combination of reforms designed to modernize the judiciary – that is, to improve the caliber and the capabilities of personnel and the efficiency and effectiveness of judicial procedures – began to take effect at the base of the judicial pyramid (see Vargas 2007). These included a substantial increase in judicial salaries, particularly at the entry level; a massive increase in the number of judges, again at the first-instance level; the creation of the Judicial Academy (noted earlier) to provide initial and continuing professional training of judges; and a series of procedural reforms, including most prominently the criminal procedure reform discussed earlier that placed new emphasis on constitutional guarantees. These reforms had three main effects. First, they dramatically improved the academic profile and professional preparation of incoming judges and increased the weight of formal professional development in the promotion process. Second, and relatedly, they greatly reduced the incentive of lower-court judges to cater their decisions to the perspectives of their institutional superiors. Not only did they mitigate the role of the judicial elite in determining standards for appointment and promotion but they also rendered it less likely that lower-court judges would want and need to focus heavily on rising in the judicial ranks. And third, they placed new demands on and/or created opportunities for lower-court judges to be more active, proactive, and responsible in their role as guardians of the principles and integrity of the system (Vargas 2007, 112). In sum, a series of more mundane or technical reforms, not directly aimed at altering the structure or composition of the judiciary, have combined to give lower-court judges greater independence, better intellectual and material resources, and more opportunities to assert themselves in defense of rights. This has by no means produced a comprehensive change in the mind-set and behavior of all lower-court judges – much less of higher-ranking judges – but it has made possible the expression of (neo)constitutionalism by ordinary judges in ways previously unimaginable in Chile. As one judge put it, as a result of the reforms, lower-court judges

Além disso, a irredutibilidade dos subsídios e a inamovibilidade³³⁴ são garantias constitucionais que aumentam a independência judicial dos ministros do STF.³³⁵

Seria difícil avaliar empiricamente o peso de cada um dos fatores acima analisados na independência judicial, sobretudo em razão da existência de incentivos concorrentes.³³⁶ De qualquer forma, pelo *design* institucional da Corte Constitucional brasileira, há garantias formais que, consideradas em seu conjunto, geram incentivos para que os seus ministros julguem sinceramente, de acordo com a ortodoxia constitucional e legal, preocupando-se em mostrar aparência de imparcialidade.

De outro lado, seja em razão da forma de nomeação ao cargo, seja em razão de preocupações de efetivação da decisão (cálculo estratégico, algo que será analisado a seguir), ou ainda, de outras variáveis, é possível observar que a independência judicial não é uma garantia absoluta de que não haverá interferências indevidas nas decisões da Suprema Corte brasileira. Para se aferir qual é o impacto da independência judicial na atuação do STF, é preciso fazer uma análise global da sua atuação, investigando, por exemplo, como ele atuou diante de situações em que o seu poder foi testado, quando causas de interesse do governo ou de atores políticos relevantes estão em jogo. Após as análises quantitativa e qualitativa que serão realizadas sobretudo nos capítulos 3 e 4, voltar-se-á a essa questão, no capítulo 6, considerando-se os dados empíricos trabalhados.

Além de analisar os fatores que determinam o nível de independência, é importante relacionar a capacidade de o STF melhorar as condições democráticas ao poder jurídico conferido formalmente pela Constituição Federal de 1988, o que trará importantes

have ‘a space [in which to act] that wasn’t there before.’” (COUSO, Javier; HILBINK, Lisa. From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideological Roots of Rights Adjudication in Chile. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 99-127. pp. 109/110)

³³³ HELMKE, Gretchen; STATON, Jeffrey K. The Puzzling Judicial Politics of Latin America: A Theory of Litigation, Judicial Decisions, and Interbranch Conflict. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 306-331. pp. 313/314.

³³⁴ CF: “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: [...] II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I”. No mesmo sentido, a Lei Complementar n.º 35/1979: “Art. 25 - Salvo as restrições expressas na Constituição, os magistrados gozam das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos”.

³³⁵ No mesmo sentido: BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. p. 140.

³³⁶ “This would not necessarily mean that formal institutions are irrelevant to judicial behavior or to crises more generally. They can matter greatly. It is just that we may not pick up the right effects in field data because of the competing incentives problem.” (HELMKE, Gretchen; STATON, Jeffrey K. The Puzzling Judicial Politics of Latin America: A Theory of Litigation, Judicial Decisions, and Interbranch Conflict. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 306-331. p. 325)

luzes sobre o movimento expansivo de judicialização da política no Brasil, bem como sobre a força e as fraquezas da Corte Constitucional brasileira quando envolve o governo e atores políticos influentes.

2.3.1.2. Poder jurídico

O poder *de iure* é uma variável fundamental para analisar a questão relativa à real capacidade de uma corte constitucional melhorar as condições democráticas do seu país. Se ela não possui poder ou este é mitigado, não terá a força necessária para tomar decisões em determinadas matérias que envolvem interesses do governo ou de atores políticos influentes, ou, mesmo a tendo, não terá disposição para fazê-lo, ou, ainda, não terá como obter o cumprimento das suas decisões.³³⁷

O poder jurídico comumente é determinado por diversos fatores, mas, sobretudo, pelo *design* institucional do tribunal constitucional (aspecto formal) e pela capacidade de seus membros efetivarem as suas decisões.³³⁸

A verificação do poder *de iure* passa, inicialmente, pela análise da facilidade ou da dificuldade de acesso à corte no *design* institucional, ou seja, é preciso identificar qual é a competência e quais são os instrumentos jurídicos à disposição das pessoas para levar a demanda ao julgamento pelo tribunal constitucional.

Analisando-se o *design* institucional dos tribunais constitucionais latino-americanos, observa-se que os instrumentos jurídicos para provocar a jurisdição constitucional podem ser de controle concreto ou abstrato, concentrado ou difuso, prévio ou posterior, com produção de efeitos *erga omnes* ou *inter partes*, com acesso aberto (acessíveis a todos) ou restrito (acessíveis a apenas alguns atores).³³⁹

³³⁷ “Perhaps self-evidently, if courts do not have power, they may not have the ability or willingness to intervene in disputes at all, and when they do intervene, they are likely to be ignored.” (BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. pp. 128/129)

³³⁸ No mesmo sentido, Daniel Brinks: “Judicial authority is a function of the interaction between the formal scope of authority given the court in its institutional design and the capacity of its likely constituencies to impose costs on the targets of adverse decisions.” (BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. p. 132)

³³⁹ De forma semelhante, Julio Ríos-Figueroa: “Before stating the arguments that link specific instruments for constitutional adjudication with judicial behavior, let us categorize the possible types of legal instruments according to five relevant characteristics: type, timing, jurisdiction, effects, and access. Type refers to whether the process of constitutional adjudication is concrete (when the review may not take place absent a real case or

Do ponto de vista do problema desenvolvido nesta tese, acerca da real capacidade de a Corte Constitucional brasileira melhorar a democracia, interessa o papel desempenhado pelos tribunais constitucionais no arbitramento de disputas políticas e, também, na proteção de direitos individuais. Nesse tocante, cada tipo de ação constitucional pode ser mais adequado para arbitrar um desses tipos de disputas. Segundo Julio Ríos-Figueroa, a ação que proporciona um controle de constitucionalidade abstrato, centralizado (concentrado), *a posteriori*, com acesso restrito e efeitos *erga omnes*, é um bom instrumento para resolver disputas políticas, mas não tão bom para a garantia de direitos, sobretudo porque essa ação somente pode ser proposta por algumas autoridades ou órgãos públicos. De outro lado, segundo o autor, instrumentos de controle concreto de constitucionalidade são melhores para a efetivação de direitos.³⁴⁰ Além disso, geralmente este tipo de instrumento geralmente prevê o acesso aberto, enquanto os instrumentos centralizados comumente têm acesso restrito.

Como aponta Julio Ríos-Figueroa, no âmbito da América Latina, houve um aumento do quantitativo de países que utilizam o instrumento de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade.³⁴¹ Em sua pesquisa comparativa, considera três componentes do controle de constitucionalidade que influenciam no poder jurídico das cortes constitucionais, quais sejam, o momento no qual as leis são julgadas (*a priori* ou *a posteriori*),

controversy) or abstract (when the review takes place absent a real case or controversy). Timing determines if constitutional review occurs *a priori* (before a law has been formally enacted) or *a posteriori* (after the law has been adopted). Jurisdiction can be either centralized (there is only one court responsible for it) or decentralized (more than one court can interpret the constitution and render laws, decrees, or regulations unconstitutional). Effects of the decisions in constitutional cases may be *erga omnes* (valid for everyone) or *inter partes* (valid only for the participants in the case). Finally, access to legal instruments can be open (any citizen has legal standing to use them) or restricted (only public authorities, such as a fraction of legislators or leaders of political parties, have legal standing).” (RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Institutions for Constitutional Justice in Latin America*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54. pp. 40/41)

³⁴⁰ RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Institutions for Constitutional Justice in Latin America*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54. p. 43.

³⁴¹ “In turn, the proportion of countries with abstract-centralized instruments, either *a posteriori* or *a priori*, presents more variation. Instrument 4 (abstract-centralized *a posteriori*) is now a common instrument in the region (around 75% of countries have it), but this was not the case in 1945, when only about half of the countries in the region had this instrument, which has been increasingly adopted in the wave of judicial reforms since the early 1980s. Moreover, notice the interesting gap between the countries that have this instrument – around 75 percent by 2005 – and those in which this instrument can be used by any citizen, around 25 percent by 2005 (Figure 1.4, right, specifically the solid and dashed line, respectively). Restricted access to this instrument, in addition to its abstract nature, may make it not very useful for the defense of rights in the region. Finally, the proportion of countries with instrument 3 (abstract-centralized *a priori*) also increased steeply from 1945 to around 1960 (from 25% to 50%), but then it stabilized at around 50 percent.” (RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Institutions for Constitutional Justice in Latin America*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54. p. 47)

o tipo de revisão (concreto ou abstrato) e a existência (ou não) de efeitos *erga omnes* e vinculantes das decisões.³⁴²

Dentro dessa tipologia, Ríos-Figueroa mostra que, nos países latino-americanos, os instrumentos de controle de constitucionalidade podem ter as seguintes combinações: 1) Em concreto, *a posteriori* e centralizado; 2) Em concreto, *a posteriori* e descentralizado; 3) Abstrato, centralizado e *a priori*; 4) Abstrato, centralizado e *a posteriori*.³⁴³ O autor mostra que alguns países têm todos os quatro tipos de instrumentos (p. ex., El Salvador, Equador e Panamá), enquanto que outros têm apenas um (p. ex., Argentina e Uruguai).³⁴⁴ No Brasil, há três tipos de instrumentos (tipos 1, 2 e 4), pois não se admite o controle abstrato, centralizado e *a priori*.³⁴⁵

³⁴² RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54. p. 48.

³⁴³ RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54. p. 48.

³⁴⁴ “Let us look at what particular instruments each country had in the year 2005. Tables 1.4 and 1.5 show this information. The first thing to note is that in general, Latin American countries have chosen to include many different types of legal instruments of constitutional control instead of having only one. Most countries have at least two, and many have three instruments; some countries have all four types of instruments (e.g., El Salvador, Ecuador, Panama), whereas a handful have only one (e.g., Argentina, Uruguay). Instruments 1 and 2, which share the characteristic that they are concrete and thus more suitable for enforcing rights, are present in several countries. Half the countries that have instrument 1 restrict access to it, and only three countries (Bolivia, Honduras, and Mexico) allow for *erga omnes* effects with this instrument.” (RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54. pp. 47/48)

³⁴⁵ “CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “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” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não. 2. Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança. 3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico. 4. Mandado de segurança indeferido.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 32033, Relator(a):

Comumente, os países da América Latina restringem o acesso aos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade a poucas autoridades ou órgãos públicos, não permitindo que sejam utilizados por todos os cidadãos.³⁴⁶ A amplitude desses instrumentos disponíveis a atores individuais e coletivos, a autoridades e órgãos públicos tem como conseqüência a amplitude ou não de acesso à corte constitucional. Quanto maior a amplitude dos meios de acesso, mais questões constitucionais serão apreciadas pelo tribunal constitucional. Assim, a facilidade de acesso à corte constitucional é uma variável que amplia o seu poder jurídico.

Em relação ao *tipo de controle* (concreto ou abstrato), é possível observar que o controle concreto costuma permitir o acesso de um maior número de legitimados para questionar a política aprovada em lei ou outro ato normativo. De outro lado, a decisão do controle abstrato possui impactos mais intensos na política, na medida em que os seus efeitos vinculantes e *erga omnes* impedem que outros órgãos judiciais ou administrativos contrariem a decisão tomada.³⁴⁷ A combinação entre controle concreto e abstrato é algo que empodera muito o tribunal constitucional, pois permite a ampliação da sua competência e dos legitimados para propor a ação (controle concreto), bem como possibilita que a sua decisão tenha muito mais peso, pelos efeitos *erga omnes* e vinculantes (controle abstrato).

Além disso, os tribunais constitucionais cujas decisões possuem efeitos vinculantes e *erga omnes* – ou seja, precedentes de observância obrigatória por todos –, são mais poderosos do que tribunais que somente podem tomar decisões com efeitos *inter partes*. Com efeito, há mais poder jurídico quando os tribunais podem vincular mais pessoas com as

Min. Gilmar Mendes, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2013, processo eletrônico DJe-33, public 18-02-2014, RTJ, v. 227, p. 330)

³⁴⁶ “In general, Latin American countries have quite a diversified portfolio of legal instruments of constitutional control. Some instruments have been pointed out as being better tools for litigants to fight for rights, that is, those that have open access, and also for judges to enforce those rights, that is, those that are designed to solve concrete disputes and controversies. Some other instruments have been signaled out as being better for judges and political actors to settle disputes between them, that is, those that are abstract and with restricted access. We can find these types of instruments in many countries and, most of the time, more than two types in the same country. However, though there are multiple instruments in each country, what seems to be lacking is access to them: in the two types of instruments for which access can be open or restricted (instruments 1 and 4), a majority of countries have chosen to make them available only for public authorities and not for all citizens.” (RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Institutions for Constitutional Justice in Latin America*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54. pp. 48-50)

³⁴⁷ TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 21

suas decisões, na medida em que elas produzem mais consequências políticas com menos esforço.³⁴⁸

A esses componentes (momento, tipo e efeitos), Matthew Taylor acrescenta outro elemento da revisão judicial que, no Brasil, influencia muito o poder jurídico do STF, qual seja, a *discrecionarietà*, consistente na capacidade de o tribunal escolher quais casos admitirá para julgamento, o quão ampla ou restrita será a possibilidade de os admitir e quando proferirá a decisão.³⁴⁹ Essa discrecionarietà decorre da generalidade e da imprecisão dos textos constitucionais relativos aos requisitos para admissibilidade das ações originárias (ADI, ADI por omissão, ADC, ADPF, mandado de segurança contra determinadas autoridades etc.) e dos recursos (recurso extraordinário e recurso ordinário constitucional). A discrecionarietà pode aumentar o poder jurídico das cortes, na medida em que a capacidade dos agentes políticos de atrair o tribunal constitucional para o jogo político depende, em parte, da capacidade que os juízes constitucionais têm de deixar de decidir questões políticas difíceis ou, ao revés, de atraí-los para o julgamento da corte.³⁵⁰

Outro fator institucional que também produz impacto no poder *de iure* das cortes constitucionais diz respeito à *extensão da constituição formal*. Quanto maior o catálogo de direitos fundamentais e mais prolixa for a constituição em relação à distribuição de poder entre os diversos órgãos públicos e os diferentes níveis de governo, maior será a quantidade de matérias que podem ser submetidas à corte constitucional. Ou seja, o fato de uma

³⁴⁸ “Moreover, courts whose decisions have erga omnes effects and who can establish binding precedent – de jure or de facto – are more powerful than courts limited to deciding one case at a time. Their decisions, potentially at least, bind more people and have greater policy consequences with less effort. And finally, courts that can choose their own agenda through discretionary docket control are better able to focus and target their decisions, to choose their allies and their enemies, and to avoid cases that might be hazardous to their health. The combination of these various factors determines the influence courts can potentially exercise over substantive policy outcomes.” (BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. p. 133)

³⁴⁹ “The scope of juridical power is the most complex of the elements of judicial review described here. Ríos-Figueroa and Taylor (2006) note three components of juridical power: the timing by which laws are judged (a priori versus a posteriori); the type of review (abstract versus concrete); and rules governing court decisions’ bindingness and universality. To these I add a fourth: discretion, or the ability of a given judge or court to choose which cases to hear, how extensive or constrained a decision to issue, and when to issue that decision.” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 20)

³⁵⁰ “Finally, discretion is somewhat derivative of the other components of juridical power, but merits discussion on its own, because the ability of policy players to draw courts into the policy fray depends in part on judges’ ability to evade or rebuff difficult decisions, or instead to attract them to their court (Kapiszewski 2007; Kapiszewski and Taylor 2006; Wilson and Rodríguez Cordero 2006). While judges’ discretion depends partly on the first three components mentioned here, it also is dependent on constitutional arrangements, previous jurisprudence, and less tangible factors such as the internal culture of the court system.” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 21)

constituição ser prolixa é uma variável que também tende a ampliar o poder *de iure* da corte constitucional.

A ação de controle constitucional abstrato, concentrado e posterior seria a ferramenta mais política de que dispõem os juízes constitucionais, porque implica diretamente em legislar. De outro lado, esse tipo de ação não seria um bom instrumento para juízes efetivarem direitos fundamentais, sobretudo porque, nesta matéria, os juízes costumam ser “gradualistas”³⁵¹, ou seja, as reformas sociais via adjudicação judicial costumam ocorrer passo a passo, a partir de pequenas mudanças, ainda que não se possa dizer que haja linearidade nessa evolução³⁵².

A partir disso, é possível correlacionar poder jurídico e independência judicial. De fato, comumente, há uma relação diretamente proporcional entre ambos, mas, contraintuitivamente, não é sempre que isso ocorre. Julio Ríos-Figueroa, em estudo comparativo realizado na América Latina, mostra que há países em que as cortes constitucionais possuem maior independência do que poder *de iure*, países que possuem uma configuração oposta (como Honduras e Panamá), bem como países que possuem níveis mais altos tanto de independência quanto de poder jurídico. Além disso, Ríos-Figueroa mostra como também é contraintuitiva a variação de ambos os elementos dentro do mesmo país. Nesse tocante, demonstra que há países onde tanto independência quanto poder *de iure* aumentaram de forma sustentada e significativa; países em que a independência é reduzida, mas o poder permanece bastante alto; países em que a independência permanece em nível elevado, mas o poder *de iure* aumenta apenas timidamente; e países que permanecem com ambos os elementos em níveis constantes.³⁵³ Portanto, observa-se que, empiricamente, há uma

³⁵¹ ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?*. Chicago: University of Chicago Press, 1991. p. 31.

³⁵² “In summary, I disagree with Professor Rosenberg when he says that same-sex marriage advocates have primarily relied on litigation strategies. Marches, parades, political organizing, and even kissing(!) make up the grass-roots mobilization tactics advocates have employed. His argument overstates the determinacy of social movements and is premised on a linear construction of social evolution that is not indicative of reality.” (NIELSEN, Laura Beth. Social movements, social process: a response to Gerald Rosenberg. *The John Marshall Law Review*, Chicago, n. 42, p. 671-683, 2009. p. 682)

³⁵³ “The annual regional average conceals variation across countries that turns out to be important and interesting. Figure 1.2 shows the country average of both indexes over the period 1945 to 2005. Notice that there are countries that score higher in independence than in power (such as Argentina, Chile, and Mexico), countries that have the opposite configuration (such as Honduras and Panama), and countries that have higher or lower levels of both independence and power (such as Colombia Costa Rica, Dominican Republic, and Venezuela). There are also interesting differences regarding change across time within countries (not shown here). There are countries in which both indexes increase in a sustained and significant manner, such as Guatemala and Venezuela; countries in which independence goes noticeably down and power remains at a constant, rather high, level, such as Ecuador; countries in which independence remains constant at a fairly high level but power increases from low to medium levels, such as Chile; and countries with either ups and downs or constant values in both indexes, such as Peru and Argentina, respectively.” (RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for

tendência de independência e poder jurídico andarem juntos e guardarem proporcionalidade entre si, mas nem sempre essa tendência se confirma, pois há diversas outras variáveis que podem influenciar nesses elementos.

A partir da pesquisa empírica realizada por Julio Ríos-Figueroa, comparando-se a Corte Constitucional brasileira com as dos demais países latino-americanos, observa-se que aquela possui um alto grau de independência, mas está abaixo do nível médio de poder.³⁵⁴ Isso conduz a levantar outras hipóteses ou variáveis que podem influenciar no poder de *iure* das cortes constitucionais. Com efeito, o comportamento dos juízes constitucionais pode ser influenciado pela ideologia, pelo contexto político e pelo contexto social, além de instituições formais.³⁵⁵ Além disso, o perfil dos juízes constitucionais pode ser determinante em relação ao exercício do poder *de iure*.

Portanto, observa-se que as questões institucionais possuem grande impacto na determinação da independência judicial e do poder *de iure* das cortes constitucionais latino-americanas e, especialmente, do STF.³⁵⁶ As mudanças constitucionais formais a esse respeito tiveram um impacto significativo no aumento da independência judicial e no poder jurídico desses tribunais constitucionais e, particularmente, na Corte Constitucional brasileira. Com efeito, o grau de isolamento dos juízes constitucionais e as suas competências constitucionais podem ampliar ou reduzir os incentivos para que atuem em matéria de arbitramento de disputas políticas e de efetivação de direitos fundamentais, bem como determinar como atuarão.³⁵⁷ Outras questões institucionais como a forma de nomeação de juízes podem

Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54. pp. 33/34)

³⁵⁴ “Figure 1.3 shows a classification of Latin American constitutional courts based on the combination of their average scores in the de jure indexes of independence and power. Contrasting the placement of countries in Figure 1.3 with the placement of countries in Table I.1 of the introduction to this volume, it is interesting to note that Costa Rica is both above the medium level in both de jure indexes and also a country in which constitutional judges have actively performed their roles as rights enforcers and arbiters of interbranch conflicts. Countries, such as Brazil or Mexico, that have been more active as arbiters than as rights enforcers are located above the middle level in the independence index but below the middle level in the power index. But countries that have at times performed both roles and at times neither, such as Argentina, or countries that used to perform neither role but increasingly are performing both, such as Chile, also score rather high in independence but low in power.” (RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Institutions for Constitutional Justice in Latin America*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54. pp. 34/35)

³⁵⁵ RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Institutions for Constitutional Justice in Latin America*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54. p. 35.

³⁵⁶ Similarly, institutional differences in the way countries attempt to insulate and empower constitutional judges may produce different effects on the behavior of judges.” (RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Institutions for Constitutional Justice in Latin America*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54. pp. 50/51)

³⁵⁷ “Why some countries have some institutions but not others, and whether those institutional features indeed produce a specific behavior, are crucial and long-standing questions that lie beyond the limits of this chapter.

determinar se eles terão um perfil mais liberal ou conservador, bem como determinar o seu perfil ideológico. Além disso, as estruturas de revisão judicial são determinantes para que os atores políticos estabeleçam o valor tático dos tribunais, bem como as diversas estratégias jurídicas.³⁵⁸

Entretanto, não são somente as questões institucionais que importam. A independência judicial, o poder jurídico e a disponibilidade dos instrumentos para controle de constitucionalidade não implicam necessariamente o seu uso efetivo pelas cortes constitucionais. Aliás, é possível que o texto constitucional preveja a revisão constitucional e suas instituições, mas elas sequer sejam implementadas.³⁵⁹

Além disso, embora os modelos institucionais sejam importantes para garantir independência e empoderamento das cortes constitucionais, não pode se dizer que exista um modelo institucional infalível.³⁶⁰ Os contextos político e econômico, a cultura jurídica, o

However, this chapter sheds some light on these questions. I want to single out two considerations in assessing the effects of institutions that follow from the chapter. First, it is important to consider the set of institutions that together create a system of incentives for a particular intended behavior and not treat institutions in an isolated way. For example, appointment, tenure, and removal mechanisms may combine to generate incentives for judges to decide according to their sincere preferences. In this example, if tenure or removal mechanisms are considered independently, the incentive structure set by the institutional framework may be biased or incomplete, as may be the assessment of their effects. This would be the case especially when some institutions of the same set, for instance, appointment and tenure, create incentives for independent behavior, but others, for instance, removal mechanisms, point in the other direction. A complete institutional map and clear theoretical expectations for each mechanism would then be necessary to establish the system of incentives that the institutional framework imposes on judges and then test for their effects.” (RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Institutions for Constitutional Justice in Latin America*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54. p. 51)

³⁵⁸ “The structures of judicial independence and judicial review are fundamental to establishing the tactical value of courts to policy actors seeking to advance their broader policy agendas, and thus help to determine how courts will be activated in policy debates (Ríos-Figueroa and Taylor 2006). These structures (summarized in Table 2.1) have both direct and indirect effects on legal tactics. Directly, they set the standards regarding who can contest policy, where, and with what effect. Indirectly, the rules governing judicial independence and judicial review help to explain overall judicial administrative performance, determining the relative effectiveness of different policy tactics in terms of both speed and definitiveness, and contributing to policy players’ strategic calculus by influencing the tactical options available to them.” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 18/19)

³⁵⁹ A revisão judicial foi prevista nas Constituições de países como Camboja (1993), Moçambique (1990), Etiópia (1995) e Eritreia (1996), mas a revisão constitucional não foi implementada mesmo após vários anos após a entrada em vigor dos novos textos constitucionais. Como aponta, Tom Ginsburg: “Indeed, that such a norm exists is also evidenced by the fact that new constitutions in countries that still fall fairly short of the conventional definition of democracy (such as Cambodia (1993), Mozambique (1990), Ethiopia (1995), and Eritrea (1996)) contain provisions for constitutional review that remained unimplemented for several years after their passage. Like democracy itself, constitutionalism commands such normative power as an aspiration that it is invoked by regimes that make no pretense of submitting to constitutional control.” (GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies*. New York: Cambridge University Press, 2003. pp. 6-9)

³⁶⁰ “Até porque a ênfase excessiva nas instituições poderia levar a dois problemas. Em primeiro lugar, que modelos ou padrões institucionais fossem superestimados como meio de resolução de todos os conflitos políticos em determinada sociedade. No entanto, quanto a isso, é necessário advertir que *não existe um modelo institucional puro e infalível*, cujo funcionamento garantiria sempre um resultado democrático *independentemente da realidade concreta* em que fosse implantado. Para dizer de forma distinta, não há uma receita institucional automática de sucesso que possa ser aplicada e exportada sem se levar em consideração o

apoio popular, o poder político dividido entre diversos partidos, coligações e atores são, por exemplo, fatores que influenciam sobremaneira as decisões da suprema corte, o seu cumprimento e a existência ou não de represálias a ela.

Para avaliar o poder jurídico de determinado tribunal constitucional, é preciso verificar, concretamente, a sua contribuição na produção independente de decisões com impactos politicamente significativos.³⁶¹ Além disso, é imprescindível considerar se as decisões dos juízes constitucionais são efetivamente cumpridas, ou seja, qual é a real capacidade da corte constitucional efetivar as suas decisões.³⁶² A esse respeito, deve-se perquirir se, como e quando o governo, o parlamento ou as elites políticas se utilizam de mecanismos de descumprimento, direto ou indireto, e de retaliações contra tais decisões. Essas circunstâncias possuem consequências no comportamento judicial, sobretudo sob o ponto de vista do modelo estratégico. Portanto, para buscar possíveis respostas a esses questionamentos, é imprescindível investigar a estrutura de oportunidades constitucionais, os incentivos sociopolíticos, a cultura jurídica e o comportamento da Corte Constitucional brasileira, o que se fará a seguir.

2.3.2. A estrutura de oportunidades constitucionais e os incentivos sociopolíticos

O *design* institucional realmente pode gerar mais ou menos incentivos à judicialização ou à tribunalização. Todavia, a natureza dinâmica e intersubjetiva das relações entre os diversos atores e as instituições, a cultura jurídica e o direito constitucional, entre outros fatores, também ocupam papel central nessa análise. Além disso, há vários fatores

contexto sócio-político em que essas instituições jurídicas e políticas operarão.” (BENVINDO, Juliano Zaiden; ACUNHA, Fernando José Gonçalves. O papel da política na atuação das Cortes Supremas. *Novos estudos*, CEBRAP, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 57-79, jan.-abr. 2018. pp. 66/67)

³⁶¹ “Judicial power results from the interaction of three different components: the independent input of the court in producing politically significant outcomes that are complied with by other actors. In order to assert that judicial review was playing an important role in new democracies, we must identify specific instances of the court constraining current government policy in a politically salient case. How did the three case studies measure up in this regard?” (GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies*. New York: Cambridge University Press, 2003. p. 252)

³⁶² “Of course, it is important to distinguish between the availability of an instrument and its actual use. In one country, the bulk of legal activity may involve a particular instrument, even though litigants have different options. It is also important to keep in mind that even if instruments are available and used, there is still the problem of compliance with judicial decisions, which in some case may invalidate the most creative and original pro-rights decisions made by constitutional judges. Even if judges do have the legal power, for instance, to remove a public authority for noncompliance, this capacity may actually backfire and make compliance harder to achieve.” (RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Institutions for Constitutional Justice in Latin America*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54. p. 50)

externos que também são fundamentais, tais como o desenvolvimento e a estabilidade econômica, na medida em que podem reduzir a instabilidade institucional de todos os tipos, incluindo ataques aos tribunais.³⁶³ Portanto, instituições realmente importam, mas não são suficientes para explicar o fenômeno.

No âmbito brasileiro, é preciso investigar quais são as suas causas e por que esse movimento de recrudescimento da revisão judicial pela Corte Constitucional brasileira tem sido crescente. Enfim, quais são os incentivos, no plano formal e comportamental, para que os conflitos políticos e as reivindicações de direitos fundamentais cheguem à Corte Constitucional? Quais são os fatores sociopolíticos que podem contribuir para um aumento da revisão judicial?

O *design* institucional da revisão judicial comumente é dado pela Constituição, que determina, por exemplo, a competência do tribunal (tipos de conflitos e de matérias que examina), a natureza e a extensão dos atores que podem provocar a jurisdição constitucional, o grau de controle sobre o próprio processo e os efeitos formais das decisões do tribunal constitucional. A esses elementos que compõem o aspecto formal da estrutura de oportunidades constitucionais, soma-se o comportamento do tribunal em fazer a revisão judicial, a sua disposição para tanto, bem como a real capacidade de obter a efetivação das suas decisões.³⁶⁴

Segundo Diana Kapiszewski, é possível sistematizar a estrutura de oportunidades constitucionais dividindo-as em quatro questões centrais: a) como a Constituição distribui o poder entre os atores do governo; b) quais pré-compromissos ideológicos refletem; c) como aloca o poder entre o Estado e a sociedade (em particular, através da concessão de direitos); e d) quais os mecanismos que estabelece para acionar o Judiciário e, especificamente, o tribunal constitucional.³⁶⁵

³⁶³ HELMKE, Gretchen. Public Support and Judicial Crises in Latin America. *Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 2, p. 397-411, 2010. p. 405.

³⁶⁴ Em sentido semelhante, Daniel Brinks: “The scope of authority of a particular court is given by (1) the categories of conflicts the court is legally empowered to resolve, (2) the nature and range of actors empowered to bring conflicts to the court, (3) the degree of control over its own docket, and (4) the formal-legal effect of the court’s decisions. Scope of authority turns into actual authority when it is coupled with the ability to make decisions stick, that is, the ability to produce actual compliance.” (BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. p. 132)

³⁶⁵ KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio(Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 154-186. p. 162.

Em primeiro lugar, analisando-se o *design* constitucional da distribuição de poder entre Estado e sociedade (na alocação de direitos sociais e econômicos), observa-se que, quanto maior a amplitude e a imprecisão do texto constitucional e mais internamente contraditórios os direitos incluídos em uma constituição, maior é a estrutura de incentivos para a adjudicação de direitos pela corte constitucional.³⁶⁶

Em segundo lugar, a Constituição brasileira de 1988 previu vários pré-compromissos ideológicos – como o liberalismo e o dirigismo econômico –, uma extensa lista de direitos, numerosos mecanismos de revisão judicial abstrata para acionar o Supremo Tribunal Federal diretamente e vários instrumentos para acessar os demais tribunais e postular a revisão judicial concreta. Além disso, o texto constitucional é bastante vago em algumas partes e bem específico em outras, contendo diversas contradições internas significativas, especialmente em relação aos pré-compromissos econômicos. Como ressalta Diana Kapiszewski, essa estrutura de oportunidades da Constituição Federal brasileira de 1988 convidou a tribunalização dos conflitos sobre “distribuição do poder institucional, governança econômica e direitos”, mas, empiricamente, o STF assumiu um papel mais importante nas duas primeiras áreas do que na terceira.³⁶⁷

³⁶⁶ “The greater the breadth and vagueness of, and the more internally contradictory, the rights included in a constitution, the better the constitutional infrastructure for rights adjudication. Owing to the foreclosure of the judicial option for addressing the legacy of authoritarian rule and to Brazilian democrats’ desire to shield the country from another experience with authoritarianism, the new charter – nicknamed the ‘Citizen Constitution’ (Constituição Cidadã) (Zaverucha 1998, 105) – contains extensive lists of rights. Title II enumerates a broad gamut of individual and collective rights and duties (Chapter I), an extensive series of social and economic rights (Chapter II as well as Title VIII), and multiple political rights (Chapter IV). Title III describes rights granted specifically to civil servants (Chapter VII, Section II). Rights are both quite vague and quite detailed. As is often the case in rights-laden constitutions, multiple contradictions among rights are possible (as in the case mentioned previously, in which freedom of expression and guarantees against racism were at odds). Furthermore, the Ministério Público gained power and autonomy under the 1988 constitution, and the charter provided for the creation of an ombudsman charged with giving legal advice to and defending the needy (Article 134) – although it included no detail on its function.” (KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 154-186. pp. 166/167)

³⁶⁷ “Brazil transitioned to democracy in 1985 and adopted a new ‘citizens’ constitution’ three years later. The 1988 charter sought to circumscribe executive power and to redistribute power from the federal-level government toward the states and away from the state toward society. It included various ideological precommitments (e.g., to liberalism and economic dirigisme), an extensive list of rights, and numerous abstract review mechanisms to access the high court directly and multiple mechanisms to appeal concrete review cases (including those involving rights) to the court. Moreover, the charter was quite vague in some parts and quite specific in others and contained significant internal contradictions, especially with respect to its economic precommitments. In short, the charter’s opportunity structure invited the tribunalization of conflict over the distribution of institutional power, economic governance, and rights. Nonetheless, as suggested earlier, the STF was called on to play – and played – a more important role in the first two of these areas than in the third.” (KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 154-186. p. 155)

Além disso, quanto mais abrangentes, específicos e internamente inconsistentes os pré-compromissos incorporados a uma Constituição, maior será o seu potencial para servir de base para a adjudicação. No caso brasileiro, a Constituição de 1988 incorporou vários pré-compromissos ideológicos em seu texto, mas muitos deles são contraditórios entre si. Por exemplo, embora tenha consagrado um sistema decididamente democrático, perpetuou certas tendências autoritárias, como através da manutenção das diversas vantagens e prerrogativas aos militares comparativamente aos servidores civis. Ademais, o texto constitucional brasileiro possui contradições em relação a filosofias econômicas, pois, ao mesmo tempo em que é neoliberal e estabelece a menor participação do Estado na atividade econômica, prevê vários mecanismos de controle estatal sobre a economia.³⁶⁸

Essas contradições internas na Constituição brasileira também tiveram reflexos na atuação do STF, pois este deveria incorporar uma reação democrática contra o passado autoritário, fortalecendo o constitucionalismo democrático, mas, nos primeiros anos após a redemocratização, ainda era fortemente influenciado pelo período ditatorial.³⁶⁹

No tocante à distribuição de poder institucional (terceiro elemento analisado), diante da especificidade e da imprecisão do texto constitucional, além da turbulência do

³⁶⁸ “The more encompassing, specific, and internally inconsistent the precommitments built into a constitution, the greater its potential to serve as the basis for adjudication. Legislators drafting Brazil’s new charter embedded various ideological precommitments in the constitution. Whereas it reflected a clear commitment to liberalism, it was less clear with regard to political and economic commitments. For instance, though it enshrined a decidedly democratic system, it perpetuated certain authoritarian tendencies (through the maintenance of military prerogatives and treatment of civil-military relations; see Zaverucha 1998). Likewise, the constitution included a lopsided and contradictory pairing of economic philosophies. On one hand, drafted amid international pressure for neoliberal reform and the retreat of the state from economic management, the charter refers to free enterprise and competition (e.g., Article 170; JG-06) and encourages the formation of small and microenterprises (Article 179). Yet, in part because it was written early in the posttransition period under a president with strong connections to the previous military regime in which the state played a preeminent role in the economy, the charter was overwhelmingly dirigiste. It prescribed a transformational program involving heavy state intervention in and regulation of the economy (including private business and strategic sectors) and had strong nationalist overtones (Ballard 1999, 247; Vilhena Vieira 2002, 38, 129–130).” (KAPISZEWSKI, Diana. *Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 154-186. pp. 165/166)

³⁶⁹ “The judiciary in general and the STF in particular, was then a fundamental piece of these new dilemmas the Constitution of 1988 unfolded and could thereby act as reallegitimate protector of democracy by making decisions that, while based on principles, were consistent throughout history and also externally rationally justified. The STF, in other words, should be an institution that would protect this reality against any possible reemergence of authoritarianism by upholding the Constitution and its principles. It should embody this democratic reaction against the authoritarian past by strengthening and enforcing the democratic Constitution. Yet, notwithstanding this ample democratic movement with the promulgation of the Constitution of 1988, the judiciary could not adequately assume its duty of a real protector of the legal order nor did the STF really act as the ‘Guardian of the Constitution’. The judiciary in general, strongly influenced by the authoritarian period, usually adopted either a legalist or, on the contrary, creative and rather voluntaristic approach to legal interpretation as a means to deal with legal authoritarianism.” (BENVINDO, Juliano Zaiden. *On The Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Berlin: Springer, 2010. pp. 92/93)

regime logo após a promulgação da Constituição de 1988, diversos atores políticos buscaram a Corte Constitucional para aumentar seu poder e para testar os limites constitucionais.³⁷⁰ Dentro desse contexto, a Corte Constitucional brasileira também definiu os contornos do seu próprio poder na nova ordem constitucional.³⁷¹

Em termos de governança econômica, diante das diversas reformas ocorridas na década de 1990 – sobretudo previdenciária, relativas à privatização de empresas e à responsabilidade fiscal –, os partidos de oposição, sindicatos e associações procuraram a Corte Constitucional brasileira para as contestar, diante da derrota na arena política, traduzindo reivindicações de natureza ideológica em demandas jurídico-constitucionais.³⁷² Entretanto, o STF deu aval às políticas governamentais na imensa maioria das ações, sobretudo nas reformas mais significativas.

³⁷⁰ “The political and institutional fluidity and turmoil of the period just after regime and constitutional change (when the majority of the distribution of power cases in the sample under study were filed) strongly incentivized political actors to try to augment their power and test constitutional boundaries. Given the 1988 constitution’s new institutional matrix (as well as both its vagueness and its specificity), it is not surprising that such efforts would be – or could easily be alleged to be – in conflict with the constitution. Likewise, we would expect that salient and complicated political initiatives carried out soon after the new constitution was introduced (i.e., presidential impeachments, plebiscites, or electoral system modifications) would potentially break its rules.” (KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 154-186. pp. 168/169)

³⁷¹ “Moreover, helping to clarify the country’s institutional framework offered the STF an opportunity to define its own role in the new institutional order. Via these powerdistribution cases, the court adopted certain tasks into its repertoire (such as deciding the constitutionality of constitutional amendments), ruled others out (such as making policy in MIs), and established the uses and limits of new abstract review mechanisms (e.g., the ADC and the ADFP). Yet distributing power among the branches and layers of government, and among political actors, certainly entailed institutional risks for the high court. In the early posttransition period, when democracy remained weakly institutionalized, it likely seemed prudent to the justices to defuse rather than exacerbate conflicts among emerging political actors, giving a little to each side to bolster system stability (CSE-05, CSE-06, CSE-09), thus serving as a ‘faithful servant of the regime’ (Shapiro 1981) – understanding regime as a system of rule (as does Brinks in Chapter 5). The STF generally followed a middle-of-the-road or pragmatic course when deciding these cases, seeking to avoid confronting any particular group or actor repeatedly and sometimes retreating to purely technical decisions (i.e., focusing on the issues of constitutional procedure rather than of constitutional substance raised in the cases) to help smooth conflict.” (KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 154-186. p. 169)

³⁷² “The policies Brazilian leaders implemented through the late 1980s and 1990s to stabilize the economy and reform the state (i.e., to privatize state-owned businesses, revamp the social security and tax systems, and modernize the civil service) frequently conflicted with the 1988 constitution’s economic precommitments (i.e., its statist and nationalist tendencies). These conflicts offered opposition parties and unions and business – the most frequent filers of economic policy cases – a platform on which to contest policy (and on which to convert ideological opposition into constitutional controversy).” (KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 154-186. pp. 169/170)

Analisando-se os mecanismos capazes de ativar a jurisdição do STF, observa-se que a Constituição brasileira previu diversos instrumentos para tal finalidade, bem como uma imensa gama de legitimados.

Com efeito, a Constituição de 1988 ampliou o acesso à Justiça, nos diversos níveis. No tocante à competência originária da Corte Constitucional brasileira, o texto original previu três tipos de ações para provocar o controle concentrado de constitucionalidade, quais sejam, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI por omissão) e a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). A Constituição de 1988 também ampliou o rol de legitimados para a propositura de tais ações. Ademais, a Emenda Constitucional n.º 3/1993 criou a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), e a Emenda Constitucional n.º 45/2004 ampliou os seus legitimados ativos.³⁷³

Além de um extenso rol de competências originárias estabelecido no inciso I do artigo 102, a Constituição também previu competência recursal ampla nos incisos II e III do mesmo artigo, com um sistema bastante permissivo de recursos, de modo que se tornou relativamente fácil dar uma roupagem constitucional ao litígio para o levar à Corte Constitucional brasileira.³⁷⁴

A diversidade de instrumentos que podem ser utilizados e a divisão das competências – entre plenário, turmas e monocráticas de ministros – são fatores que incentivam o uso do STF pelos diversos atores. Por exemplo, para se levar uma questão constitucional de natureza penal à Corte, é possível utilizar uma ADI, uma ADC, uma ADPF, uma ação cautelar, uma reclamação constitucional, um mandado de segurança, um recurso extraordinário ou um *habeas corpus*, dentre outros instrumentos.³⁷⁵

³⁷³ CF (com alteração da EC 3/1993 e EC 45/2004): “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; 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.”

³⁷⁴ Também nesse sentido: “The 1988 constitution also introduced – or broadened standing to use – various rights adjudication mechanisms. Though most rights cases are filed with lower courts initially, some mechanisms can be used to activate the STF directly under certain conditions. Furthermore, Brazil has a permissive judicial appeals structure: it is relatively easy (if costly) to appeal almost any decision to the high court when the case can be dressed in constitutional clothing (as rights cases can be) (Taylor 2004, 113, 135). The main mechanisms for appealing concrete constitutional review cases (including rights claims) to the STF are the RE and the agravo de instrumento (AG), both of which were in use prior to 1988.” (KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 154-186. pp. 167/168)

³⁷⁵ O caso do *Habeas Corpus* do ex-presidente Lula e a rediscussão da constitucionalidade da execução da pena após decisão de segunda instância é um bom exemplo disso. Cada peticionante – e, muitas vezes, alguns ministros do STF também, na defesa do seu entendimento – atua como um *player*, conforme o resultado que

Além da previsão de diversas ações de controle abstrato de constitucionalidade e do amplo rol de legitimados para as propor, qualquer cidadão pode ajuizar uma demanda individual e fazê-la chegar até o STF pela via recursal.

Assim, o *design* constitucional brasileiro criou uma estrutura de incentivos para os diversos atores da sociedade civil, partidos políticos, órgãos estatais e cidadãos em geral acionarem o Tribunal Constitucional para buscar os seus direitos e para o arbitramento de que disputas políticas. Desse modo, torna-se relativamente fácil acessar o STF, ainda que o tempo de resposta para cada ação ou recurso possa ser muito elevado.

Portanto, o que se observa no Brasil é uma ampla estrutura de oportunidades constitucionais, que convidam à judicialização das diversas questões, inclusive as de natureza política.

Além das oportunidades constitucionais, a estrutura de incentivos sociopolíticos também é um fator que serve para explicar o aumento da utilização da revisão judicial no país.

Segundo Diana Kapiszewski, duas condições relacionadas à estrutura de incentivos sociopolíticos de um tribunal também são importantes para a constitucionalização e o julgamento do conflito, quais sejam: a ação ou inação governamental deve ser contrária à constituição; e os litigantes em potencial devem ser habilitados e incentivados a usar os tribunais para contestar as ações do governo, considerando isso algo possível e promissor.³⁷⁶

Nesse tocante, observa-se que a Constituição brasileira de 1988 criou uma estrutura de incentivos sociopolíticos para a judicialização dos conflitos. Diante da especificidade e da imprecisão do texto constitucional, há grandes chances de que as políticas do governo – que comumente beneficiam alguma parcela da população, mas desagradam outra – possam estar em conflito com alguma norma constitucional, criando-se incentivos para que os que se sentem prejudicados busquem o Judiciário para obter a revisão da ação ou inação estatal, sob o argumento de violação à Constituição.

Além disso, com a Constituição Federal de 1988 e emendas posteriores, houve o fortalecimento de instituições capazes de controlar atos do governo e postular a revisão judicial. Com efeito, o texto constitucional de 1988 fortaleceu o Ministério Público, inclusive lhe concedendo autonomia financeira e orçamentária, o que possibilitou que seus membros

pretende ser perseguido, dentro e fora do processo. Esse caso, que será melhor explorado no capítulo 3, é um bom exemplo como os diversos instrumentos e procedimentos para acionar a jurisdição constitucional criam incentivos para que as diversas questões ganhem uma roupagem constitucional e cheguem, pelos diversos caminhos e estratégias, ao STF.

³⁷⁶ KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 154-186. p. 155.

agissem institucionalmente com independência, inclusive na fiscalização de agentes de governo e agentes políticos.³⁷⁷ Se isso não bastasse, com a Emenda Constitucional n.º 45/2004, houve um fortalecimento institucional da Defensoria Pública, instituição com a missão constitucional de defender os necessitados, dando-lhe autonomia administrativa e orçamentária. Com isso, ocorreu a ampliação e a melhor estruturação das Defensorias Públicas estaduais e federal, tornando-se mais fácil à população carente postular direitos fundamentais – como saúde, educação etc. – perante o Estado, seja de forma individual ou através de ações coletivas.

Assim, no Brasil, há ao menos duas instituições muito fortes e com independência capaz de contestar ações do governo, o que aumenta a estrutura de incentivos sociopolíticos à judicialização de diversas questões.³⁷⁸ Aliás, há evidências empíricas de que a cooperação de outras instituições com os tribunais constitucionais pode fomentar a revisão judicial, bem como torná-la bem-sucedida.³⁷⁹

³⁷⁷ Também nesse sentido: “In addition, the Constitution considerably strengthened the autonomy of the Ministério Público, a federal prosecutorial body with extensive powers and a degree of autonomy that have led some to call it the ‘fourth power’ of government in Brazil. This newly autonomous prosecutorial body enabled a new set of policy actors to challenge the elected branches in policy matters including, of most importance, its own members — prosecutors — who have become active in policy debates, with special effect within the court system.” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 28)

³⁷⁸ Aliás, as categorias profissionais da área jurídicas conseguiram obter uma posição privilegiada na Constituição de 1988. Com a justificativa de necessidade de autonomia judicial, pela repressão ocorrida na ditadura, juízes obtiveram autonomia administrativa e orçamentária. Ainda mais ativos foram os promotores, que conseguiram obter as mesmas prerrogativas do Judiciário, o que garantiria à instituição do Ministério Público uma equiparação constitucional ao Judiciário em termos de privilégios, de modo que seus membros costumam se autodenominar como um “quarto poder”. A Ordem dos Advogados do Brasil conseguiu obter diversas posições privilegiadas na Constituição de 1988 e, na prática, teve suas garantias e privilégios expandidos pelo STF ao longo do tempo. No mesmo sentido: “Brazilian judges, prosecutors, and lawyers all had a noteworthy role in the negotiation of the new Constitution, especially with regard to the judiciary. Judges were able to use the previous lack of judicial autonomy as a wedge to lobby for significant budgetary and administrative independence, as well as to veto discretion-reducing proposals such as a purely constitutional court. Prosecutors were equally active, gaining unparalleled autonomy as what would become a ‘fourth’ branch of government. Despite its initial support of the 1964 military coup, the courageous subsequent opposition of the OAB to the military regime gave it particular influence: its members were guaranteed special protections, and the OAB was given special standing in the STF, which has gradually expanded over time. These same groups have also had a strong influence on attempts at judicial reform, shaping the content of the 2004 constitutional amendment on the judiciary and, perhaps more important, its implementation. It will come as no surprise that, although the 2004 constitutional reform approved the creation of a súmula vinculante, the only groups given the right to propose the creation or revision of such a statement of precedent are exactly the same select groups currently granted standing in constitutional review cases via ADIN” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. pp. 161)

³⁷⁹ Como afirma Willian Partlett, uma estratégia-chave para reforçar um papel ativista é a cooperação com outras instituições, ou seja, um tribunal constitucional deve se aliar ativamente com outras instituições e órgãos, a fim de construir apoio popular. Nesse tocante, Partlett ressalta o exemplo da Corte Constitucional Colombiana, que se aliou ao Procurador de Justiça Nacional e ao Procurador-Geral para monitorar a burocracia do Executivo e informações sobre políticas futuras, construindo apoio popular (PARTLETT, William. *Courts and Constitution-Making*. *Wake Forest Law Review*, Wake Forest University School of Law, Winston-Salem, CN, v. 50, p. 921-949, 2015. p. 947).

Observa-se, inclusive, que, diante da ramificação da Justiça de primeira instância³⁸⁰, fenômeno observado sobretudo a partir da Constituição de 1988 – que concedeu autonomia financeira e administrativa ao Judiciário –, direitos de natureza constitucional podem ser mais facilmente reivindicados pelos cidadãos brasileiros, que, através de recursos, podem levar a demanda até o STF.

Além disso, alguns instrumentos antigos também ganharam aval constitucional. Por exemplo, com fundamento no descumprimento de alguma norma legal ou da própria moralidade administrativa, qualquer cidadão pode ingressar com uma ação popular para anular ato administrativo³⁸¹, até mesmo se esse ato for praticado pelo Presidente da República³⁸², perante qualquer juízo de primeira instância. Os diversos órgãos do Ministério Público ou da Defensoria Pública, da União ou dos Estados, associações e entidades de classe, dentre outros legitimados, também podem ingressar com ações civis públicas com a mesma finalidade.³⁸³ Enfim, existe uma estrutura de incentivos sociopolíticos para que os cidadãos, a sociedade civil e determinados órgãos públicos, alegando direitos previstos na Constituição de 1988, ajuízem ações para anular atos administrativos do poder público, inclusive de natureza política, nas diversas esferas do governo.

No entanto, o fato de existir garantias formais de acesso à Justiça não leva, inexoravelmente, à judicialização. Ocorre que o Judiciário também tem sido extremamente permissivo ao admitir a revisão judicial de atos políticos, o que, naturalmente, gera incentivos

³⁸⁰ “De acordo com o Relatório Justiça em Números 2018, que analisa dados do Judiciário brasileiro até o final do ano de 2017: “O primeiro grau do Poder Judiciário está estruturado em 15.398 unidades judiciárias - um aumento de 20 unidades em relação ao ano anterior. Esse quantitativo é subdividido em 10.989 varas estaduais, trabalhistas e federais (71%); 1.606 (10,4%) juizados especiais; 2.771 (18%) zonas eleitorais; 13 auditorias militares estaduais; e 19 auditorias militares da União, conforme observado nas Figuras 1, 2 e 4. A maioria das unidades judiciárias pertence à Justiça Estadual, que possui 10.035 varas e juizados especiais e 2.697 comarcas (48,4% dos municípios brasileiros são sede da Justiça Estadual). A Justiça do Trabalho está sediada em 624 municípios (11,2% dos municípios) e a Justiça Federal em 279 (5% dos municípios).” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018)

³⁸¹ CF/1988: “Art. 5º [...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

³⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental 6381, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 11/5/2018, processo eletrônico DJe-096, divulg. 16/5/2018, public. 17/5/2018.

³⁸³ CF/1988: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. O art. 5º da Lei 7.347/1985 assim prevê: “Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

para que os diversos atores, órgãos públicos e sociedade civil ingressem com ações judiciais. Aliás, a postura permissiva do Judiciário em relação à judicialização de questões de natureza eminentemente política gera a sensação para os atores políticos derrotados de que precisam esgotar, dentro do ambiente institucional, todas as possibilidades de perseguir a sua reivindicação política, a fim de demonstrar aos aliados e aos seus eleitores que defendem a sua posição.³⁸⁴ Assim, há grandes incentivos para que reivindicações políticas e ideológicas ganhem roupagem constitucional e sejam transformadas em ações judiciais.

A título de exemplo, quando a então Presidenta da República Dilma Rousseff, em 16/3/2016, nomeou o ex-Presidente Lula como Ministro da Casa Civil, foram propostas mais de 110 ações contra tal ato, nas diversas instâncias judiciais, sendo a maioria ações populares ajuizadas na primeira instância, com o fundamento jurídico principal de desvio de finalidade, sob a alegação de que a nomeação teria a única finalidade de gerar foro por prerrogativa de função e retirar o processo contra Lula do julgamento pelo juiz Sérgio Moro da primeira instância da Justiça Federal.³⁸⁵ No dia seguinte à nomeação, mesma data em que ocorreu a posse de Lula (17/3/2018), já havia decisão da Justiça Federal de primeira instância suspendendo tal ato.³⁸⁶ Além disso, no dia seguinte à nomeação, já haviam sido protocoladas ao menos nove ações no STF para questionar tal ato, incluindo ações de descumprimento de preceito fundamental e mandados de segurança.³⁸⁷ Em 18/3/2016 (dia seguinte à posse do Presidente Lula como Ministro da Casa Civil, ocorrida às 10h40 do dia 17), o Ministro do STF Gilmar Mendes proferiu decisão em mandado de segurança coletivo, na qual suspendeu a

³⁸⁴ “Thinking in purely cost-benefit terms, these are not long odds for a political actor contemplating an ADIN. The legal costs are low, limited to legal fees and the risk of having a law’s constitutionality upheld. While the latter may seem highly consequential, it is often not, as ADINs are often filed after all possible remedies in the executive and legislative branches have been exhausted. These relatively minimal potential costs are usually counterbalanced by the large potential rewards. In light of the possibility that the implementation of the policy may have high costs to a political actor’s core constituency, these benefits include either the political benefits from thwarting policy implementation or, even when unsuccessful, being seen as taking the battle forward on another front. As Werneck Vianna et al. express this second benefit (as it applies to political parties), use of the judiciary permits policy players to stake a claim, “establishing a position against the majority and expressing to [the political party’s] adherents and the public in general the [party’s] disposition to exhaust, in the institutional environment, all the possibilities open for intervention” (1999, 127; translation mine).” (TAYLOR, Matthew M. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. pp. 79/80)

³⁸⁵ O GLOBO. Ações contra nomeação de Lula como ministro serão julgadas em Brasília: STJ decidiu que as mais de 110 ações apresentadas em 2016 ainda são pertinentes. 17/6/2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/acoes-contra-nomeacao-de-lula-como-ministro-serao-julgadas-em-brasilia-21352678>>. Acesso em: 13/4/2018.

³⁸⁶ ROVER, Tadeu; MARTINES, Fernando. Juiz suspende nomeação de Lula como ministro da Casa Civil. CONJUR. 17/3/2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-17/juiz-suspende-nomeacao-lula-ministro-casa-civil>>. Acesso em: 13/4/2018.

³⁸⁷ ROVER, Tadeu. Pelo menos nove ações no STF contestam nomeação de Lula como ministro. CONJUR. 17/3/2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-17/cinco-acoes-supremo-contestam-nomeacao-lula>>. Acesso em: 13/4/2018.

referida nomeação, tendo como principal argumento a ocorrência de desvio de finalidade e violação ao princípio da moralidade administrativa, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.³⁸⁸

Observe-se que, na situação apresentada, um ato da então Presidenta da República foi questionado em diversas instâncias judiciais, por vários atores, com utilização das mais variadas ações, sob os fundamentos precípuos de desvio de finalidade e de violação ao princípio constitucional da moralidade administrativa, sendo suspenso por um juiz de primeira instância da Justiça Federal e, no dia seguinte, por um Ministro do STF, monocraticamente.

O caso apresentado demonstra como a previsão constitucional de diversos instrumentos disponíveis para levar ao STF e às demais instâncias judiciais as contendas constitucionais, a imprecisão e a especificidade do texto constitucional, bem como a postura permissiva do Judiciário formam uma estrutura de oportunidades constitucionais e geram incentivos sociopolíticos para a judicialização das diversas contendas, inclusive as que versam sobre questões políticas, dos diversos níveis e esferas de governo.

Enfim, a arquitetura constitucional, aliada a uma postura permissiva do STF, formam um campo fértil para a judicialização das disputas políticas, podendo transformar a Suprema Corte brasileira numa verdadeira arena política.

³⁸⁸ “A ocorrência desse tipo de desvio de conduta sujeitará a autoridade administrativa, seja ela membro do Poder Legislativo, prefeito, governador, presidente da República ou outra do segundo escalão do Executivo, a ação popular e, ainda, ação ordinária de nulidade do ato, junto com a União, que poderá ser proposta no foro federal do domicílio do autor. [...] Nenhum Chefe do Poder Executivo, em qualquer de suas esferas, é dono da condução dos destinos do país; na verdade, ostenta papel de simples mandatário da vontade popular, a qual deve ser seguida em consonância com os princípios constitucionais explícitos e implícitos, entre eles a probidade e a moralidade no trato do interesse público ‘lato sensu’. O princípio da moralidade pauta qualquer ato administrativo, inclusive a nomeação de Ministro de Estado, de maneira a impedir que sejam conspurcados os predicados da honestidade, da probidade e da boa-fé no trato da “res publica”. Não por outra razão que o *caput* do art. 37 da CF indica como diretriz administrativa: ‘Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]’. Especificamente nos casos de desvio de finalidade, o que se tem é a adoção de uma conduta que aparenta estar em conformidade com um certa regra que confere poder à autoridade (regra de competência), mas que, ao fim, conduz a resultados absolutamente incompatíveis com o escopo constitucional desse mandamento e, por isso, é tida como ilícita. [...] Nesse contexto, o argumento do desvio de finalidade é perfeitamente aplicável para demonstrar a nulidade da nomeação de pessoa criminalmente implicada, quando prepondera a finalidade de conferir-lhe foro privilegiado. [...] Ou seja, a conduta demonstra não apenas os elementos objetivos do desvio de finalidade, mas também a intenção de fraudar. Assim, é relevante o fundamento da impetração. É urgente tutelar o interesse defendido. [...] Ante o exposto, defiro a medida liminar, para suspender a eficácia da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, determinando a manutenção da competência da justiça em Primeira Instância dos procedimentos criminais em seu desfavor.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 34070 MC, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Decisão liminar proferida em 18/03/2016, publicada em Processo Eletrônico DJe-054, divulg 22/03/2016, public 28/03/2016)

Há, ainda, outro importante fator a ser considerado e que pode explicar muito esse movimento de crescimento da revisão judicial da política a partir da Constituição de 1988, que é exatamente mudança da cultura jurídica no Brasil, como se mostrará a seguir.

2.3.3. A cultura jurídica

As constituições dos países latino-americanos posteriores à terceira onda de democratização estabeleceram maiores poderes aos tribunais superiores, previram extensos catálogos de direitos sociais, econômicos e culturais, bem como atribuíram aos tratados internacionais *status* de norma constitucional. Além do aspecto institucional, no ambiente sociopolítico, também surgiram novas estruturas de oportunidades e incentivos para a judicialização da política.³⁸⁹

O novo papel das cortes constitucionais na revisão de questões políticas foi impulsionado, por exemplo, por fatores como a criação ou o fortalecimento de tribunais constitucionais, a concessão de maiores poderes de controle de constitucionalidade, a incorporação de mecanismos jurisdicionais destinados a proporcionar justiciabilidade aos direitos previstos na constituição e o surgimento de estruturas de apoio que facilitaram o acesso crescente de grupos de cidadãos aos tribunais. Todavia, o aspecto institucional não é suficiente para explicar o fenômeno, uma vez que a judicialização da política pode acontecer mesmo na ausência desses fatores estruturais, como foi o caso de Estados Unidos, França e Israel, como aponta Javier Couso³⁹⁰.

³⁸⁹ Em estudo comparado, Pilar Domingo identifica três tipos de processos que contribuíram para a judicialização da política na América Latina, ainda que de formas complexas, desiguais e contraditórias: a) a linguagem do conflito político e social, mais do que no passado, enquadra-se facilmente num uso convergente de discursos juridicamente enraizados sobre direitos, Estado de Direito e prestação de contas; b) um amplo espectro de atores políticos e sociais usam essa linguagem jurídica e formas associadas de mobilização jurídica na busca de determinados projetos políticos e agendas de mudança; e c) a existência de reformas institucionais e constitucionais de grande alcance, que proporcionaram novas estruturas de oportunidade para os processos de judicialização da política, novas formas de reflexão sobre ativismo judicial, uma nova forma de engajamento dos juízes com o contexto político (DOMINGO, Pilar. *Novel Appropriations of the Law in the Pursuit of Political and Social Change in Latin America*. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 254-278. p. 274).

³⁹⁰ “While recognizing the significance of these structural elements in furthering judicialization, I argue that they are not in themselves enough to explain its emergence in Latin America. This, incidentally, is compatible with what the comparative study of judicialization has revealed, specifically, that the latter can happen even in the absence of structural factors such as the introduction of constitutional courts or a bill of rights, as was the case in the United States (Nelson 2000), France (Stone 1992), and Israel (Edelman 1994). If this is so, and such structural elements are neither necessary nor sufficient conditions for judicialization to emerge, perhaps legal culture might play a role in this story.” (COUSO, Javier. *The Transformation of Constitutional Discourse and the*

Além disso, embora os padrões de comportamento sejam importantes,³⁹¹ também não são bastantes para explicar a expansão da judicialização da política. Como se mostrou anteriormente, mesmo nos países em que tribunais constitucionais foram deferentes aos demais poderes constituídos, foi possível observar o crescimento da judicialização da política.

Desse modo, é preciso investigar quais são os outros fatores que também possuem relevância para explicar esse movimento crescente de judicialização da política. Nesse tocante, diversos autores afirmam que existe forte influência da *cultura jurídica* nesse novo papel das cortes constitucionais, entendida como “o conjunto de atitudes, ideias, expectativas e valores que as pessoas possuem em relação ao seu sistema jurídico, instituições jurídicas e regras jurídicas”.³⁹² Aliás, há evidências empíricas de que existe estreita conexão entre a cultura jurídica e a judicialização da política na América Latina.³⁹³

Javier Couso defende que, como a doutrina é uma fonte formal do direito nos países da América Latina – sistemas típicos de *civil law* –, a teoria constitucional tem desempenhado um papel importante na transformação da cultura jurídica da região, e essa mudança é um fator que contribui para a judicialização da política.³⁹⁴ Para o autor, os estudos constitucionais na América Latina experimentaram uma transformação revolucionária nas últimas décadas. Segundo Couso, essa mudança dramática facilitou a introdução de processos de judicialização da política na região e alterou o próprio papel dos tribunais constitucionais na democracia.³⁹⁵ Com efeito, é possível observar que a mudança da cultura jurídica auxiliou

Judicialization of Politics in Latin America. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 141-160. p. 143)

³⁹¹ HUNEEUS, Alexandra; COUSO, Javier; SIEDER, Rachel. *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America*. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 3-21. p. 3.

³⁹² Tradução livre do texto: “[...] the cluster of attitudes, ideas, expectations, and values that people hold with regard to their legal system, legal institutions, and legal rules” (PÉREZ-PERDOMO, Rogelio; FRIEDMAN, Lawrence. *Latin Legal Cultures in the Age of Globalization*. In: PÉREZ-PERDOMO, Rogelio; FRIEDMAN, Lawrence (eds.). *Legal Culture in the Age of Globalization: Latin America and Latin Europe*. Stanford: Stanford University Press, 2003. p. 2)

³⁹³ COUSO, Javier. *The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America*. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 141-160. p. 141.

³⁹⁴ COUSO, Javier. *The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America*. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 141-160. p. 141/142.

³⁹⁵ COUSO, Javier. *The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America*. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 141-160. p. 142.

a transformação do papel das cortes constitucionais latino-americanas no tocante à judicialização da política.³⁹⁶

Diana Kapiszewski aborda a cultura interna dos tribunais superiores como um fenômeno interativo que compreende múltiplas ideias e práticas judiciais. Nesse sentido, mostra que a maneira como os tribunais superiores se engajam na política condiciona as instituições externas no processo de judicialização. Além disso, mostra que uma série de fatores políticos, constitucionais, sociais e econômicos no contexto mais amplo em que os tribunais operam influencia a judicialização em qualquer sistema político. Desse modo, conclui que a cultura dos tribunais é fundamental para explicar o novo papel assumido diante de questões de natureza política.³⁹⁷

Embora a revisão judicial da política seja um fenômeno crescente em âmbito mundial, ela ganha outros contornos nos países latino-americanos. Na região, o aumento da judicialização da política ocorre num contexto de Estados institucionalmente mais fracos, crises e instabilidades políticas, corrupção no setor público, economias mais frágeis ou em desenvolvimento e dificuldades do Estado no enfrentamento da criminalidade.

Em razão disso, como apontam Alexandra Huneeus, Javier Couso e Rachel Sieder, em alguns países latino-americanos, é possível observar certa fetichização da lei, com uso crescente da linguagem e das formas jurídicas na vida social e política.³⁹⁸ Com efeito, é

³⁹⁶ COUSO, Javier. The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 141-160. p. 143.

³⁹⁷ KAPISZEWSKI, Diana. How Courts Work: Institutions, Culture, and the Brazilian Supremo Tribunal Federal. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 51-77. p. 52/53.

³⁹⁸ In other words, we do not simply take a concept developed in the Northern Hemisphere and see how the Southern Hemisphere conforms or does not conform to it, but rather ask how the unfolding of the relation of law and politics in Latin America forces us to rethink and theorize anew the concept of judicialization. ‘The judicialization of politics is proceeding apace everywhere’, (Comaroff and Comaroff 2006, 148) and it is important to pay attention to the convergence of north and south in this respect. But it is also the case that judicialization in the developing world unfolds in a context in important ways different from that of developed countries with longer histories of centralization of power. Strong legal pluralism, institutionally weak states, recurrent episodes of political instability, developing economies, and increasingly serious challenges to government by organized crime distinguish many Latin American polities from the North American and European settings where the phenomenon of judicialization was first noted, and wherein it has been most studied. Indeed, in some places in the region, a ‘fetishization of the law’ (Comaroff and Comaroff 2006), or a growing use of legal language and forms in social and political life, and a belief in law’s potential to assist in the creation of a more just order, co-exists with ‘the (un)rule of law’, or lawless violence and a weak presence of the state, including state justice (Mendez, O’Donnell, and Pinherio 1999). This paradox suggests that Latin America can be a ‘crucial site for theory-construction’ about judicialization (Comaroff and Comaroff 2006: 149), and the chapters that follow take up the challenge.” (HUNEEUS, Alexandra; COUSO, Javier; SIEDER, Rachel. *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America*. In: COUSO, Javier;

possível observar que, cada vez mais, movimentos sociais, cidadãos individualmente considerados e oposição enquadram as suas lutas políticas na linguagem e formas jurídicas e recorrem aos tribunais para perseguir seus interesses.³⁹⁹

Portanto, o fenômeno da judicialização da política tem repercussões muito além do Judiciário e do próprio Estado, pois influencia e é influenciada, direta ou indiretamente, pela cultura jurídica da sociedade e pelas interações sociais.⁴⁰⁰

A cultura jurídica mudou. Se, antes, cidadãos procuravam o Judiciário para resolver litígios individuais, após a terceira onda de democratização, questões de natureza política e demandas coletivas ganham roupagem constitucional e são reivindicadas no Judiciário. Essa mudança da cultura jurídica sobre a forma de resolver conflitos políticos e demandas coletivas também transformou o próprio papel do Judiciário. Conflitos políticos passaram a ser judicializados, e tribunais assumiram um novo papel, de intervenção efetiva em questões políticas.

Além disso, há um outro aspecto da cultura jurídica que também mudou e que merece destaque: passou a haver um uso crescente do direito, do litígio judicial e do discurso jurídico por atores políticos, movimentos sociais e cidadãos.⁴⁰¹

Todavia, não se pode dizer que a centralidade do direito e dos tribunais nos países latino-americanos seja algo tão recente na cultura jurídica da região. Antes da última onda de

HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 3-21. p. 5)

³⁹⁹ “Cada vez mais, temas específicos são ‘postos na forma jurídica’ para subsidiar as respostas das instituições judiciais a demandas políticas ou tornar decisões políticas juridicamente válidas. Pode-se afirmar que a mobilização do espaço judicial em torno de causas sociais e a crescente internacionalização de modelos de instituições, alimenta a expansão disciplinar do direito constitucional. Nesse cenário, as doutrinas, enquanto bens simbólicos, e os constitucionalistas, enquanto intérpretes autorizados da forma jurídica da política, ganham projeção como portadores do rule of law e de uma visão moral da atividade política que merece ser mais bem estudada.” (ENGELMANN, Fabiano; PENNA, Luciana. Política na forma da lei: o espaço dos constitucionalistas no Brasil democrático. *Lua Nova*, São Paulo, n. 92, p. 177-206, abr./mai. 2014. p. 203)

⁴⁰⁰ “Second, our inquiry pushes the debate on judicialization in Latin America beyond the courts and, more profoundly, beyond the state. We wish to stress that it is not only within the formal state justice system that legal norms and understandings are generated and deployed; these are produced within a huge range of informal, subnational, and transnational spheres, and they shape social interactions that occur far afield of the formal legal system. Drawing on the insights of the Law and Society movement, several of the chapters in this volume look beyond national courts to focus on such sites as indigenous movements, the elite legal academy, and the bar. They reveal how these disparate extrajudicial sites contribute to the growing importance of law, legal institutions, and legal actors to politics: Judicialization is a phenomenon that also unfolds outside the formal legal system in ways that shape and influence politics.” (HUNEEUS, Alexandra; COUSO, Javier; SIEDER, Rachel. *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America*. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 3-21. pp. 4/5)

⁴⁰¹ HUNEEUS, Alexandra; COUSO, Javier; SIEDER, Rachel. *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America*. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 3-21. p. 8.

constitucionalismo, os países latino-americanos já haviam promulgado mais de duzentas constituições. Muito antes da redemocratização, países latino-americanos já se utilizaram do direito constitucional como instrumento para estabelecer programas e controlar o Estado; grupos desprivilegiados já buscavam suas pretensões articulando demandas jurídicas; o discurso jurídico e os tribunais foram centrais nas lutas contra a escravidão, por melhores condições de trabalho, pela reforma agrária, contra a discriminação e busca pelo reconhecimento.⁴⁰²

O que há de novo na cultura jurídica pós-redemocratização é expansão na vida social e política da linguagem e das instituições jurídicas, a expansão dos tipos de institutos jurídicos para as lutas políticas e o seu uso cada vez mais frequente como recurso estratégico nas lutas políticas,⁴⁰³ o que foi, em grande medida, impulsionado pelas novas constituições dos países da região.⁴⁰⁴

⁴⁰² “Turning to Latin America, we note that the salience of law and courts to the political arena is not only not new, as some have implied, but rather is a founding motif of Latin American politics. As Mark Goodale, quoting Malagón Barceló, reminds us, “America was born beneath the juridical sign” (Goodale 2009: 31). From the papal bulls that formally justified the conquest to the massive bureaucracy that was at the center of colonial government, ‘law and legal institutions served the Crown’s needs of conquest and colonization’, acting ‘as a mechanism of political and cultural hegemony’ (Mirow 2004: 11). Steve Stern argues that indigenous ‘resistance within Spanish juridical frameworks locked the colonials into a social war which hammered away at specific privileges’, even as it consolidated the Crown’s power in Peru (Stern 1982: 115). Indian litigants challenged Spanish privileges throughout the colonial period in New Spain as well (Taylor 1972: 83).⁶ Law’s centrality survived independence. Notably, Latin Americans had enacted more than two hundred constitutions prior to the latest wave of constitutionalism (Cordeiro 2008; Loveman 1993), which shows that political elites have always been willing to expend considerable resources on constitutional law as a means of imagining, constructing, and attempting to control the state. Even the use of rights language and of the courts by underprivileged groups to articulate political demands has a long tradition. Historians of the post-colonial eras have shown us how courts and legal discourse were central in postcolonial struggles over slavery (Scott 1985), land reform (Mallon 2000), labor conditions (French 2004; Schjolden 2009), and in the struggle of native peoples for recognition, autonomy, and restitution (Mallon 2000, Rappaport 1994). Well before the recent surge of transnational indigenous resistance, revolutionary leftists in Chile criticized Mapuche rural activists for ‘pasarsela juiciando’ (or ‘living in court’) (Mallon 2000: 185).” (HUNEEUS, Alexandra; COUSO, Javier; SIEDER, Rachel. *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America*. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 3-21. p. 9)

⁴⁰³ “Indeed, at times one suspects that part of what is “new” about judicialization is only that scholars are now more attuned to the role of courts and law in politics. But we suggest that there are three significant, tangible sets of differences that distinguish law and politics in Latin America today, and that these differences bespeak a process of judicialization: 1) expansion of the domain of social and political life that is articulated in legal language and through legal institutions; 2) the expansion of the number and kinds of legal instruments that have become available for use in political struggles; and 3) ever more frequent recourse to legal language and legal instruments as a strategy within types of political struggles that have traditionally turned to law and courts.” (HUNEEUS, Alexandra; COUSO, Javier; SIEDER, Rachel. *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America*. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 3-21. p. 9)

⁴⁰⁴ Além de prever um rol de direitos justiciáveis, as novas Constituições dos países latino-americanos estabeleceram um novo conjunto de ferramentas jurídicas e instituições judiciais disponíveis para receber as demandas sociais e as disputas políticas. Com efeito, aumentou-se, nessas Constituições, o catálogo de ações para buscar reivindicar esses direitos, incluindo diversas ações coletivas, bem como se ampliou a legitimidade

Nos diversos países da América Latina, reivindicações de justiça social são vestidas de uma linguagem jurídica e constitucional, enquadradas como direitos individuais, sociais, econômicos ou culturais, e são levadas aos tribunais. Reivindicações como medicamentos, internação hospitalar, matrícula em escolas públicas, e outras demandas assistenciais e previdenciárias, por exemplo, ganham a roupagem de direitos e são hodiernamente encaminhadas ao Poder Judiciário.⁴⁰⁵ Demandas por igualdade de gênero, direitos de minorias, direitos de casais homoafetivos e aborto, entre outras, ganham maquiagem constitucional e são decididas pelos tribunais constitucionais.

Os diversos estudos sobre a cultura de judicialização de questões políticas apontam como principais causas a redemocratização, as reformas judiciais, a lentidão do Legislativo para aprovar reformas sociais, a impopularidade de certas medidas e o interesse eleitoral, as expectativas dos cidadãos em relação a direitos positivos que devem ser fornecidos pelo Estado, entre outras.⁴⁰⁶

No Brasil, há evidências empíricas de que o Estado de bem-estar social, adotado na Constituição de 1988, se tornou um norte para os juízes brasileiros, que adotaram a cultura

para as propor (HUNEEUS, Alexandra; COUSO, Javier; SIEDER, Rachel. *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America*. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 3-21. pp. 10/11)

⁴⁰⁵ “The first difference refers to the by now frequent observation that social and political struggles that in the past would have unfolded in the realm of the political branches, or would have been otherwise funnelled through non-state channels, now present themselves as legal struggles. Perhaps most notable is the tendency to dress the claims of social justice in the language of social, economic and cultural rights, and to hitch them to legal texts subject to judicial review. In Latin America today there is litigation over access to HIV medicine, marijuana, and the morning after pill; access to education; access to state benefits such as pensions and healthcare; legal recognition of cultural groups (even non-indigenous groups), and access to water and a clean environment, to name a few. Indeed, it has become difficult to imagine a claim for redistribution that would not be stated in rights terms and linked to a legal instrument at some point. Another area of social life that has been judicialized only in recent years is the struggle over authoritarian legacies. In Argentina, Brazil, Chile, El Salvador, Peru, and Uruguay, among others, an important part of the current work of the criminal and civil judges involves adjudication of crimes committed by former members of repressive regimes, so that law’s reach into the political domain not only is now wider in the present but stretches further back in time. It also reaches higher into the hierarchy of power. Efforts include trials against heads of state, perhaps culminating in the trials against Augusto Pinochet in Chile and Alberto Fujimori in Peru, wherein law has, for the first time, entangled and condemned former political leaders in the region.” (HUNEEUS, Alexandra; COUSO, Javier; SIEDER, Rachel. *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America*. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 3-21. pp. 9/10)

⁴⁰⁶ HUNEEUS, Alexandra; COUSO, Javier; SIEDER, Rachel. *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America*. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 3-21. pp. 11/12.

jurídica da justiça social e passaram a decidir de forma a implementar direitos sociais previstos no texto constitucional.⁴⁰⁷

Além disso, a forma como, na prática, tem sido realizada a escolha dos ministros do STF, as altas taxas de litigiosidade⁴⁰⁸, a multiplicidade de partidos⁴⁰⁹, a transformação de conflitos políticos em termos jurídico-constitucionais, a não aceitação da decisão do Parlamento pela oposição, por exemplo, são aspectos fundamentais da cultura jurídica brasileira que ajudam a explicar a judicialização e o papel desempenhado pelo STF na democracia.

A cultura jurídica interna da Corte Constitucional brasileira também é um fator determinante.⁴¹⁰ As práticas internas do STF têm ampliado a competência e os poderes jurídicos de cada ministro⁴¹¹, inclusive contra o plenário da Corte, com graves impactos para a democracia e o Estado de Direito.

⁴⁰⁷ “The internal legal culture of the members of the Brazilian judiciary has contributed to a new form of judicial activism and new types of conflict between the judiciary and the executive branch since the return to democracy. As Bonelli (2002) illustrated in her comprehensive work on São Paulo state judges, the profession has adopted the defense of societal well-being as a common professional virtue. Furthermore, the breadth of the 1988 Constitution and its commitment to social justice has charged ‘judges with the task of protecting vulnerable social classes’ (Ballard 1999, 234), a responsibility that frequently plays out in the defense of particular rather than universal values. This ethos of protecting the vulnerable is communicated and implemented throughout the judicial branch by two key institutional factors: legal education and the independence of judges, both from the elected branches and from each other.” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 34)

⁴⁰⁸ “Litigiosidade: O Poder Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. [...] Durante o ano de 2017, ingressaram 29,1 milhões de processos e foram baixados 31 milhões.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018. p. 73)

⁴⁰⁹ No Brasil, em há 35 partidos políticos registrados (pesquisa feita em 22/9/2018), segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Partidos políticos registrados no TSE. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>>. Acesso em: 22/9/2018). Além disso, em 24/1/2018, havia registro de 73 partidos em formação no Brasil: “Setenta e três partidos estão em processo de formação no Brasil. É essa a quantidade de legendas que comunicaram ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que obtiveram registro civil em cartório, um dos requisitos iniciais para o processo de criação de partido político no país. A partir dessa comunicação, as legendas em fase de constituição recebem cada qual uma senha para que possam abastecer o Sistema de Apoiamento a Partidos em Formação (SAPF) da Justiça Eleitoral com os apoios que coletaram junto aos eleitores para a sua efetivação. Somente cumpridas todas as exigências legais é que o partido em formação deve apresentar ao TSE o pedido de registro de seu estatuto para que, se aprovado, possa existir de fato e disputar eleições.” (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Brasil tem 73 partidos em processo de formação*. 24/1/2018. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Janeiro/brasil-tem-73-partidos-em-processo-de-formacao>>. Acesso em: 22/9/2018)

⁴¹⁰ KAPISZEWSKI, Diana. *How Courts Work: Institutions, Culture, and the Brazilian Supremo Tribunal Federal*. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 51-77. p. 58.

⁴¹¹ O STF faz um uso muito grande das decisões liminares, emitidas pelos ministros monocraticamente. Além disso, como adianta se demonstrará, não são incomuns decisões liminares que contrariam precedentes do pleno do próprio STF. Mesmo uma questão pacificada em precedente do pleno do STF pode não ser seguida por um ministro individualmente. Tudo isso, potencializado pelo fato de que as divergências dos ministros são muitas e sobre pontos cruciais, há grandes incentivos para a judicialização da política. Por exemplo, há ministros mais deferentes ao governo e outros com uma posição mais intervencionista, alguns com uma postura mais rígida no

De outro lado, é possível observar diversos avanços em termos de transparência institucional, uma cultura que parte dos ministros do STF e seus servidores têm tentado ampliar.⁴¹² Por exemplo, no sítio eletrônico do STF, é publicada a produtividade da Corte e também de seus membros individualmente; são expostos diversos dados relacionados aos processos; é possível o acompanhamento individual de cada processo⁴¹³; há informativos divulgados semanalmente; há facilidade de pesquisa jurisprudencial; existe divulgação dos julgamentos do plenário pela TV Justiça⁴¹⁴. Em maio de 2010, foi criada a Central do Cidadão, de modo a permitir que os cidadãos em geral entrassem em contato com o Tribunal por e-mail, telefone ou carta, podendo também encaminhar críticas e sugestões para o aprimoramento de seus serviços.⁴¹⁵ A atuação do Supremo também passou a ser divulgada na Rádio Justiça⁴¹⁶, no Twitter⁴¹⁷, no YouTube⁴¹⁸. Além disso, após a edição da Lei do Acesso à Informação (Lei n.º 12.527/2011), qualquer informação, ainda que sobre a remuneração dos ministros e dos servidores da Corte, deve estar disponível diretamente ou mediante pedido de

combate à corrupção e outros mais garantistas. Assim, mesmo em uma situação que não encontra apoio em razão de já ter sido pacificada na Corte, será possível que um ministro, monocraticamente, contrariando precedente do pleno, decida favoravelmente.

⁴¹² “Finally, STF justices and their clerks have sought to create a culture of transparency on the Court. All Court personnel assured (and reassured) me that neither the lead justice on a case nor his or her clerks ever discuss draft opinions with other justices or clerks before those opinions are read before the full Court. Doing so, they said, could suggest a practice of unethical deal-making outside of Court sessions. Also, all of the Court’s full sessions and those of its two chambers have been public since the Court’s inception, and have been televised live on the dedicated judiciary channel, TV Justiça, since August 2002. In addition, the Court publishes a weekly electronic newsletter outlining its most important decisions (Informativo STF), and its web site (www.stf.jus.br) contains a wealth of information about the STF and its work, including statistics, opinions, past and future decision-making schedules, and so forth.” (KAPISZEWSKI, Diana. *How Courts Work: Institutions, Culture, and the Brazilian Supremo Tribunal Federal*. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 51-77. p. 66)

⁴¹³ Qualquer pessoa, inclusive, pode se cadastrar e receber as informações sobre movimentação de processos pelo Sistema Push.

⁴¹⁴ A Lei 10.461/2002 acrescentou a alínea “h” ao inciso I do art. 23 da Lei n.º 8.977/1995, estabelecendo que operadora de TV a Cabo, na sua área de prestação do serviço, deveria disponibilizar gratuitamente “um canal reservado ao Supremo Tribunal Federal, para a divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à Justiça”. Esse canal passou a ser chamado de TV Justiça e, a partir de agosto de 2002, passou a transmitir todas as sessões plenárias do STF.

⁴¹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Central do Cidadão STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=centralDoCidadaoAcessoInformacao&pagina=sobreCentralCidadao>>. Acesso em: 9/7/2018.

⁴¹⁶ RÁDIO JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.radiojustica.jus.br/radiojustica/exibirHome!init.action;jsessionid=JXUmxOhnKEU1LgXjagykq2T>>. Acesso em: 9/7/2018.

⁴¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Twitter. Disponível em: <https://twitter.com/stf_oficial>. Acesso em: 9/7/2018.

⁴¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. YouTube. Disponível em: < <https://www.youtube.com/user/STF>>. Acesso em: 9/7/2018.

acesso por qualquer cidadão, o que é possível verificar pelo link “Transparência” no sítio eletrônico do STF⁴¹⁹.

Entretanto, ao mesmo tempo em que se ampliou a cultura jurídica de transparência institucional na Corte, contraditoriamente, há diversas situações em que a interação entre os Poderes Constituídos é “trabalhada nos bastidores”, o que permite que “o STF possa barganhar seus interesses corporativos, enquanto busca legitimar decisões dos outros poderes por meio de técnicas argumentativas que ofuscam sua verdadeira motivação”, como observam Juliano Benvindo e Rafael Estorilio.⁴²⁰ Enfim, essa é uma cultura jurídica que a Corte Constitucional brasileira ainda não conseguiu superar.

Diversos outros aspectos da cultura interna⁴²¹ também influenciam o uso estratégico da revisão judicial por diversos atores e a real capacidade de o STF melhorar as condições democráticas,⁴²² como se demonstrará nos próximos capítulos.

Portanto, a mudança da cultura jurídica brasileira é um fator relevante nesse novo papel assumido pela Corte Constitucional brasileira.

Mas ainda há outro fator que contribui muito para o crescimento da judicialização da política no Brasil: o comportamento do STF. Assim, cabe, a partir de então, analisar qual tem sido o comportamento do Tribunal Constitucional brasileiro frente às situações que envolvem poderosos atores políticos e interesses governistas, o que será fundamental para buscar possíveis respostas acerca da capacidade de a Corte melhorar as condições democráticas do país.

⁴¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Central do Cidadão STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=centralDoCidadaoAcessoInformacao&pagina=sobreCentralCidadao>>. Acesso em: 9/7/2018.

⁴²⁰ BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017. p. 176.

⁴²¹ Para Diana Kapiszewski, a cultura jurídica interna das cortes constitucionais também é um fator determinante nessa análise (KAPISZEWSKI, Diana. How Courts Work: Institutions, Culture, and the Brazilian Supremo Tribunal Federal. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 51-77. p. 58).

⁴²² Por exemplo, existe a cultura interna de que a Corte elege como seu presidente o ministro mais antigo, que ainda não tenha sido presidente. Esse é um ponto favorável à independência dos ministros, pois diminui as chances de política interna na Corte. De outro lado, criou-se, no STF, uma cultura interna de que o relator pode escolher o órgão colegiado a que submeterá a questão a ser julgada. O STF é dividido entre duas turmas, cada uma composta por 5 membros. O presidente não pertence a nenhuma delas. Desse modo, tem-se observado que, algumas situações, quando o relator observa que não possui maioria de votos na turma, afeta o julgamento ao plenário, se observa que neste terá maiores chances de êxito.

2.4. O comportamento do Supremo Tribunal Federal

As pesquisas sobre comportamento judicial adotam, isolada ou conjuntamente, três modelos de abordagem, quais sejam, o jurídico, o atitudinal e o estratégico. Esses modelos tentam explicar, basicamente, o que motiva ou constrange os juízes a tomar suas decisões. Os juízes que se comportam de acordo com o modelo jurídico tradicional são os que procuram simplesmente seguir o direito (leis em sentido amplo, jurisprudência etc.), de modo que as motivações e as restrições estão basicamente no sistema jurídico. Os julgadores que seguem o modelo atitudinal de comportamento⁴²³ tomam decisões políticas sem maiores restrições e de acordo com as suas preferências políticas ou ideológicas individuais.⁴²⁴ Os estratégicos, por fim, são os que tomam decisões políticas, mas são limitados por outros atores, como os demais juízes da corte constitucional, os outros órgãos políticos e/ou estatais e a opinião pública.⁴²⁵

Segundo Helmke e Ríos-Figueroa, o modelo estratégico é o que tem mais influência no estudo sobre a tomadas de decisões pelas cortes constitucionais latino-americanas, comparativamente às demais abordagens.⁴²⁶ Contudo, sobretudo quando se

⁴²³ Este modelo foi mais desenvolvido e ganhou notoriedade pelo trabalho de Jeffrey Segal e Harold Spaeth (SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.. *The Supreme Court and the attitudinal model*. New York: Cambridge University Press, 1993).

⁴²⁴ “É importante observar, contudo, que não se verifica no Brasil nada semelhante à polarização ideológica experimentada entre republicanos e democratas no contexto norte-americano, ao menos no que tange à sua repercussão em matéria constitucional. Sem uma divisão ideológica clara, com expressão constitucional, torna-se difícil a avaliação do papel da ideologia no processo decisório do Supremo Tribunal Federal ou no comportamento judicial de seus integrantes. A percepção da mídia sobre o assunto, ao menos no que respeita ao Presidente Lula, é de que, a despeito de ele ter indicado oito membros do Supremo Tribunal Federal, não prevalecia na Corte uma maioria que assegurasse aprovação aos projetos petistas.” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Comportamento ideológico e estratégico no Supremo Tribunal Federal*. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 273-310. p. 287)

⁴²⁵ “The answers to these questions contained in this volume build on and, in several cases, reconfigure the basic models of judicial decision making developed in the U.S. judicial politics literature. Within that literature, the three main approaches to judicial behavior include (in chronological order of predominance in the field) the legal model, the attitudinal model, and the strategic model. Each approach turns on fundamental questions about what motivates and/or constrains judges. According to the traditional legal model, judges simply seek to follow precedent; thus motivations and constraints are basically one and the same. By contrast, attitudinalists claim that judges, particularly at the level of the U.S. Supreme Court, are essentially unconstrained policy seekers and make decisions in line with their individual political preferences (see Segal and Spaeth 2002). Strategic theorists, in turn, accept the assumption that judges are policy seekers but instead treat judges as fundamentally limited by other institutional actors, including other judges on the bench, other branches of government, and public opinion (see Epstein and Knight 1998; Burbank and Friedman 2002).” (HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Introduction. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 1-26. pp. 13/14)

⁴²⁶ “The rapid evolution of the subfield of Latin American judicial politics in the 1990s serves, in many ways, as a mirror image to the theoretical trajectory followed in the U.S. judicial politics literature. Thus far, the strategic model has had more influence on the study of judicial decision making in the region than either of the other two approaches (Iaryczower et al. 2002; Helmke 2002, 2005; Chávez 2004; Scribner 2004; Staton 2002; Ríos-Figueroa 2007; Staton 2010). One reason is that this was where most of the cutting-edge theoretical work was

analisa o contexto brasileiro, observa-se que, ao contrário disso, na grande massa de casos que são submetidos ao STF, o julgamento com base no direito é a regra.⁴²⁷ É comparativamente menor o quantitativo de casos em que a ideologia, o interesse ou a pessoa envolvida pode mudar esse curso. Todavia, são exatamente esses os casos que geram grande impacto sobre o poder judicial e a independência da Corte, e que podem colocar a democracia em xeque.

Portanto, cabe, inicialmente, analisar como o comportamento judicial é impactado quando as decisões das cortes constitucionais e, especificamente, do STF, tendem a afetar interesses do governo ou de poderosos atores políticos, bem como quais são as estratégias de que se utilizam para efetivar direitos fundamentais e arbitrar conflitos políticos.

2.4.1. A atuação das cortes constitucionais na implementação de direitos fundamentais e no arbitramento de conflitos políticos: obstáculos e estratégias

Nos países da América Latina, é bastante comum a concentração de poderes na figura do presidente e no poder federal em detrimento do parlamento e de governos estaduais. Nesse contexto, analisar a disposição da corte constitucional para controlar ações ou inações governamentais é fundamental para medir a sua atuação na implementação das condições democráticas.⁴²⁸ Além disso, estabelecer no texto constitucional um rol de direitos

taking place in broader disciplines at the time (Epstein and Knight 2000), but also it certainly made good practical sense to turn to models that gave pride of place to the enormous political pressures that Latin American judges notoriously face. As this volume attests, the ‘strategic revolution’ is still very much underway for judicial politics in Latin America, but many of our authors are also reconfiguring and, in some instances, challenging it in a variety of ways.” (HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Introduction. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 1-26. p. 14)

⁴²⁷ No Judiciário dos EUA, com um sistema típico de *common law*, também há a constatação empírica de que, na grande maioria dos casos, o direito domina os julgamentos, sendo reduzido o percentual de casos em que a ideologia terá papel determinante, mesmo considerando divisão ideológica entre republicanos e democratas. A esse respeito: “Our initially surprising results can be reconciled with prior findings. In the mass of cases that are filed, even civil rights and prisoner cases, the law - not the judge - dominates outcomes. Judges may treat most cases as ones in which political interests are irrelevant or cannot change the outcome. In the select few cases that are appealed or lead to published opinions, individual judges have a greater role in shaping outcomes. In such close cases, this may not be disturbing. What should shape the outcome of indeterminate cases? Of course, close cases often make policy, both for the courts and for the society at large. Our findings neither undermine that received wisdom nor suggest the unimportance of careful judicial selection. But the political aspects of that selection process may not filter to the mass of litigation.” (ASHENFELTER, Orley; EISENBERG, Theodore; SCHWAB, Stewart J.. *Politics and the Judiciary: The Influence of Judicial Background on Case Outcomes*. *University of Chicago Press*, Chicago, v. 24, p. 257-281, jun. 1995. p. 281)

⁴²⁸ “The second criterion focuses on who wins and who loses and thus sets a qualitatively higher, though perhaps more controversial, bar for determining whether horizontal control exists. Here we follow the literature in roughly ordering the different branches in terms of the relative powers they enjoy. Thus we assume that Latin American presidents are more powerful than legislatures, albeit to varying degrees (e.g., Mainwaring and

fundamentais e conferir à corte constitucional a missão de lhes garantir efetividade – embora seja um fator relevante – não é condição suficiente para a sua implementação. Com efeito, diversas são as circunstâncias e contextos que podem fazer com que os direitos fundamentais ocupem (ou não) a centralidade da pauta das cortes constitucionais.

A experiência latino-americana – assim como também ocorre em âmbito mundial – mostra que as cortes constitucionais podem ser atacadas pelo governo e por outros atores políticos, ainda quando se consideram as democracias mais desenvolvidas e estáveis. É claro que a democratização possui importância fundamental para a independência judicial e também para o Estado de Direito, mas, mesmo em regimes democráticos estáveis, os tribunais constitucionais podem sofrer ataques e ter a sua atuação bastante limitada.⁴²⁹

Embora os juízes constitucionais possam ter suas preferências em relação a determinados resultados políticos, para não sofrer ataques, retaliações ou tentativas de descumprimento, as suas decisões precisam ser palatáveis aos outros atores, tais como o presidente, os congressistas, os atores políticos e o público. Além disso, quanto maior for a independência judicial, maior será, em tese, a possibilidade de os juízes constitucionais tomarem as suas decisões sinceramente. Ademais, quanto mais a decisão se distancia da expectativa desses atores políticos relevantes e do público, maior é o risco de que ela seja descumprida ou de que sejam impostas sanções à corte constitucional. Se uma decisão da suprema corte ficar dentro de um intervalo que atende o congresso e o presidente, ainda que possa beneficiar mais um do que o outro, ela terá maior facilidade de aceitação. Caso essa

Shugart 1997), and that federal governments are more powerful than state and local governments (e.g., Gibson 2004). This enables us to address certain kinds of questions (e.g., Does the court check the power of the president? Does the court limit the power of the federal government?) that we believe are fundamentally important. Thus, in classifying the role of the court in a country like Brazil or Mexico, it matters not only that constitutional courts have the ability to adjudicate intergovernmental disputes but also that they sometimes use this capacity to rule against the national government and/or the president.” (HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Introduction. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 1-26. pp. 9/10)

⁴²⁹ “Scholars of judicial politics have developed an impressive array of theoretical arguments to account for why governments might ever create courts empowered to constrain the state and for why such courts might ever exercise their power in practice. There can be no question that we know a great deal more about how judicial power works than we did at the beginning of this process. There are good reasons to suspect that politicians empower courts to solve credible commitment problems and to insure themselves against future electoral losses. There is considerable evidence that fractionalized politics provides the political cover necessary for judges to constrain arbitrary state action, and there is evidence that public support empowers courts, that judges believe it, and that they care about influencing it. This work all suggests that democratization may have a powerful influence on judicial independence and the rule of law. Yet it also seems that courts can be quite constrained, even in a democracy. Indeed the Latin American experience not only suggests that courts under democracy can be constrained but also reminds us that courts under democracy can be openly attacked.” (HELMKE, Gretchen; STATON, Jeffrey K. The Puzzling Judicial Politics of Latin America: A Theory of Litigation, Judicial Decisions, and Interbranch Conflict. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 306-331. p. 326)

decisão fique fora de determinados limites aceitáveis pelo presidente e pelo congresso, haverá menor possibilidade de aceitação e, por conseguinte, maior dificuldade de cumprimento, com mais probabilidade de retaliação. Além disso, a aceitação ou não do público (ser ou não a decisão impopular) é um fator importante que pode ajudar ou não a corte a sustentar a sua decisão.⁴³⁰

Desse modo, é preciso considerar que, embora os juízes constitucionais possam, estrategicamente, tomar decisões de não interferência⁴³¹ ou ser deferentes ao governo e aos políticos para evitar ataques a curto prazo, o povo estará ciente do que está acontecendo, de modo que isso pode prejudicar os índices de apoio popular ao Judiciário e a legitimidade da corte a longo prazo.⁴³²

Com isso, não se pretende afirmar que os tribunais constitucionais são sempre subservientes. Embora o modelo estratégico seja útil para explicar o comportamento judicial em determinadas situações, há evidências de que, em diversos casos, juízes constitucionais latino-americanos se engajaram em tomar decisões arriscadas e corajosas, sabendo e sofrendo as consequências disso.⁴³³ Há pesquisas empíricas que apontam que, em vários países da

⁴³⁰ “The central tenet of the standard separation of powers approach is that judicial decision making is interdependent. According to the logic of this theory, judges have preferences over certain policy outcomes but recognize the need to make their decisions palatable to other actors, including congresses and presidents, other judges, and/or the public (cf. Epstein and Knight 1998; Ferejohn and Weingast 1992; Spiller and Gely 1990). To give a flavor for this, consider the basic spatial model depicted in Figure I.3.12 In the figure, P, C, and SC represent the ideal points of congress, president, and supreme court, respectively. Q represents the status quo. It is easy to see that the best response of the court is simply to move policy to SC. The reason is that within the interval P and C, no judicial decision will be overruled. P will be made worse off by the court, but as long as C is required to overturn the decision, the court’s ruling will stand. Assuming that sanctioning the court depends on more than one institutional actor, the general lesson is that increasing the policy distance between such actors expands the ability of the court to rule sincerely. Conversely, if we instead imagine that C and P share the same ideal point or that the court’s ideal point falls outside the interval between C and P, then the court is unable to enact its policy preferences without risking punishment.” (HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Introduction. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 1-26. pp. 14/15)

⁴³¹ “It is almost universal for political actors to receive control not just over the decisions they make, but of the issues they decide to focus on in the first place. Likewise, giving courts – particularly constitutional review courts – the ability to decide what to decide proves crucial to the success of these courts. A court empowered to set its agenda is a court that can avoid excessive political conflict and ensure maximum compliance. For new courts and old courts alike, then, there is no issue more important than an issue that appears to be the most simple: the content and structure of the docket of the court.” (FONTANA, David. Docket Control and the Success of Constitutional Courts. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (eds.). *Comparative Constitutional Law*. Northampton, MA: Elgar Publishing, 2011. p. 624-641. p. 636)

⁴³² “The result is that judges find themselves with an unenviable trade-off: by behaving strategically in the short run they can avoid political backlash, but to the extent that the public is aware of what the court is doing, the judges’ legitimacy suffers in the long run.” (HELMKE, Gretchen. Public Support and Judicial Crises in Latin America. *Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 2, p. 397-411, 2010. pp. 409/410)

⁴³³ “Yet, reality is far more complex. For instance, while there is ample evidence to suggest that Latin American judges are often strategic in precisely the way our standard theories would predict, sometimes judges engage in quite risky and bold decisions (e.g., barring Fujimori’s bid for a third term, or refusing to prosecute military leaders for a coup attempt against Chavez). Why?” (HELMKE, Gretchen. Public Support and Judicial Crises in Latin America. *Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 2, p. 397-411, 2010. p. 410)

América Latina, juízes das cortes constitucionais tomaram decisões de acordo com suas preferências sinceras e desafiaram autoridades políticas poderosas, sofrendo diversos ataques.⁴³⁴

De qualquer forma, também há estudos empíricos que mostram que a probabilidade de efetivação das suas decisões entra no cálculo estratégico dos juízes constitucionais.⁴³⁵ Embora se possa defender a existência de um paradigma jurídico ou atitudinal, é necessário, ao menos, considerar que há evidências de que os juízes de tribunais constitucionais agem estrategicamente. A probabilidade de cumprimento ou efetivação da decisão judicial comumente entra no cálculo estratégico dos juízes ao proferirem a decisão, o que, naturalmente, afeta a sua autonomia/independência, pois uma decisão judicial descumprida certamente impacta na credibilidade de todo o Judiciário, com graves consequências para a democracia e para o próprio Estado de Direito⁴³⁶.

Do ponto de vista da análise estratégica, ao se depararem com questões que tocam diretamente em interesses do governo e das elites políticas, os tribunais constitucionais podem ser extremamente prudentes ou cautelosos (não decidindo contra esses atores), e correm o risco de se tornarem irrelevantes, ou, ao serem agressivos e decidirem de acordo com suas preferências sinceras, arriscarem sofrer fortes represálias.⁴³⁷

Com base nessas premissas, é importante investigar como o STF tem atuado na efetivação de direitos fundamentais e no arbitramento de conflitos políticos, como exerce o

⁴³⁴ HELMKE, Gretchen; STATON, Jeffrey K. The Puzzling Judicial Politics of Latin America: A Theory of Litigation, Judicial Decisions, and Interbranch Conflict. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 306-331. p. 326.

⁴³⁵ “There is considerable evidence that the probability of compliance often enters into the strategic calculations of judges and thus may affect their autonomy, as defined herein.” (BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. p. 132)

⁴³⁶ “One other factor that is likely to induce strategic considerations in judges is the likelihood of compliance. Judges are often acutely aware that, as Justice Goldstone, formerly of the South African Constitutional Court, has written, ‘if orders made by courts are not conscientiously respected and implemented by the executive branch, judicial credibility will invariably be prejudiced, with possibly critical consequences for the rule of law’ (Goldstone 2008, xi).” (BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. p. 132)

⁴³⁷ “The solution to this problem takes judges in constrained political contexts down a path of likely conflict. Judicial sincerity will communicate preferences accurately, but it does so at the risk of a purge. If this is true, then courts in their institutional infancies face a kind of political trap: be extremely careful and risk being written off as irrelevant, or be aggressive and risk a purge. The implication of this trap is relatively simple in the end. It may be necessary for judges to induce tears in the rule of law fabric to build it. Unfortunately, systematic rule of law failures are the likely result of this approach.” (HELMKE, Gretchen; STATON, Jeffrey K. The Puzzling Judicial Politics of Latin America: A Theory of Litigation, Judicial Decisions, and Interbranch Conflict. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 306-331. p. 326)

seu poder jurídico, quais interesses privilegia, quais são as suas estratégias e quais os riscos que enfrenta ou busca minimizar.

2.4.2. O comportamento estratégico do STF: entre a timidez e a prudência

No caso brasileiro, a abordagem estratégica ganha ainda mais relevância quando se observa que o STF possui competência amplificada, de modo que praticamente qualquer ação pode chegar a ele, seja por meio do controle concentrado, seja pelo controle difuso, através do recurso extraordinário. Considerando a amplitude de competências do Supremo, o extenso rol de legitimados para a revisão judicial e os vários instrumentos para se chegar à Corte brasileira, tem-se uma arquitetura institucional que maximiza as possibilidades e complexifica as estratégias dos diversos atores.

Daniel Brinks, em estudo comparativo entre cortes constitucionais da América Latina, conclui que o STF resta enfraquecido pela sua falta de controle de entrada (*docket control*), o que acaba por inundar o Tribunal de demandas triviais e repetitivas.⁴³⁸ Contudo, tal afirmação é, no mínimo, questionável. Em primeiro lugar, porque o extenso rol de competências do Supremo amplifica o seu poder. O fato de qualquer ação poder chegar ao STF, pela via originária ou recursal, desde que questionada a aplicação de dispositivo constitucional, permite que ele possa ter o controle sobre toda e qualquer demanda que ingressar no Judiciário brasileiro, e decidir sobre ela em última instância. Em segundo lugar, porque, fazendo um controle de entrada, o Supremo pode escolher quais causas ou recursos admitirá para julgamento e quais não admitirá. Em terceiro, porque isso torna possível, ao menos em tese, que a Corte Constitucional brasileira julgue, em última instância, questões que não seriam propriamente constitucionais, mas que envolvem interesses do governo ou de poderosos atores políticos, fazendo que tenha um supercontrole sobre as demais instâncias judiciais. A análise empírica e qualitativa de tais questões será realizada nos próximos capítulos, mas é intuitivo que a amplificação das competências do STF aumenta muito o seu poder, tanto da instituição, quanto de seus ministros individualmente considerados.

Nesse contexto, para se aferir a capacidade institucional de o STF implementar direitos fundamentais e arbitrar conflitos políticos – duas situações em que comumente é

⁴³⁸ BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. p. 136.

admitida a revisão judicial⁴³⁹ –, é preciso considerar o que ele tem feito nessas searas. Assim como ocorre com as demais constituições latino-americanas, a Constituição brasileira possui uma parte orgânica, que estabelece as diferentes funções, competências e poderes entre os diversos órgãos estatais, e uma parte normativa, que trata dos direitos fundamentais.⁴⁴⁰ No entanto, essas previsões formais, embora sejam pressupostos importantes para a atuação das cortes constitucionais, não indicam, por si só, que elas assumirão uma postura mais ativa na implementação de direitos fundamentais e no arbitramento de conflitos políticos.⁴⁴¹ Será preciso investigar se e em que medida o STF está disposto a efetivar direitos fundamentais, bem como a arbitrar conflitos e distribuir poder entre órgãos políticos, decidindo contra o governo, partidos ou atores políticos poderosos.⁴⁴²

⁴³⁹ “Segundo a doutrina constitucional, dois aspectos centrais justificam a invalidação de atos dos representantes eleitos pela jurisdição constitucional, sem que se possa falar em violação ao princípio democrático: *i*) a proteção dos direitos fundamentais e *ii*) a garantia do adequado funcionamento do próprio processo democrático. De acordo com essa concepção, os *direitos fundamentais* teriam sido retirados pelo constituinte originário do alcance da deliberação majoritária porque representam aspectos inerentes à dignidade dos indivíduos, sem os quais não faria sentido viver em comunidade. A garantia de tais direitos seria, por isso, pressuposto de validade do próprio exercício do poder político.” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 402-423, 2017. p. 408)

⁴⁴⁰ “To provide a common starting point for the volume, we begin with a simple conceptualization of the role of constitutional courts based on the organization of modern constitutions. Structurally, constitutions are divided into an ‘organic’ part that establishes the different branches of government, their powers, and their reciprocal relationships and a ‘normative’ part that deals with individual rights. These two elements were prefigured by Montesquieu (1997, Book XII, 216), who distinguished between the ‘political liberty as relative to the constitution’, that is, ‘formed by a certain distribution of the three powers’, and the ‘political liberty of the subject’ that defines the relationship between the state and its citizens. Classic twentieth-century constitutional theorists Hans Kelsen and Carl Schmitt also refer to the two parts of modern constitutions: the former in his discussion of the ‘material’ and ‘formal’ understanding of the constitution, the latter distinguishing between the ‘principle of distribution’ (basic rights) and the ‘organizational principle’ (separation of powers) of modern constitutions.” (HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Introduction. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 1-26. pp. 7/8)

⁴⁴¹ Com efeito, por diversas questões contextuais, é possível que exista previsão constitucional de revisão judicial pela corte constitucional, mas não haja, efetivamente, controle sobre a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo.

⁴⁴² Essa métrica também é utilizada por Gretchen Helmke e Julio Ríos-Figueroa: “Here we classify these basic elements of constitutional control using a simple twoby-two schema (see Table I.1). On the right-left dimension, we distinguish between courts that engage in horizontal control over intergovernmental disputes and those that do not. More specifically, we argue that judges exercise horizontal control when (1) they are able and willing to get involved in intergovernmental dispute cases and (2) they are able and willing to decide cases against the more powerful party. The first criterion effectively sets the lower bar for establishing whether judges engage in horizontal constitutional control: judges must have the appropriate jurisdiction, the relevant actors must turn to the court for adjudication, and the justices must be willing to get involved in such disputes. Obviously, if any of these things are lacking, then judges are not able to exercise horizontal control. For instance, in Mexico in 1994, the court finally earned the right to effectively adjudicate disputes among different levels and branches of government, though the thresholds for standing remain quite high (Chapter 7). Prior to that time, the court could not have exercised horizontal control, even if it had wanted to.” (HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Introduction. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 1-26. pp. 8/9)

A esse respeito, por exemplo, em pesquisa empírica, Helmke e Ríos-Figueroa observaram que, após 1988, a Corte Constitucional brasileira passou a atuar amplamente no arbitramento de conflitos intergovernamentais, distribuindo poder e fixando competências entre órgãos políticos, nos diversos níveis (federal, estadual e municipal).⁴⁴³ De outro lado, os mesmos autores apontam que a atuação do Tribunal Constitucional brasileiro ainda é tímida em relação à proteção de direitos fundamentais, sobretudo em relação aos direitos de segunda e terceira geração.⁴⁴⁴ Em termos comparativos, observa-se que o STF está à frente da maioria dos tribunais latino-americanos, mas, em relação a ambos os aspectos (arbitramento de conflitos intergovernamentais e proteção de direitos fundamentais), o Tribunal Constitucional da Costa Rica (pós-1989), por exemplo, teve um papel bem mais significativo.⁴⁴⁵

Em pesquisa empírica realizada no Brasil, verificou-se que apenas 11% das decisões de procedência em sede de ações diretas de inconstitucionalidade mencionaram como fundamento a proteção de direitos fundamentais. Além disso, constatou-se que 60% desses julgamentos “com base” em direitos fundamentais foram, na verdade, decisões em prol de interesses corporativos, como aponta Juliano Zaiden Benvindo.⁴⁴⁶ Tais dados demonstram

⁴⁴³ Além disso, essa mesma pesquisa demonstrou que existe tendência de o Supremo Tribunal Federal arbitrar os conflitos intergovernamentais em favor do Poder Executivo e do governo federal.

⁴⁴⁴ Após apresentar gráfico com tais dados na página 9, Helmke e Ríos-Figueroa assim descrevem a sua análise: “Contemporary Brazil and Mexico are best located, albeit imperfectly, in the second cell. To date, the Brazilian Supremo Tribunal Federal has gained recognition for its role arbitrating numerous intergovernmental disputes, ranging from the impeachment of former president Collor and the constitutionality of presidential decrees to deciding federal-state disputes over election rules and fiscal responsibility (see Chapter 6). But the Brazilian court has generally shied away from protecting social and economic rights or so-called second- or third-generation rights. This is the general portrait that comes out of the two chapters on Brazil by Kapiszewski (Chapter 6) and Brinks (Chapter 5), respectively. Yet it is important to note that both these authors also qualify this characterization. Chapter 5, for instance, emphasizes that despite the Supremo Tribunal Federal’s capacity and willingness to arbitrate interbranch conflicts, it tends to rule in favor of the executive branch or the federal government. Thus, at least by the second outcome-oriented criterion we laid out earlier, the Brazilian court clearly falls short of our ideal type. At the same time, Kapiszewski and Brinks both note that the Supremo Tribunal Federal has done a fairly good job in protecting first-generation rights. For both these reasons, we situate the Brazilian case in the bottom left portion of the cell. A similarly nuanced picture emerges in Sánchez, Magaloni, and Magar’s excellent chapter on the Mexican Supreme Court. Although the recently reformed court has cut its teeth mainly as an arbiter of federal disputes, a string of recent decisions regarding due process rights, the privacy rights of transsexuals, and the right to terminate a pregnancy perhaps signal a future jurisprudence of rights enforcement (Chapter 7).” (HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Introduction. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 1-26. pp. 12/13)

⁴⁴⁵ Nesse sentido, o gráfico que retrata a pesquisa empírica realizada por Helmke e Ríos-Figueroa (HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Introduction. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 1-26. pp. 12/13)

⁴⁴⁶ “Na verdade, houve um total de apenas setenta e duas ADIs julgadas procedentes nesse tema dentro do espectro examinado, demonstrando que o tema dos ‘direitos fundamentais’ não tem sido efetivamente o grande objeto do controle concentrado de constitucionalidade. No âmbito das ADIs contra legislação federal, verifica-se que, com pequenas flutuações, as decisões de procedência relativas a direitos fundamentais não ultrapassaram 11% dos casos e, no caso das ADIs contra legislação estadual, somente se alcançou o índice de 11% no ano atípico de 2012, mais devido a uma retração do número global de julgamentos do que a um incremento de decisões nesse campo. Entre todos os casos enquadrados no âmbito dos direitos fundamentais, constatou-se que

empiricamente que a salvaguarda dos direitos fundamentais não tem sido exatamente o foco do controle concentrado de constitucionalidade realizado pela Corte Constitucional brasileira. Além disso, talvez os direitos fundamentais estejam sendo usados desvirtuadamente como fundamento para defesa de outros interesses. Dessa forma, no sistema constitucional brasileiro, não se pode idolatrar a revisão judicial realizada pelo STF como sendo o grande remédio para a proteção dos direitos fundamentais.

No Brasil, os juízes de primeira instância e tribunais inferiores são mais ativos em deferir demandas baseadas no direito à vida, à saúde, à educação, entre outros, mas a concessão desses direitos diminui à medida que se passa para a analisar a atuação dos tribunais superiores e do STF. Conforme Daniel Brinks, nas demandas em que o STF decidiu a favor da expansão desses direitos, protegeu direitos da classe média e reivindicações *mainstream*, muitas vezes, ao capacitar o governo a agir no controle de instituições privadas, em vez de exigir ação adicional do governo.⁴⁴⁷

Segundo Diana Kapiszewski, estudos empíricos mostram que (ao menos até 2005, último ano da sua pesquisa) o STF não desempenhou um papel de destaque na proteção de direitos. Além disso, embora vários ministros do STF enfatizem o papel da Corte em relação aos direitos fundamentais de primeira geração (sobretudo no âmbito do direito penal), nenhum

1/4 das decisões referia-se aos direitos de igualdade e proporcionalidade (indicando falta de razoabilidade de certas leis e garantias ao processo judicial); 10% aos clássicos direitos de primeira geração, tais como irretroatividade das leis e direitos de liberdade; e menos de 5% à proteção de direitos difusos e direitos da ordem social. Porém, mesmo nessa esfera de direitos fundamentais, percebe-se que parte relevante desse montante está relacionado à defesa de interesses corporativos - eis a razão para se ter uma prevalência de questões sobre isonomia e garantias processuais -, com poucos casos mais diretamente relacionados a temas de direitos voltados para um espectro mais geral da sociedade. Prevalece, sim, um certo controle corporativo de constitucionalidade, muito mais do que um controle que se volta a defender os direitos e garantias dos cidadãos em geral. Aliás, no âmbito das ADIs contra legislação federal, pode-se dizer que 60% das decisões sobre direitos fundamentais são, na verdade, decisões em prol de interesses corporativos.” (BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 51, n. 201, jan.-mar. 2014)

⁴⁴⁷ “Second-generation rights receive a very cautious embrace from the Brazilian constitutional court. The lower courts enthusiastically grant all manner of demands grounded in the right to life, the right to health (care), the right to education, and more, but the conventional wisdom is that this enthusiasm wanes as one moves up the judicial hierarchy, especially at the STF (Hoffmann and Bentes 2008, 118–119). Where the STF has ruled in favor of the expansion of rights, it can be described as protecting middle-class, mainstream demands, often by empowering the government to take action rather than by requiring additional government action. The STF has ruled, for example, that the government may impose price controls on private schools in the name of the right to education⁷ and that private health facilities are subject to constitutional obligations stemming from the right to health (Hoffmann and Bentes 2008, 122–126). It has not, however, led the way in expanding access to health care or education by imposing additional obligations on the national government.” (BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. pp. 142/143)

deles consegue citar um caso significativo de proteção de direitos socioeconômicos (direitos fundamentais de segunda geração).⁴⁴⁸

Isso talvez possa ser explicado pelo fato de que, dada a estrutura do Judiciário brasileiro, com poucos mecanismos para reivindicar direitos fundamentais diretamente no STF – comparativamente a outros países, como Costa Rica –, os juízes de primeira instância e os tribunais de segunda instância tratam mais frequentemente desses direitos que a Corte Constitucional brasileira.⁴⁴⁹ Naturalmente, se a proteção efetiva de direitos fundamentais ocorre já nas instâncias inferiores – na primeira e na segunda instância –, diante da incorporação da cultura constitucional nesses juízos, talvez o STF não seja tão demandado nessas questões. Mas não é só isso. As principais decisões progressistas em termos de proteção direitos fundamentais tiveram início na primeira instância e nos tribunais de segunda instância. Quando se comenta a atuação da Corte Constitucional brasileira em matéria de proteção de direitos fundamentais, citam-se comumente questões como o direito ao aborto de feto anencefálico⁴⁵⁰ e o reconhecimento de união estável entre casais homoafetivos⁴⁵¹. Ainda

⁴⁴⁸ “By contrast, the STF was just beginning to assume a limited rights role by the mid-2000s. Though the sample under study includes a few important cases regarding civil-economic rights (e.g., freedom from racism vs. freedom of speech, criminal rights, rights relating to salary equity, and vested rights), it contains no cases concerning socioeconomic (SE) rights along the lines of those decided by the crusading constitutional courts of Colombia or South Africa, for instance. Moreover, the STF upheld plaintiffs’ claims in only one-third of the rights cases it decided. Several experts interviewed in connection with the project concurred that at least through 2005, the STF did not play a high-profile role in protecting rights (I-13, EG-07, EG-10). Consistent with Brinks’s claims, various justices I interviewed emphasized the court’s focus on first-generation rights (especially criminal rights) in individual cases (JG-01, JG-02, JG-03, JG-06). However, no justice named significant cases regarding SE rights.” (KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 154-186. p. 161)

⁴⁴⁹ “As noted earlier, given the structure of the Brazilian judiciary and the few mechanisms available to vindicate rights directly before the STF, we might expect that lower federal courts, and even state courts, would deal more frequently with rights cases than would the STF – and thus the explanation is in part institutional. Yet if lower courts were ruling on the extraordinary numbers of rights cases the constitutional opportunity structure would appear to encourage, we would expect to see more cases regarding rights of all types in the STF, given Brazil’s permissive judicial appeals structure. Instead, a look on the ground suggests that socioeconomic rights adjudication in particular has been somewhat slow to develop at all levels of the Brazilian court system – compromising the STF’s ability to assume an active role in rights adjudication.” (KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 154-186. p. 171)

⁴⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 12/04/2012. DJE n.º 77, 20/04/2012.

⁴⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05/05/2011. DJE-198, 14-10-2011; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05/05/2011. DJE-198, 14-10-2011.

que não se possa negar a importância de tais decisões, os mesmos direitos já eram garantidos por decisões de primeira e segunda instância há mais de dez anos antes.⁴⁵²

De outro lado, como já mencionado, é possível observar que o STF tem sido bem mais atuante no arbitramento de conflitos políticos. Aliás, há estudos empíricos que mostram que o grau de atuação do STF nesta seara raramente encontra paralelo nas cortes constitucionais latino-americanas.⁴⁵³ Com efeito, diante da vagueza do texto constitucional de 1988, houve incentivos para o STF definir a distribuição de poder entre os diversos órgãos dos governos federal, estadual e municipal, bem como decidir sobre a extensão e os limites do Poder Executivo frente aos demais Poderes Constituídos.⁴⁵⁴

⁴⁵² Em relação ao reconhecimento de união estável homoafetiva: “Homossexuais. União estável. Possibilidade jurídica do pedido. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades, possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 598362655, Oitava Câmara Cível, Relator Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 01/03/2000). No tocante à autorização de aborto de feto com anencefalia: “APELAÇÃO CRIME. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ABORTO EUGENÉSICO. ANENCEFALIA DO FETO. IMPOSSIBILIDADE DE SOBREVIVÊNCIA APÓS O NASCIMENTO. PROLONGAMENTO DA GESTAÇÃO A IMPLICAR SÉRIO RISCO DE VIDA À GESTANTE. CUNHO TERAPÊUTICO DA INTERVENÇÃO. A anencefalia ou acrania é uma doença caracterizada pela ausência de ossos do crânio e do encéfalo fetal na vida intra-uterina, o que torna impossível a sobrevivência após o nascimento. E, como patologia de risco, é causa de morbimortalidade materna. Em que pese não estar o aborto eugenésico incluído no art. 128 do Código Penal, como mais uma indicação de causa excludente de ilicitude, tal circunstância não impede a sua realização quando se está a tratar de caso de malformação fetal, especialmente a anencefalia, pois esta acarreta a absoluta inviabilidade de vida extra-uterina e implica gravidez de alto risco. No caso concreto, a indicação da interrupção precoce da gravidez da autora tem caráter não apenas eugênico, mas também terapêutico, pois visa salvar, conforme parecer médico juntado aos autos, a vida da gestante. Apelo defensivo provido para deferir o pedido, com fulcro no art. 128, inciso 1, do Código Penal. Decisão unânime” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime n.º 70005037072, Terceira Câmara Criminal, Relator Desembargador José Antônio Hirt Preiss, julgado em 12/09/2002).

⁴⁵³ TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 163.

⁴⁵⁴ Na presente tese, o foco é o papel das cortes constitucionais, especialmente do STF, na democracia brasileira. No entanto, não se ignora a importância do estudo das demais instâncias judiciais, sobretudo da Justiça Federal, no julgamento de questões com impacto significativo na política, na economia e na democracia. Como bem ressalta Matthew Taylor: “[...] the policy effects of Brazil’s federal court decisions can be significant. On numerous occasions, courts have been called upon to evaluate decisions made by Congress or the president, and on a fair number of such occasions, courts effectively halted policy implementation and sent policymakers back to the drawing board, with effects that reverberated across the entire body politic. Less dramatic, but nonetheless significant, were the thousands of daily interactions between government and society in the courts that, in an accretive fashion, have played a role in defining the options available to policymakers. In sum, the evidence suggests that over the past two decades, during Brazil’s dual transition to market economics and democratic government, courts at all levels of the judiciary have helped to define the alternatives available to policymakers, legitimating or de-legitimating certain policy choices.” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 3)

Além disso, o STF reforçou o poder do governo no acionamento da Corte, ao apoiar a ação declaratória de constitucionalidade. Como afirma Diana Kapiszewski, a ADC é um mecanismo que ajuda a acelerar as decisões judiciais definitivas, bem como prevenir ou atenuar a contestação da política federal nos tribunais inferiores.⁴⁵⁵

O STF foi acionado para decidir sobre o arbitramento de disputas horizontais entre órgãos públicos e entre os Poderes Constituídos, bem como disputas verticais, entre diferentes níveis de governo (federal, estadual e municipal). O Tribunal Constitucional brasileiro também distribuiu poder político através do arbitramento de conflitos entre atores políticos.⁴⁵⁶ Com efeito, pesquisa empírica demonstrou que, considerando questões politicamente importantes (no período analisado, de 1985 a 2004), em 58% dos casos, o STF distribuiu poder entre diferentes órgãos governamentais ou atores políticos; em 25% deles, participou da governança econômica ao decidir sobre a legalidade e/ou a constitucionalidade (não baseada em direitos) da política econômica; e, em 16% dos casos, julgou os direitos constitucionais, ao decidir se a política nacional (e a política econômica em particular) violava as garantias constitucionais.⁴⁵⁷

De um lado, em termos comparativos, é possível observar que os quantitativos de ajuizamento de ações buscando declaração de inconstitucionalidade no STF e de leis federais invalidadas pela Suprema Corte brasileira atingem níveis bem superiores aos dos demais

⁴⁵⁵ KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 154-186. p. 157.

⁴⁵⁶ “In the posttransition era, the STF was often called on to distribute power – directly through requests to arbitrate separation of powers disputes, for instance, or indirectly, through requests that it clarify the limits or use of new constitutional mechanisms. In one set of rulings, the court distributed institutional power by arbitrating horizontal disputes between the branches of government and vertical disputes between levels of government. In a second set of decisions, the STF distributed political power by managing conflicts between political actors.” (KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 154-186. p. 157)

⁴⁵⁷ “During Brazil’s first two posttransition decades, the STF decided a broad range of politically important cases. Appendix A lists the cases on which the present analysis is based: a systematically selected sample of fifty-five politically important cases the STF considered between 1985 and 2004. The cases can be loosely organized into three categories: in thirty-two of the fifty-five rulings under study (58% of the sample), the court distributed power among different government branches or political actors; in fourteen cases (25% of the sample), the court participated in economic governance by ruling on the legality and/or (non-rights-based) constitutionality of economic policy; and in nine cases (16% of the sample), the court adjudicated rights by deciding whether national policy (and economic policy in particular) violated constitutional guarantees. This section discusses these categories and the rulings placed in each. Appendix B contains definitions for many of the technical terms used throughout the rest of the chapter.” (KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 154-186. pp. 156/157)

países do continente americano.⁴⁵⁸ Entretanto, internamente e em termos absolutos, há evidências de que a atuação da Corte Constitucional brasileira tem sido majoritariamente favorável ao governo. Com efeito, no tocante às suas decisões sobre os conflitos políticos, pesquisas empíricas apontam que a atuação do STF tem sido pró-governo em sua maioria, sobretudo em questões de política econômica. De outro lado, quando as decisões são contrárias ao governo, referem-se, em sua maioria, a decisões favoráveis a interesses corporativistas de servidores públicos.⁴⁵⁹

Outra pesquisa demonstrou que o STF comumente age com cautela, pois não alocou consistentemente poder aos órgãos mais fracos do governo federal ou dos Estados, nem desafiou atores políticos dominantes.⁴⁶⁰

⁴⁵⁸ “Further evidence of the courts’ relative effects comes from the comparative record. While quantitative measures say little about the substantive significance of court decisions, the number of constitutional challenges upheld by the Brazilian Supreme Federal Tribunal (STF) is significant in comparison to its peers. Since its inception more than two centuries ago, the U.S. Supreme Court, for example, has ruled 135 federal laws unconstitutional (The Economist 1999). Mexico’s high court, which is perhaps a better comparative example because it, like its Brazilian counterpart, operates in a federal nation with a civil code system, has ruled on the constitutionality of just over 600 state and federal laws between the judicial reform of 1994 and 2005, using two prominent review instruments.² In roughly a quarter of the cases, the court altered the underlying law, but of these, only 21 were federal laws (Guardado Rodríguez 2007). By contrast, responding to only one of many possible legal instruments (the Ação Direta de Inconstitucionalidade, or ADIN) in its first fifteen years, the Brazilian STF debated the constitutionality of more than 1,000 federal laws and altered over 200 on constitutional grounds. Furthermore, at the lower court level, the picture is equally dynamic, with estimates that ‘no less than half a million cases have been brought every year against the federal government’ (Arantes 2005, 237).” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. pp. 13/14)

⁴⁵⁹ “Kapiszewski (2007, 2009) further describes a court that is mostly cautious in either support for or opposition to policy initiatives but that also found or created the requisite constitutional space for the pro-market and fiscally restrained policies of the 1990s. In the twenty most important controversies involving the government’s economic policy initiatives, the court strongly endorsed six of those initiatives and weakly endorsed another five, upholding more than half in spite of the highly statist tendencies of the 1988 constitution and the long history of welfare statism in Brazil. Of the remaining nine, the court only weakly challenged five (four of which related to the salaries and benefits of public employees, thus directly affecting the courts’ interests) and strongly challenged only four (again, three directly affecting public employees’ salaries and benefits). In short, the court upheld more than half of the challenged initiatives, only strongly challenged 20 percent of them, and seven of the nine initiatives it did challenge were policies that centrally affected public employees – including judges – and thus affected the court’s corporatist concerns.” (BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. p. 143)

⁴⁶⁰ “In terms of the STF’s behavior, the sample of cases under study suggests that it was selectively assertive vis-à-vis elected leaders in playing the roles it was assigned or assumed. When distributing power, the STF generally acted cautiously: it did not consistently allocate power to the weaker branch of government or to the states (in cases involving federalism questions) or in a way that challenged dominant political actors. Likewise, it most often followed a middle-of-the-road course when evaluating economic policy, neither fully endorsing unconstitutional initiatives nor placing insurmountable obstacles in policy makers’ way. Its rulings on the few important rights cases that came before it were perhaps even less assertive vis-à-vis government leaders. This depiction of the STF challenges the characterizations offered by other students of the court, who variously applaud or malign what they view as its frequent and intense challenges to elected leaders (e.g., Werneck Vianna et al. 1999; Arantes 1997; Santiso 2004). I contend elsewhere (Kapiszewski 2007) that the court’s measured rulings on politically important cases reflect its inherent pragmatism – or at least the pragmatism of a majority of its justices.” (KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The

Além disso, considerando questões de política econômica, o Supremo tradicionalmente se abstém de vetar reformas estruturais conduzidas pelo governo federal,⁴⁶¹ embora já tenha proferido decisões que geraram prejuízos de elevada monta ao governo.⁴⁶²

Diana Kapiszewski, com base em pesquisa empírica realizada na Corte Constitucional brasileira, no período de 1985-2004, sobre casos relativos a políticas econômicas cruciais, concluiu que as suas decisões judiciais equilibram um conjunto discreto de considerações quando decidem casos importantes, tais como a ideologias dos juízes, seus interesses institucionais, as possíveis consequências de suas decisões, a opinião pública, as preferências dos líderes eleitos e as leis. Conclui a autora que, nos diferentes casos, o STF alterna entre desafiar e endossar o exercício do poder do governo.⁴⁶³

Além disso, o STF favorece mais o Executivo do que qualquer outro órgão ou instituição. Também favorece mais entes estatais do que não estatais. E é mais ativo em derrubar leis estaduais do que leis federais.⁴⁶⁴ No entanto, há diversas pesquisas empíricas que

Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 154-186. pp. 175/176)

⁴⁶¹ BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. p. 143.

⁴⁶² “This important policy effect continues today. In 2005 and 2006, Brazilian courts have shaped policy on a number of fronts. To name just a few recent cases: the high court overruled a decade-old reform aimed at reducing the number of small political parties in Congress; federal courts overruled the CADE regulatory board to permit an R\$600 million corporate acquisition by Nestlé; and the STF rejected Congress’s effort to nearly double members’ salaries. Most impressively, a November 2005 decision ruled that a 1998 increase in the pension contribution paid by businesses (known as PIS/Cofins)—implemented as Brazil was facing significant market uncertainty in the wake of the Russian financial crisis—was unconstitutional. Although the final effects of the decision are debatable, estimates of its cost range as high as R\$26.8 billion, more than 10 percent of total federal government tax collections, or 2 percent of GDP.” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 14)

⁴⁶³ KAPISZEWSKI, Diana. Tactical Balancing: High Court Decision Making on Politically Crucial Cases. *Law & Society Review*, New York, v. 45, n. 2, p. 471-506, 2011. p. 471.

⁴⁶⁴ “Taylor’s (2008, 79–87) analysis of the STF’s record on ADIns is highly instructive, showing a court that acts to protect presidential initiatives and presidential power but not to the extent of losing its credibility as an impartial arbiter. The court has consistently held a significant percentage of laws unconstitutional (20% of all challenged laws are invalidated) (Taylor 2008, 79). But whose claims does it recognize? The most striking finding, for purposes of this chapter, is that the court has a clear but generic presidentialist bias: ‘ordinary laws [...] are roughly twice as likely to face successful injunction challenges as executive decrees’ (Taylor 2008, 84), and no one president is more or less successful than any other (Taylor 2008, 86); the court simply favors the executive as an institution. In addition, the court favors state actors in general over nonstate actors such as unions and political parties. Nunes (2010) further notes that the court is more active in striking down state legislation on the request of the attorney general than in striking federal laws and that the court assists the federal government in controlling spending and in controlling state governors.” (BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. p. 145)

mostram que, embora a Corte Constitucional brasileira geralmente favoreça o governo, não favorece mais um governo do que outro.⁴⁶⁵

Essas pesquisas também mostram que o STF nem apoiou políticas flagrantemente inconsistentes com a Constituição, nem colocou obstáculos intransponíveis às políticas governamentais.⁴⁶⁶

Daniel Brinks também aponta que as decisões dos juízes do STF, em geral, apoiam as políticas públicas do governo federal, desafiando-as apenas quando seus próprios interesses estão em jogo ou em defesa de princípios claramente estabelecidos e amplamente aceitos. Segundo o autor, as suas decisões, em geral, são impulsionadas pela preocupação com consequências econômicas e políticas adversas, ou com a integridade do direito. Conforme Brinks, quando as causas não afetam a política do governo, o STF age de forma efetiva para proteger direitos. De outro lado, para ele, revela-se um órgão fraco para vigiar a separação de poderes, pois é mais propenso a apoiar o poder presidencial.⁴⁶⁷ Para o autor, a possibilidade de o presidente da República nomear juízes do STF que simpatizem com ele e com a sua agenda os torna tendentes a uma deferência para as prerrogativas presidenciais e para as políticas presidenciais prioritárias, no sentido de que serão favoráveis ao presidente nos

⁴⁶⁵ Nesse sentido, Matthew Taylor: “Court Attitudes. Finally, I find that the STF does not appear to have a significant bias in its constitutionality rulings for or against any particular presidential administration. The model tested whether the laws passed by any presidential administration were more likely, other things equal, to be considered unconstitutional. No such relationship was found, suggesting the STF has not exhibited any overarching political preferences regarding the occupant of the executive branch. The lack of a clear bias in favor of a particular incumbent contrasts with experiences elsewhere in Latin America, where elected officials have made various attempts to pack high courts (such as Peru under Fujimori, Argentina under Menem, and Venezuela under Chavez) and judges can be more clearly linked to the interests and ideologies of the president appointing them.” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 86/87). Também nesse sentido: BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. p. 145.

⁴⁶⁶ “In terms of the STF’s behavior, the sample of cases under study suggests that it was selectively assertive vis-à-vis elected leaders in playing the roles it was assigned or assumed. When distributing power, the STF generally acted cautiously: it did not consistently allocate power to the weaker branch of government or to the states (in cases involving federalism questions) or in a way that challenged dominant political actors. Likewise, it most often followed a middle-of-the-road course when evaluating economic policy, neither fully endorsing unconstitutional initiatives nor placing insurmountable obstacles in policy makers’ way. Its rulings on the few important rights cases that came before it were perhaps even less assertive vis-à-vis government leaders. This depiction of the STF challenges the characterizations offered by other students of the court, who variously applaud or malign what they view as its frequent and intense challenges to elected leaders (e.g., Werneck Vianna et al. 1999; Arantes 1997; Santiso 2004). I contend elsewhere (Kapiszewski 2007) that the court’s measured rulings on politically important cases reflect its inherent pragmatism – or at least the pragmatism of a majority of its justices.” (KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 154-186. pp. 175/176)

⁴⁶⁷ BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. pp. 145/146.

conflitos entre órgãos públicos, a menos que a afirmação do poder presidencial possa ameaçar desbalancear o regime.⁴⁶⁸

Segundo pesquisa empírica realizada por Brinks, que vai até 2005, os ministros da Corte brasileira seriam pouco afetados pela pressão política ou por um favoritismo manifesto.⁴⁶⁹ Para o autor, o comportamento do STF seria centrista, cauteloso, que segue o direito e a política convencional e simpatizante do papel do Executivo, mas os ministros da Corte seriam em grande medida isolados das pressões políticas após a sua nomeação para o cargo.⁴⁷⁰

Brinks define o STF como “um tribunal poderoso, um pouco limitado em sua capacidade de promover mudanças, mas com capacidade considerável para proteger regras bem estabelecidas e populares, especialmente se isso apenas requer um veto à ação do governo”.⁴⁷¹ De forma semelhante, Diana Kapiszewski, analisando o comportamento da Corte Suprema brasileira, afirma que ela realiza uma espécie de “equilíbrio tático” (*tactical balancing*), com implicações importantes para o Estado de Direito e a estabilidade do regime democrático.⁴⁷²

Se fosse possível definir o comportamento judicial do STF numa única palavra quando atua para arbitrar conflitos políticos, essa palavra seria prudência. Ao distribuir poder, o STF costuma ser bastante cauteloso. Comumente, aloca poder em relação ao órgão ou ente mais forte, a não ser que tal medida seja de inconstitucionalidade manifesta.

Todavia, ainda que se possa defender que seja algo contingencial no curto prazo, esse tipo de “prudência” pode gerar consequências extremamente negativas a médio e a longo prazo. Com efeito, esse comportamento pode passar a impressão, para o público em geral e para os futuros litigantes, de que o Tribunal Constitucional brasileiro seria fraco, partidário ou que não teria aptidão para defender direitos. Pode, ainda, ser tão prejudicial a minorias

⁴⁶⁸ BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. p. 147.

⁴⁶⁹ BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. p. 145.

⁴⁷⁰ BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. pp. 143/144

⁴⁷¹ Tradução livre: BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. p. 137.

⁴⁷² KAPISZEWSKI, Diana. Tactical Balancing: High Court Decision Making on Politically Crucial Cases. *Law & Society Review*, New York, v. 45, n. 2, p. 471-506, 2011. p. 471.

políticas que, quando estas chegarem ao poder, terão grande motivos para reformar de forma significativa a Corte Constitucional.⁴⁷³

Embora, durante muito tempo, possa se ter criado uma imagem de um STF neutro e forte⁴⁷⁴, é possível observar que, no Brasil, todas essas análises ganharão novos contornos a partir da crise política que se instaurou a partir de 2013, período que será muito revelador acerca da relação entre os membros dos Poderes Constituídos.

Nesse contexto, é preciso perquirir como os ministros da Suprema Corte brasileira agem estrategicamente, na interação com outros atores. Todavia, diante da peculiaridade brasileira de que as decisões do STF são tomadas pela soma de votos e de que há a possibilidade ampla de concessão de medidas liminares pelos relatores de cada processo, cada ministro, individualmente considerado, é um ator estratégico. Nesse sentido, além das questões acima abordadas, também serão agregadas outras variáveis, específicas do contexto brasileiro, de modo que se possa analisar novas complexidades, como a maneira com que os ministros do STF, individualmente, usam estrategicamente do procedimento judicial para estabelecer a sua agenda e para fazer valer as suas decisões individuais.

Com isso, não se pretende dizer que o direito, as instituições e a cultura jurídica não importam. Pelo contrário, eles possuem um papel fundamental na atuação judicial. Entretanto, pretende-se investigar, na presente tese, as situações limítrofes em que a independência, o poder e a autoridade das decisões do STF são concreta ou potencialmente desafiados, quando a própria democracia e as instituições democráticas serão testadas.

⁴⁷³ A esse respeito, Gretchen Helmke e Jeffrey Staton: “In a similar vein, our model also casts doubt on the common contention about the ability of courts to build their authority in the long run through a short-run strategy of prudence. For both Carrubba (2009) and Ginsburg (2003), among many others, judges build public beliefs in the value of judicial review (per Carrubba) and construct a norm of compliance (per Ginsburg) precisely by avoiding overt political conflict over salient public policies, or at least by not asking governments to implement decisions that would impose significant costs. Over time, this strategy will expand judicial power considerably. In contrast, our analysis suggests that this kind of prudential strategy may, in fact, be quite costly for judges. The critical problem with prudence is that it risks constructing inaccurate beliefs about judicial preferences – essentially teaching future litigants that the court is either extremely partisan or unwilling to defend rights. In a broader sense, prudence suggests the same inference for current political minorities such that if and when they come to power, they will perceive every reason to reform significantly the judiciary.” (HELMKE, Gretchen; STATON, Jeffrey K. *The Puzzling Judicial Politics of Latin America: A Theory of Litigation, Judicial Decisions, and Interbranch Conflict*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 306-331. p. 325)

⁴⁷⁴ Para Matthew Taylor, o Judiciário brasileiro foi chamado, em muitas ocasiões, para invalidar decisões tomadas pelo Congresso ou pelo presidente e, em um número razoável de ocasiões, interromperam ou alteraram a implementação da política. Ainda segundo o autor, o cumprimento foi feito nos estritos termos das decisões judiciais, e os governos seguiram de perto essas decisões judiciais, apesar dos custos significativos para suas agendas políticas e seus resultados financeiros (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 14). No entanto, essa percepção talvez deva ser alterada a partir da crise política de 2013.

Considerando-se as decisões do STF nas situações que envolvem questões essenciais da agenda governista e atores políticos relevantes, as interações estratégicas constituem-se em fator que deve merecer maior atenção nas pesquisas sobre a atuação dos ministros da Corte.

De outro lado, não se pode dizer simplesmente que a Corte Constitucional brasileira ou seus ministros tenham sido aliciados pelo governo ou por políticos simplesmente porque decidiram, em dado caso, favoravelmente a eles. Uma afirmação dessas somente seria possível caso se possa concluir que, se não fosse a presença de determinada pessoa no caso ou o peso político de determinado ator político, a decisão teria sido diferente.

Assim, conhecer os objetivos e as motivações dos juízes é fundamental para esse tipo de análise. Como afirmam Helmke e Figueroa, saber o que os juízes querem, qual seria a sua decisão se pudesse decidir autonomamente, é o primeiro passo para identificar se eles estão se comportando de forma estratégica ou sinceramente. Com efeito, não é possível inferir se o juiz está se comportando estrategicamente apenas observando se decidiu favoravelmente ao governo, a menos que se possa saber que ele teria preferido decidir de outra maneira.⁴⁷⁵ Deve-se analisar o comportamento dos juízes, as suas decisões pretéritas para casos semelhantes, as pressões do governo. É a partir dessas premissas que será possível aferir se o juiz constitucional agiu estrategicamente ou sinceramente.

Um conjunto de fatores institucionais, comportamentais e de mudança de cultura constitucional empurraram o STF para o vórtice da política, sobretudo após a crise política que se iniciou em 2013. No entanto, o STF não está indefeso nesse processo, pois possui à sua disposição – legítima ou não legitimamente – uma série de soluções discricionárias e estratégicas para diminuir a pressão política ou pública, como controle do *timing* nos processos; não submissão a julgamento; decisões que afirmam seletivamente não ser o caso de intervenção no mérito administrativo ou na decisão política; fundamentação em critérios exclusivamente técnico-jurídicos para decidir questões políticas. Aliás, como mostra Matthew Taylor, essas artimanhas também acontecem em tribunais constitucionais da Europa e da América do Norte. Todavia, a possibilidade de minorias políticas acionarem o STF é uma questão que, ao menos potencialmente, gera grande tensão entre a Corte e maiorias políticas na democracia brasileira.⁴⁷⁶ Há, todavia, relativamente poucos estudos sobre como o Tribunal

⁴⁷⁵ HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Introduction. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 1-26. pp. 16/17.

⁴⁷⁶ TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. pp. 162/163.

Constitucional brasileiro age “internamente”, quando a sua decisão potencialmente confronta poderosos atores políticos ou o governo, o que será bastante explorado na presente tese.

Assim, observa-se que, a par das pesquisas realizadas, há diversas questões que ainda ficam em aberto, sobretudo após a crise política que se iniciou em 2013: Quais as condições formais e materiais que levaram o STF a ocupar um papel central no arbitramento de conflitos intergovernamentais? Quais foram as condições, incentivos ou pressões que, na prática, o levaram a decidir mais favoravelmente ao Poder Federal e ao Poder Executivo? Como atua dentro do jogo político? Quais as estratégias de que se utiliza? Como se comportam individualmente os ministros do STF no arbitramento de conflitos políticos e de direitos fundamentais, frente aos interesses do governo ou da classe política? Quais os reais interesses que protegem? Como atores políticos se utilizam estrategicamente da revisão judicial? Por que os ministros do STF desafiariam ou chancelariam decisões do governo? Como os atores políticos têm reagido às decisões judiciais que lhes são contrárias? Enfim, na prática, qual é a real capacidade de o STF melhorar as condições democráticas no país? Nos próximos capítulos, serão realizadas diversas análises qualitativas e quantitativas, juntamente com abordagens teóricas, para buscar respostas a essas indagações.

CAPÍTULO 3) O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO E AS SUAS PRÁTICAS

Para investigar a capacidade institucional de o STF melhorar as condições democráticas, considerando as premissas estabelecidas no capítulo anterior, é imprescindível também fazer pesquisa qualitativa acerca de julgamentos em que a Corte pode ser desafiada. No entanto, ao se realizar esse tipo de pesquisa, há, ao menos, três grandes desafios e cuidados pra se tomar, quais sejam: atentar para o fato de que a atuação do Tribunal deve ser analisada ao longo do tempo (e não somente a partir de um caso isolado); não permitir que teorias e arranjos institucionais formais obscureçam a sua atuação concreta; e, por fim, não deixar que situações excepcionais obscureçam ou sejam tomadas como práticas ordinárias. É preciso considerar que, na imensa maioria das vezes, o tribunal constitucional, assim como ocorre nas demais instâncias judiciais, julga casos comuns, de acordo com o estabelecido em textos constitucionais e legais ou na jurisprudência. Entretanto, há situações específicas que envolvem autoridades públicas ou poderosos atores políticos em que a independência judicial e a autoridade do Judiciário serão testadas, quando a democracia poderá ser colocada em xeque.

Com base nessas premissas metodológicas, neste capítulo, pretende-se, inicialmente, investigar o constitucionalismo abusivo judicial. Nesse aspecto, interessam, sobretudo, os casos em que os ministros do STF ampliaram os seus próprios poderes individuais, de forma não autorizada pela Constituição. Nesse sentido, busca-se analisar como a Corte Constitucional brasileira tem mudado o seu entendimento conforme a parte que está no processo, o que se denomina de “fulanização” dos julgamentos, analisando-se os seus riscos para o Estado Democrático de Direito, sobretudo quando se considera que o Tribunal Constitucional é o órgão de cúpula do Poder Judiciário e que seus precedentes são seguidos pelas demais instâncias judiciais. A seguir, investiga-se o papel do STF na arena política, com o objetivo de descortinar o jogo político encoberto pelo constitucionalismo. Analisa-se, ainda, como os ministros da Corte brasileira têm atuado para alterar o cenário político nacional a partir de manifestações públicas sobre casos em julgamento. Após, pretende-se aferir a atuação da Corte Constitucional brasileira em algumas situações, sob o prisma teórico do que Richard Albert denomina de contraconstitucionalismo, mas com enfoque em tribunais constitucionais, ou seja, como podem atuar para recrudescer ou prejudicar a democracia participativa. Especificamente no âmbito brasileiro, pretende-se investigar como é a atuação do STF na questão da repercussão geral, na medida em que ele tem suspenso diversos processos das demais instâncias judiciais e os deixado sem julgamento, sobretudo em causas

de interesse direto do governo. Busca-se mostrar que a Corte Constitucional brasileira, ao invés de garantir os direitos constitucionais, por diversas vezes, suspende os processos que tramitam nas demais instâncias judiciais, impedindo-as de os julgar. Assim, pretende-se verificar se o STF estaria promovendo, contrariamente à garantia constitucional do acesso à justiça, um estado permanente de *non liquet*. Além disso, é analisado como a Corte brasileira tem se utilizado de forma ilegítima de mecanismos de legitimação da decisão judicial, promovendo um constitucionalismo de camuflagem judicial. Talvez essas tematizações coloquem em xeque a própria função da Corte Constitucional no sistema judicial brasileiro, como se mostrará a seguir.

3.1. O constitucionalismo abusivo

Constitucionalismo abusivo é a terminologia cunhada por David Landau para designar o uso mecanismos de alteração constitucional capaz de tornar um Estado significativamente menos democrático do que antes. Ao desenvolver essa categoria, o autor foca seus estudos em processos de modificação formal da Constituição, seja por alteração (emenda) ou substituição constitucional.⁴⁷⁷

Na presente tese, busca-se investigar a problemática de um constitucionalismo abusivo judicial, ou seja, como a Corte Constitucional brasileira, com a justificativa de proteção da Constituição e de direitos fundamentais, pode atuar pragmaticamente em sentido oposto, prejudicando as condições democráticas, fazendo prevalecer interesses de governo ou de certas elites políticas.

Em primeiro lugar, quando um tribunal constitucional trabalha junto com o regime e usa o constitucionalismo estrategicamente apenas para justificar as suas práticas, esse abuso pragmático não pode ser categorizado como sendo algo democrático. Trata-se de

⁴⁷⁷ “I define ‘abusive constitutionalism’ as the use of mechanisms of constitutional change in order to make a state significantly less democratic than it was before. In referring to the mechanisms of constitutional change, I focus here on formal rather than informal methods of change - constitutional amendment and constitutional replacement. I conceptualize democracy on a spectrum, acknowledging that there are various kinds of hybrid or competitive authoritarian regimes between full authoritarianism and full democracy. Finally, in referring to the degree of democracy in a given country, I focus on two distinct dimensions: (1) the electoral sphere and the extent to which incumbent and opposition figures compete on a level playing field, and (2) the extent to which the rights of individuals and minority groups are protected. Conceptually, these two dimensions are independent and could diverge, but in the regimes discussed here, backsliding in the electoral realm appears to be highly correlated with backsliding on rights questions.” (LANDAU, David. *Abusive Constitutionalism*. *U. C. Davis Law Review*, University of California, Davis, v. 47, p. 189-260, 2014. p. 195)

um constitucionalismo abusivo. Aliás, alguns autores dizem que, nessa situação, as interpretações abusivas da corte nem poderiam ser chamadas de constitucionalismo.⁴⁷⁸

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, como adiante se mostrará, há diversas outras situações em que as decisões são tomadas de acordo com os interesses ou as partes do processo, muitas vezes sob a justificativa de que ele, como uma Corte Constitucional, tem de proferir decisões que são inevitavelmente políticas.

Nesse tocante, observa-se que, do ponto de vista da justificação, há sobretudo duas práticas, que Juliano Zaiden Benvindo e Rafael Estorilio denominam de *sincronicidade* e o *uso seletivo da subsunção*. A *sincronicidade* é o conjunto de eventos aparentemente independentes, mas que envolvem uma causalidade oculta.⁴⁷⁹ O caso do julgamento das medidas cautelares impostas pelo STF ao Senador Aécio Neves – e, depois, afastadas pelo Senado Federal – é um bom exemplo disso.

Em 26/9/2017, a Primeira Turma do STF, no julgamento da ação cautelar proposta pela Procuradoria-Geral da República contra o Senador Aécio Neves, decidiu por aplicar medidas cautelares, inclusive as de “suspensão do exercício das funções parlamentares ou de qualquer outra função pública” e de “recolhimento domiciliar no período noturno”.⁴⁸⁰

⁴⁷⁸ Também nesse sentido: “A questão é que esta corte age estrategicamente dentro da argumentação judicial para justificar os futuros passos do regime. Do ponto de vista doutrinário, em sua conclusão, Tushnet pretende demonstrar que, no plano teórico, não podemos classificar estas modalidades de abuso pragmático da corte como ‘constitucionalismo’, já que nascem dos anseios ‘pragmáticos’ da Suprema Corte para mais tarde sustentar interpretações abusivas.” (BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017. p. 177)

⁴⁷⁹ “De acordo com Carl Jung, *sincronicidade* é o conjunto irracional de eventos que podem envolver uma relação de causalidade oculta. *Sincronicidade* trata da relação entre fatos determinados pelas memórias, pela natureza ou pelos arquétipos e que não podem ser compreendidos mediante o princípio da causalidade na física. Com isso, o elemento central da sincronicidade é visualizar uma relação distante, porém coordenada, entre dois eventos que não exija uma explicação de causa e efeito, ao contrário do tradicionalmente esperado de tais relações. O conceito, embora originário de estudos da psicanálise e voltados para situações diversas de um debate institucional, permite extrair lições relevantes para o possível encontro de relações de causa e efeito implícitos em circunstâncias típicas de constitucionalismo abusivo.” (BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017. p. 181)

⁴⁸⁰ “DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO CAUTELAR. AGRAVO REGIMENTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REJEIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. 1. Os indícios de materialidade e autoria dos delitos apontados na denúncia são substanciais. 2. Nada obstante, há dúvida razoável, na hipótese, acerca da presença dos requisitos do art. 53, § 2º da Constituição, para fins de decretação da prisão preventiva do agravado. 3. Diante disso, a Turma, por maioria, restabeleceu as medidas cautelares determinadas pelo relator originário, Min. Luiz Edson Fachin, consistentes em: (i) suspensão do exercício das funções parlamentares ou de qualquer outra função pública; (ii) proibição de contatar qualquer outro investigado ou réu no conjunto dos feitos em tela e (iii) proibição de se ausentar do País, devendo entregar seus passaportes. 4. Além disso, também por maioria, a Turma acrescentou a medida cautelar diversa de prisão, prevista no art. 319, V, do Código de Processo Penal, de recolhimento domiciliar no período noturno. 5. Agravo regimental parcialmente provido.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n.º 4327. Agravo regimental. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/

Embora houvesse entendimento pacificado do STF no sentido de que a aplicação dessas medidas ao parlamentar não precisaria de autorização da Casa Legislativa respectiva, o Senado marcou para o dia 3/10/2017 sessão para analisar a situação do Senador. A Presidente do STF, Ministra Cármen Lúcia, pautou imediatamente o julgamento da ADI n.º 5526⁴⁸¹ (que discutia abstratamente a ação e já tramitava desde 16/5/2016), de modo que a sessão do Senado foi desmarcada, para aguardar a decisão do Supremo sobre a questão. Então, em 11/10/2017, o STF, ao julgar a referida ADI, por maioria (6 a 5) recuou em seu entendimento anterior⁴⁸², para fixar a tese de que, aplicadas as medidas cautelares que impliquem restrição ao mandato parlamentar, os autos do processo devem ser remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa Legislativa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, decida se suspende ou não as medidas judiciais aplicadas ao parlamentar.⁴⁸³ Na sessão marcada para o dia 17/10/2017, o Senado Federal entendeu por afastar as medidas cautelares impostas pelo STF ao Senador Aécio Neves.⁴⁸⁴

Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 26/09/2017. DJe-247, divulg. 26/10/2017, public. 27/10/2017)

⁴⁸¹ A ADI 5526 foi ajuizada em 16/05/2016, na qual os partidos Progressista (PP), Social Cristão (PSC) e Solidariedade postulavam que fosse dada interpretação conforme a Constituição para que a aplicação das medidas cautelares, quando impostas a parlamentares, fossem submetidas, em 24 horas, à deliberação da Casa Legislativa respectiva. Ou seja, pretendiam que fosse aplicada a mesma condicionante estabelecida na Constituição para a hipótese de prisão em flagrante de crime inafiançável. Nesta situação, o art. 53, § 2º, da CF prevê que os autos deverão ser remetidos à Casa legislativa respectiva para que a maioria dos membros delibere sobre a prisão: “Art. 53. [...] § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão”.

⁴⁸² Quando da imposição das medidas cautelares e da suspensão do Deputado Eduardo Cunha do seu mandato, havia um forte movimento popular nas ruas pedindo a sua cassação. No momento do julgamento da ADI 5526, existe um cenário em que a maioria dos membros da Câmara do Deputados e do Senado está sendo investigada, além do próprio Presidente da República Michel Temer. Além disso, no momento deste julgamento pelo STF, está marcada para menos de uma semana depois sessão do Senado para, na prática, definir se cumpre ou não as medidas cautelares impostas pelo STF. Ou seja, o próprio STF está emparedado, ou seja, uma decisão idêntica à que foi tomada no julgamento da ação cautelar em relação ao deputado Eduardo Cunha poderia significar em seu não cumprimento pelo Senado, o que geraria grave crise institucional. Segundo diversas fontes, isso, aliás, teria sido algo que pesou muito no voto de minerva da Ministra Carmem Lúcia, que, neste julgamento, agora como presidente da Corte, tinha maior responsabilidade de manter a estabilidade da relação institucional entre os poderes, razão pela qual desempatou em favor do parlamento, ou seja, decidiu de forma oposta do que havia feito quando do julgamento da ação cautelar 4070, há um ano antes.

⁴⁸³ Assim, a Corte voltou atrás em relação ao entendimento anterior (firmado quando do julgamento da Ação Cautelar n.º 4070, em 5/5/2016, proposta contra o Deputado Federal Eduardo Cunha (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n.º 4070. Relator: Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, Referendo, julgado em 5/5/2016, acórdão eletrônico DJe-225, divulg. 20/10/2016, public. 21/10/2016).

⁴⁸⁴ “O Plenário tornou sem efeito nesta terça-feira (17) a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que havia afastado do mandato e determinado o recolhimento noturno do senador Aécio Neves (PSDB-MG). Foram 44 votos contra e 26 a favor das medidas cautelares impostas pela Primeira Turma da Corte. Houve ainda 9 ausências, sem contar o próprio Aécio, que estava com o mandato suspenso e não podia votar. A Constituição exige que a decisão seja tomada por maioria absoluta, pelo menos 41 votos. De acordo com a Secretaria-Geral da Mesa do Senado, a decisão do Plenário tem efeito imediato e será comunicada ao STF nesta quarta-feira (18). Com isso, Aécio Neves, que estava afastado temporariamente do mandato desde 26 de setembro, já está de volta ao exercício do cargo. A Procuradoria-Geral da República (PGR) denunciou o senador por corrupção passiva e

Embora se possa, a uma primeira vista, entender que não existe causalidade entre esses eventos, ou que seria fruto do acaso, analisando-se o jogo político que está por trás, observar-se-á uma sincronicidade entre eles, vale dizer, uma sequência de atos inter-relacionados que explica muito bem a relação entre as condutas dos atores políticos do Senado e dos ministros do STF, bem como as decisões posteriores: 1º) após a fixação das medidas cautelares contra o Senador Aécio Neves, os senadores aliados se mobilizaram para derrubar a decisão do STF; 2º) o Senado, então, marcou para o dia 3/10/2017 sessão plenária para debater a questão, sinalizando que poderia se sobrepor à decisão do STF; 3º) a Presidente do STF, Ministra Cármen Lúcia, em razão disso, se apressou para pautar o julgamento da ADI n.º 5526⁴⁸⁵, que discutia abstratamente a ação e já tramitava desde 16/5/2016; 4º) não obstante, os Senadores queriam que o Senado decidisse se afastava as medidas cautelares impostas ao Senador Aécio Neves (derrubando a decisão do STF) mesmo sem esperar pelo julgamento da referida ADI; 5º) em razão disso, foi marcada para o dia 2/10/2017 uma reunião entre a Presidente do STF, Ministra Cármen Lúcia, e o Presidente do Senado, Senador Eunício Oliveira, para resolver “amistosamente” o impasse; 6º) nesta reunião, a Ministra Cármen Lúcia teria se comprometido a pautar o julgamento da ADI n.º 5526, que discutia abstratamente a questão, e o Senador Eunício Oliveira a adiar, no Senado, a sessão que analisaria o afastamento ou não das medidas cautelares impostas ao Senador Aécio Neves.⁴⁸⁶

obstrução de Justiça, com base em delações premiadas do grupo empresarial J&F. Ele foi gravado pedindo R\$ 2 milhões ao empresário Joesley Batista.” (AGÊNCIA SENADO. Plenário rejeita medidas cautelares contra Aécio Neves e senador retoma mandato. Senado notícias, 17/10/2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/10/17/senado-devolve-mandato-a-aecio-neves>>. Acesso em: 1º/11/2017)

⁴⁸⁵ Na ADI n.º 5526, ajuizada em 16/5/2016, Partidos Progressista (PP), Social Cristão (PSC) e Solidariedade postulavam que fosse dada interpretação conforme a Constituição para que a aplicação das medidas cautelares, quando impostas a parlamentares, fossem submetidas, em 24 horas, à deliberação da Casa Legislativa respectiva. Ou seja, pretendiam que fosse aplicada a mesma condicionante estabelecida na Constituição para a hipótese de prisão em flagrante de crime inafiançável. Nesta situação, o art. 53, § 2º, da CF prevê que os autos deverão ser remetidos à Casa legislativa respectiva para que a maioria dos membros delibere sobre a prisão: “Art. 53. [...] § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão”.

⁴⁸⁶ “A ministra Cármen Lúcia, presidente do STF (Supremo Tribunal Federal), se reúne na manhã desta segunda-feira (2) com o presidente do Senado, Eunício Oliveira (PMDB-CE) para tratar sobre o caso do afastamento do senador Aécio Neves (PSDB-MG). O Senado marcou uma sessão para esta terça (3) para debater o assunto e o clima é de divisão. Há uma ala que pressiona o presidente Eunício para que ele submeta o caso ao plenário e, assim, votar se mantém ou se derruba a decisão do Supremo. O peemedebista, contudo, tem dito que prefere a conciliação, e evita adotar uma postura que possa dar sinais de que a Casa está enfrentando o STF. Enquanto o líder do PMDB, Raimundo Lira (PB), diz que a bancada concorda em aguardar nova decisão do STF, o líder do PSDB, Paulo Bauer (SC), rejeita. Bauer é autor do requerimento de urgência aprovado pelo Senado na semana passada que tornou o caso de Aécio uma prioridade no plenário. [...] Em conversas reservadas, ministros disseram à Folha [Jornal] que a expectativa é que o Supremo reconheça essa prerrogativa do Legislativo, apesar de um placar apertado, como 6 a 5 ou 7 a 4.” (CASADO, Letícia; FERNANDES, Talita. Cármen Lúcia se reúne com presidente do Senado para tratar caso Aécio. Brasília, 2/10/2017. Disponível em:

Essas concausas, em sincronia, trazem a explicação para o que se sucedeu: a fim de evitar uma afronta direta à autoridade da Suprema Corte, esta manteve as medidas cautelares impostas ao Senador Aécio Neves, mas “autorizou” que o Senado as afastasse sem romper com a separação de poderes. Enfim, o constitucionalismo foi utilizado abusivamente para privilegiar um poderoso político.

Esse e diversos outros casos,⁴⁸⁷ se analisados do ponto de vista do jogo político sub-reptício e da relação entre políticos e ministros do STF, apresentarão uma sincronicidade capaz de mostrar o uso abusivo do constitucionalismo.

Outra prática bastante comum é o *uso seletivo da subsunção*. Ou seja, a interpretação sobre idêntica questão de direito muda substancialmente conforme as partes ou os interesses envolvidos. Essa quebra absoluta da isonomia é uma forma maximizada de constitucionalismo abusivo, pois, embora idêntica a situação jurídica, as mesmas regras constitucionais podem ser interpretadas e aplicadas de maneira diferente a depender da parte ou do interesse envolvido.⁴⁸⁸ Essa prática poderá ser observada no próximo item, quando se analisarão qualitativamente diversos casos.

<<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/10/1923541-carmen-lucia-se-reune-com-presidente-do-senado-para-tratar-caso-aecio.shtml>>. Acesso em: 7/11/2017)

⁴⁸⁷ Outro exemplo de sincronicidade é citado pelos próprios autores: “Um exemplo recente pode ilustrar essa *sincronicidade* no âmbito decisório do STF. No julgamento da medida cautelar na ADPF 402, o STF, em decisão monocrática, concedeu tutela liminar com base na premissa de que não poderiam permanecer na linha sucessória de possíveis Presidentes da República aqueles tornados réus em processo criminal perante o STF. A decisão gerou o imediato efeito de determinar o afastamento do Senador Renan Calheiros da Presidência do Senado. De acordo com a liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio Mello, uma vez o Senador tornado réu em um processo de peculato e, também, conforme maioria já alcançada (na mesma ADPF, que estava com julgamento interrompido, manifestaram 6 dos 11 ministros pelo afastamento – e, com extremo poder de agenda, a sessão foi interrompida por pedido de vista) a consequência não poderia ser diferente no caso ora em análise. A decisão monocrática gerou forte conflito institucional, a ponto de a mesa do Senado afirmar – criando precedente temerário –, que se recusaria a cumprir a decisão judicial. Na ocasião, os Ministros aguardavam, sobre o tema, o retorno do julgamento após pedido de vista requerido pelo Ministro Dias Toffoli em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Em 7 de dezembro de 2016, em sessão cuja gravidade da situação exigia resposta urgente da Corte, julgou-se o recurso do Senado contrário à decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio de Mello. Dos nove ministros que participaram da deliberação, seis defenderam a solução ‘conciliatória’: o Presidente do Senado poderia permanecer no exercício dessa função, apenas sendo impedido de assumir, mesmo que temporariamente, a função de Presidente da República. O que chamou, todavia, a atenção desse movimento não foi exatamente a argumentação jurídica altamente controversa de flexibilização da regra constitucional ou da aplicação da tese. Foi, ao contrário, o que acontecia do outro lado da Praça dos Três Poderes. Na mesma quarta-feira, 7 de dezembro de 2016, o Presidente do Senado desistiu de colocar em votação no plenário o projeto de lei que tratava do abuso de autoridade, texto legal que pressionava, de modo bastante contundente, agentes públicos, sobretudo do Judiciário.” (BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017. pp. 181/182)

⁴⁸⁸ “Outra circunstância relevante é a falta de isonomia com casos que carregam profunda semelhança e relativa proximidade temporal. A quebra de coerência em casos centrais que engendram, sobretudo, forte impacto político acarreta, naturalmente, sério desconforto em relação às expectativas de segurança jurídica e, mais ainda, possível configuração de uso político da Corte.” (BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017. p. 183)

Do ponto de vista normativo, isso se assemelha àquilo que Ivo Gico Jr. denomina de hermenêutica das escolhas, no sentido de que o julgador escolherá uma dentre as regras jurídicas possíveis de serem aplicadas.⁴⁸⁹ Ocorre que essa escolha poderá ser distorcida, feita não de acordo com a única ou a melhor interpretação possível, mas seletivamente conforme o interesse ou a pessoa envolvida.

No Brasil, o problema parece ser ainda maior. Se, no plano do direito constitucional comparado, seria possível fazer uma ampla crítica em razão do abuso do direito constitucional para se justificar privilégios de determinados atores políticos ou interesses, esse problema se agrava bastante diante da prática do STF, quando se observa que a maioria das suas decisões são tomadas monocraticamente.⁴⁹⁰ A imensa concentração de poder nas mãos de cada ministro da Corte, individualmente considerado, torna o constitucionalismo suscetível de abusos ainda maiores.

Como adiante se mostrará, em diversas situações, o direito constitucional tem sido utilizado pelo STF apenas para justificar ou dar aparência de legitimidade a decisões, que, em verdade, são eminentemente políticas. Ou seja, trata-se do abuso do direito constitucional, em que ele é apenas a justificção para uma decisão tomada a partir de outras bases que não jurídicas.⁴⁹¹

⁴⁸⁹ “Toda a vez que um texto jurídico puder ser lido de mais de uma forma, diremos que há uma dúvida hermenêutica e, portanto, que o texto deve ser interpretado. No entanto, neste contexto jurídico, interpretar não é apenas atribuir sentido é também, e principalmente, escolher uma regra jurídica a ser aplicada e, portanto, constitui atividade legislativa em essência. [...] Ele é obrigado por lei a escolher um dos significados e aplicar ao caso concreto (adjucação). É justamente por que o magistrado é obrigado a escolher entre regras jurídicas possíveis que chamamos esse exercício de hermenêutica das escolhas.” (GICO JÚNIOR, Ivo. *Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário*. *Revista de Direito Empresarial*, Belo Horizonte, a. 15, n. 2, p. 55-84, mai.-ago. 2018. p. 33)

⁴⁹⁰ Estatisticamente, a imensa maioria das decisões do STF (cerca 87,8% do total), são proferidas por um único Ministro do STF: “A presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Cármen Lúcia, fez um balanço das atividades do STF antes de encerrar o Ano Judiciário, anunciando que em 2016 foram realizadas 80 sessões plenárias, sendo 36 ordinárias e 44 extraordinárias. Foram realizados, segundo a ministra, 13.138 julgamentos colegiados e 94.501 monocráticos, sendo publicados no ano 12.819 acórdãos. A ministra Cármen Lúcia informou ainda que este ano foram baixados 80.297 processos e que o acervo atual do STF é de 61.816 processos em tramitação, diante de um acervo de 53.618 processos herdados de 2015. Em relação ao acervo atual, tramitam no STF 14.970 processos originários, previstos no artigo 102, inciso I, da Constituição Federal, e 46.846 recursais, previstos no inciso II do mesmo artigo. Foram 90.713 processos protocolados, dos quais 33.780 destinados à triagem prévia ou competência exclusiva da Presidência do STF e outros 56.933 distribuídos aos gabinetes dos ministros. A presidente comunicou em plenário que nessa triagem prévia foi possível diminuir em até 20% o número de processos que chegariam aos gabinetes por possuírem vícios que impossibilitavam a distribuição e tramitação no Tribunal.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. Ministra Cármen Lúcia faz balanço de atividades do STF e encerra Ano Judiciário 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=332571>>. Acesso em: 13/8/2018)

⁴⁹¹ “Como *player* da barganha política, o direito e o perfil deliberativo tornam-se secundários, embora sejam instrumentalizados para a justificção da prática política. Por isso, tem-se o abuso constitucional: usa-se o direito constitucional – e os próprios procedimentos que buscam efetivá-lo na prática – contra o próprio constitucionalismo. Ao diagnosticar essas formas de abuso, torna-se mais simples demonstrar como a corte se familiariza com os bastidores de outros poderes e reserva para si um privilégio político maior – ou, ainda, a corte

3.2. A “fulanização” dos julgamentos e os riscos para o Estado Democrático de Direito: o problema da atuação circunstancial de uma Corte Constitucional

Em um Estado Democrático de Direito, pressupõe-se que todos deverão ter tratamento equânime, de modo que privilégios pela condição econômica ou pelo cargo ocupado são inaceitáveis. Contudo, no plano real, diversos atores políticos conseguem obter diferentes vantagens, seja pelo seu poder de influência, pelo jogo estratégico, ou porque podem angariar apoio da sua própria instituição para encurralar a corte constitucional.

No Brasil, a complexidade do ambiente político-institucional tem se mostrado tão grande que as teorias constitucionais *standard* dificilmente conseguiriam explicar inteiramente o que tem acontecido desde a crise política de 2013. Entretanto, seja por disfuncionalidade ou por fraqueza, fato é que a Corte Constitucional brasileira tem dado tratamento diverso conforme o momento político, os interesses envolvidos e as autoridades que estão sendo julgadas. Enfim, a questão que se coloca é por que atores políticos em situações idênticas tiveram tratamento completamente diverso.

Ocorre, na prática, o que aqui se denomina de “fulanização dos julgamentos”, ou seja, em idêntica situação jurídica, os julgamentos do STF têm sido diferentes a depender da parte e do interesse envolvido no processo, de modo que a decisão para “fulano” talvez não seja a mesma para “beltrano”, a depender do contexto político, das pressões populares, do ministro relator e de outras variáveis que têm envolvido o intrincado jogo estratégico que passou a se submeter a Corte. Nesse sentido, há diversas críticas pelo fato de que o STF tem atuado circunstancialmente, e não como um tribunal que deve gerar precedentes, oscilando sua jurisprudência a depender dos interesses ou dos políticos envolvidos.

A partir das análises realizadas a seguir, talvez seja possível identificar as principais variáveis que oportunizaram diferentes soluções para casos juridicamente idênticos.

3.2.1. Prerrogativas parlamentares: diferentes parlamentares, diverso tratamento

sofre e negocia a violência do poder de barganha das outras casas.” (BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017. p. 189)

Inicialmente, buscar-se-á explicar por que o Senador Delcídio do Amaral (PT-MS), o Deputado Federal e Presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha (MDB-RJ), o Senador e Presidente do Senado Renan Calheiros (MDB-AL) e o Senador Aécio Neves (PSDB-MG), com idênticas prerrogativas parlamentares, na forma da Constituição, tiveram tratamento completamente distinto pelo Supremo Tribunal Federal.

Em 25/11/2015, o então Ministro do STF Teori Zavaski, relator dos processos da Operação Lava Jato, decretou a prisão preventiva do Senador Delcídio do Amaral (PT-MT), acusado de obstruir as investigações da Operação, a qual seria avalizada no mesmo dia pelo Senado Federal (Casa Legislativa da qual era membro),⁴⁹² na forma do art. 53, § 2º, da Constituição Federal.⁴⁹³ Segundo a decisão do STF, o Senador teria oferecido “mesada” de R\$50 mil para que o ex-diretor da Petrobras Nestor Cerveró não fechasse acordo de delação premiada, ou seja, não delatasse os políticos envolvidos no esquema de corrupção.⁴⁹⁴ A conversa em que o então Senador fez essa “proposta” pelo silêncio de Cerveró foi gravada pelo filho deste e entregue à Polícia Federal. O áudio foi posteriormente disponibilizado para a imprensa e divulgado pelos diversos meios de comunicação.⁴⁹⁵ Mas havia um fato que talvez tenha sido o principal motivo da prisão. Na conversa gravada, o então Senador Delcídio do Amaral tentava passar a impressão de que teria influência no STF, sobretudo em relação a três ministros da Corte.⁴⁹⁶ Com isso, se não fosse decretada a prisão de Delcídio, talvez a

⁴⁹² “Por 59 votos a favor, 13 contra e uma abstenção, o Plenário do Senado decidiu na noite desta quarta-feira (25) atender o pedido do Supremo Tribunal Federal (STF) de prisão do senador Delcídio do Amaral (PT-MS).” (SENADO FEDERAL. Senado Notícias. Senado mantém prisão de Delcídio do Amaral. 25/11/2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/11/25/senado-mantem-prisao-de-delcidio-do-amaral>>. Acesso em: 12/7/2018)

⁴⁹³ CF: “Art. 53 [...] § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.”

⁴⁹⁴ FOLHA DE SÃO PAULO. Entenda a prisão do senador Delcídio do Amaral em 11 perguntas e respostas. 26/11/2015. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1711360-entenda-a-prisao-do-senador-delcidio-do-amaral-em-11-perguntas-e-respostas.shtml>>. Acesso em: 12/7/2018.

⁴⁹⁵ TELES, Giovana. Áudio revela como Delcídio tentou impedir a investigação da Lava Jato. G1, 25/11/2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2015/11/audio-revela-como-delcidio-tentou-impedir-investigacao-da-lava-jato.html>>. Acesso em: 12/7/2018.

⁴⁹⁶ “No pedido de prisão enviado ao STF, Janot transcreve trechos das conversas de Delcídio do Amaral com o filho de Nestor Cerveró. Em um dos trechos, o senador diz que precisa ‘centrar fogo no STF’, referindo-se a ministros com quem teria conversado para tentar blindar o ex-diretor da Petrobras. Delcídio do Amaral: “- *Eu acho que nós temos que centrar fogo no STF agora, eu conversei com o Teori [Zavaski], conversei com o [Dias] Toffoli, pedi para o Toffoli conversar com o Gilmar [Mendes], o Michel [Temer] conversou com o Gilmar também, porque o Michel tá muito preocupado com o [Jorge] Zelada, e eu vou conversar com o Gilmar também*”. Após a PGR disponibilizar trechos das conversas de Delcídio que serviram como base para a prisão dele, a assessoria de imprensa do vice-presidente Michel Temer informou que ele ‘jamais’ tratou desse tipo de tema com Delcídio do Amaral. Além disso, após sessão do STF, o ministro Dias Toffoli declarou que a Corte ‘não vai aceitar nenhum tipo de intrusão nas investigações que estão em curso’ e o ministro Gilmar Mendes negou ter recebido ‘apelo’ para ajudar Cerveró. ‘Não tive oportunidade de receber qualquer referência em relação a esse fato’, disse.” (LEITÃO, Matheus. ÁUDIO: ouça a gravação que embasou a prisão do senador

credibilidade e a autoridade do STF ficassem maculadas. Era a primeira vez desde a redemocratização do país (1985) que um Senador era preso durante o exercício do mandato parlamentar.⁴⁹⁷

Mas não tardaria para que investigações criminais também chegassem a outros políticos. O então Deputado Federal Eduardo Cunha (MDB-RJ), à época Presidente da Câmara dos Deputados, era alvo de denúncias e investigações por corrupção. Em 16/12/2015, a Procuradoria-Geral da República ajuizou a Ação Cautelar n.º 4.070. Passados quase seis meses, em 5/5/2016, o STF, por seu órgão pleno, decidiu, por unanimidade, em caráter liminar, suspender o mandato de Eduardo Cunha e afastá-lo tanto da presidência da Câmara dos Deputados como do próprio exercício do mandato parlamentar, pelo fundamento de haver contra ele diversas ações penais em curso e alegações de que estaria obstruindo as investigações.⁴⁹⁸

No entanto, o mesmo tratamento dado a esses parlamentares não foi o que recebeu o Senador Renan Calheiros (MDB-AL).⁴⁹⁹

Na ADPF n.º 402, o Partido Rede postulava que o STF determinasse que réus em processos criminais não poderiam ocupar cargos que estivessem na linha sucessória da Presidência da República. Fundamentava que, como o artigo 86, § 1º, inciso I, da Constituição Federal estabelece que, admitida a denúncia contra o Presidente da República, ele fica afastado do cargo, por uma interpretação analógica, réus em processos criminais não

Delcídio do Amaral. G1, 25/11/2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/blog/matheus-leitao/post/audio-ouca-gravacao-que-embasou-prisao-do-senador-delcidio-do-amaral.html>>. Acesso em: 12/7/2018)

⁴⁹⁷ FOLHA DE SÃO PAULO. Entenda a prisão do senador Delcídio do Amaral em 11 perguntas e respostas. 26/11/2015. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1711360-entenda-a-prisao-do-senador-delcidio-do-amaral-em-11-perguntas-e-respostas.shtml>>. Acesso em: 12/7/2018.

⁴⁹⁸ “Constitucional. Processual Penal. Medida Cautelar de suspensão do exercício da função (art. 319, VI, do CPP), a abranger tanto o cargo de Presidente da Câmara dos Deputados quanto o mandato parlamentar. cabimento da providência, no caso, em face da situação de franca excepcionalidade. Comprovação, na hipótese, da presença de múltiplos elementos de riscos para a efetividade da jurisdição criminal e para a dignidade da própria Casa Legislativa. Especificamente em relação ao cargo de Presidente da Câmara, concorre para a suspensão a circunstância de figurar o requerido como réu em ação penal por crime comum, com denúncia recebida pelo Supremo Tribunal Federal, o que constitui causa inibitória ao exercício da Presidência da República. Deferimento da medida suspensiva referendado pelo plenário.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n.º 4070. Referendo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 5/5/2016. Acórdão eletrônico. DJe-225, divulg 20-10-2016, public 21-10-2016)

⁴⁹⁹ Nesse sentido, também a crítica de Argemiro Martins e Menelick de Carvalho Netto, que incluem na comparação o caso do Senador Romero Jucá: “O decisionismo judicial do STF implica em sua parcialidade, para verificar isso basta mencionar alguns casos recentes. Contrasta a decretação da prisão preventiva do então senador Delcídio Amaral com a negação do mesmo pedido quanto aos senadores Renan Calheiros e Romero Jucá, apesar de todos serem flagrados em conversações onde, supostamente, ‘tramavam’ contra a operação Lava-Jato (AC 4.039, AC 4.173).” (MARTINS, Argemiro; CARVALHO NETTO, Menelick de. O sentido da imparcialidade e o guardião da Constituição. Jota, 19/6/2016. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/o-sentido-da-imparcialidade-e-o-guardiao-da-constituicao-19072016>>. Acesso em: 26/9/2018)

poderiam ser substitutos eventuais do Presidente da República.⁵⁰⁰ O Ministro Marco Aurélio, do STF, por decisão monocrática, em 5/12/2016, deferiu medida liminar na ADPF n.º 402 para afastar o Senador Renan Calheiros da Presidência do Senado. Em sua fundamentação, o Ministro Marco Aurélio entendeu que, como o Senador Renan Calheiros se tornou réu em ação penal, não poderia ocupar um cargo que o deixasse na linha sucessória da Presidência da República.⁵⁰¹

Ocorre que, no dia seguinte (6/12/2016), a Mesa Diretora do Senado decidiu que não assinaria o mandado de intimação do Oficial de Justiça, que não cumpriria a referida medida liminar, bem como que iria aguardar a decisão do Pleno do STF.⁵⁰² Diante do descumprimento claro e da afronta à autoridade da Corte Constitucional, na mesma data, a Presidente do STF, Ministra Cármen Lúcia, em meio à tensão gerada, afirmou que daria prioridade ao julgamento da medida liminar pelo plenário, caso fosse liberada para pauta pelo relator.⁵⁰³ Além disso, ela teria se reunido com o então Vice-Presidente do Senado, Senador Jorge Viana (PT-AC), e também conversado com ao menos seis ministros do STF, para tratar do assunto.⁵⁰⁴

⁵⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento Fundamental n.º 402. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4975492>>. Acesso em: 20/8/2018.

⁵⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento Fundamental n.º 402. Medida Cautelar. Decisão monocrática. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 5/12/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4975492>>. Acesso em: 20/8/2018.

⁵⁰² “A Mesa Diretora do Senado decidiu nesta terça-feira (6) que aguardará a deliberação do plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) para cumprir a decisão liminar (provisória) do ministro Marco Aurélio Mello de afastar o presidente do Senado, Renan Calheiros (PMDB-AL), do comando da Casa. A decisão foi tomada durante uma reunião entre os integrantes da Mesa com Renan” (GARCIA, Gustavo; RAMALHO, Renan. Senado decide descumprir liminar para afastar Renan e aguardar plenário do STF. Brasília: G1, 6/12/2016. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/renan-senado-decide-nao-cumprir-liminar-e-aguardar-decisao-do-plenario-do-stf.ghtml>>. Acesso em: 1º/11/2017)

⁵⁰³ “A presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra Cármen Lúcia, afirmou hoje (6) que dará ‘urgência’ à análise da liminar que afastou o senador Renan Calheiros (PMDB-AL) da presidência do Senado, caso a matéria seja liberada para a pauta do plenário.” (PONTES, Felipe. Cármen Lúcia diz que dará urgência à análise da liminar que afastou Renan. Brasília: EBC Agência Brasil, 06/12/2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-12/carmen-lucia-diz-que-dara-urgencia-analise-da-liminar-que-afastou-renan>>. Acesso em: 1º/11/2017)

⁵⁰⁴ “A presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra Cármen Lúcia, incluiu nesta terça-feira (6) na pauta de julgamentos do plenário da Corte desta quarta (7) o referendo da liminar concedida pelo ministro Marco Aurélio Mello que determinou o afastamento do presidente do Senado, Renan Calheiros (PMDB-AL), do comando da Casa. O julgamento é o primeiro item da pauta do STF. Nesta terça, Cármen Lúcia recebeu o vice-presidente do Senado, Jorge Viana (PT-AC), em seu gabinete junto com outros ministros para buscar uma saída pacífica para resolver a crise instalada entre o Senado e o Supremo. Segundo auxiliares da ministra, ela falou com ao menos outros seis magistrados da Corte. Além de Marco Aurélio, que a comunicou por telefone sobre a intenção de submeter nesta quarta a decisão de afastar Renan da presidência do Senado, conversou também com Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Teori Zavaski, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Vários deles participaram, em momentos diferentes, da conversa com Jorge Viana no gabinete da presidência do STF. ‘Ela está muito preocupada e está fazendo esforço descomunal para acalmar os ânimos, dizendo que o Brasil está vivendo um momento muito complicado’, disse uma das pessoas que esteve na reunião. Apesar da preocupação, a ministra

Em 7/12/2016, dois dias após o deferimento da medida liminar, o Pleno do STF se reuniu e decidiu referendar “em parte” a medida liminar, estabelecendo que os substitutos eventuais do Presidente da República – estabelecidos no art. 80 da Constituição Federal –, “caso ostentem a posição de réus criminais perante esta Corte Suprema, ficarão unicamente impossibilitados de exercer o ofício de Presidente da República”, bem como negou referendo à liminar do Ministro Marco Aurélio “no ponto em que ela estendia a determinação de afastamento imediato desses mesmos substitutos eventuais do Presidente da República em relação aos cargos de chefia e direção por eles titularizados em suas respectivas Casas”. Além disso, o Pleno do STF, “por votação majoritária, não referendou a medida liminar na parte em que ordenava o afastamento imediato do senador Renan Calheiros do cargo de Presidente do Senado Federal”.⁵⁰⁵

Ocorre que, poucos meses antes, no julgamento da ação contra o Deputado Federal Eduardo Cunha (Ação Cautelar n.º 4070), o STF havia fixado o entendimento de que, “especificamente em relação ao cargo de presidente da câmara”, que ele ocupava, “concorre para a suspensão a circunstância de figurar o requerido como réu em ação penal por crime comum, com denúncia recebida pelo Supremo Tribunal Federal, o que constitui causa inibitória ao exercício da Presidência da República”.⁵⁰⁶

Assim, ficou evidente a falta de isonomia de tratamento, possivelmente pela falta de força da Corte Constitucional brasileira frente a determinados atores políticos. Diante da situação, a Ministra Cármen Lúcia tentou minimizar o problema, dizendo que, “em benefício do Brasil e da Constituição da qual somos guardiões, neste momento impõe-se de forma muito especial a prudência do Direito e dos magistrados”. E concluiu: “Estamos tentando

não expressou reação e recebeu com ‘enorme tranquilidade’ a notícia de que a Mesa Diretora do Senado resolvera não acatar a decisão de Marco Aurélio em afastar Renan Calheiros. O peemedebista se recusou a assinar a notificação, respaldado pela cúpula do Senado. Na própria reunião, ficou claro que o STF não deverá tomar nenhuma medida até a tarde desta quarta contra o Senado ou o próprio Renan. Na sessão, que começa às 14h, a liminar de Marco Aurélio será o primeiro item da pauta. ‘O espírito é pacificador’, disse um dos auxiliares de Cármen.” (RAMALHO, Renan. Cármen Lúcia ouve ministros e marca para esta quarta decisão sobre Renan. Brasília: G1, 06/12/2016. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/carmen-lucia-ouve-ministros-e-marca-para-esta-quarta-decisao-sobre-renan.ghtml>>. Acesso em: 16/11/2017)

⁵⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento Fundamental n.º 402. Medida Cautelar. Referendo. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 22/6/2017. Dje-140, divulge. 26/06/2017, public. 27/6/2017.

⁵⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n.º 4070. Referendo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 5/5/2016. Acórdão eletrônico. DJE-225, divulg 20/10/2016, public 21/10/2016.

reiteradamente atuar no máximo de respeito e observância dos pilares da República e da democracia”.⁵⁰⁷

No ano seguinte, outro caso seria marcante na diversidade de tratamento dado aos diferentes políticos.

Em 18/5/2017, o Procurador-Geral da República, com base em áudio de conversa entre o Senador Aécio Neves (PSDB-MG) e um grande empresário, no qual aquele estaria solicitando propina a este⁵⁰⁸, requereu a prisão do Senador, a qual foi inicialmente indeferida pelo STF⁵⁰⁹. Posteriormente, a Primeira Turma do STF, em 26/9/2017, no julgamento da ação cautelar proposta pela Procuradoria-Geral da República contra o Senador Aécio Neves, decidiu por aplicar as medidas cautelares de “suspensão do exercício das funções parlamentares ou de qualquer outra função pública”; “proibição de contatar qualquer outro investigado ou réu no conjunto dos feitos em tela”; “proibição de se ausentar do País, devendo entregar seus passaportes”; e de “recolhimento domiciliar no período noturno”.⁵¹⁰

Além disso, em 11/10/2017, o STF, ao julgar a referida ADI, por maioria (6 a 5), recuou em seu entendimento anterior⁵¹¹ e decidiu que, aplicadas as medidas cautelares que impliquem restrição ao mandato parlamentar, os autos do processo devem ser remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa Legislativa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, decida se suspende ou não as medidas judiciais aplicadas ao parlamentar.⁵¹²

⁵⁰⁷ SOUZA, Josias de. No caso Renan, Cármen Lúcia foi mais ‘articuladora política’ que magistrada. *Uol Notícias*, 08/12/2016. Disponível em: <<https://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2016/12/08/no-caso-renan-carmen-lucia-foi-mais-articuladora-politica-que-magistrada/>>. Acesso em: 1º/11/2017.

⁵⁰⁸ G1. Áudio: Aécio e Joesley Batista acertam pagamento de R\$ 2 milhões. 19/5/2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/audio-aecio-e-joesley-batista-acertam-pagamento-de-r-2-milhoes.ghtml>>. Acesso em: 12/7/2017.

⁵⁰⁹ EUGÊNIA, Maria; CAVALCANTE, Juliana. PGR pede prisão de Aécio Neves, mas ministro Fachin nega. *Metrópoles*, 18/5/2017. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/politica-br/pgr-pede-prisao-de-aecio-neves-mas-ministro-fachin-nega>>. Acesso em: 12/7/2018.

⁵¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n.º 4327. Agravo regimental. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 26/09/2017. DJe-247, divulg. 26/10/2017, public. 27/10/2017.

⁵¹¹ Quando da imposição das medidas cautelares e da suspensão do Deputado Eduardo Cunha do seu mandato, havia um forte movimento popular nas ruas pedindo a sua cassação. No momento do julgamento da ADI n.º 5526, existe um cenário em que a maioria dos membros da Câmara do Deputados e do Senado está sendo investigada, além do próprio Presidente da República Michel Temer. Além disso, no momento deste julgamento pelo STF, está marcada para menos de uma semana depois sessão do Senado para, na prática, definir se cumpre ou não as medidas cautelares impostas pelo STF. Ou seja, o próprio STF está emparedado, ou seja, uma decisão idêntica à que foi tomada no julgamento da ação cautelar em relação ao deputado Eduardo Cunha poderia significar em seu não cumprimento pelo Senado, o que geraria grave crise institucional. Segundo diversas fontes, isso, aliás, teria sido algo que pesou muito no voto de minerva da Ministra Carmem Lúcia, que, neste julgamento, agora como presidente da Corte, tinha maior responsabilidade de manter a estabilidade da relação institucional entre os poderes, razão pela qual desempatou em favor do parlamento, ou seja, decidiu de forma oposta do que havia feito quando do julgamento da Ação Cautelar n.º 4070, há um ano antes.

⁵¹² “Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, assentando que o Poder Judiciário dispõe de competência para impor, por autoridade própria, as medidas

Assim, estando diante do caso do Senador Aécio Neves, o STF voltou atrás em relação ao entendimento que havia recentemente sido firmado quando do julgamento da Ação Cautelar n.º 4070⁵¹³ (em 5/5/2016), proposta contra o Deputado Federal Eduardo Cunha, em que a Corte Constitucional o suspendeu do exercício do mandato de deputado federal e, também, da função de presidente da Câmara dos Deputados. Aliás, nessa ADI n.º 5526, tanto a Advocacia-Geral do Senado Federal⁵¹⁴ como a Advocacia-Geral da União⁵¹⁵, curiosamente, voltaram atrás nos seus pareceres, manifestando-se de forma contrária ao que haviam feito no início do processo, pois antes pugnavam pela constitucionalidade e aplicabilidade aos parlamentares, e, ao final, opinaram pela inaplicabilidade de quaisquer medidas cautelares alternativas à prisão.⁵¹⁶

cautelares a que se refere o art. 319 do Código de Processo Penal, vencido o Ministro Marco Aurélio, que, ao assentar a premissa da inaplicabilidade da referida norma legal a parlamentares, declarava o prejuízo do pedido. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, também por votação majoritária, deliberou que se encaminhará à Casa Legislativa a que pertencer o parlamentar, para os fins a que se refere o art. 53, § 2º, da Constituição, a decisão pela qual se aplique medida cautelar, sempre que a execução desta impossibilitar, direta ou indiretamente, o exercício regular de mandato parlamentar, vencidos no ponto os Ministros Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Celso de Mello. Redator para o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5526, Relator p/ acórdão: Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 11/10/2017)

⁵¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n.º 4070. Relator: Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, Referendo, julgado em 5/5/2016, acórdão eletrônico DJe-225, divulg. 20/10/2016, public. 21/10/2016.

⁵¹⁴ Em 5/10/2017, a Advocacia-Geral do Senado Federal, voltando atrás em relação ao entendimento anteriormente apresentado, manifestou-se nos seguintes termos: “Diante destas razões, o Senado Federal manifesta-se pela parcial procedência da ADI, tão somente para declarar-se a inconstitucionalidade de interpretação que possibilite a aplicação de medidas cautelares pessoais de natureza penal aos membros do Congresso Nacional” (BRASIL. Advocacia-Geral do Senado Federal. Manifestação na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5526. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqo_bjetoincidente=4982736>. Acesso em: 30/7/2018)

⁵¹⁵ A Advocacia-Geral da União, na primeira petição, datada de 8/6/2016, afirmou que “está assente a constitucionalidade formal e material do texto normativo dos arts. 312 e 319, do Código de Processo Penal”. No entanto, na segunda petição (de 6/10/2017), manifestou-se de forma diametralmente oposta, dizendo que: “A concessão de medida cautelar prevista no art. 319 do CPP aos parlamentares não encontra amparo na Constituição Federal”. Da mesma forma, a Advocacia-Geral do Senado. A Procuradoria-Geral da República, curiosamente, não se manifestou em plenário (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5526. Acompanhamento processual. Petições eletrônicas. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqo_bjetoincidente=4982736>. Acesso em: 10/11/2017).

⁵¹⁶ A Câmara dos Deputados opinou pela inaplicabilidade de qualquer medida cautelar diversa da prisão preventiva aos parlamentares, tanto na primeira manifestação (BRASIL. Câmara dos Deputados. Manifestação na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5526. 17/6/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqo_bjetoincidente=4982736>. Acesso em: 30/7/2018), quando na segunda (BRASIL. Câmara dos Deputados. Manifestação na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5526. 5/10/2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13754232&prcID=4982736&ad=s#>>. Acesso em: 30/7/2018).

Na sessão marcada para o dia 17/10/2017, o Senado Federal entendeu por afastar as medidas cautelares impostas pelo STF ao Senador Aécio Neves.⁵¹⁷

Esses casos mostram que, mesmo com idênticas prerrogativas parlamentares, previstas constitucionalmente, e diante de situações jurídicas muito semelhantes, os parlamentares federais Delcídio do Amaral, Eduardo Cunha e Aécio Neves tiveram tratamento completamente diverso.

Enfim, nessas decisões do STF, a interpretação do direito constitucional foi diferente conforme o político que estava envolvido. Aliás, a Corte, inclusive, mudou de entendimento para beneficiar alguns políticos. A fulanização dos julgamentos prevaleceu, em episódios em que o constitucionalismo foi utilizado de forma abusiva, para justificar posições em nome do poder político e não do direito constitucional. Ocorre que a fulanização de julgamentos não tem sido uma prática isolada. Também pode ser observada em outros casos, que, inclusive, podem ter mudado os rumos políticos do país, como adiante se mostrará.

3.2.2. Os casos de nomeação de Ministros de Estado com objetivo de conceder prerrogativa de foro: julgamentos que abalaram a República

Como se observou no item anterior, a “fulanização” de julgamentos pode ter graves consequências para o Estado de Direito e para a democracia. Além disso, pode ter conseqüências específicas bastante graves. Com efeito, a falta de isonomia de tratamento dada pelo STF pode ter sido determinante para a mudança dos rumos políticos do país em 2016 e para o aprofundamento da crise de governabilidade.

Em 16/3/2016, no ápice da crise política do governo petista, a então Presidenta Dilma Rousseff nomeou o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro

⁵¹⁷ “O Plenário tornou sem efeito nesta terça-feira (17) a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que havia afastado do mandato e determinado o recolhimento noturno do Senador Aécio Neves (PSDB-MG). Foram 44 votos contra e 26 a favor das medidas cautelares impostas pela Primeira Turma da Corte. Houve ainda 9 ausências, sem contar o próprio Aécio, que estava com o mandato suspenso e não podia votar. A Constituição exige que a decisão seja tomada por maioria absoluta, pelo menos 41 votos. De acordo com a Secretaria-Geral da Mesa do Senado, a decisão do Plenário tem efeito imediato e será comunicada ao STF nesta quarta-feira (18). Com isso, Aécio Neves, que estava afastado temporariamente do mandato desde 26 de setembro, já está de volta ao exercício do cargo. A Procuradoria-Geral da República (PGR) denunciou o senador por corrupção passiva e obstrução de Justiça, com base em delações premiadas do grupo empresarial J&F. Ele foi gravado pedindo R\$ 2 milhões ao empresário Joesley Batista.” (SENADO FEDERAL. AGÊNCIA SENADO. Plenário rejeita medidas cautelares contra Aécio Neves e senador retoma mandato. Senado notícias, 17/10/2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/10/17/senado-devolve-mandato-a-aecio-neves>>. Acesso em: 1º/11/2017)

da Casa Civil. Segundo alguns, essa nomeação seria utilizada para que os processos criminais contra ele, que tramitavam na 13ª Vara Federal de Curitiba, perante o Juiz Sérgio Moro, fossem deslocados para o STF (o que representaria vantagens para Lula), em razão do foro privilegiado decorrente do cargo de Ministro de Estado. Outros, no entanto, diziam que essa nomeação seria uma das últimas tentativas de a ex-Presidenta Dilma reunificar a base aliada, dado o grande trânsito político e poder de articulação de Lula.⁵¹⁸ O mais provável, todavia, é que ambas as hipóteses sejam verdadeiras e constituam causas concorrentes.

Ocorre que, no mesmo dia da nomeação do ex-Presidente Lula (16/3/2016), o Juiz Sérgio Moro, da 13ª Vara Federal de Curitiba, diante do foro por prerrogativa, determinou que fosse interrompida uma interceptação telefônica por ele autorizada e, em decisão polêmica, levantou o sigilo das gravações telefônicas num processo em que Lula era investigado – posteriormente, tanto a interceptação telefônica quanto a divulgação viriam a ser declaradas ilegais pelo STF⁵¹⁹. Com isso, foi revelado ao público um diálogo entre a Presidenta da República e Lula, ocorrido na mesma data (16/3/2016, às 13h32), que foi interpretado por muitos como sendo uma conversa na qual a Presidenta Dilma dizia que estava enviando antecipadamente o termo de posse como uma espécie de salvo-conduto para o caso de haver algum mandado de prisão expedido contra Lula.⁵²⁰ Com a divulgação dos áudios na imprensa, houve pronta reação da população, e vários grupos de manifestantes foram imediatamente às ruas para protestar.⁵²¹

⁵¹⁸ “A nomeação do ex-presidente Lula foi, para alguns, a última cartada política para salvar o governo Dilma. Para outros, uma manobra para evitar que as denúncias contra ele fossem julgadas pelo juiz Sérgio Moro.” (PEREIRA, Thomaz. Lula ministro e o silêncio do Supremo. *Jota*, 22/12/2016. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/supra/lula-ministro-e-o-silencio-supremo-22122016>>. Acesso em: 13/8/2018)

⁵¹⁹ “Ante o exposto, na linha dos fundamentos adotados para deferir a medida liminar, julgo parcialmente procedente a reclamação, para: (a) reconhecer a violação de competência do Supremo Tribunal Federal e cassar as decisões proferidas pelo juízo da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba em 16.3.2016 (evento 135) e 17.3.2016 (evento 140), nos autos do ‘Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônicos 5006205-98.2016.4.04.7000/PR’, que determinaram o levantamento do conteúdo de conversas lá interceptadas; e (b) reconhecer a nulidade do conteúdo de conversas colhidas após a determinação judicial de interrupção das interceptações telefônicas.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 23.457. Relator Ministro Teori Zavascki. Decisão monocrática. Julgado em 13/6/2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/teori-audio-dilma-lula.pdf>>. Acesso em: 30/7/2018)

⁵²⁰ “Conversa de Lula com Dilma: - Dilma: Alô. / - Lula: Alô / - Dilma: Lula, deixa eu te falar uma coisa. / - Lula: Fala, querida. Ahn. / - Dilma: Seguinte, eu tô mandando o 'Bessias' junto com o papel pra gente ter ele, e só usa em caso de necessidade, que é o termo de posse, tá?! / - Lula: Uhum. Tá bom, tá bom. / - Dilma: Só isso, você espera aí que ele tá indo aí. / - Lula: Tá bom, eu tô aqui, fico aguardando. / - Dilma: Tá?! / - Lula: Tá bom. / - Dilma: Tchau. / - Lula: Tchau, querida.” (G1. Moro divulga grampo de Lula e Dilma; Planalto fala em Constituição violada São Paulo, 16/03/2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/moro-divulga-grampo-de-lula-e-dilma-planalto-fala-em-constituicao-violada.html>>. Acesso em: 1º/11/2017)

⁵²¹ “Em conversa gravada, Dilma diz para Lula usar termo de posse se precisar. Após a divulgação, houve protestos em mais de dez estados e painéis. [...] A divulgação de grampos telefônicos de conversas do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva com aliados, entre eles um diálogo com a

Diante do ocorrido, e insuflados pelos protestos, no dia seguinte (em 17/3/2016), o Partido Popular Socialista – PPS e o Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB impetraram, respectivamente, os Mandado de Segurança Coletivos n.º 34.070 e n.º 34.071 contra o ato de nomeação de Lula para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil. Em decisão proferida em 18/3/2016 à noite (dia seguinte), o Ministro do STF Gilmar Mendes, um crítico declarado do governo petista⁵²², suspendeu a nomeação de Lula para o cargo, ao argumento de que houve desvio de finalidade na nomeação, já que, segundo Gilmar, o ato da Presidenta Dilma Rousseff apenas teria sido praticado para permitir que eventual denúncia contra Lula fosse julgada pelo STF, onde há foro por prerrogativa de função para os Ministros de Estado.⁵²³

Essa decisão liminar, que se tornou decisiva nos destinos da política brasileira⁵²⁴, nunca teve o seu mérito julgado, de modo que jamais se saberá se esse era ou não o

presidente Dilma Rousseff, provocou reação imediata nos meios políticos e nas ruas na noite desta quarta-feira (16).” (G1. Moro divulga grampo de Lula e Dilma; Planalto fala em Constituição violada São Paulo, 16/03/2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/moro-divulga-grampo-de-lula-e-dilma-planalto-fala-em-constituicao-violada.html>>. Acesso em: 1º /11/2017)

⁵²² “No mês passado, Mendes voltou a elevar as críticas ao Partido dos Trabalhadores também no STF, durante o julgamento em que a maioria dos ministros decidiu por proibir doações de empresas a campanhas políticas. Em seu voto, a favor das doações, Mendes acusou o partido de estar por trás da ação movida pela OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) questionando a constitucionalidade das doações empresariais, com objetivo de se perpetuar no poder com dinheiro supostamente desviado da Petrobras.” (SCHREIBER, Mariana. Gilmar Mendes, o polêmico ministro no caminho de Dilma e do PT. Brasília: BBC Brasil, 6/10/2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/10/150921_perfil_gilmar_ms_ab>. Acesso em: 1º /11/2017.

⁵²³ “Nesse contexto, o argumento do desvio de finalidade é perfeitamente aplicável para demonstrar a nulidade da nomeação de pessoa criminalmente implicada, quando prepondera a finalidade de conferir-lhe foro privilegiado. No caso concreto, a alegação é de que o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva teria sido empossado justamente para deslocar o foro para o STF e salvaguardar contra eventual ação penal sem a autorização parlamentar prevista no art. 51, I, da CF. [...] Uma explicação plausível para o documento objeto da conversa é que foi produzido um termo de posse, assinado de forma antecipada pela Presidente da República, com a finalidade de comprovar fato não verídico – que Luiz Inácio Lula da Silva já ocupava o cargo de Ministro de Estado. O objetivo da falsidade é claro: impedir o cumprimento de ordem de prisão de juiz de primeira instância. Uma espécie de salvo conduto emitido pela Presidente da República. Ou seja, a conduta demonstra não apenas os elementos objetivos do desvio de finalidade, mas também a intenção de fraudar. Assim, é relevante o fundamento da impetração. É urgente tutelar o interesse defendido. [...] Ante o exposto, defiro a medida liminar, para suspender a eficácia da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, determinando a manutenção da competência da justiça em Primeira Instância dos procedimentos criminais em seu desfavor.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 34070, Medida Cautelar. Liminar. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 18/03/2016. DJe-054, divulg. 22/03/2016, public 28/03/2016)

⁵²⁴ Também nesse sentido: “For example, in March, one of the justices, in a unilateral decision, barred former President Lula from becoming President Rousseff’s Chief of Staff on grounds that the appointment simply sought to circumvent the lower court judge’s issuance of a preventive arrest warrant against him (MS 34070). This decision was never scrutinized by the Court, but it was considerably influential on the course of the impeachment trial.” (BARROSO, Luís Roberto; BENVINDO, Juliano Zaiden; OSORIO, Aline. Developments in Brazilian Constitutional Law: The Year 2016 in Review. Blog of the International Journal of Constitutional Law and ConstitutionMaking.org. October 2017. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2017/10/developments-in-brazilian-constitutional-law-the-year-2016-in-review/#_edn3>. Acesso em: 25/10/2017)

entendimento do STF.⁵²⁵ Com efeito, em 11/5/2016, um dia antes do afastamento temporário da Presidenta Dilma Rousseff, em razão da admissibilidade da denúncia pelo Senado (ocorrido em 12/5/2016), ela exonerou diversos Ministros, inclusive o ex-Presidente Lula. Com base nisso, em 16/5/2016, o Ministro Gilmar Mendes julgou prejudicado o mérito dos referidos Mandados de Segurança,⁵²⁶ de modo que o Pleno do STF nunca chegou a apreciar a decisão liminar.

Enfim, essa decisão monocrática do Ministro do STF Gilmar Mendes, que talvez não refletisse a opinião da maioria do Tribunal, prevaleceu num contexto em que a então Presidenta da República estava com a sua base de apoio esfacelada e havia pressão popular contra essa nomeação e a favor do *impeachment*, sendo decisiva para a cassação do mandato de Dilma Rousseff.

Além disso, o problema se agrava quando se observa que STF não deu simetria de tratamento em relação a Ministro de Estado nomeado pelo Presidente interino Michel Temer.

Após assumir interinamente o cargo, o então Presidente Michel Temer (MDB), em 2/2/2017, recriou, por Medida Provisória, com *status* de Ministério, a Secretaria-Geral da Presidência e nomeou Moreira Franco (MDB) para o cargo de Secretário-Geral, mesmo sendo este alvo de diversas investigações criminais. Com isso, Moreira Franco ganhou foro privilegiado no STF para as investigações criminais e processos penais contra ele. Em razão disso, houve severa crítica contra tal ato, pois a Corte havia suspenso a nomeação de Lula para o cargo de Ministro da Casa Civil em idêntica circunstância.⁵²⁷

⁵²⁵ “Os livros de história talvez registrem a decisiva suspensão de sua nomeação por uma liminar do ministro Gilmar Mendes. Os livros de direito constitucional, porém, nunca poderão dizer se a liminar representava ou não o entendimento do Supremo. Com o recebimento da denúncia e o posterior impeachment da presidente Dilma Rousseff, o ato que nomeava Lula ministro-chefe da Casa Civil deixou de existir, e Gilmar Mendes declarou a perda de objeto dos Mandados de Segurança (34.070 e 34.071) que questionavam sua nomeação. Existiam também duas ADPFs (390 e 391), de relatoria do ministro Teori Zavascki, ambas indeferidas liminarmente sob o argumento de, em vista da subsidiariedade, não ser esta a via adequada.” (PEREIRA, Thomaz. Lula ministro e o silêncio do Supremo. Jota, 22/12/2016. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/supra/lula-ministro-e-o-silencio-supremo-22122016>>. Acesso em: 1º/11/2017)

⁵²⁶ “Tendo em vista a publicação, no Diário Oficial da União de 12.5.2016 (Seção 2, p. 1), da exoneração do Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, está prejudicada a presente ação mandamental, em razão da perda superveniente de seu objeto (art. 21, IX, do RISTF). Revogada a medida liminar anteriormente deferida (eDOC 20).” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 34070. Medida Cautelar. Decisão Monocrática. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 16/5/2016. Dje 102, divulg. em 18/5/2016, publ. em 19/5/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=34070&classe=MS-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 1º/11/2017)

⁵²⁷ “O presidente Michel Temer assinou no início desta noite, 2, medida provisória que recria dois ministérios e dá novas atribuições à pasta da Justiça, que passa a se chamar Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Temer recriou a Secretaria-Geral da Presidência da República e nomeou Moreira Franco, atual secretário executivo do Programa de Parceria de Investimentos (PPI), para o cargo. Com isso, Moreira que tem seu nome envolvido em investigações na Operação Lava Jato, ganha foro privilegiado.” (MONTEIRO, Tânia; ARAÚJO, Carla. Citado na Lava Jato, Moreira Franco ganha foro privilegiado como novo ministro. Estadão, 2/7/2017.

Então, o Partido Rede Sustentabilidade (Rede) e o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) impetraram os Mandados de Segurança (MS) n.º 34609⁵²⁸ e n.º 34615⁵²⁹, respectivamente, sob o fundamento de que a nomeação de Moreira Franco configuraria “desvio de finalidade”, uma vez que teria como objetivo lhe garantir prerrogativa de foro e prejudicar as investigações criminais no âmbito da Operação Lava Jato – foi utilizado o principal fundamento da decisão liminar do Ministro Gilmar Mendes, que suspendeu a nomeação de Lula pela Presidenta Dilma Rousseff.

Entretanto, o Ministro do STF Celso de Mello, relator do caso, indeferiu as medidas liminares em mandado de segurança que postulavam a suspensão da nomeação de Moreira Franco, sob os fundamentos de que: “a nomeação de alguém para o cargo de Ministro de Estado [...] não configura, por si só, hipótese de desvio de finalidade”; a investidura no cargo de Ministro de Estado não importa em obstrução da investigação criminal ou da persecução penal; e “o Ministro de Estado pode ser submetido, perante o Supremo Tribunal Federal, a investigação criminal instaurada pela Polícia Judiciária ou pelo Ministério Público”.⁵³⁰

Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,citado-na-lava-jato-moreira-franco-ganha-foro-privilegiado-como-novo-ministro,70001651098>>. Acesso em: 11/7/2018)

⁵²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 34609, Rel. Min. Celso de Melo, Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=34609&classe=MS&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 11/7/2018.

⁵²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 34615, Rel. Min. Celso de Melo, Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5127429>>. Acesso em: 11/7/2018.

⁵³⁰ “Conclusão: (a) a nomeação de alguém para o cargo de Ministro de Estado, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 87 da Constituição da República, não configura, por si só, hipótese de desvio de finalidade (que jamais se presume), eis que a prerrogativa de foro – que traduz consequência natural e necessária decorrente da investidura no cargo de Ministro de Estado (CF, art. 102, I, ‘c’) – não importa em obstrução e, muito menos, em paralisação dos atos de investigação criminal ou de persecução penal; (b) a mera outorga da condição político-jurídica de Ministro de Estado não estabelece qualquer círculo de imunidade em torno desse qualificado agente auxiliar do Presidente da República, pois, mesmo investido em mencionado cargo, o Ministro de Estado, ainda que dispondo da prerrogativa de foro “ratione muneris”, nas infrações penais comuns, perante o Supremo Tribunal Federal, não receberá qualquer espécie de tratamento preferencial ou seletivo, uma vez que a prerrogativa de foro não confere qualquer privilégio de ordem pessoal a quem dela seja titular; (c) o Ministro de Estado, quando sujeito a atos de persecução penal perante o Supremo Tribunal Federal – que se qualifica, constitucionalmente, como seu inafastável juiz natural –, está sujeito, como qualquer outro cidadão da República, às mesmas medidas de restrição e de coerção, inclusive decretação de prisão preventiva e suspensão cautelar do exercício do cargo ministerial (v. item n. 7 desta decisão), que incidem, por força de lei, sobre as pessoas em geral; (d) a exigência de prévia autorização da Câmara dos Deputados, como requisito constitucional de procedibilidade (CF, art. 51, I), não se aplica às hipóteses de infrações penais comuns (QCr 427/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES) ou de crimes de responsabilidade (Pet 1.656/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), desde que não guardem conexão com crimes da mesma natureza eventualmente cometidos pelo Presidente da República; (e) o Ministro de Estado pode ser submetido, perante o Supremo Tribunal Federal, a investigação criminal instaurada pela Polícia Judiciária ou pelo Ministério Público (Inq 2.411- -QO/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES), independentemente da prévia autorização da Câmara dos Deputados a que se refere o art. 51, I, da Constituição da República. [...] Sendo assim, pelos motivos expostos, e apoiando-me em juízo de sumária cognição, sem prejuízo, no entanto, de ulterior reexame da controvérsia, indefiro o pedido de medida liminar.”

Se as situações jurídicas eram idênticas, o que levou o STF a dar tratamento diferenciado aos referidos casos?

As explicações podem estar em um conjunto de estratégias, pressões populares, utilização de poder político, atuação de atores políticos relevantes e, ainda, “voluntarismo incontinente” e uso abusivo do poder individual de alguns Ministros do STF.⁵³¹ No entanto, nenhuma dessas variáveis retira as máculas da desigualdade de tratamento, da existência de práticas antidemocráticas e da utilização abusiva do constitucionalismo por alguns membros da Corte Constitucional brasileira.

3.2.3. O caso da execução da pena a partir da decisão penal condenatória de segunda instância: “Aos amigos, os favores; aos inimigos, a lei.”⁵³²

A questão envolvendo a possibilidade de execução da pena após decisão penal condenatória de segunda instância é um bom exemplo do que se denomina de fulanização dos julgamentos.

Em 2016, o Ministro Marco Aurélio Mello, relator das ADCs n.º 43 e n.º 44, levou os pedidos cautelares dessas ações para serem decididos pelo plenário. No julgamento da questão, em 5/10/2016, o STF, por maioria de 6 a 5, decidiu favoravelmente à prisão e à execução da pena privativa de liberdade a partir do acórdão penal condenatório de segunda instância. Esse julgamento foi no mesmo sentido do que havia mudado a jurisprudência há poucos meses antes. Diante da reiteração da decisão (e da maioria de 6 a 5), a Ministra

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 34609, decisão liminar, Rel. Min. Celso de Melo, j. 14/2/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34609.pdf>>. Acesso em: 11/7/2018)

⁵³¹ “Se houve desvio de finalidade no ato da presidente Dilma Rousseff (PT) em nomear Lula (PT) como ministro, por que não teria havido o mesmo na conversão, pelo presidente Michel Temer (MDB), de Moreira Franco (MDB) em ministro? [...] A ambição do Estado de Direito é produzir um ‘governo das leis, não dos homens’. Soa como slogan a serviço da distorção ideológica, mas o sentido da expressão não tem nada de esotérico. A mensagem é mais modesta: não quer dizer que o aparato institucional de interpretação e aplicação das leis deva ser composto por sujeitos sobre-humanos, imunes a afetos e interesses, mas apenas que esses sujeitos devem ter compromisso ético para decidir com maior isenção e ponderação analítica, além de gozar de garantias contra a pressão da barganha política. Não requer muito mais que isso. A prática do STF pede adaptação daquela máxima: a interpretação constitucional deve estar submetida ao ‘governo do Supremo, não dos ministros’. O tribunal, porém, tem sido governado pelo voluntarismo incontinente de seus membros. É muito poder individual de fato (e de legalidade duvidosa) para ser usado com tanta extravagância. Como disse José Sarney, anos atrás, ‘um dos maiores desserviços ao país é desprestigiar o Supremo Tribunal Federal’. Esse desserviço ao STF vem sendo prestado pelos seus próprios membros. Isso traz consequências.” (MENDES, Conrado Hübner. Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP. *Folha de São Paulo*, 28/1/2018. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>. Acesso em: 19/2/2018)

⁵³² Trata-se da famosa frase atribuída a Maquiavel.

Cármem Lúcia e o Ministro Gilmar Mendes (que, neste julgamento, era favorável à execução a partir da decisão de segunda instância) defenderam que houvesse a conversão da medida liminar em decisão de mérito, de modo a sedimentar a questão. Entretanto, o Ministro Marco Aurélio, usando do poder que tinha como relator, não concordou com a referida conversão, ao argumento de que a questão não estava madura para permitir uma decisão definitiva.⁵³³ Em 10/11/2016, o pleno do STF, julgando tema com repercussão geral, com caráter vinculante, fixou a tese de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”.⁵³⁴

Posteriormente, em 23/11/2017, durante o julgamento da questão de ordem na Ação Penal n.º 937⁵³⁵, o STF passou a rediscutir o foro privilegiado, diante da sobrecarga de processos penais na Corte. Mesmo já formada maioria pelo fim do foro privilegiado, o Ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos, impedindo que fosse concluído o julgamento (o Ministro Toffoli veio a devolver o processo somente em 27/3/2018, tendo a Corte, em 3/5/2018, decidido pela restrição do foro privilegiado, para abranger apenas atos praticados no exercício do mandato).⁵³⁶

⁵³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43, pleno, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 5/10/2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4162924&ext=RTF>>. Acesso em: 11/7/2018.

⁵³⁴ “CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Especial n.º 964246 RG, Relator(a): Min. Teori Zavascki, julgado em 10/11/2016, processo eletrônico repercussão geral - mérito DJe-251 divulg 24/11/2016 public 25/11/2016). O STF, nesse julgamento, analisando o tema de repercussão geral n.º 925, fixou a seguinte tese: “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.”

⁵³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n.º 937, Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>>. Acesso em: 11/7/2018.

⁵³⁶ “Embora a maioria dos ministros já tenha se manifestado a favor de restringir o foro de parlamentares no STF aos crimes relacionados ao exercício do mandato, com o pedido de vista de Toffoli, não há data para o julgamento ser retomado. Ao final da sessão, a presidente do Supremo, ministra Cármem Lúcia, fez uma proclamação provisória do resultado: 8 dos 11 ministros votaram pela restrição do foro privilegiado de parlamentares federais – 7 acompanharam o relator e um, Alexandre de Moraes, divergiu em relação ao alcance da restrição [...]. Faltam os votos dos ministros Toffoli, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski.” (RAMALHO, Renan. Toffoli pede vista e adia decisão do STF sobre restrição ao foro privilegiado de parlamentares. G1, 23/11/2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/toffoli-pede-vista-e-adia-decisao-do-stf-sobre-restricao-ao-foro-privilegiado-de-parlamentares.ghtml>>. Acesso em: 11/7/2018)

Na sequência, o Ministro Gilmar Mendes, que pouco mais de um ano antes havia defendido a execução da pena a partir de julgamento de segunda instância e, inclusive, tinha pedido a conversão da liminar em julgamento definitivo de mérito, passou a afirmar publicamente que mudou de entendimento, o que poderia alterar a decisão do STF sobre a questão, caso mantidos os entendimentos dos demais ministros. No seu novo entendimento, os argumentos passaram a ser diametralmente opostos aos que defendia há pouco mais de um ano antes.⁵³⁷

Em razão disso, o Ministro Marco Aurélio, usando dos seus poderes de relator, liberou as ADCs n.º 43 e n.º 44 mais uma vez para julgamento pelo Plenário⁵³⁸, bem como passou a pressionar a Presidente do STF, Ministra Cármen Lúcia, a pautar as referidas ações.

A Ministra Cármen Lúcia, mesmo pressionada, afirmou publicamente que não pautaria novamente a questão para ser rediscutida, mas que qualquer ministro poderia levar ao plenário da Corte o julgamento de um *Habeas Corpus* sobre a questão.⁵³⁹

⁵³⁷ “Defensor da revisão do entendimento do STF (Supremo Tribunal Federal) sobre a prisão após decisão em segunda instância, o ministro Gilmar Mendes foi um dos membros da corte que ajudou a compor a maioria de 6 a 5 a favor da execução provisória da pena, no julgamento ocorrido em outubro de 2016. [...] Gilmar Mendes afirma que a mudança de entendimento colocaria o país no rol de nações civilizadas e ajudaria a combater a impunidade. [...] O magistrado também rebate o argumento de que a execução antecipada de pena violaria o princípio da presunção da inocência. ‘Uma coisa é ter alguém como investigado. Outra coisa é ter alguém como denunciado, com denúncia recebida. Outra coisa é ter alguém com condenação. E agora com condenação em segundo grau. Quer dizer, o sistema estabelece uma progressiva derruição, vamos chamar assim, da ideia da presunção de inocência. Essa garantia institucional vai esmaecendo’. [...] Gilmar também critica o volume de recursos, que podem resultar na prescrição dos crimes e não cumprimento das penas. ‘Nós sabemos pela nossa experiência, o sujeito planta num processo qualquer embargos de declaração e aquilo passa a ser tratado como rotina. O processo ainda não transitou em julgado, vamos examinar e, daqui a pouco, sobrevém uma prescrição, com todas as consequências e o quadro de impunidade’. [...] Apesar do voto favorável em 2016, Gilmar Mendes afirmou no ano passado que mudou de ideia, como informado pela coluna Painel da Folha. Desde então, ele relatou 18 habeas corpus de condenados em segunda instância que recorreram ao STF e concedeu liminares favoráveis aos presos em apenas cinco casos.” (BRANDINO, Géssica. Favorável à mudança no STF, Gilmar defendia prisão em 2ª instância; veja vídeo. *Folha de São Paulo*, 22/3/2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/03/favoravel-a-mudanca-no-stf-gilmar-defendia-prisao-em-2a-instancia-veja-video.shtml?loggedpaywall?loggedpaywall>>. Acesso em: 11/7/2018)

⁵³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 20/8/2018.

⁵³⁹ “A presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Cármen Lúcia, afirmou em entrevista exibida nesta segunda-feira (19) pelo Jornal das Dez, da GloboNews, que não vê ‘nenhuma razão’ para a Corte voltar a julgar a prisão após segunda instância. [...] ‘A decisão foi tomada em 2016 e tem repercussão geral. [...] Não há nenhuma razão para que a matéria volte agora [à pauta] abstratamente, para levar à mudança da jurisprudência ou à mudança desse entendimento. Por isso é que, tendo a pauta, não cedo a que isto venha a acontecer porque não há razões para isso’, afirmou Cármen Lúcia na entrevista. [...] Ao falar sobre a decisão tomada à época, a presidente do STF afirmou que, na avaliação da maioria dos integrantes da Corte, adotar outro entendimento poderia levar à ‘não punição’, à prescrição dos crimes e à ‘impossibilidade de a sociedade ter a resposta da Justiça que ela espera’. ‘Não há razão [para pautar o tema novamente] porque não houve mudança significativa nem da composição do Supremo nem de dados que me levam a pautar’, completou. [...] Uma das ações em análise no STF sobre prisão após condenação em segunda instância é relacionada a Luiz Inácio Lula da Silva. O ex-presidente foi condenado a 12 anos e 1 mês pela segunda instância da Justiça responsável pela Lava Jato. Ao julgar o ex-presidente, os desembargadores decidiram que a pena deverá começar a ser cumprida quando não

O Ministro Celso de Mello, decano do STF, então, pediu que a Ministra Cármen Lúcia convocasse reunião entre os ministros para fazer um acordo para pautar a questão, a fim de evitar o desgaste pessoal que haveria se um deles tivesse de levar um HC sobre a matéria ao plenário. Apesar das especulações sobre tal reunião, a Ministra Cármen Lúcia simplesmente não convocou qualquer ministro, frustrando a sua realização.⁵⁴⁰

Quando se aproximou o início da execução da pena privativa de liberdade do ex-Presidente Lula, em razão da manutenção da sua condenação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região⁵⁴¹, foram impetrados *habeas corpus* em diversas instâncias para impedir a sua prisão. Após sucessivas denegações pelo STJ, foi impetrado novo *Habeas Corpus* (HC n.º 152752) perante o STF, o qual foi distribuído ao Ministro Fachin, da Segunda Turma.⁵⁴² Ocorre que, como havia, nesta Turma, uma maioria contrária à execução da pena a partir da segunda instância, Fachin indeferiu o pedido liminar e usou do seu poder de relator para submeter o referido HC de Lula ao plenário da Corte.⁵⁴³

O *habeas corpus* em questão, então, teve o seu julgamento iniciado em 26/3/2018, quando os ministros do STF decidiram, por maioria, pelo seu cabimento, apesar da

couber mais recurso ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4). Mas a defesa de Lula pediu ao STF que ele só seja preso quando o processo transitar em julgado, ou seja, quando não couber recurso a mais nenhuma instância da Justiça. [...] em citar o caso de Lula, Cármen Lúcia ressaltou na entrevista à GloboNews que a pauta de julgamentos de abril já está pronta e não há ‘nenhum indicativo’ de que seja necessário pautar a prisão após segunda instância na pauta de maio. ‘A matéria relativa à segunda instância foi decidida. Abstratamente foi decidida. Agora, [...] chegam habeas corpus em relação a uma pessoa específica ou a outra e as pessoas pedem que [o STF] se pronuncie. O colegiado se pronuncia porque a Justiça não se nega. Mas não significa que muda a jurisprudência’, enfatizou.” (G1. “Não há razões para isso”, diz Cármen Lúcia sobre STF voltar a julgar prisão após condenação em 2ª instância. 19/3/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/nao-ha-razoes-para-isso-diz-carmen-lucia-sobre-stf-voltar-a-julgar-prisao-apos-2-instancia.ghtml>>. Acesso em: 11/7/2018)

⁵⁴⁰ “O ministro Celso de Mello disse nesta tarde que a presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Cármen Lúcia, deixou de cumprir um acordo firmado com ele pelo qual convidaria os ministros da Corte para uma reunião hoje, para discutir a possibilidade de pautar o julgamento de mérito sobre a prisão após a condenação em segunda instância.” (MAGRO, Maíra. STF deixa de debater 2ª instância após desencontro de Celso e Cármen. Valor Econômico, 20/3/2018. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/politica/5397541/stf-deixa-de-debater-2-instancia-apos-desencontro-de-celso-e-carmen>>. Acesso em: 11/7/2018)

⁵⁴¹ Na sessão de 26/3/2018, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou os embargos de declaração opostos na Apelação Criminal n.º 5046512-94.2016.4.04.7000, que manteve a condenação penal e, inclusive, aumentou a pena privativa de liberdade de Lula. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Embargos de Declaração na Apelação Criminal n.º 5046512-94.2016.4.04.7000. Relator: Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto. Julgado em 26/3/2018. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41522159732707152021561401967&evento=490&key=eb2763ad9df7a6aa7673cc0acb1a68181dd5ea249d517f02668725b1371d949a&hash=bfcaffde9927dd8d4737169efafdf386>. Acesso em: 30/8/2018)

⁵⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 152752. Relator: Ministro Edson Fachin. Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=152752&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20/8/2018.

⁵⁴³ RAMALHO, Renan. Fachin nega pedido de Lula para evitar prisão e submete decisão final ao plenário. G1, 9/2/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/fachin-nega-pedido-de-lula-para-evitar-prisao-e-submete-decisao-final-ao-plenario.ghtml>>. Acesso em: 11/7/2018.

jurisprudência do STF em sentido contrário e mesmo já tendo havido uma decisão definitiva do STJ que superou a decisão contra a qual houve a impetração. Ao final da sessão, não havia sido concluído o julgamento, motivo pelo qual o plenário do STF deferiu medida liminar para impedir a prisão de Lula até que fosse encerrado o julgamento do mérito pela Corte.⁵⁴⁴

No dia 4/4/2018, foi retomado o julgamento da questão. A única mudança ocorrida na composição da Corte desde o último julgamento da matéria em outubro de 2016 havia sido o ingresso do Ministro Alexandre de Moraes no lugar do falecido Ministro Teori Zavascki. Mas especulações eram de que o Ministro Alexandre de Moraes entendia pela possibilidade de prisão a partir de esgotados os recursos em segunda instância, da mesma forma que seu antecessor. Ocorre que o Ministro Gilmar Mendes havia afirmado que voltaria atrás no seu voto e reconheceria a possibilidade de execução da pena somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória, ou seja, somente após esgotados todos os recursos no STF, o que mudaria o entendimento desta Corte sobre a questão, já que, no julgamento anterior, a maioria havia sido de 6 a 5. As especulações passaram a ocorrer, então, sobre a possibilidade de a Ministra Rosa Weber voltar atrás no seu entendimento. Na data do julgamento, o Ministro Gilmar Mendes votou pela necessidade de apreciação sobre a possibilidade ou não da prisão a partir da decisão de segunda instância, ou seja, pelo permissivo para que o STF e o STJ pudessem impedir ou autorizar a prisão a partir de decisão de segunda instância. A Ministra Rosa Weber, em seu voto, todavia, adotou uma posição que, para muitos, pareceu inusitada, qual seja, a de seguir o precedente do STF firmado no julgamento das medidas liminares nas ADCs n.º 43 e n.º 44, sob o fundamento de que o HC (impetrado por Lula) é instrumento de controle difuso e não possui efeito vinculante, enquanto a ADC é de controle concentrado, abstrato e possui efeitos *erga omnes* e vinculante.⁵⁴⁵ Em síntese, a Ministra Rosa Weber proferiu voto no mesmo sentido do que já

⁵⁴⁴ “Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente), conheceu do habeas corpus. Em seguida, devido ao adiantado da hora, o Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Cármen Lúcia (Presidente), decidiu pela suspensão do julgamento, e, tendo em vista requerimento feito da tribuna pelo advogado do paciente, por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente), deferiu liminar para que seja expedido salvo-conduto ao paciente até o julgamento deste habeas corpus, que se dará na sessão de 04.04.2018.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 152752. Relator: Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, Medida Liminar, julgado em 22/6/2018).

⁵⁴⁵ “Ementa: HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA. DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO.

estava fazendo nos julgamentos da sua Turma, qual seja, seguir a orientação do plenário ao invés de adotar a sua posição pessoal. Mas o que ninguém estava prevendo era que faria isso num julgamento do plenário, onde a jurisprudência do STF poderia ser modificada.⁵⁴⁶

Enfim, no plenário, venceu a estratégia da Presidente Cármen Lúcia e do Relator Edson Fachin, em detrimento das estratégias dos Ministros Marco Aurélio Mello, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que forçaram que a questão fosse pautada e rediscutida. No tocante à Ministra Rosa Weber, cuja decisão ninguém conseguia prever, há autores que defendem que não tomou uma decisão estratégica e manteve coerência com suas decisões anteriores.⁵⁴⁷

DISPENSABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DE TESES VEICULADAS EM FUTURO RECURSO EXCEPCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Por maioria de votos, o Tribunal Pleno assentou que é admissível, no âmbito desta Suprema Corte, impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional. 2. O habeas corpus destina-se, por expressa injunção constitucional (art. 5º, LXVIII), à tutela da liberdade de locomoção, desde que objeto de ameaça concreta, ou efetiva coação, fruto de ilegalidade ou abuso de poder. 3. Não se qualifica como ilegal ou abusivo o ato cujo conteúdo é compatível com a compreensão do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando se trata de jurisprudência dominante ao tempo em que proferida a decisão impugnada. 4. Independentemente do caráter vinculante ou não dos precedentes, emanados desta Suprema Corte, que admitem a execução provisória da pena, não configura constrangimento ilegal a decisão que se alinha a esse posicionamento, forte no necessário comprometimento do Estado-Juiz, decorrente de um sistema de precedentes, voltado a conferir cognoscibilidade, estabilidade e uniformidade à jurisprudência. 5. O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar. 6. A execução penal é regida por critérios de oficialidade (art. 195, Lei n. 7.210/84), de modo que sua inauguração não desafia pedido expresso da acusação. 7. Não configura reforma prejudicial a determinação de início do cumprimento da pena, mesmo se existente comando sentencial anterior que assegure ao acusado, genericamente, o direito de recorrer em liberdade. 8. Descabe ao Supremo Tribunal Federal, para fins de excepcional suspensão dos efeitos de condenação assentada em segundo grau, avaliar, antes do exame pelos órgãos jurisdicionais antecedentes, a plausibilidade das teses arguidas em sede de recursos excepcionais. 9. Ordem denegada.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 152752. Relator: Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, processo eletrônico DJe-127, divulg. 26/6/2018, public. 27/6/2018)

⁵⁴⁶ “Em meio a tantas e diversas estratégias, a ministra Rosa Weber foi um fator de imprevisibilidade pura e simplesmente porque se imaginava que poderia seguir a jurisprudência de 2016, com a qual pessoalmente não concorda. Manteve sua postura de seguir a atual posição oficial do colegiado, sinalizando, no entanto, que em uma ação abstrata poderia ser o caso de rever tal precedente. Não é improvável que essa postura autocontida de Weber seja ela também expressão de uma estratégia: a recusa deliberada em se deixar envolver nos jogos dos outros ministros e suas manipulações de pauta, e de ter que assumir responsabilidade por problemas institucionais que não criou. Weber apresentou-se como não tendo opção senão seguir a jurisprudência, mesmo discordando dela – algo que vem fazendo em diversos outros HCs no último ano, e não apenas no caso de Lula.” (ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. O Supremo das estratégias e o STF de Rosa Weber. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/o-supremo-das-estrategias-rosa-weber-lula-06042018>>. Acesso em: 12/4/2018)

⁵⁴⁷ “No plenário, portanto, venceu a estratégia de Cármen Lúcia e Edson Fachin, contra a estratégia de Marco Aurélio. Entre eles, está Rosa Weber. Sincera ou estratégica, sua posição guarda uma lição para os estrategistas do Supremo. É sem dúvida possível criticar seu voto, sua formulação sobre apego a um precedente nesse caso específico. Ela tem total responsabilidade por votar considerando admitir a possibilidade de rever esse mesmo precedente futuramente. Ao contrário de seus colegas de ambos os lados, porém, Weber não pode ser criticada pela difícil situação em que os juízes-estrategistas colocaram o tribunal ao usarem dos recursos que o regimento lhes dá para fazer prevalecer sua posição individual no tribunal. Temos hoje uma decisão denegatória de HC que poderia ter um resultado diferente se tomada após as ADCs finalmente serem pautadas.” (ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. O Supremo das estratégias e o STF de Rosa Weber. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/o-supremo-das-estrategias-rosa-weber-lula-06042018>>. Acesso em: 12/4/2018)

Na sequência, não tardou para que o Juiz Sérgio Moro, da primeira instância da Justiça Federal, determinasse o imediato cumprimento de pena imposta ao ex-Presidente Lula. Com efeito, em 5/4/2018, dia seguinte à referida decisão do STF, o Juiz Sérgio Moro, afirmando não caber mais recursos em segunda instância⁵⁴⁸, determinou que Lula se apresentasse à sede da Polícia Federal em Curitiba para iniciar o cumprimento da sua pena,⁵⁴⁹ o que veio a ocorrer em 7/4/2018, quando Lula se entregou à Polícia Federal, após diversas manifestações e negociações entre a sua Defesa e a Polícia Federal.⁵⁵⁰

Esse é um caso explícito de fulanização de julgamentos. Em casos assim, a Constituição parece ser uma roupagem para a externalização de um voto, pois o constitucionalismo se torna um instrumento para encobrir o jogo estratégico com o processo, onde os diversos *players* parecem mais enxadristas num grande tabuleiro do que juristas

⁵⁴⁸ Após o julgamento dos embargos de declaração, em 26/3/2018, não havia a possibilidade de interposição de outros recursos em segunda instância que impedissem a imediata prisão de Lula, para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal Nº 5046512-94.2016.4.04.7000. Relator: Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto. Acompanhamento processual. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50465129420164047000&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=fab903ac995803f9d346f85f5663c3ec&txtPalavraGerada=zamh&txtChave=&numPagina=3>. Acesso em: 30/8/2018)

⁵⁴⁹ “Não cabem mais recursos com efeitos suspensivos junto ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Não houve divergência a ensejar infringentes. Hipotéticos embargos de declaração de embargos de declaração constituem apenas uma patologia protelatória e que deveria ser eliminada do mundo jurídico. De qualquer modo, embargos de declaração não alteram julgados, com o que as condenações não são passíveis de alteração na segunda instância. [...] Deve este Juízo cumprir o determinado pela Egrégia Corte de Apelação quanto à prisão para execução das penas. Registre-se somente, por oportuno, que a ordem de prisão para execução das penas está conforme o precedente inaugurado pelo Plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no HC 126.292, de 17/02/2016 (Rel. Min. Teori Zavascki), está conforme a decisão unânime da Colenda 5ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no HC 434.766, de 06/03/208 (Rel. Min. Felix Fischer) e está conforme a decisão por maioria do Egrégio Plenário do Supremo Tribunal Federal no HC 152.752, de 04/04/2018 (Rel. Min. Edson Fachin). Expeçam-se, portanto, como determinado ou autorizado por todas essas Cortes de Justiça, inclusive a Suprema, os mandados de prisão para execução das penas contra José Adelmário Pinheiro Filho, Agenor Franklin Magalhães Medeiros e Luiz Inácio Lula da Silva. Encaminhem-se os mandados à autoridade policial para cumprimento, observando que José Adelmário Pinheiro Filho, Agenor Franklin Magalhães Medeiros já se encontram recolhidos na carceragem da Polícia Federal em Curitiba. [...] Relativamente ao condenado e ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, concedo-lhe, em atenção à dignidade cargo que ocupou, a oportunidade de apresentar-se voluntariamente à Polícia Federal em Curitiba até as 17:00 do dia 06/04/2018, quando deverá ser cumprido o mandado de prisão. Vedada a utilização de algemas em qualquer hipótese. [...] Esclareça-se que, em razão da dignidade do cargo ocupado, foi previamente preparada uma sala reservada, espécie de Sala de Estado Maior, na própria Superintendência da Polícia Federal, para o início do cumprimento da pena, e na qual o ex-Presidente ficará separado dos demais presos, sem qualquer risco para a integridade moral ou física.” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Seção Judiciária de Curitiba. 13ª Vara Federal. Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR. Juiz Sérgio Moro. Decisão. 5/4/2018. Disponível em: <https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=701522941232906930074096771897&evento=99678&key=8b096c3b897d1e93da8959f62e1a54b653cc0c6032852e9e36ba2ccd6e576425&hash=9c1b9b08b3f8d11985d60b217d7b1a5d>. Acesso em: 11/7/2018)

⁵⁵⁰ G1. Lula se entrega à PF e é preso para cumprir pena por corrupção e lavagem de dinheiro. 7/4/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/lula-se-entrega-a-pf-para-cumprir-pena-por-corrupcao-e-lavagem-de-dinheiro.ghtml>>. Acesso em: 11/7/2018.

defendendo a Constituição. Aliás, como afirmam Diego Arguelhes e Thomaz Pereira, comentando o caso, “não faltam estrategistas no Supremo”.⁵⁵¹

Esse julgamento evidencia que o maior problema não é a intervenção do Judiciário em questões políticas, nem mesmo o modelo estratégico de comportamento judicial. Quando a Corte Constitucional transforma o direito em política, ou o direito é apenas uma roupagem para as decisões políticas, a legitimidade e a autoridade do STF como Tribunal Constitucional passam a estar em xeque.

De qualquer forma, a partir da análise da atuação do STF na política, ficam em aberto algumas questões: Como o STF entra no jogo político? Como ele interage com os demais *players*? Como os diversos *players* se utilizam da revisão judicial? Como acontece o (des)equilíbrio de forças na arena política a partir de uma decisão judicial? Como a revisão judicial pode aumentar ou diminuir o poder de barganha dos diversos *players*?

3.3. O STF na arena política: o jogo político encoberto pelo constitucionalismo

Embora os estudos de ciência política sobre os *veto players* sejam mais desenvolvidos em relação aos Poderes Executivo e Legislativo, é profícua a sua análise em relação aos tribunais constitucionais, pois, diante do fenômeno da judicialização da política e do aumento do poder de revisão judicial das cortes, estas também passam a atuar como *veto players* dentro do intrincado jogo político. Aliás, talvez a ideia de que “juízes argumentam, enquanto políticos barganham”⁵⁵² seja verdadeira do ponto de vista do discurso, mas não sob a perspectiva daquilo que realmente ocorre na prática e que efetivamente motiva as decisões das cortes constitucionais.

É comum a afirmação de que os tribunais constitucionais que funcionam bem podem ser o lugar adequado para controlar e equilibrar os demais Poderes Constituídos, fornecendo a garantia da separação dos poderes e a proteção das minorias. No entanto, os tribunais precisam ser provocados, e é nesse contexto que se verifica a sua utilização pelos grupos políticos derrotados na arena política. Assim, a revisão judicial capacita como *veto*

⁵⁵¹ ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. O Supremo das estratégias e o STF de Rosa Weber. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/o-supremo-das-estrategias-rosa-weber-lula-06042018>>. Acesso em: 12/4/2018.

⁵⁵² ROBERTSON, David. *The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review*. Princeton: Princeton University Press, 2010. p. 36.

players não somente os membros da corte constitucional, mas também diversos outros atores, que possuem legitimidade ou que participam do processo.

Desse modo, é preciso considerar que o potencial de cada ator com poder de veto é diferente.⁵⁵³ Tendo por base essa premissa, a inserção do tribunal constitucional dentro da arena política habilita diversos atores que não teriam voz no jogo político do parlamento e do Executivo, além do que favorece alguns atores políticos em detrimento de outros. Logo, é preciso investigar quais são esses atores ou grupos políticos que ganham voz com a revisão constitucional, quais são mais favorecidos, enfim, qual é a nova conformação do poder de barganha dos atores políticos diante da judicialização da política nos tribunais constitucionais.

Além disso, dentro do cálculo estratégico, é preciso considerar os *veto points*, ou seja, os locais institucionais onde os atores políticos podem exercer, ao menos potencialmente, o veto sobre políticas. Assim, um ator político que atua nesse local pode exercer influência nas negociações políticas mesmo antes de sua implementação, além do que a mera possibilidade de sua atuação nesse local de veto pode conferir ao *veto player* maior peso político e poder de barganha. De outro lado, um ator com pouco peso nesse *veto point* poderá procurar outro local para contestar a política.⁵⁵⁴

Assim, o desenho institucional da revisão judicial e o comportamento dos tribunais constitucionais no tocante ao julgamento de questões políticas molda a própria decisão política, tanto *ex ante* quanto *ex post*. As possibilidades de revisão judicial e a ameaça de derrubada de determinada política impõem que, durante o próprio processo em que a política é arquitetada, seja considerado o fator veto judicial. Isso permite, por exemplo, que partidos menores e a oposição possam barganhar importantes pontos a seu favor para a

⁵⁵³ “But not all opponents of reform are created equal. The toolkits available to each potential veto player are very different: bureaucrats have considerable control over resources, but no vote on legislation; a congressional representative may be able to vote on legislation, but not shape it significantly without a seat on the drafting committee; a member of the drafting committee will have less influence than the chair who controls the procedural rules; and so forth. Institutional opportunities to exercise a veto are therefore essential to the final shape of policy, and to the very identity of who can mold policy outcomes.” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 76)

⁵⁵⁴ “These ‘veto points’ — institutional venues that permit political actors to exercise or threaten to exercise a veto over policy — therefore matter as much as ‘veto players’ in explaining policy change. Examples of veto points cited in the literature include plebiscites, representation on regulatory boards, referenda, and bicameral voting procedures. They are relevant for several reasons: they permit political actors to exercise vetoes of policies that threaten their interests; given the implicit veto threat they possess, a political actor with access to such a veto point may have leverage over policy negotiations prior to implementation; and access to veto points may give veto players greater political weight, through their ability to represent other groups with similar interests who do not have access to the veto point. By contrast, the inability to use a given veto point will force opponents of policy to seek other venues from which to challenge policy. In the absence of such venues, they will have no institutional recourse for blocking policy change.” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 76)

aprovação da medida. Além disso, após judicializada, a questão política também poderá ser moldada pelo Judiciário.

No Brasil, o desenho institucional do sistema político e a fragmentação dos partidos políticos tornam qualquer decisão no campo político-deliberativo algo extremamente complexo. Como aponta Matthew Taylor, o sistema político brasileiro possui tantas variáveis que a tomada de decisão é “intrinsecamente esclerótica”.⁵⁵⁵ Os fatores que limitam ou tornam excessivamente complexa a deliberação política são, segundo o autor, os seguintes: a) um Congresso Nacional programaticamente fraco, no qual há representação desproporcional, que dá muitos poderes a Estados menores; b) um sistema partidário enfraquecido, diante do elevado número de partidos fragmentados, instáveis e regionalizados; c) a fragmentação de gabinetes presidenciais, que são usados como instrumentos para unir coalizões congressionais; d) uma burocracia estatal autosservidora, especialmente por funcionários públicos congressionais atuando em seu próprio benefício; e) um Senado com poderes incomparáveis para interferir na maioria dos domínios políticos.⁵⁵⁶

Se não bastasse, a revisão judicial acrescenta ainda mais complexidade à tomada de decisão política, bem como aumenta os seus *veto players* – os atores políticos, individuais ou coletivos, cuja concordância é necessária para promulgar mudanças na política.⁵⁵⁷ Nesse ponto, é importante observar que determinados grupos tiveram maior poder de influência no estabelecimento das instituições formais na Constituição de 1988. Assim, garantido o acesso privilegiado à Corte a determinados órgãos e atores, como legitimados ativos das ações do controle concentrado de constitucionalidade⁵⁵⁸, essa facilidade de acesso lhes proporciona uma posição de vantagem no processo de revisão judicial, de modo que, diante da possibilidade de judicialização de questões políticas, também possuem maior poder de barganha no processo político.

Essa questão institucional, consolidada a partir de um discurso de democratização de acesso à Corte Constitucional brasileira, possui grande impacto no jogo político. Poder-se-ia afirmar, em abstrato, que, quanto mais *players* no processo político, mais democrática seria

⁵⁵⁵ TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 73.

⁵⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁵⁷ TSEBELIS, George. *Veto Players: how political institutions work*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

⁵⁵⁸ CF: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; 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.”

uma decisão política. No entanto, pragmaticamente, quanto maior o número de *veto players*, será mais provável que, na arena política, qualquer reforma falhe e que prevaleça o *status quo*.⁵⁵⁹

A revisão judicial, considerando a arena política, aumenta o poder de barganha de atores políticos, sobretudo partidos menores e de oposição, que podem negociar determinadas concessões com as maiorias para que a questão não seja judicializada. Todavia, esse poder de barganha também capacita o STF, pois, diante da possibilidade de revisão judicial, este pode barganhar determinados pontos em projetos de lei, emendas constitucionais ou, ainda, na implementação de determinadas políticas.

No contexto brasileiro, a ampliação institucional da revisão constitucional e o fenômeno da judicialização da política estabelecem uma nova dinâmica na arena política. As ações de controle concentrado de constitucionalidade passam a ser *veto points* relevantíssimos no jogo político, utilizadas pelos *veto players* tanto para derrubar uma política aprovada pelo parlamento, quanto para barganhar mais espaço ou atenção no processo político-deliberativo.

Dentre as diversas ações, há destaque especial para a ação direta de inconstitucionalidade, seja pelos impactos que possui na esfera política, pelos efeitos das suas decisões (*erga omnes* e vinculante) e, ainda, por ser a ação do controle concentrado de constitucionalidade mais utilizada na prática.⁵⁶⁰ A ADI fornece, aos seus legitimados, um *veto point* privilegiado dentro do sistema judicial, alavancando o poder de barganha de diversos atores que teriam pouca força no processo político-deliberativo não fosse essa legitimação para propor a revisão judicial.⁵⁶¹

⁵⁵⁹ TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. pp. 75/76.

⁵⁶⁰ Segundo dados estatísticos disponíveis no sítio eletrônico do STF, de 2000 até a data da presente pesquisa (26/5/2018), foram ajuizadas 48 ações diretas de constitucionalidade, 3.775 ações diretas de inconstitucionalidade, 47 ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e 511 ações de descumprimento de preceito fundamental. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Estatísticas. Controle Concentrado: estatísticas de ações do controle concentrado. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 26/6/2018)

⁵⁶¹ “This chapter has emphasized why standing to bring ADINs provides a privileged venue within the overall judicial system, and how access to the veto point offered by the ADIN may increase the leverage of specific policy actors who might otherwise have little voice in the policy process. To reiterate briefly, despite its impressive institutional strength, the Brazilian federal judiciary operates in an institutional framework that tends to delay clear, universally binding policy decisions. The ADIN mechanism of constitutional review, however, enables a select group of specific policy actors to contest policies in an expedited and broadly applicable manner directly at Brazil’s highest court, thus avoiding the delays facing ordinary citizens contesting policy. Once there, plaintiffs have a roughly one in five chance of altering policy, although as the model shows, some actors — especially state actors and legal actors—are better at it than others. The ADIN veto point provides these groups with greater potential leverage over federal policies than they would otherwise have; this leverage may be used either in the courts or earlier in the policy process via an implicit threat to exercise such a veto. The rules governing standing are therefore essential to determining the course of policymaking and policy outcomes. I conclude with a brief heuristic example, based on the case of agrarian reform discussed in the previous chapter, which may better illustrate the significance of the ADIN mechanism as a veto point.” (TAYLOR, Matthew M..

A estrutura judicial brasileira – e, particularmente, o sistema de controle de constitucionalidade realizado pelo STF – cria e capacita diversos *veto players*, com diferentes poderes. A título de exemplo, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) teria um poder de barganha relativamente baixo no processo legislativo, se comparado a outros atores políticos como congressistas, presidente da República, ministros de Estado. No entanto, a posição privilegiada que ganhou a OAB, com a CF/1988, como legitimada para propor a ADI (art. 103, inc. VII), confere-lhe uma posição de destaque, bem como um poder de barganha diferenciado no ambiente político, pois pode atuar de modo mais influente na defesa dos seus interesses corporativos perante os poderes eleitos. Aliás, a OAB é a instituição representativa de classe que mais propôs ADIs – cerca de 46% das ADIs propostas por entidades de classe, e 5% do total.⁵⁶² Além disso, há evidências de que o STF favorece interesses corporativos de profissionais da área jurídica. Segundo pesquisa empírica, quando se trata de ação proposta pela OAB, a probabilidade de sucesso é, estatisticamente, 60% maior do que as ações propostas por outros atores.⁵⁶³ Assim, seja pelo *design* constitucional, seja pelo alto índice de

Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 87)

⁵⁶² “Importance of the Legal Profession. The regression results highlight the existence of a potential veto player that has received little attention in other works on Brazilian politics: legal professional groups (a category that includes the professional organizations of lawyers, judges, and prosecutors). As the models illustrate, *ceteris paribus*, legal professional associations are far better at using the courts than are other groups, with nearly twice the likelihood of winning an injunction. The ADIN offers a veto point to the legal professions that is not available to them in the executive branch, and is less accessible and more costly to them in the legislative branch. The legal profession emerges more clearly in this context as an influential veto player, capacitated by its legal enfranchisement to use the veto point generated by the ADIN injunction mechanism. Among the various legal interest groups, the OAB in particular has been an active filer of ADINs, accounting for a plurality (46 percent) of ADINs filed by the legal professions, and 5 percent of all ADINs against federal laws. It has been especially successful in using injunctions to delay (sometimes permanently) the implementation of policies that hurt lawyers’ interests, whether it was in limits on lawyers’ fees, rules that would have delayed the payment of judicial debts, or changes in judicial and legal regulations. Without its standing to use the ADIN, the OAB would have had no privileged forum from which to press such interests. And without the threat of the ADIN, it is likely that the OAB’s opinions elsewhere in the policy process would not have been given so much prominence.” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 86)

⁵⁶³ “Moreover, and again as predicted, there is evidence of autonomous behavior when the court’s own interests are at stake. The STF strongly favors corporatist interests: ‘Laws governing judicial benefits and structure [are] far more likely to be successfully challenged than any others’ (Taylor 2008, 82). The judges’ professional peers, lawyers acting through the bar association, are 1.6 times more likely to succeed than other plaintiffs. Finally, in conflicts involving the very actors who make up the coalition that approves judicial nomination, the court effectively behaves as a neutral arbiter, in the sense in which Alex Stone Sweet or Martin Shapiro might use this term: ‘Plaintiffs are predominantly from outside the political majority’ so that the court is most frequently chosen to resolve disputes between majority and minority interests (Taylor 2008, 84). Conversely, given its presidentialist bias, it is much less likely to arbitrate interbranch disputes (Taylor 2008, 85), and when it does, it favors the use of executive power, as evidenced by its reluctance to strike down presidential decrees.” (BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. p. 145)

sucesso nas ADIs propostas, a revisão judicial maximiza o poder de barganha da OAB na arena política.

Outro exemplo que pode ser citado é a previsão de obrigatoriedade de participação da Procuradoria-Geral da República (PGR) nos processos de controle concentrado de constitucionalidade que tramitam no STF.⁵⁶⁴ Essa posição de destaque lhe garante um grande poder de barganha na defesa de seus interesses corporativos.

A esse respeito, do ponto de vista dinâmico, é possível observar que a própria postura de cada legitimado pode mudar ao longo do curso da ADI. Por exemplo, determinado partido político pode fazer oposição ao governo, mas, diante de novas eleições, passar a integrar a base política da situação. Desse modo, pode passar a defender uma posição jurídica contrária à anteriormente defendida.

Com efeito, em grande parte das vezes, os partidos políticos que ingressam com uma ação constitucional não objetivam propriamente defender determinada tese constitucional, senão perseguir alguma posição, benefício ou interesse circunstancial. Assim, é possível que, no curso da ADI, passem a defender a tese diametralmente oposta, porque passaram a se beneficiar da situação jurídica inicialmente questionada. A título de exemplo, pode-se citar o caso da execução da pena privativa de liberdade a partir de decisão de segunda instância. O Partido Ecológico Nacional (PEN) ajuizou ação declaratória de constitucionalidade (ADC n.º 43) em que pedia a suspensão da norma processual que previa a possibilidade de prisão após condenação em segunda instância.⁵⁶⁵ Foi designado como relator no STF o Ministro Marco Aurélio Mello, que era favorável à tese. Ocorre que, quando chegou ao STF o caso do ex-Presidente Lula, uma decisão deferindo a medida liminar beneficiaria este – que se encontrava preso por decisão condenatória de segunda instância –, mas o eleitorado do PEN era favorável à prisão de Lula. Em razão disso, o PEN pediu a retirada do pedido de medida liminar.⁵⁶⁶ O Ministro Marco Aurélio Mello, então, acolheu o pedido de desistência da medida liminar.⁵⁶⁷

⁵⁶⁴ Constituição Federal: “Art. 103 [...] § 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.”

⁵⁶⁵ Código de Processo Penal: “Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.”

⁵⁶⁶ “O PEN/Patriotas, autor de uma das ações que tentam impedir a possibilidade de cumprimento de pena após condenação em segunda instância, decidiu nesta segunda-feira, 9, retirar o pedido de liminar protocolado na semana passada no Supremo Tribunal Federal. A medida cautelar poderá ser levada a plenário pelo ministro Marco Aurélio Mello, relator dos casos na Corte. O partido quer evitar que a análise do pedido de liminar possa beneficiar o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, condenado e preso na Operação Lava Jato. A liminar é uma ordem judicial que visa resguardar direitos alegados por uma das partes antes do julgamento do mérito de uma ação. O presidente nacional do PEN, Adilson Barroso, chegou a afirmar no meio da tarde que desistiria da ação

Além disso, diferentes atores políticos comumente possuem interesses diversos ao propor uma ADI, bem como a utilizam com diferente frequência. Os partidos políticos são os legitimados que mais propõem ADI, com menor índice de sucesso. Comparativamente, a OAB é mais econômica na propositura de ADIs, mas possui um índice de sucesso muito maior.⁵⁶⁸ No caso dos partidos, além da tentativa de reverter determinada derrota política, também existem outros objetivos com o ajuizamento da ADI, tais como marcar posição perante o eleitorado, aumentar seu poder de barganha, obter repercussão midiática de sua atuação etc. No caso da OAB, de outro lado, talvez o objetivo principal seja efetivamente resguardar suas prerrogativas e obter benefícios para a categoria.

Os autores que se dedicam a investigar o comportamento dos tribunais como *veto players* desenvolvem a ideia de que o Judiciário, além do Executivo e do Legislativo, também seria um *player* com poder de veto.⁵⁶⁹ Determinada política poderia ser vetada pelo Legislativo, pela não aprovação em alguma de suas comissões ou no plenário, e pelo Executivo, através do veto ao projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, com

declaratória de constitucionalidade (ADC) que pede a suspensão da prisão após condenação em segunda instância, mas a lei que trata do tema (9.868/1999) prevê que ‘não se admitirá desistência’ nesses casos. ‘Somos de direita e não temos nada a ver com Lula. Nossa intenção nunca foi salvar nenhum político da Lava Jato’, disse o presidente do partido.” (FRAZÃO, Felipe; HUPSEL FILHO, Valmar; PUPO, Amanda, CURY, Teo; MOURA, Rafael Moraes. PEN tenta retirar liminar que poderá livrar Lula. Estadão, 9/4/2018. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/para-nao-beneficiar-lula-pen-decide-desistir-de-liminar-contraprisao-em-2a-instancia/>>. Acesso em: 11/5/2018)

⁵⁶⁷ O Partido Ecológico Nacional (PEN) requereu, em 25/4/2018, a desistência do pedido de medida liminar feito na ADC n.º 43. O partido afirmou que a “medida é inoportuna diante dos acontecimentos atuais” (FALCÃO, Márcio. PEN desiste de liminar para impedir prisão em segunda instância. Jota, 25/4/2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/pen-liminar-prisao-em-segunda-instancia-25042018>>. Acesso em: 11/5/2018). Em razão disso, o Ministro do STF Marco Aurélio, relator do processo, homologou a desistência, nos seguintes termos: Mantenho antigo entendimento no sentido da viabilidade de terse, em processo objetivo, desistência de pedido de liminar formalizado, consoante fiz ver quando fiquei vencido na apreciação da medida acauteladora na ação direta de inconstitucionalidade n.º 2.188, relator ministro Néri da Silveira, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 9 de março de 2001, ante os seguintes fundamentos: [...] Homologo o pedido de desistência, observando que, em 4 de dezembro de 2017, liberei o processo para inserção, visando o julgamento de mérito, na pauta dirigida do Pleno, ato situado no campo das atribuições da Presidência, e, em 23 de abril último, assentei cumprir ao Colegiado a apreciação de pedido de liminar, declarando-me habilitado a relatar e votar.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43. Medida Cautelar. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Decisão monocrática. Julgado em 25/4/2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314221822&ext=.pdf>>. Acesso em: 31/8/2018)

⁵⁶⁸ “Before that, however, I turn back to the plaintiffs themselves, once again taking up the issue of how policy opponents’ legal tactics fit into their broader political strategies. As the results of the model here show, political parties are among the worst of the players with standing to bring the ADIN, yet they are also its most frequent users, accounting for more than a third of all ADINs at the federal level. At the other extreme, the OAB is fairly economical in its use of the ADIN, but also far more successful. The next two chapters look more closely at the larger political strategies that motivate such different tactical use of the federal judiciary, both in constitutional review cases and in the lower courts.” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 89)

⁵⁶⁹ BROUARD, Sylvain; HÖNNIGE, Christoph. Constitutional courts as veto players: Lessons from the United States, France and Germany. *European Journal of Political Research*, v. 56, n. 3, p. 529-552, August 2017.

fundamento em interesse público ou inconstitucionalidade.⁵⁷⁰ Além disso, haveria a possibilidade de um veto *ex post*, após a política pública, a lei ou a emenda constitucional já estarem em vigor, em razão do ajuizamento de ação constitucional. Desse modo, admitindo-se a revisão judicial de questões políticas, o STF também teria esse papel de *veto player*.

Desse modo, a Corte Constitucional brasileira também passa a ser considerada como um *player* pelos demais atores políticos. Nesse sentido, o STF pode ser visto como “um aliado estratégico a ser cooptado” ou como “um obstáculo a ser derrubado”, a depender do seu comportamento e do comportamento dos seus ministros. Assim, o gerenciamento desses desafios pela Corte Constitucional brasileira vai além do mero julgamento por interpretação jurídico-constitucional, pois depende de “destreza política”.⁵⁷¹

Entretanto, o cálculo estratégico do Executivo e do Legislativo sobre como uma política pública, lei ou emenda constitucional serão recebidos pelo Poder Judiciário é muito mais complexo do que a teoria *standard* dos *veto players* poderia explicar. Em primeiro lugar, porque, no Brasil, o conjunto de estratégias dos *veto players* se torna algo extremamente complexo quando se considera que as políticas de governo podem ser questionadas não somente no STF ou em tribunais superiores, mas também em todo o Judiciário, Estadual ou Federal, desde a primeira instância.⁵⁷² Nesse sentido, é possível observar que a revisão judicial, em todos os níveis do Judiciário, moldou as reformas políticas implementadas pelos governos, sobretudo durante a década de 1990.⁵⁷³

⁵⁷⁰ Constituição Federal: “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.”

⁵⁷¹ “Political actors do not usually perceive a constitutional court as an inoffensive agent. Courts may be a strategic ally to be co-opted or, sometimes, an obstacle to be ousted. Resistance against unwelcome judicial decisions comes in various shapes, some of which lie outside institutional procedures and arenas. Constitutional courts may face, in some circumstances, strong challenges to the effectiveness of their decisions. Successful management of these challenges goes beyond legal interpretation. It depends upon political dexterity.” (MENDES, Conrado Hübner. *Fighting for Their Place: Constitutional Courts as Political Actors. A Reply to Heinz Klug. Constitutional Court Review*, v. 3, p. 33-44, 2010. p. 33)

⁵⁷² Como as ações judiciais para contestar políticas podem ocorrer nos diversos níveis da Justiça brasileira, é possível que uma maior diversidade de atores políticos e de táticas possam ser utilizadas para impactar a política.

⁵⁷³ “In thinking about courts as veto points, I have emphasized the important distinction between veto players’ intentions to intervene in the policy process and their effective opportunities for doing so. The extensive use of a major constitutional review mechanism by those groups privileged with standing in Brazil suggested that although they were not always successful, the existence of the ADIN mechanism and the standing to resort to it provided select groups with important opportunities for challenging and on occasion overturning policies they disagreed with. Further, as the cross-national comparisons here illustrated, the policy environment in Brazil would likely be very different, for example, in the absence of the veto point provided by specific constitutional review mechanisms at the STF. If direct standing in the STF had not been available to political parties, corporatist ‘class’ organizations, and the Ministério Público during the 1990s (or, alternatively, had mayors and other groups been given such standing), the policies effectively implemented by Brazil’s new democracy would

Ademais, mesmo se analisando apenas a revisão judicial no STF, é preciso considerar que, além da possibilidade de declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, são possíveis outras formas de resultado interpretativo, como a interpretação conforme a constituição e as sentenças aditivas, o que agrega muita complexidade à questão. Desse modo, no cálculo estratégico dos demais Poderes eleitos, quando aferem a possibilidade de sucesso de implementação e efetivação de determinada política, é preciso considerar a atuação do STF como *veto player*, mas não somente isso. Com efeito, o papel desempenhado pela Corte brasileira não é apenas como um *player* de veto (possibilidade de vetar ou não determinada política), mas também como um *player* de conformação, pois teria a capacidade (outorgada por ele a si próprio) de conformar determinada política, lei ou emenda constitucional, bem como, excepcionalmente, de criar determinadas políticas ou regulamentações. Assim, do ponto de vista estratégico e comportamental, o STF seria mais do que um *veto player*, pois também atuaria como um ator capaz de criar e modificar a política.

Demais disso, é preciso considerar que o STF não atua como um agente coeso. Comumente, ele é uma instituição internamente dividida, em que cada um de seus membros possui ideologias e *backgrounds* próprios, com ligações a diferentes atores políticos, grupos sociais ou econômicos.⁵⁷⁴ Essa heterogeneidade talvez explique por que os ministros da Corte Constitucional brasileira possuem os mais variados comportamentos.

Nesse sentido, não seria correto afirmar que os ministros do STF sempre agem estrategicamente, que possuem ligações políticas, ou que são (ou não) consequencialistas. As divergências entre eles, evidenciadas em julgamentos importantes, mostram que se comportam de maneira muito diferentes, inclusive aqueles que possuem um voto convergente.⁵⁷⁵

undoubtedly look very different today.” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 157)

⁵⁷⁴ TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 154.

⁵⁷⁵ “The simple line between strategic and sincere behavior seems inapt to multi-judge courts, where, as we have seen, the decisionmaking process is collegial and it is the norm for judges to sacrifice details of their convictions in the service of producing an outcome and opinion attributable to the court. We could amend the description of sincerity by stipulating that a judge who writes or joins an opinion of the court is sincere if she believes that her independent, detailed views and her collegial obligation combine to make her support of the court's opinion appropriate. But this is doubly unhelpful: it begs the question of what kind and degree of deflection of one's convictions are appropriate for a collegial judge, and it tests not for propriety but for individual belief of propriety.” (KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G.. *The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts*. *California Law Review*, Berkeley, v. 81, n. 1, p. 1-59, jan. 1993. pp. 52/53)

Os casos já narrados mostram que grande parte dos ministros do STF atua como um *player* dentro do órgão colegiado, em relação aos demais⁵⁷⁶, e também externamente. Por terem acesso privilegiado a um *veto point*, podem ser *veto players* poderosíssimos nas políticas, sobretudo diante dos diversos poderes individuais que possuem.

A questão, então, é investigar como isso tudo impacta no constitucionalismo e na democracia. De um lado, o STF oportunizou o debate na seara judicial permitindo o controle de constitucionalidade e legalidade de uma série de mudanças controversas, ampliando as possibilidades procedimentais de debate dessas questões do ponto de vista constitucional. De outro lado, a sua atuação tem sido desigual em relação aos diversos interesses e atores políticos envolvidos.

Aliás, há uma série de ambiguidades na atuação do STF em relação aos impactos gerados na democracia: o papel do Judiciário como instância política e deliberativa; a intervenção de um órgão não eleito em questões de política; o impacto do desenho institucional e da atuação, de fato, do STF na formulação (impacto *ex ante*) e na revisão de políticas (impacto *ex post*); a existência de uma atuação desigual, se considerados os atores e os interesses envolvidos; a possibilidade de conflitos com os demais Poderes eleitos.⁵⁷⁷

Desse modo, ainda que de forma criticável, o STF também assumiu um papel de instância deliberativa do processo político. Há evidências empíricas que mostram que a Corte brasileira foi utilizada para promover determinados fins políticos, em estratégias políticas mais amplas, que o raciocínio técnico jurídico ou o modelo jurídico de comportamento não poderiam sozinhos explicar. Com efeito, o STF se tornou mais uma porta para que os atores políticos busquem reverter uma derrota na esfera política. Além disso, diante da possibilidade concreta de judicialização da questão, a Corte Constitucional brasileira permitiu que as

⁵⁷⁶ É possível, por exemplo, que, diante de um julgamento em que a maioria do colegiado já firmou voto em determinado sentido, um Ministro deixe de expressar o seu voto minoritário, a fim de evitar eventuais desgastes com os seus pares, acumulando capital político para outros julgamentos (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 176). No entanto, como bem apontam Lewis Kornhauser e Lawrence Sager, do ponto de vista ético, existe uma linha tênue que não pode ser cruzada (KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G.. *The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts*. *California Law Review*, Berkeley, v. 81, n. 1, p. 1-59, jan. 1993. p. 53)

⁵⁷⁷ Broadly speaking, the judiciary's contribution to Brazil's new democracy has been neither ideal nor abysmal: on the one hand, courts lent important procedural legitimacy to the debates over a number of controversial policy changes; on the other, as in most countries, patterns of judicial intervention in public policy debates have been unequal both in terms of the participants involved and the treatment they receive. As the previous section noted, the impact of courts on public policy cannot be easily disentangled from the institutional structure of the judiciary. The implications for democracy, however, are somewhat more ambiguous. Five points of ambiguity are worthy of final consideration here: the role of the judiciary as a deliberative as well as political venue; the impact of the judicial institutional structure on political actors' ideas and interests; the effects of an unequal judicial franchise; the relationship between inequality and institutional continuity; and the possibility of conflict with the elected branches." (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 158)

minorias políticas e a oposição aumentassem os custos da implementação de determinada política, já que a judicialização pode retardá-la ou, até mesmo, derrubá-la.⁵⁷⁸

Assim, com a revisão judicial, atores não eleitos pelo povo ganham um papel importante na política. Como já se referiu, a facilidade de acesso e o prestígio de determinados grupos ou atores no STF podem garantir uma posição privilegiada no sistema político. A título de exemplo, a OAB possui grande força relativa nos tribunais, com grande êxito em suas demandas (comparativamente a outros atores), o que lhe garante proeminência continuada no sistema político.⁵⁷⁹

De outro lado, o discurso de que minorias políticas teriam grandes vantagens com a revisão judicial – porque, no STF, não prevaleceria a vontade da maioria, mas o direito constitucional –, não guarda correspondência com a prática. Nesse tocante, embora a revisão judicial possa dar voz a minorias políticas – de todas as ADIs ações propostas por partidos políticos, em cerca de 90% delas, o autor era partido da oposição⁵⁸⁰ –, é preciso considerar que, empiricamente, a atuação do STF não tem sido equânime entre os diversos legitimados, o que gera uma grande ambiguidade entre conclusões decorrentes do *design* institucional e a prática do STF. Com efeito, uma das justificativas para legitimar a intervenção do STF em questões políticas é justamente o fato de ele poder garantir os direitos de minorias políticas, permitindo que elas não sejam simplesmente sufragadas pela base governista ou pela coalização majoritária. No entanto, como se pode observar acima, empiricamente, o STF

⁵⁷⁸ “The first point concerns the importance of the courts as a deliberative site in the policy process. There is clear evidence that the federal courts have been used in Brazil to advance broader political strategies. Political parties, in particular, use the courts in a manner that could not be explained by solely legal reasoning or legal objectives; the courts became an outlet for voicing opposition to policy when no further institutional venues were available to the minority. But in using the courts to voice their opposition, political actors also sought to impose costs on their opponents, by exposing the pitfalls of policy, highlighting their opposition, or delaying and calling into question the final implementation of policy. It is important to emphasize this last point: voicing opposition in the courts may be deliberation-enhancing, but it may sometimes seek only to increase the costs of policy implementation, without contributing one whit to reasoned deliberation.” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. pp. 158/159)

⁵⁷⁹ “A second consideration is how the judicial institutional environment influences and shapes group interests and ideas. Although the institutional structure influences the tactics group plaintiffs employ in the courts, the judicial structure also shapes these groups’ own interests and ideas. In the case of the OAB, for example, it is clear that the judicial institutional environment has ensured this policy player’s relative strength in the courts, as well as its continued prominence in the political system. Partly as a result, the OAB has maintained a strong commitment to the preservation of the 1988 Constitution and the favorable judicial institutional environment it created, and has been a powerful voice in favor of maintaining the status quo.” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 159)

⁵⁸⁰ “Political parties file more than one-third of all federal ADINs, and of these, 90 percent are filed by opposition parties. Professional associations file another one-fifth of ADINs: of these, 60 percent are filed by professional unions with public sector ties, who were frequently allied with opposition parties during the period analyzed (1988–2002).” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. pp. 84/85)

também é desigual, considerando os atores e os interesses envolvidos. Ou seja, os efeitos das decisões do STF sobre a política também geram desigualdades entre os atores envolvidos, nos diversos níveis de governo (federal, estadual e municipal), entre os Poderes eleitos (Executivo e Legislativo) e considerando a força política dos atores envolvidos ou atingidos pela decisão judicial. Além disso, alguns atores e órgãos possuem posição privilegiada na atuação perante a Corte Constitucional brasileira.⁵⁸¹

De um lado, o acesso a formas privilegiadas de legitimidade jurídica é muito mais amplo no Brasil do que em outros países de *Civil Law*, e a inclusão de partidos políticos no rol de legitimados ampliou significativamente o seu uso como instrumento político, muitas vezes de maneira até positiva. No entanto, é significativa a desigualdade de posição e de tratamento no STF e nos tribunais inferiores. Enquanto alguns atores obtêm mais facilmente a admissibilidade de sua ação na mais alta Corte do país, diversos outros legitimados precisam enfrentar um longo processo judicial, que se inicia na primeira instância e possuiu diversas possibilidades de recursos.⁵⁸²

Desse modo, a autoperpetuação de determinadas elites e atores políticos no poder, pela dificuldade de representação democrática no processo judicial e de efetiva participação e influência na construção da decisão, é uma preocupação que deve ocupar espaço nos debates quando se pretende recrudescer a democracia.

A desigualdade gerada pela maior potencialidade de influência de atores específicos no STF mina a própria razão democrática da atuação judicial em matéria de política. Além disso, em tese, pode corroer a própria expectativa de que a Corte Constitucional brasileira possa ser o guardião da ordem constitucional, do Estado de Direito e da democracia.

⁵⁸¹ “The third point of ambiguity is related: the judiciary’s role in democracy cannot be easily separated from the question of who is best able to use the courts to influence policy, and the manner by which they can do so. Legal systems are innately unequal, privileging some groups or individuals more than others as a result of either institutional rules or their hierarchical status in society (determined, among other things, by class, wealth, and race). The courts’ effects on public policy are also unequal: as the work of Dahl, Epp, Galanter, and others has suggested, some groups are inevitably given priority in the policy debate as it is carried through the courts. The structure of the court system plays a major role in determining the identity of such groups in the Brazilian case: the availability of privileged standing to present constitutional challenges, especially when combined with delay-ridden lower courts, provides veto points to policy actors in issues on which they might not otherwise have a means of expressing opposition as powerfully or influentially. The government’s ability to appeal repeatedly, clog the system with many similar cases, and otherwise delay decisions that it will almost inevitably lose is an even more pernicious form of unequal judicial power. Legal enfranchisement, or the degree to which citizens are able to effectively express their beliefs and protect their rights in the courts, is weak among most individual Brazilian citizens, and thus potentially erosive of the concept of a universal rule of law for all members of this democratic society.” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 159)

⁵⁸² TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. pp. 160/161.

Enfim, a atuação da Corte Constitucional brasileira na arena política deveria ser no sentido de corrigir disfuncionalidades democráticas e recrudescer aspectos importantes da democracia e da atuação político-deliberativa. Contudo, nesta seara, diversas questões ficam em aberto: Em que medida o STF está conseguindo melhorar o ambiente político? Não estaria ele próprio sendo apenas mais um *player* da velha política? Em que medida o constitucionalismo estaria sendo utilizado abusivamente para justificar posições estratégicas dentro desse jogo político? Essas são questões que ainda precisam ser respondidas, dentro da complexa atuação do STF na arena política.

Dentro desse contexto, há um outro problema que tem gerado preocupações, que diz respeito à atuação de ministros do STF como *players* mesmo fora dos julgamentos, quando antecipam posições ou se manifestam sobre casos em julgamento, o que será objeto de investigação a seguir.

3.4. As manifestações públicas sobre os casos em julgamento

A todos os membros do Poder Judiciário, é imposto o dever de não antecipar suas opiniões sobre casos que julgarão. Além disso, também é vedado fazer juízo depreciativo sobre decisões de outros juízes, exceto a crítica nos autos, em obras técnicas e no exercício do magistério.

Com efeito, o art. 36 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n.º 35/1979) determina que é vedado a qualquer magistrado “manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem”, bem como fazer “juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério”. Além disso, o art. 28 do Código de Ética da Magistratura Nacional prevê que, “aos juízes integrantes de órgãos colegiados”, “impõe-se preservar o sigilo de votos que ainda não hajam sido proferidos e daqueles de cujo teor tomem conhecimento, eventualmente, antes do julgamento”.

Essas disposições visam a garantir a imparcialidade e a isenção do julgador, bem como a evitar o desprestígio e a perda da credibilidade do Judiciário. Também objetivam mitigar o acirramento dos conflitos políticos, o aumento da tensão entre as instituições e o direcionamento de condutas de outros atores públicos.

Caso os juízes incorram em tais condutas, poderão ser punidos pelas corregedorias dos seus tribunais e pelo Conselho Nacional de Justiça. Entretanto, como os ministros do STF não se submetem ao CNJ, sendo julgados correicionalmente pelos seus pares, parece haver menos constrangimentos em relação a eles. Aliás, o que se observa, na prática, é que alguns ministros do STF reiteradamente incorrem em tais comportamentos.

Ocorre que algumas manifestações públicas de ministros do STF sobre processos em julgamento podem fomentar, dissuadir ou, até mesmo, determinar ações de outros atores na política.

Durante o processo de *impeachment*, o Ministro Ricardo Lewandowski, então Presidente do STF, em entrevista à imprensa (em 9/5/2016), afirmou que talvez o STF pudesse revisar a decisão de mérito da decisão final do Senado⁵⁸³. Com essa declaração, as dinâmicas do processo de *impeachment* foram indubitavelmente influenciadas.

Além disso, já encerrado o processo, o mesmo Ministro (Ricardo Lewandowski) afirmou, em aula ministrada na data de 26/9/2016, que o *impeachment* teria sido um “tropeço na democracia”. O Ministro Gilmar Mendes, três dias depois (em 29/9/2016), em entrevista à imprensa, retrucou o Ministro Lewandowski, ao afirmar que o processo de *impeachment* “correu com normalidade” e que o “único tropeço” foi o “fatiamento da votação” (referindo-se ao destaque para votação em separado do impedimento e da inelegibilidade por oito anos)⁵⁸⁴, que possibilitou que Dilma, embora destituída da Presidência da República, mantivesse o direito de exercer outro cargo público e, inclusive, se candidatar para mandato eletivo nas eleições seguintes.⁵⁸⁵ O Ministro Gilmar Mendes disse, ainda, que esta decisão foi

⁵⁸³ “Ao responder questionamento do secretário-geral da OEA acerca de preocupações sobre o mérito do procedimento de afastamento da presidenta Dilma, o presidente do STF deixou em aberto a possibilidade de a Corte, caso provocada, analisar o tema. ‘Por enquanto, o Brasil está aguardando uma decisão do Senado Federal. Pode ser que o Supremo venha ou não a ser instado a se pronunciar sobre essa questão, que aí terá de decidir, inicialmente, se a decisão é exclusivamente política ou se comporta algum tipo de abordagem do ponto de vista jurídico passível de ser examinada pelo tribunal’, argumentou Lewandowski.” (CONGRESSO EM FOCO. STF ainda pode julgar mérito de impeachment, diz Lewandowski. Agência Brasil, 9/5/2016. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/stf-ainda-pode-julgar-merito-de-impeachment-diz-lewandowski/>>. Acesso em: 12/7/2018)

⁵⁸⁴ Aliás, esse “fatiamento” da votação do *impeachment* foi criticado pela própria Presidenta impedida Dilma Rousseff (a qual teria sido “beneficiada” por ele): “A ex-presidente Dilma Rousseff afirmou nesta sexta-feira (2), durante entrevista a jornalistas de veículos estrangeiros, no Palácio da Alvorada, que achou ‘estranhíssima’ a dupla votação no julgamento final do Senado que aprovou seu afastamento do comando do Palácio do Planalto, mas manteve sua elegibilidade. A petista questionou, principalmente, o fato de 16 senadores terem se posicionado a favor do *impeachment* na primeira votação e terem rejeitado, em uma segunda consulta por voto, que ela ficasse impedida de concorrer a cargos eletivos e ocupar funções na administração pública.” (MATOSO, Filipe. Dupla votação do Senado foi ‘estranhíssima’, afirma Dilma. G1, 2/9/2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/09/dupla-votacao-do-senado-foi-estranhissima-afirma-dilma.html>>. Acesso em: 16/7/2018)

⁵⁸⁵ “O ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal (STF), afirmou na última segunda-feira (26), durante aula na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), onde é professor titular, que o

“no mínimo, bizarra”, bem como que não passaria “na prova dos 9 do jardim de infância do direito constitucional”.⁵⁸⁶

Em entrevista concedida em 23/8/2016, o Ministro Gilmar Mendes, ao criticar o Projeto de Lei das “10 Medidas contra a Corrupção” (Projeto de Lei n.º 4.850/2016⁵⁸⁷), chamou aqueles que defendem a proposta de “cretino absoluto”, o que foi interpretado como sendo uma crítica ao Juiz Federal Sérgio Moro e ao coordenador do Ministério Público Federal na Operação Lava Jato no Paraná, o Procurador da República Deltan Dallagnol.⁵⁸⁸

Numa outra entrevista concedida no dia 14/12/2016, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que a decisão do Ministro Luiz Fux sobre a tramitação do Projeto de Lei das “10 Medidas Contra a Corrupção” – Fux entendeu que esse Projeto de Lei, de iniciativa popular, não poderia ter sido desvirtuado pela Câmara dos Deputados, razão pela qual o Senado deveria devolvê-lo à Câmara para nova deliberação⁵⁸⁹ – era um “AI-5 do Judiciário”. Além disso, Gilmar afirmou: “Melhor fechar o Congresso e entregar as chaves ao Dallagnol” [coordenador da força-tarefa do MPF na Operação Lava Jato].⁵⁹⁰

Em debate realizado no dia 3/4/2017, o Ministro Gilmar Mendes criticou a composição do Tribunal Superior do Trabalho e o Partido dos Trabalhadores, ao afirmar que: “O TST foi o laboratório do PT, foi onde deu certo. E o aparelhamento foi exitoso exatamente

impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff foi um ‘tropeço na democracia’. [...] ‘A cada 25, 30 anos, no Brasil, nós temos um tropeço na nossa democracia. Lamentável. Quem sabe vocês, jovens, consigam mudar o rumo da nossa história’, afirmou o ministro. Questionado nesta quinta por jornalistas sobre a frase de Lewandowski, Gilmar Mendes afirmou que o processo de *impeachment* ocorreu com ‘normalidade’ e o único ‘tropeço’, na opinião dele, foi o fatiamento da votação, que possibilitou a Dilma, embora destituída da Presidência, manter o direito de exercer cargo público. Na presidência da sessão do Senado, Lewandowski admitiu o fatiamento. ‘Eu tenho a impressão de que esse processo [*impeachment*] correu com normalidade, essa é a minha impressão. Vocês sabem que esse processo, em linha de princípio, foi ele até exageradamente regulado pelo Supremo Tribunal Federal, que praticamente emitiu uma norma complementando a lei do crime de responsabilidade. Eu acho que o único tropeço que houve foi aquele do fatiamento, daquele DVS [destaque para votação em separado] da Constituição, no qual acho que teve contribuição decisiva do presidente do Supremo’, afirmou Mendes.” (G1. Lewandowski aponta ‘tropeço na democracia’; Gilmar Mendes critica. 29/6/2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/09/lewandowski-aponta-tropeco-na-democracia-gilmar-mendes-critica.html>>. Acesso em: 16/7/2018)

⁵⁸⁶ R7. “Vossa excelência, por favor, me esqueça”, bate-boca é mais um capítulo de divergência entre ministros do STF. 17/11/2016. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/brasil/vossa-excelencia-por-favor-me-esqueca-bate-boca-e-mais-um-capitulo-de-divergencia-entre-ministros-do-stf-17112016>>. Acesso em: 10/7/2018.

⁵⁸⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 4.850/2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>>. Acesso em: 18/8/2018.

⁵⁸⁸ MASCARENHAS, Gabriel. Gilmar Mendes diz que proposta defendida por Moro é coisa de “cretino”. Folha de São Paulo, 23/8/2016. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/08/1806132-gilmar-mendes-diz-que-proposta-defendida-por-moro-e-coisa-de-cretino.shtml>>. Acesso em: 10/7/2017.

⁵⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n.º 34.530. Relator Ministro Luiz Fux. Decisão monocrática. Julgado em 14/12/2016.

⁵⁹⁰ ESTADÃO. Para Gilmar Mendes, decisão de Fux é o ‘AI-5 do Judiciário’. 15/12/2016. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/noticias/geral,para-gilmar-mendes-decisao-de-fux-e-o-ai-5-do-judiciario,10000094690>>. Acesso em: 10/7/2018.

no âmbito do TST”. E continuou: “Hoje, o tribunal é composto por muitos simpatizantes que foram indicados pela CUT.”⁵⁹¹

Em entrevista (11/5/2017), o Ministro Gilmar Mendes se referiu ao Ministro Marco Aurélio Mello como “velhaco” e como alguém que nunca foi “grande coisa do ponto de vista ético, moral e intelectual”.⁵⁹²

Em outra oportunidade (5/9/2017), o Ministro Gilmar Mendes, referindo-se ao então Procurador-Geral da República Rodrigo Janot, afirmou que este, “mais uma vez, deu curso à sua estratégia de delinquente e fez uma chantagem com o Supremo Tribunal Federal”, ao se referir à manifestação de Janot de que o STF deveria se justificar publicamente sobre supostas conversas em interceptações telefônicas que mencionavam favorecimentos a determinados réus.⁵⁹³

Em outro momento (em 6/4/2018), o Ministro Gilmar Mendes criticou a capacidade de seus colegas (os outros ministros do STF), ao afirmar que “foram péssimas indicações para o Supremo. Pessoas que não eram conhecidas foram indicadas, não tinham formação, não tinham pedigree”. Continuou a crítica aos seus pares dizendo que as nomeações ao STF “eram para preencher vagas como de simpatizantes do MST, de causas, de grupo afro, sem respeitar a institucionalização do País, por ser amigo de algum político”.⁵⁹⁴

Em entrevista, mesmo diante de uma jurisprudência pacífica acerca da inelegibilidade de réus condenados em segunda instância, os Ministros Luiz Fux e Gilmar Mendes afirmaram à imprensa, em 24/4/2018, que ainda não estava decidido se o ex-Presidente Lula poderia ou não se candidatar à Presidência da República.⁵⁹⁵ Isso encorajou o

⁵⁹¹ G1. Gilmar Mendes chama Tribunal Superior do Trabalho de 'laboratório do PT'. 3/4/2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/gilmar-mendes-chama-tribunal-superior-do-trabalho-de-laboratorio-do-pt.ghtml>>. Acesso em: 10/7/2018.

⁵⁹² CONGRESSO EM FOCO. Gilmar Mendes ataca Marco Aurélio Mello: “De velho a velhaco”. 11/5/2017. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/gilmar-mendes-ataca-marco-aurelio-mello-%E2%80%9Cde-velho-a-velhaco%E2%80%9D/>>. Acesso em: 10/7/2018.

⁵⁹³ RODRIGUES, Fernando. Gilmar chama Janot de “delinquente” e diz que procurador fez “chantagem”. PODER 360, 5/9/2017. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/lava-jato/delinquente-janot-agora-faz-chantagem-com-o-supremo-diz-gilmar-mendes/>>. Acesso em: 10/7/2018.

⁵⁹⁴ GAÚCHA ZH. Ordem de prisão de Lula é ato de “despotismo judicial”, diz Gilmar Mendes. 6/4/2018. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2018/04/ordem-de-prisao-de-lula-e-ato-de-despotismo-judicial-diz-gilmar-mendes-cjfo5wdp607z101ph1c1m5u00.html>>. Acesso em: 10/7/2018.

⁵⁹⁵ “Os ministros Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, e Luiz Fux, próximo presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), além do STF, admitiram durante um evento sobre notícias falsas (*fake news*, na tradução em inglês), nesta terça-feira, a possibilidade de o ex-presidente Lula ser solto. Ele apela à Justiça, em grau de recurso; na Segunda Turma do Supremo, que será virtual. E, ainda, ser registrado como candidato. [...] O ministro [Gilmar Mendes] acrescentou que existe a possibilidade de o STF diminuir a pena do ex-presidente. Ele se baseia na interpretação de que Lula teria cometido apenas um crime; não os dois a que foi condenado (corrupção e lavagem de dinheiro). ‘— É preciso discutir se os dois crimes a que ele foi condenado são realmente dois crimes’ — afirmou. [...] Já o ministro Luiz Fux não descartou a possibilidade de Lula ter sua candidatura à presidência registrada em agosto, como o partido destacou que faria. — ‘Evidente que, se o STF

Partido dos Trabalhadores (PT) a manter a pré-candidatura de Lula mesmo estando este preso cumprindo sua pena privativa de liberdade após condenação em segunda instância, o que foi determinante para as diversas estratégias políticas, candidaturas e coligações partidárias que estavam se formando no país.⁵⁹⁶

As manifestações acima deixam transparecer a existência de preferências ideológicas ou políticas opostas entre os ministros do STF, a tentativa de implementarem a sua agenda, dentro e fora da Corte, bem como o fato de que a imprensa, sabendo disso, explora muito bem o acirramento entre eles e auxilia a aumentar a polêmica acerca desses embates. Com isso, o prestígio, a credibilidade e a autoridade da Corte são maculados. Mas não é só. Nos próprios julgamentos colegiados, passaram a ser comuns discussões e críticas recíprocas sobre condutas individuais de ministros.

Embates pessoais e fora de propósito marcariam a sessão plenária de julgamento de 21/3/2018. Nessa sessão, o Ministro Gilmar Mendes passou novamente a atacar os seus pares. Após criticar a Presidente da Corte, Ministra Cármen Lúcia, pela forma de elaboração da pauta do plenário, e o Ministro Luiz Fux pela retirada da pauta da ação que tratava do auxílio-moradia dos juízes⁵⁹⁷, o Ministro Gilmar Mendes passou a tentar constranger o Ministro Barroso pela decisão da Primeira Turma em relação à autorização para o aborto até o terceiro mês de gestação, em que Barroso havia sido o relator⁵⁹⁸: “– Ah, agora eu vou dar uma

deferir uma liminar, e o TSE vem abaixo dele. Manda quem pode e obedece quem tem juízo. Se o Supremo emitir uma ordem eu terei que, necessariamente, cumprir’ — conclui.” (CORREIO DO BRASIL. Ministros do STF já admitem que Lula pode ser solto e se candidatar. 24/4/2018. Disponível em: <<http://www.correiodobrasil.com.br/ministros-stf-admitem-lula-solto-candidatar/>> Acesso em: 12/7/2018)

⁵⁹⁶ “O acordo que garantiu a neutralidade do PSB na eleição presidencial mostra que, mesmo preso, o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, condenado na Operação Lava Jato, mantém forte influência no jogo político nacional. [...] Petistas comemoram a manobra, com razão, mas sabem que o maior dos desafios ainda está por vir. Toda a estratégia de insistir na candidatura de Lula até o limite da Justiça tem como principal objetivo garantir que o ex-presidente esteja no horário eleitoral da TV a partir do dia 31 de agosto. Ministros do TSE ouvidos pelo Estado disseram, porém, que o caso de Lula deve ser julgado pela corte eleitoral antes disso. Se a tendência se confirmar, Lula e o PT serão obrigados a rever a estratégia, corrigir a rota e antecipar a escolha do substituto do ex-presidente na corrida presidencial, o chamado plano ‘B’.” (GALHARDO, Ricardo. Análise: Preso, Lula mantém influência em jogo político. *Estadão*, 1º/8/2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,analise-presos-lula-mantem-influencia-em-jogo-politico,70002426055>>. Acesso em: 31/8/2018)

⁵⁹⁷ “*Ex positis*, defiro o pedido das partes, para remeter a Ação Originária 1946, a Ação Originária 1773, a Ação Originária 1776, a Ação Originária 1975, a Ação Cível Originária 2511 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5645 à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, a fim de que as partes processuais respectivas alcancem solução consensual para a lide nelas versada. Em consequência, retirem-se temporariamente as referidas ações da pauta de julgamentos do Plenário deste Supremo Tribunal Federal, até ulterior deliberação nestes autos.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Originária n.º 1773/DF. Decisão monocrática. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 21/3/2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314033184&ext=.pdf>>. Acesso em: 31/8/2018)

⁵⁹⁸ “[...] Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos

de esperto e vou conseguir a decisão do aborto, de preferência na turma com dois, com três ministros”. Em razão disso, Barroso retrucou de imediato: “– Me deixe de fora desse seu mau sentimento. Você é uma pessoa horrível. Isso não tem nada a ver o que está sendo julgado”. E continuou: “– A vida para vossa excelência é ofender as pessoas. Vossa excelência é uma desonra para todos nós. Vossa excelência desmoraliza o tribunal”. E, por fim, afirmou: “– Já ofendeu a presidente [Ministra Cármen Lúcia], ofendeu o ministro Fux, e agora me ofende. O senhor é a mistura do mal com o atraso e pitadas de psicopatia”. A Presidente da Corte, Ministra Cármen Lúcia, anunciou a suspensão da sessão, mas o Ministro Gilmar Mendes pediu a palavra e, dirigindo-se a Barroso, afirmou: “– O senhor deveria fechar seu escritório de advocacia”.⁵⁹⁹

Diante de algumas posturas e manifestações depreciativas em relação a outras autoridades judiciais, já houve diversos protestos de movimentos sociais contra ministros do STF⁶⁰⁰, inclusive alguns que contaram com a participação de associações de juízes e membros do Ministério Público⁶⁰¹.

Além disso, a imagem do STF, como guardião da Constituição, é arranhada quando os seus membros fazem mau uso do seu poder e da sua independência. Aliás, esse fato já parece ser de conhecimento dos próprios ministros da Corte. Em 27/6/2018, durante o

fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 124306, Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 9/8/2016, processo eletrônico DJe-052, divulg. 16/3/2017, public. 17/3/2017)

⁵⁹⁹ FOLHA DE SÃO PAULO. Barroso diz que Gilmar tem “pitadas de psicopatia” e sessão do STF é suspensa. 21/3/2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/03/barroso-diz-que-gilmar-tem-pitadas-de-psicopatia-e-sessao-do-stf-e-suspensa.shtml>>. Acesso em: 10/7/2018.

⁶⁰⁰ “Manifestantes do movimento Vem Pra Rua fazem um ato na orla da Praia de Copacabana, zona sul do Rio, na manhã deste domingo, 27, na altura do posto 5. [...] Eles gritam ‘Fora, Gilmar’ e também pedem mais celeridade da presidente do STF, Cármen Lúcia, para julgar os pedidos de suspeição de Mendes. Alguns também levam bonecos do juiz federal Sérgio Moro e usam camisas com fotos dos procuradores da Lava Jato.” (EXAME. Vem pra Rua protesta no Rio e pede saída de Gilmar Mendes. 27/8/2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/vem-pra-rua-faz-manifestacao-no-rio-pedindo-saida-de-gilmar-mendes/>>. Acesso em: 10/7/2018)

⁶⁰¹ “Artistas, juízes, procuradores, servidores do Judiciário e militantes do Movimento Vem Pra Rua protestaram, na quinta-feira (24), pela suspeição do ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Gilmar Mendes, após decisões do magistrado em casos relacionadas à Lava-Jato no Rio. Na última segunda-feira (21), o procurador-geral da República, Rodrigo Janot, pediu o impedimento do ministro. A Associação dos Juízes Federais (Ajufe) e a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) pedem que a presidente do STF, ministra Cármen Lúcia, se manifeste em relação a atos recentes de Gilmar Mendes. Segundo o jornal O Globo, a Ajufe cobra que Cármen Lúcia defenda o juiz Marcelo Bretas, responsável pela Lava-Jato no Rio, que foi alvo de críticas do ministro do Supremo. Já a ANPR espera que o pedido de suspeição de Gilmar Mendes seja votado em plenário pelo STF. [...] A manifestação também prestou apoio a Bretas, ironizado por Gilmar Mendes – o ministro do Supremo disse que, ‘em geral, o rabo não abana o cachorro, é o cachorro que abana o rabo’. O juiz de primeira instância prendeu Barata Filho pela segunda vez, após concessão de liberdade pelo ministro do STF. Na quinta-feira (17), Gilmar Mendes mandou soltar o empresário mais uma vez, motivando o pedido de suspeição de Janot.” (GAÚCHA ZH. Artistas, juízes e procuradores protestam contra Gilmar Mendes. 25/8/2017. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2017/08/artistas-juizes-e-procuradores-protestam-contra-gilmar-mendes-9879471.html>>. Acesso em: 10/7/2018)

juízo da questão referente à prorrogação de prazo para a adesão à previdência complementar, o Ministro Gilmar Mendes, ao criticar o Ministro Fux, relator no julgamento da Corte que entendeu ser inconstitucional o pagamento parcelado dos precatórios, assim afirmou: “– Nós já temos as mãos queimadas em matéria de controle de emenda constitucional com aquele caso dos precatórios, em que produzimos um verdadeiro desastre”. Em resposta imediata, o Ministro Luiz Fux rebateu a crítica: “– Nós estamos não com as mãos queimadas. Estamos com o corpo todo queimado porque há outras decisões que também que são muitos díspares do ideário do Supremo”.⁶⁰²

Tais manifestações públicas são menos uma prática constitucional e mais o exercício abusivo de uma posição. Como refere Conrado Hübner Mendes, “as respostas terão menos relação com o direito e com a Constituição do que com inclinações políticas, fidelidades corporativistas, afinidades afetivas e autointeresse”.⁶⁰³

Manifestações públicas sobre casos não julgados possuem grande impacto no comportamento dos demais atores políticos, pois têm relevância para os seus cálculos e estratégias. Entrevistas, palestras e outras manifestações laterais podem encorajar ou desencorajar determinadas ações dos outros atores, aumentar ou diminuir seu poder de barganha, enfim, influenciar de forma relevante o jogo político.⁶⁰⁴

Além disso, observa-se que as críticas de cada ministro do STF aos seus pares têm como questão de fundo a violação das “regras do jogo”, ou seja, o uso estratégico das regras processuais para produzir os fins almejados por eles. E isso é extremamente problemático, pois o STF deveria exatamente garantir que as regras do jogo democrático fossem respeitadas.

⁶⁰² G1. Libertado pela Segunda Turma do STF, José Dirceu já está em casa. 27/6/2018. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/06/libertado-pela-segunda-turma-do-stf-jose-dirceu-ja-esta-em-casa.html>>. Acesso em: 10/7/2018.

⁶⁰³ “Se a Lei Orgânica da Magistratura proíbe juízes de se manifestarem sobre casos da pauta, como podem ministros antecipar posições a todo momento nos jornais? A lista de perguntas poderia seguir, mas já basta para notar o que importa: as respostas terão menos relação com o direito e com a Constituição do que com inclinações políticas, fidelidades corporativistas, afinidades afetivas e autointeresse.” (MENDES, Conrado Hübner. Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP. *Folha de São Paulo*, 28/1/2018. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>. Acesso em: 19/2/2018)

⁶⁰⁴ “A fala de um ministro em uma palestra ou entrevista, oficial ou não, pode ser interpretada como expressão de simpatia por uma determinada posição, encorajando ou desencorajando o ajuizamento de certos tipos de ação e o uso de certos tipos de argumento (Bulla; Aguiar, 2016; “Gilmar Mendes chama Tribunal Superior do Trabalho de ‘laboratório do PT’”, 2017; “Impeachment foi ‘tropeço da democracia’, diz Lewandowski”, 2016). O discurso oficial do presidente do tribunal ou mesmo um comentário lateral feito a jornalistas após uma sessão pode indicar insatisfação e resistência judicial futura com o desenrolar de algum plano de ação no Congresso (Arguelhes; Ribeiro, 2015; Davis, 2011).⁸ Essas formas de sinalização têm pesos e alcances distintos, mas, em alguma medida, sempre tomam de empréstimo a autoridade da decisão futura para informar (e influenciar) hoje os cálculos dos atores políticos.” (ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. Novos estudos CEBRAP, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan.-abr. 2018. p. 17)

Ademais, esses ataques recíprocos entre os ministros da Corte brasileira agravam o problema da crise política. Ao levar o nível dos debates para críticas pessoais, direcionadas aos seus pares e a outras autoridades do Judiciário e do Ministério Público, os juízes constitucionais fragilizam a autoridade do STF, num momento em que ele deveria garantir a estabilidade das instituições democráticas.

Ainda que alguém possa defender o exercício do direito de crítica por parte de um ministro da Corte Constitucional, fato é que essas manifestações parecem representar o exercício abusivo da posição de juiz constitucional. Em razão da grande independência outorgada para o exercício da função, e das dificuldades de controle e de prestação de contas – em razão não somente do desenho institucional, mas também da ausência de cultura jurídica de correição dos ministros do STF pelo próprio órgão –, um ministro da Corte Constitucional brasileira pode abusar da sua posição sem que sofra qualquer tipo de constrangimento ou punição.

Enfim, essas manifestações públicas têm se revelado uma forma incontrolável de exercício arbitrário das prerrogativas constitucionais outorgadas aos ministros da Corte Constitucional brasileira e, num sentido mais amplo, de utilização abusiva do próprio constitucionalismo.

Mas o abuso de prerrogativas constitucionais não se encerra nesta prática. Como adiante se mostrará, o STF tem suspenso a efetivação de direitos constitucionais pelo uso abusivo do instituto constitucional da repercussão geral, um instrumento legal utilizado contra o próprio constitucionalismo.

3.5. O contraconstitucionalismo supremo: a suspensão dos direitos constitucionais pelo STF

Richard Albert chama de contraconstitucionalismo as formas de constitucionalismo democrático que alcançam o oposto da promessa do constitucionalismo, que, segundo o autor, é a democracia participativa. Para Albert, as constituições contraconstitucionais não são consistentes com a promessa do constitucionalismo democrático.⁶⁰⁵

⁶⁰⁵ ALBERT, Richard. Counterconstitutionalism. *Dalhousie Law Journal*, v. 31, n. 1, p. 1-54, Spring 2008. p. 4.

Com base nessa perspectiva, pretende-se abordar aqui o que ora se denomina de contraconstitucionalismo supremo, ou seja, como o Supremo Tribunal Federal tem atuado contra o constitucionalismo democrático, quando, utilizando-se do instituto da repercussão geral⁶⁰⁶, suspende o julgamento de milhares de ações que tramitam no país e passa vários anos sem proferir qualquer decisão, mesmo quando já existe jurisprudência pacífica sobre a questão.

No Brasil, o STF exerce o *judicial review* pelos mecanismos institucionais do controle difuso e do controle concentrado. O controle difuso de constitucionalidade é realizado pelo Supremo, em geral, pelo recurso extraordinário. Um dos requisitos para o recebimento do recurso extraordinário pelo STF é a existência de repercussão geral⁶⁰⁷, conforme dispõe o art. 102, § 3º, da Constituição Federal.⁶⁰⁸

Ocorre que, uma vez reconhecida a repercussão geral, bem como a relação de prejudicialidade entre a decisão que será proferida no Recurso Extraordinário e a dos

⁶⁰⁶ A repercussão geral passou a ser requisito para admissibilidade do recurso extraordinário a partir da Emenda Constitucional n.º 45/2004, que acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 102 da Constituição Federal. Segundo Paulo Blair: “Tal medida foi recebida expressamente como meio de contenção seletiva dos recursos extraordinários, de modo a viabilizar uma redução no volume de recursos extraordinários apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, e assim permitir que aquela corte se debruçasse, na via de controle de constitucionalidade, apenas sobre questões de maior relevância e repercussão. Manifestações de juristas carregam, não sem polêmica, a expectativa de que esta medida contribua para uma maior celeridade nos feitos e para um aprofundamento do papel de análise de matérias estritamente constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal” (OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. *Jurisdição, racionalidade e a construção do sentido dos direitos fundamentais: riscos e possibilidades no uso da repercussão geral dos recursos extraordinários*. 2011. 198 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2011).

⁶⁰⁷ No plano infraconstitucional, art. 1.035 do Novo CPC disciplina a repercussão geral. Assim, no recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, que será examinada exclusivamente pelo STF. O STF somente pode inadmitir o recurso extraordinário, por ausência de repercussão geral, pela manifestação de 2/3 de seus membros, isto é, pelo voto de 8 ministros (art. 102, § 3º, CF). O objetivo é que a questão a ser analisada pelo STF transcenda o mero interesse particular das partes e que a apreciação da questão constitucional tenha um interesse geral. Repercussão geral é conceito jurídico indeterminado, que veio a ser disciplinado no § 1º do art. 1.035 do Novo CPC. Haverá repercussão geral quando existirem “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”. Tais hipóteses deverão ser analisadas no caso concreto. Também haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que (art. 1.035, § 3º, NCPC): “I – contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; II – [revogado]; III – tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal”. Nesses casos, há presunção absoluta de repercussão geral. A repercussão geral deverá ser demonstrada pelo recorrente em preliminar do recurso extraordinário. Cabe exclusivamente ao STF apreciar a existência de repercussão geral. Na análise da repercussão geral, será admitida a intervenção de terceiros (art. 1.035, § 4º, CPC/2015). Como regra, caberá ao plenário examinar a existência de repercussão geral, já que o RE somente pode ser inadmitido pelo voto de 2/3 de todos os seus membros. Isso equivale a 8 dos 11 ministros, como já se expôs. Entretanto, se uma das turmas do STF (que tem duas turmas, compostas cada qual por 5 ministros), pelo voto de pelo menos 4 ministros, entender que existe repercussão geral, ficará dispensada a remessa do RE ao plenário. Isso porque, se o STF somente pode inadmitir o recurso por falta de repercussão geral pelo voto de 8 dos 11 ministros, caso quatro ministros votem no sentido de que há repercussão geral, não será mais possível atingir o número de 8 ministros necessários para negá-la.

⁶⁰⁸ Constituição Federal: “Art. 102 [...] § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

processos versando sobre matéria idêntica em curso no STJ, no TST, nos TRFs, nos TRTs e nos TJs, poderá o ministro relator do STF, monocraticamente, determinar o sobrestamento de todos os processos até o julgamento da matéria pelo plenário da Corte. Tal entendimento, que estava consolidado na jurisprudência do STF⁶⁰⁹, foi previsto expressamente no art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil de 2015.

A fim de que as ações não ficassem indefinidamente suspensas, o CPC/2015 (art. 1.035), na sua redação original, limitou o tempo de sobrestamento em, no máximo, 1 ano. O parágrafo 10 do mesmo artigo, que estabelecia que cessaria a suspensão dos processos sobrestados (retornando-se ao seu curso normal) caso o STF não julgasse a matéria nesse prazo⁶¹⁰, no entanto, foi revogado pela Lei n.º 10.256/2016, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015.

Isso até não seria tão problemático não fosse o fato de que a revogação do dispositivo foi postulada por ministros de tribunais superiores, bem como que diversas ações contra o governo federal, que envolvem jurisprudência sedimentada do STF sobre matéria de direito, estão indefinidamente suspensas, como se mostrará a seguir.

Inicialmente, alguns ministros do STF pediam que a entrada em vigor do CPC/2015 fosse adiada, para antes se ouvir a Corte Constitucional sobre os dispositivos que a afetavam.⁶¹¹ Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) encaminhou um Ofício ao Senado Federal para pedir a revogação do referido parágrafo 10⁶¹² – que previa que os

⁶⁰⁹ “A prejudicial suscitada consubstancia-se em uma prioridade lógica necessária para a solução de casos que versam sobre a mesma questão. [...] Questão resolvida, com a determinação de sobrestamento das causas relativas ao Termo de Acordo de Regime Especial que estiverem em curso no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios até o deslinde da matéria pelo Plenário da Suprema Corte. [...] O Plenário decidiu também que, a partir desse julgamento, os sobrestamentos poderão ser determinados pelo Relator, monocraticamente, com base no art. 328 do RISTF” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º RE 576155, Questão de Ordem, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 11-6-2008, *DJe*-172 divulg. 11-9-2008 public. 12-9-2008 ement. vol.-02332-05 p-01048 *LEXSTF* v. 30, n. 360, 2008, p. 246-255).

⁶¹⁰ Redação do referido parágrafo que foi revogado pela Lei n.º 10.256/2016: “§ 10. Não ocorrendo o julgamento no prazo de 1 (um) ano a contar do reconhecimento da repercussão geral, cessa, em todo o território nacional, a suspensão dos processos, que retomarão seu curso normal.”

⁶¹¹ RECONDO, Felipe. Gilmar Mendes defende adiamento do novo CPC. *Jota*, 23/6/2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/gilmar-mendes-defende-adiamento-do-novo-cpc-23062015>>. Acesso em: 12/7/2018.

⁶¹² Embora a redação original do projeto de lei aprovado na Câmara dos Deputados não previsse a revogação do § 10 do art. 1035 do CPC/2015, foi encaminhado pelo Superior Tribunal de Justiça ao Senado Federal, onde constava o seguinte “pleito” de revogação do referido dispositivo: “Além do mais, afronta a racionalidade na gestão processual admitir o retorno da tramitação de inúmeros recursos pelo mero transcurso do prazo de um ano de suspensão nos casos de matéria cuja análise está sendo feita pelo STF, razão por que o § 10 do art. 1.035 do novo CPC convida a sua própria revogação.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ofício. Assunto: PCL n. 168/2015, admissibilidade do recurso especial e extraordinário. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Min. Isabel Gallotti, Min. Marco Buzzi, Min. Paulo Dias de Moura Ribeiro. 14/12/2015. Disponível em:

processos suspensos no STF voltariam a tramitar se ultrapassado o prazo de um ano do reconhecimento da repercussão geral sem julgamento. Então, no parecer do Relator da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, constou essa revogação – curiosamente, com os exatos termos utilizados no Ofício do STJ.⁶¹³

Embora possa se reconhecer a utilidade da suspensão, por questões de isonomia e segurança jurídica, o problema é o seu desvirtuamento, ou seja, o exercício abusivo de tal norma processual.

Em diversos casos, no Brasil, observa-se que o STF se utiliza da suspensão dos processos judiciais – que possuem como ponto controvertido a questão constitucional discutida em repercussão geral – como mecanismo para atender a interesses do governo federal. A partir disso, surge a hipótese de que o Supremo, pareado com os interesses do governo federal, não julga a questão e mantém suspensos os processos que versam sobre essas questões, a fim de evitar que as condenações judiciais contra a União sejam pagas.

Analisando-se todas as suspensões determinadas pelo STF, em razão da repercussão geral, desde a entrada em vigor do CPC/2015 até a data da presente pesquisa (12/7/2018), relativos a temas ainda não julgados até esta data, observa-se que, dos 29 temas, 17 são de natureza tributária; 9 temas envolvem direitos ou deveres da Fazenda Pública, com interesse econômico direto desta; e apenas 3 temas referem-se a questões em que não há interesse econômico direto do governo.⁶¹⁴ Isto é, considerando-se todos os temas que geraram suspensão de ações em razão de repercussão geral (na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/2015)

<<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3995013&disposition=inline>>. Acesso em: 12/7/2018. p. 4)

⁶¹³ No parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado sobre o Projeto de Lei da Câmara, feito pelo Relator, Senador Blairo Maggi, passou a constar a revogação do referido § 10 do art. 1035 do CPC/2015, sendo utilizados, como justificativa, os exatos termos utilizados pelos Ministros do STJ no seu “pleito” de revogação do dispositivo: “Além do mais, afronta a racionalidade na gestão processual admitir o retorno da tramitação de inúmeros recursos pelo mero transcurso do prazo de um ano de suspensão nos casos de matéria cuja análise está sendo feita pelo STF, razão por que o § 10 do art. 1.035 do novo CPC convida a sua própria revogação”. (BRASIL. Senado Federal. Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 168, de 2015. Relator Senador Blairo Maggi. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3994950&disposition=inline>>. Acesso em: 12/7/2018. p. 14)

⁶¹⁴ Os temas são identificados pelo STF por números. De 18/3/2016 (data da entrada em vigor do CPC/2015) até 12/7/2018 (data da pesquisa), considerando-se as suspensões determinadas pelo STF em razão de repercussão geral, é possível observar que: a) possuem natureza tributária os temas de número: 32, 64, 179, 176, 160, 437, 490, 520, 653, 669, 736, 933, 884, 918, 881, 885, 517; b) os seguintes temas envolvem direitos ou deveres da Fazenda Pública, de natureza não-tributária: 45, 112, 131, 521, 899, 897, 864, 976, 966; e c) são temas em que não há interesse econômico do Estado: 944, 822, 992. (Pesquisa realizada a partir da coleta de dados realizada a partir da tabela de temas disponibilizada pelo STF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral, Suspensão Nacional. Temas em repercussão geral nos quais determinada a suspensão nacional dos processos tramitando sobre a mesma matéria, nos termos do art. 1.035, § 5º, do CPC. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=repercussaoTemasSuspensao&pagina=principal>>. Acesso em: 12/7/2018)

e ainda não foram julgados, em 89% deles estão envolvidos diretamente interesses do governo.

Considerando esse dado, é preciso analisar quais são os impactos gerados por essas suspensões “em razão da repercussão geral”.

Segundo dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, em 26/6/2018, havia 1.523.626 processos sobrestados em razão do instituto da repercussão geral⁶¹⁵ – podendo esse quantitativo ser ainda bem superior, diante da deficiência de fornecimento de dados por diversos tribunais (por exemplo, há informação apenas de 9 dos 24 Tribunais Regionais do Trabalho).

Observa-se, assim, que a utilização da suspensão dos processos pelo reconhecimento da repercussão geral tem gerado, na prática, a negativa da Justiça àqueles que alegam possuir um direito constitucional, muitas vezes já reconhecido pelas instâncias judiciais ordinárias. Vale dizer, o direito de natureza constitucional é garantido pelas demais instâncias ordinárias, mas o STF, que deveria ser guardião da Constituição, atua, na prática, para impedir que esses direitos sejam efetivados, gerando um estado permanente de *non liquet*.

A questão se torna ainda mais problemática porque essa prática do STF – de suspender ações indefinidamente e não julgar a questão de fundo – se coloca como uma espécie de regra supraconstitucional, na medida em que os próprios tribunais superiores trabalharam politicamente junto ao Congresso Nacional para que o prazo de suspensão não se limitasse a apenas um ano. Assim, não há qualquer indicativo de que haveria o seu cumprimento mesmo se o prazo máximo de suspensão fosse mantido na legislação. A colocação da questão fora do alcance da modificação legislativa e dos limites do constitucionalismo (supraconstitucionalismo)⁶¹⁶ também é uma prática de contraconstitucionalismo judicial.

⁶¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral. Informações Consolidadas. Processos sobrestados em razão da repercussão geral. Dados consolidados em 26/6/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=sobrestadosrg>>. Acesso em: 12/7/2018.

⁶¹⁶ “Supraconstitutionalism is a second form of democratic constitutionalism that runs counter to participatory democracy. Its defining practice is to hierarchize rights in such a way as to place certain rights beyond the reach of a democratically mobilized people, and effectively outside of the bounds of constitutionalism. Though its purpose is to stand in defense of fundamental rights deemed untouchable, supraconstitutionalism may actually divest those fundamental rights of their force in the process of elevating them above other rights. Both contraconstitutionalism and supraconstitutionalism work against the establishment and development of a constitutional culture that is anchored in participatory democracy.” (ALBERT, Richard. Counterconstitutionalism. *Dalhousie Law Journal*, v. 31, n. 1, p. 1-54, Spring 2008. pp. 4/5)

Portanto, o problema que se apresenta é sobre se a Corte Constitucional brasileira estaria atuando para proteger a Constituição e os direitos fundamentais ou, ao revés, quando há interesse do governo, estaria agindo para suspender o exercício dos direitos constitucionais garantidos pelas instâncias ordinárias. Essa questão é central, pois, a depender da resposta, seria possível questionar o próprio fundamento de existência de uma corte constitucional.

Com efeito, se um tribunal constitucional atua mais para adiar ou suspender o exercício de direitos constitucionais já garantidos pelas instâncias ordinárias, a sua própria necessidade dentro do sistema judicial é colocada em questão. Enfim, esta é uma prática extremamente antidemocrática e contrária ao Estado de Direito, pois alija os cidadãos do exercício dos seus direitos constitucionais contra o governo. Trata-se, portanto, de um verdadeiro contraconstitucionalismo supremo.

3.6. O constitucionalismo de camuflagem judicial e a Corte Constitucional brasileira

Uma das grandes questões a serem enfrentadas, ao se analisar a real capacidade de a Corte Constitucional brasileira melhorar as condições democráticas do país, é aquilo que se encobre ou distorce em nome da Constituição. É preciso investigar empiricamente o que Richard Albert denomina de constitucionalismo de camuflagem.

Para Albert, há nações cujas constituições refletem a maioria ou todas as virtudes constitucionais, mas o que seus textos constitucionais proclamam, em verdade, escondem uma grande escuridão. Nesses casos, os textos constitucionais são simples pretensões externadas para encobrir motivos falsos, como para apaziguar ou enganar a comunidade internacional, seus próprios cidadãos ou encobrir estruturas de desequilíbrio e desigualdade. Nesse tocante, Albert afirma que os Estados mais autoritários do mundo possuem constituições escritas que pretendem tornar cidadãos mais importantes na ordem constitucional e garantir-lhes direitos democráticos liberais, mas, na prática, os seus líderes negam aos seus cidadãos até as liberdades mais básicas.⁶¹⁷

⁶¹⁷ “Yet even constitutions that exhibit one or more constitutional virtues can sometimes distort the promise of constitutionalism. Consider what I call camouflage constitutionalism. Some states adopt constitutions reflecting most if not all of the constitutional virtues. But what their constitutions proclaim on their face conceals the darkness that lurks beneath. Constitutional virtues are sometimes mere pretense for disingenuous motives, for instance to appease or mislead the international community, to deceive their own citizens, or to entrench existing structures of power imbalance and inequality. Proof positive are the most authoritarian states in the world, all of

De um lado, é certo que o constitucionalismo se tornou um poderoso e convincente instrumento para a igualdade, a liberdade, a justiça e a busca interminável para o bem comum. Entretanto, como aponta Richard Albert, sempre haverá aqueles que buscarão se justificar no constitucionalismo para perseguir fins inconsistentes com as suas virtudes, ou seja, eles ficam atrás da tradição do constitucionalismo para se cobrirem do véu de legitimidade que somente ele pode conferir. Enfim, utilizam-se do constitucionalismo para legitimar pretensões ilegítimas. Como aponta Albert, a constituição traz um molde maleável, preenchível, de modo que ela pode servir como um importante instrumento para o império do direito, mas também como um livro didático fraudado pelo interesse próprio dos homens. Assim, o poder do constitucionalismo também pode significar, paradoxalmente, seu trágico fracasso.⁶¹⁸

Segundo Albert, essa discreta desconexão entre retórica e realidade é potencialmente catastrófica para o constitucionalismo, pois a constituição perde o seu respeito da sociedade, já que, nessas situações, a constituição não significa o que ela diz, de modo que o constitucionalismo perde a sua posição moral.⁶¹⁹

Entretanto, o constitucionalismo de camuflagem que se pretende abordar nesta tese não diz respeito àquilo que o texto da constituição encobre, mas àquilo que as cortes constitucionais encobrem com as suas decisões, o que denomino de constitucionalismo de camuflagem judicial. O que os tribunais constitucionais comumente tentam camuflar com o constitucionalismo não é propriamente a realidade social, tampouco a situação da sociedade perante órgãos internacionais (embora isso, por vezes, ocorra), senão o jogo político e de interesses entre os diversos atores. A racionalidade jurídica exposta na argumentação de uma decisão da suprema corte comumente não contém tudo aquilo que levou o julgador a decidir a questão e, mais grave que isso, pode encobrir os jogos de interesses e de poder que estão por trás da decisão. Sob o manto legitimador do constitucionalismo ou com as vestes de um guardião da constituição, a corte constitucional pode encobrir o jogo político que está mascarado com fundamentação jurídico-constitucional. E isso é potencialmente catastrófico para o constitucionalismo.

which have written constitutions that purport to make citizens foremost in the constitutional order and to guarantee them liberal democratic rights. Nothing, of course, could be less truthful because the entrenched leaders in these wicked regimes deny even the most basic freedoms to everyone but themselves.” (ALBERT, Richard. *The Cult of Constitutionalism*. *Florida State University Law Review*, Florida State University College of Law, Tallahassee, Flórida, v. 39, p. 373-416, 2012. p. 398)

⁶¹⁸ ALBERT, Richard. *The Cult of Constitutionalism*. *Florida State University Law Review*, Florida State University College of Law, Tallahassee, Flórida, v. 39, p. 373-416, 2011-2012. p. 399.

⁶¹⁹ ALBERT, Richard. *The Cult of Constitutionalism*. *Florida State University Law Review*, Florida State University College of Law, Tallahassee, Flórida, v. 39, p. 373-416, 2011-2012. p. 400.

A corte constitucional é a última instância em termos de controle de constitucionalidade. Desse modo, do ponto de vista jurídico-institucional, a única forma de, dentro do processo judicial, influenciar e constranger a corte constitucional a tomar essa ou aquela decisão é pelo argumento. Quando se enfrentam juízes constitucionais que se utilizam da argumentação jurídica para encobrir os reais motivos da decisão, chega-se a um caminho desolador.

A desconexão entre os argumentos expostos na decisão e os seus reais motivos ou intenções torna a decisão judicial do STF praticamente incontrolável institucionalmente. Desse modo, quando, na prática, se observa que diversas decisões da Corte Constitucional são tomadas nos bastidores com base em questões que envolvem interesses escusos, isso, do ponto de vista do direito ou do constitucionalismo, leva a um caminho de ceticismo ou de pessimismo. E mais, se revelado o jogo de interesses que está por trás de cada decisão, isso talvez fizesse com que o Tribunal Constitucional brasileiro perdesse a sua própria respeitabilidade.

Além disso, também é preciso considerar os problemas de efetivação dos comandos das cortes constitucionais. A desconexão entre a retórica decisional e a realidade vivencial é potencialmente catastrófica para a autoridade das suas decisões. Assim, a própria realidade poderá se encarregar de combater esse constitucionalismo de camuflagem, quando as decisões da suprema corte, a par de seus judiciosos argumentos, destoam das necessidades práticas da sociedade.

Nesse tocante, é importante analisar um importante instituto que possui grande apelo democrático e popular⁶²⁰, mas que, na prática, tem sido utilizado pelo STF para pseudo legitimar decisões com grande repercussão social, sobretudo quando seria difícil justificar a sua legitimidade judicial para substituir uma decisão do parlamento: as audiências públicas. Tal instituto também tem sido utilizado por tribunais constitucionais de outros países, como os da Argentina e da Colômbia.⁶²¹

⁶²⁰ A esse respeito, Häberle propõe que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais devem ser ampliados e aperfeiçoados especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas intervenções). Para ele, devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. Häberle propõe que o direito processual constitucional deve se tornar parte do direito de participação democrática (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição* (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Fabris, 1977. pp. 46-48).

⁶²¹ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, v. 14, n. 2, p. 1-30, Diciembre 2013. p. 3.

Em relação às questões que envolvem temas polêmicos e são levadas ao STF, há grande discussão sobre os limites da Corte Constitucional, sobre se pode ou não avançar em relação a determinados temas, ou se, ao revés, deveriam ser deixados para decisão do parlamento brasileiro. Assim, é preciso perquirir se o problema do déficit de legitimidade da revisão judicial poderia ser minimizado por um procedimentalismo que incluísse vários setores da sociedade, os quais poderiam participar e influenciar no processo decisório. É nesse contexto que alguns trazem como possível solução a prática das audiências públicas.⁶²²

As audiências públicas em ações de controle de constitucionalidade teriam o objetivo de permitir a manifestação de instituições, de interessados e da sociedade em geral. Mas cabe perquirir se esse mecanismo de intersubjetividade e de participação da sociedade no processo judicial poderia minimizar os problemas de legitimidade das decisões do STF ou, ao revés, se está sendo utilizado, na prática, apenas como instrumento retórico de pseudo legitimação dessas decisões. Além disso, é preciso analisar se as audiências públicas são capazes de influenciar ou ampliar a dialeticidade do processo, ou se são apenas um subterfúgio ou um artefato utilizado abusivamente para camuflar o déficit de legitimidade da Corte Constitucional brasileira.

Aprioristicamente, as audiências públicas constituem-se em importante mecanismo para estabelecer um canal direto entre a Corte Constitucional brasileira e a sociedade, para internalizar, no processo decisório, as diversas razões dos mais variados setores, o que poderia produzir uma decisão mais informada, qualitativamente mais complexa, sobretudo em questões que envolvem outras áreas do conhecimento.

Como aponta Mark Tushnet, as audiências públicas podem efetivamente melhorar o constitucionalismo judicial e político, na medida em que as diversas organizações da sociedade civil podem participar, oferecendo suas visões sobre a interpretação constitucional, além do que “Ministros do Executivo tanto presenciam quanto participam dessas audiências públicas, tornando-as um espaço onde Judiciário e Executivo recebem simultaneamente *input* do público nas questões constitucionais que estão sendo examinadas”.⁶²³

⁶²² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição* (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Fabris, 1977. p. 46

⁶²³ “More recently, scholars have begun to distinguish reasonably sharply between legal (better, ‘judicial’) and political constitutionalism. Legal or judicial constitutionalism lodges final and primary responsibility for constitutional interpretation in the courts; legislators and executive officials may, but need not, take constitutional considerations into account as they act, but the conclusions they reach about constitutional meaning can always be displaced by the judges’ contrary conclusions. Political constitutionalism, in contrast, gives legislators and executive officials a large and honored place in constitutional interpretation, and in some versions give them the final word. The Brazilian public hearings can be understood as blending political and

Contudo, há evidências empíricas de que a utilização das audiências públicas, na prática do STF, está abaixo do potencial de qualidade e legitimidade democrática esperada⁶²⁴, seja pelo reduzido quantitativo de processos em que são convocadas, seja pelo baixo índice de comparecimento dos ministros da Corte às audiências, e, ainda, pela pouca influência que possuem na sua argumentação, como adiante se mostrará.

A Lei n.º 9.868, que previu a possibilidade de realização de audiências públicas, é de 1999. Entretanto, a primeira audiência foi realizada somente em 2007 (na ADI n.º 3.510).⁶²⁵ Até 13/7/2018, data da presente pesquisa, haviam sido realizadas 22 audiências públicas⁶²⁶, e havia apenas 2 audiências públicas agendadas e ainda não realizadas⁶²⁷.

Além disso, há críticos que afirmam que audiências públicas foram convocadas para casos em que não seriam tão necessárias, bem como casos em que elas seriam muito importantes, mas não são convocadas.⁶²⁸

O quantitativo de participantes nas audiências é relativamente alto e eles se apresentam de forma bastante plural, com muitos representantes da sociedade civil,⁶²⁹ o que,

judicial constitutionalism. The hearings are before a court, which has the final word on constitutional interpretation. But, the hearings can involve a large number of civil society organizations offering their views on constitutional interpretation, which can be understood as related to the general practice of political constitutionalism. In addition, ministers from the executive government both attend and participate in the public hearings, making them a locus where the executive government and the judiciary receive simultaneous input from the public on the constitutional issues being examined.” (TUSHNET, Mark. New institutional mechanisms for making Constitutional Law. *Harvard Public Law Working Paper*, New York, n. 15-08, p. 1-18, abr. 2015. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2589178>. Acesso em: 13/7/2018. pp. 16/17)

⁶²⁴ “No entanto, as audiências públicas se revelaram até este estágio inicial do estudo de casos escolhidos um instrumento cuja função deliberativa está abaixo do potencial de qualidade e legitimidade democrática esperada. Pela grandeza e possibilidades ao alcance da figura transformadora do processo decisório, as audiências públicas podem ser melhor aproveitadas e seus resultados dialógicos implicar em maior influência no Plenário.” (SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 236-273, jan.-abr. 2017. p. 267)

⁶²⁵ A primeira Audiência Pública realizada no STF foi convocada pelo então Ministro Carlos Ayres Britto, na ADI n.º 3.510, na qual eram impugnados dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), sobretudo o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Processos. Audiências Públicas Realizadas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?paginaAtual=1&tipo=realizada>>. Acesso em: 13/7/2018)

⁶²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Processos. Audiências Públicas Realizadas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?paginaAtual=1&tipo=realizada>>. Acesso em: 13/7/2018.

⁶²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Processos. Audiências Públicas Previstas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=prevista>>. Acesso em: 13/7/2018.

⁶²⁸ “Audiências públicas são convocadas para casos em que não são necessárias; e quando são necessárias, não são convocadas. E mais: quando são convocadas para casos em que são necessárias, participantes interessados são habilitados como especialistas; e especialistas estudiosos do tema não são escutados. Em referência à audiência pública desta semana, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), que constituiu um grupo de trabalho com o objetivo de oferecer contribuições para a elaboração do Novo Código Florestal, teve seu pedido de inclusão de representante indeferido.” (HERDY, Rachel. Quando a ciência está em jogo, a democracia não importa. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELLES, Diego Wernerck; RECONDO, Felipe. *Onze supremos: o supremo em 2016*. Belo Horizonte: FGV Rio, 2017. p. 47)

em tese, poderia aumentar a qualidade do debate. Além disso, em alguns casos, poderia até ter proporcionado uma interpretação mais refinada e realista⁶³⁰.

Todavia, pesquisas empíricas demonstram que o índice de comparecimento de ministros do STF nas sessões com audiências públicas é bastante baixo. Com efeito, a média de ministros que compareceram às sessões, em casos que não eram o relator e que não a convocaram, é menor que dois para cada audiência.⁶³¹ Como aponta Tiago Sombra, “esse dado indica uma variável capaz de explicar a parca citação das informações colhidas nas audiências pelos demais ministros”.⁶³² Com efeito, grande parte dos ministros sequer mencionou nos seus votos as audiências públicas realizadas no processo que estão julgando.⁶³³

Desse modo, existe certa sobrevalorização da utilização das audiências públicas pelo STF. Isso não afasta a sua importância, como mecanismo de legitimação. Com efeito, há a necessidade de se criar instrumentos efetivos para uma deliberação mais democrática e plural na Corte, diante da dimensão cada vez mais política das suas decisões e do seu déficit de representação. Esse déficit realmente deve ser suprido pela maximização da participação das organizações da sociedade civil nos processos decisórios. Nesse aspecto, as audiências públicas poderiam ser, efetivamente, um mecanismo para democratizar os processos judiciais

⁶²⁹ “Among other topics, the constitutional challenges dealt with laws on stem-cell research, on the possibility of terminating pregnancies of anencephalic fetuses, on affirmative action in the form of strong quotas, and banning the importation of used automobile tires. The number of participants has been reasonably large, ranging from ten to more than fifty. The rapporteur generally has divided the participants into two groups, those favoring a finding of constitutionality and those favoring one of unconstitutionality. The participants have been drawn widely from civil society, typically through ordinary civil society organizations.” (TUSHNET, Mark. New institutional mechanisms for making Constitutional Law. *Harvard Public Law Working Paper*, New York, n. 15-08, p. 1-18, abr. 2015. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2589178>. Acesso em: 13/7/2018. p. 14)

⁶³⁰ “These decisions establish a comprehensive set of criteria that present a more refined and realistic interpretation of the right to health than was exhibited in previous BFSC case law.” (WANG, Daniel W. L.. Courts and Health Care Rationing: The Case of the Brazilian Federal Supreme Court. *Health Economics, Policy and Law*, v. 8, n. 1, p. 75-93, Jan. 2013. p. 82)

⁶³¹ “A média dos Ministros que frequentam as sessões, nas circunstâncias em que não era relator e não as convocou, é menor do que dois Ministros para cada uma delas.” (SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 236-273, jan.-abr. 2017. p. 245)

⁶³² SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 236-273, jan.-abr. 2017. p. 245.

⁶³³ “Nevertheless, experts did not have decisive influence in these public hearings. If they did, their influence would have been imperceptible because the vast majority of the justices' opinions did not mention these hearings.” (SOMBRA, Thiago Luís Santos. Why should public hearings in the Brazilian Supreme Court be understood as an innovative democratic tool in constitutional adjudication?. *German Law Journal*, Frankfurt, v. 17, n. 4, p. 657-690, August 2016. p. 675)

e dar mais legitimidade às decisões do STF, caso fossem mais bem conduzidas e instrumentalmente aproveitadas.⁶³⁴

Poderiam ser um mecanismo para aumentar a legitimidade das decisões ao democratizar o processo judicial, mas, na prática, as audiências públicas são utilizadas mais como um recurso retórico⁶³⁵ do que como uma prática dialógica e construtiva da decisão judicial.⁶³⁶ Embora pudessem ser uma importante e inovadora instância de diálogo judicial, com abertura para vozes não escutadas, as audiências públicas são subutilizadas e, quando utilizadas, são subaproveitadas e distorcidas por vícios ligados às velhas práticas.⁶³⁷

Portanto, empiricamente, a postura do STF em relação às audiências públicas se assemelha mais a uma prática de um constitucionalismo de camuflagem judicial, para maquiagem de “legitimidade” posições previamente tomadas, do que propriamente a uma forma de democratizar o processo e permitir a influência da sociedade civil. Trata-se de um “culto do constitucionalismo definido mais pelo artifício do que pela virtude”.⁶³⁸

⁶³⁴ “Não obstante as Cortes Constitucionais constituam no cenário contemporâneo arenas especiais e fundamentais para a deliberação democrática plural, o Supremo Tribunal Federal ainda necessita aprimorar a dimensão política da representação que desempenha. E o desafio envolve exatamente a maximização da qualidade e da legitimidade de seu processo decisório, algo que as audiências públicas teriam um relevante papel a executar se melhor conduzidas e instrumentalmente aproveitadas, como se pretendeu demonstrar.” (SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 236-273, jan.-abr. 2017. p. 267)

⁶³⁵ “Ao contrário, os votos evidenciaram um elevado apelo retórico, com um diminuto compromisso com a complexidade das informações apresentadas na audiência pública [...]”. (SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 236-273, jan.-abr. 2017. p. 258)

⁶³⁶ “As analyzed in this Article, the court’s allocative inefficiency with the material obtained in public hearings stems to a certain extent from systemic defects common in judicial practices. These defects are contrary to the permanent review of methods, as Mark Tushnet also suspected when he failed to present a conclusive overview in his work. The results show that the hearings have been used essentially for rhetorical purposes within the construction of the judicial deliberation process.” (SOMBRA, Thiago Luís Santos. Why should public hearings in the Brazilian Supreme Court be understood as an innovative democratic tool in constitutional adjudication?. *German Law Journal*, Frankfurt, v. 17, n. 4, p. 657-690, August 2016. p. 689)

⁶³⁷ “En ellos también pudo advertirse de qué modo, las celebradas, atractivas, interesantes instancias de diálogo judicial resultaban finalmente frenadas, desactivadas o distorsionadas por rezagos o vicios ligados a la práctica tradicional. Las valiosas audiencias públicas convocadas por la justicia, en materia de salud, en Brasil; o en relación con la Ley de Medios, en la Argentina, terminaron desembocando en instancias típicas de decisionismo judicial, aunque abiertas, previamente, al reconocimiento de voces antes no escuchadas.” (GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, v. 14, n. 2, p. 1-30, Diciembre 2013. pp. 25/26)

⁶³⁸ “The taxonomy of constitutional basics and constitutional types does not resolve the problem that continues to frustrate the challenge of defining constitutionalism: the crisis of constitutional cultivation. States, subnational governments, associations, unions, groups, and corporations have deployed constitutionalism for purposes both good and evil. We can sometimes cut through the smokescreen of their stated constitutional mission to discern their real constitutional purpose. But that is a terribly complicated inquiry that pushes us well beyond the text of the constitution and pulls us into questions about how the constitution actually works and how it fits within the broader culture of the constitutional community. It may be that a constitution is engaged in the steadfast pursuit of the lofty ideals that constitute civil society. Or it may be that a constitution is engaged in a dishonest project to conceal mal-intent. These enduring unknowns are part of what threaten to devolve what could otherwise be a promising culture of constitutionalism into a cult of constitutionalism defined more by artifice than virtue.”

Enfim, as audiências públicas são um instrumento novo, mas utilizadas pelo STF para velhas práticas. Trata-se de uma forma de constitucionalismo de camuflagem judicial, que, com retóricas democráticas ou de legitimação, encobrem jogos de interesses sub-reptícios.

Portanto, parece haver um longo caminho pela frente para dar conteúdo às formas constitucionais,⁶³⁹ cumprir a promessa constitucional e aumentar o compromisso dos juízes constitucionais com o constitucionalismo democrático. Mas, durante esse processo, é preciso se atentar para essas formas de constitucionalismo abusivo, as quais precisam ser denunciadas e coibidas.

(ALBERT, Richard. The Cult of Constitutionalism. *Florida State University Law Review*, Florida State University College of Law, Tallahassee, Flórida, v. 39, p. 373-416, 2012. p. 415)

⁶³⁹ “The challenge ahead is to move beyond the narrow inquiry of defining constitutionalism. What is a constitution? It matters less the closer we get to cultifying constitutionalism because once we reach that point-let us hope we are not yet there-the community building, democracy-enhancing, and participatory values to which constitutionalism should aspire, will be lost amid the shallow insincerities that constitutions reflect for the sake of appearances alone. We should therefore give less attention to the form of a constitution and more scrutiny to its content. It should matter little, for instance, that a constitution proclaims the separation of powers as its cornerstone if one authority-wielding institution has arrogated to itself all powers and divested the others of theirs. A constitutional text should likewise command minimal deference if it declares fidelity to a righteous mission yet discharges its institutional obligations in ways that betray contrary intentions. Our task is, therefore, to hold constitutions to account for the promises their makers pledge to their communities. Only then may we forestall our descent toward the cultification of constitutionalism and instead rise to keep our commitment to it.” (ALBERT, Richard. The Cult of Constitutionalism. *Florida State University Law Review*, Florida State University College of Law, Tallahassee, Florida, v. 39, p. 373-416, 2012. p. 416)

CAPÍTULO 4) AUTORITARISMO VELADO, DESMEMBRAMENTO CONSTITUCIONAL E GOLPE DE ESTADO JURÍDICO

Não são poucas as críticas de que, em determinadas situações, os ministros do STF decidem e agem de forma autoritária. Algumas vezes, essa afirmação vem seguida de uma pretensão de autocontenção judicial, ou é pronunciada por alguém que é contrário a determinada decisão judicial. Outras vezes, essa crítica é feita para problematizar a atuação da Corte Constitucional brasileira quando avança sobre os espaços do Legislativo e do Executivo. Neste trabalho, também se pretende investigar se os ministros do STF agem de forma autoritária, mas sem uma postulação imediata de autocontenção em razão da matéria. Para além de casos particularizados, busca-se analisar as situações em que os membros do Tribunal Constitucional brasileiro agem individualmente em detrimento do julgamento pelo órgão colegiado, outorgando-se um poder que não lhes foi dado pela Constituição. Para tanto, não se afere o autoritarismo no sentido clássico, senão um autoritarismo que é bem mais difícil de ser identificado. O autoritarismo contemporâneo não é mais aquele em que o agente toma decisões autoritárias fundadas na afirmação do próprio desejo, senão um autoritarismo que está encoberto, oculto, dissimulado, porque busca um discurso ou uma narrativa de legitimação na lei, na Constituição, na “vontade do povo”.

Em razão disso, neste capítulo, procura-se investigar, com o auxílio de pesquisas quantitativas e qualitativas, se os membros da Corte Constitucional brasileira têm atuado procedimentalmente de forma autoritária e, portanto, contrariamente à própria Constituição. Essa atuação procedimental de forma arbitrária tem sido bastante comum na prática, como se mostrará a seguir. São rotineiros os casos em que ministros decidem monocraticamente liminares em nome da Corte, mas não levam a questão a plenário; em que um ministro do STF, para retirar o julgamento do pleno, deixa de devolver o processo para que seja pautado; em que o presidente da Corte controla estrategicamente o *timing* dos processos que serão submetidos a julgamento; em que os ministros realizam pedidos de vista para impedir que o plenário da Corte conclua a questão sob julgamento, mesmo quando já se formou maioria. Assim, é preciso investigar se não se estaria diante de um verdadeiro desmembramento constitucional, quando se observa que essa prática de decidir monocraticamente fere o núcleo essencial da Constituição. Por fim, mostra-se como os ministros do STF, individualmente, ao subtraírem a decisão do colegiado, decidem com força vinculante e *erga omnes* medidas liminares que derrubam leis e emendas constitucionais aprovadas pelo parlamento, bem como atos políticos do governo. Desse modo, essa prática de decisões individuais com força de lei é

algo extremamente problemático na democracia constitucional brasileira, pois se trata de um poder não concedido pela Constituição. Assim, investiga-se se essa atuação configuraria algo que Alec Sweet denomina de golpe de Estado jurídico, ao alterar, de forma não autorizada pelo texto constitucional, a própria regra de reconhecimento.

4.1. Autoritarismo velado: as novas formas sub-reptícias de autoritarismo

O termo autoritarismo é polissêmico e carregado de sentido. De acordo com Mario Stoppino, “o adjetivo ‘autoritário’ e o substantivo autoritarismo, que dele deriva, empregam-se especificamente em três contextos: a estrutura dos sistemas políticos, as disposições psicológicas a respeito do poder e as ideologias políticas”. Segundo o mesmo autor, dentro da tipologia dos sistemas políticos, denominam-se autoritários os regimes que privilegiam a autoridade governamental em detrimento do consenso, concentrando o poder político em uma só pessoa ou órgão, de modo que as instituições representativas ficam em posição secundária. Nesse contexto, a oposição e a autonomia dos subsistemas políticos são reduzidas à expressão mínima, e as instituições destinadas a representar a autoridade de baixo para cima são aniquiladas ou substancialmente esvaziadas. Em sentido psicológico (segunda concepção), chama-se de autoritária a personalidade centrada no acoplamento de duas atitudes básicas, quais sejam, a disposição à obediência preocupada com os superiores, incluindo o obséquio e a adulação para aqueles que detêm força e poder; e a disposição em tratar com arrogância e desprezo os inferiores hierárquicos e todos aqueles que não têm poder e autoridade. As ideologias autoritárias (terceira concepção), segundo Stoppino, são as que negam, de maneira mais ou menos decisiva, a igualdade entre as pessoas e colocam em destaque o princípio hierárquico, além de propugnarem formas de regimes autoritários e exaltarem como virtudes alguns componentes da personalidade autoritária.⁶⁴⁰

Dizer que o STF e seus ministros agem de forma autoritária talvez pareça um exagero quando se pressupõe que se esteja falando desse autoritarismo (em termos clássicos). Contudo, é preciso analisar a questão sob as novas formas de autoritarismo, muito mais subliminares. Pretende-se desenvolver aqui a concepção de uma forma de autoritarismo bem

⁶⁴⁰ STOPPINO, Mario. Autoritarismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). *Dicionário de política* (trad. Carmen C. Varriale et. al.). v. 1. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 94-104. p. 94.

mais complexa e difícil de ser identificada. Trata-se de um autoritarismo velado, oculto, furtivo ou dissimulado, que busca legitimidade no direito e em ferramentas da democracia.

Segundo Ozan Varol, o autoritarismo foi passando por metamorfose ao longo do tempo. Para o autor, historicamente, os autoritários reprimiram abertamente os opositores por violência e assédio, bem como subverteram o Estado de Direito para perpetuarem suas regras. A nova geração de autoritários aprendeu a se perpetuar no poder por mecanismos legais que existem nos regimes democráticos, ou seja, mantêm as práticas repressivas sob a máscara da lei, com revestimento de legitimidade, de modo que tornam as práticas antidemocráticas muito mais difíceis de se detectar e eliminar. Embora as práticas autoritárias sejam mais comuns nas não-democracias, nos Estados democráticos também podem se apresentar, de forma mais sutil e oculta.⁶⁴¹

Ozan Varol examina como as elites políticas se utilizam desse autoritarismo velado e como ele se diferencia de estratégias tradicionais de controle autoritário. Ilustrando exemplificativamente essa nova forma de autoritarismo, Varol mostra que, ao invés de encarcerar os jornalistas ou fechar os meios de comunicação, os políticos em exercício os demandam por difamação, o que aumenta os custos dos comentários críticos; ao invés de encarcerar os oponentes políticos sem o devido processo legal, eles os perseguem por violações das leis penais em vigor; eles se utilizam da revisão judicial não como um controle sobre o seu poder, mas para se consolidarem no poder; eles se utilizam do autoritarismo para moldar as percepções e desviar a atenção das práticas antidemocráticas.⁶⁴²

Os autoritários, para maquiagem seus regimes com legitimidade e legalidade, costumam utilizar uma retórica de Estado de Direito, de democracia e de constitucionalismo, com o objetivo de implementar reformas que chamam de democráticas, mas que, em verdade, contêm medidas antidemocráticas ou de restrições democráticas.⁶⁴³ Desse modo, ainda que

⁶⁴¹ VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, University of Iowa College of Law, Iowa City, v. 100, n. 4, p. 1673-1742, May 2015. p. 1673.

⁶⁴² VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, University of Iowa College of Law, Iowa City, v. 100, n. 4, p. 1673-1742, May 2015. p. 1679.

⁶⁴³ “To imbue their regimes with the veneer of legitimacy and legality, authoritarians or would-be authoritarians frequently implement democratic reforms and employ rhetoric that invokes the rule of law, democracy, and constitutionalism. This sleight of hand can distract domestic and international audiences who often fail to detect anti-democratic measures through the fog of democracy rhetoric and reforms [...] In addition to democratic reforms, rhetoric that invokes the rule of law, democracy, or constitutionalism is often used to distract audiences from anti-democratic practices. Now-President Erdogan in Turkey, for example, frequently reiterates his grand vision of creating an ‘advanced democracy’ in Turkey. He also rebuts criticisms levied at controversial government measures either by citing a constitutional or legal basis for the measure or invoking comparative law and pointing to a democratic country (usually in the West) that has implemented the same measure. For example, a set of constitutional amendments that packed the Turkish Constitutional Court in September 2010 were adopted as part of a ‘democratization’ package intended to increase the involvement of the political branches in

sob um discurso constitucional, o pensamento autoritário é essencialmente contrário ao constitucionalismo.⁶⁴⁴

Desse modo, a investigação do autoritarismo velado é importante para a teoria jurídica e para a teoria democrática ao demonstrar problemas encobertos nos processos democráticos, bem como seus limites e sua vulnerabilidade ao abuso autoritário. Aliás, como aponta Ozan Varol, os mecanismos existentes de promoção da democracia, embora efetivos na detecção de estratégias tradicionais de governança autoritária, são muito menos efetivos na detecção do autoritarismo velado, que depende de reconfigurações mais sutis da ordem política. Aliás, os mecanismos existentes de promoção da democracia acabam, por vezes, dando cobertura legal e política a formas de autoritarismo velado.⁶⁴⁵

Com efeito, nas democracias atuais, as medidas autoritárias são tomadas sob uma cortina de fumaça, sob discursos ou narrativas ancoradas em falsos fundamentos jurídicos ou de legitimidade, que escondem o jogo de interesses e de poder.

Desse modo, talvez se observe que um discurso que está de acordo com qualquer critério válido de argumentação encobre jogos de poderes e interesses políticos e econômicos escusos, espúrios e ilegítimos. Portanto, esse autoritarismo velado precisa ser descortinado, sendo muito mais produtiva a sua análise a partir daquilo que está por trás, que não está aparente, que está encoberto.

Neste trabalho, o objeto de análise do autoritarismo velado não é as elites políticas, o parlamento ou os ocupantes de altos cargos no Executivo, senão os membros da Corte Constitucional brasileira, na forma como agem individualmente. Além disso, a análise do autoritarismo velado não será feita a partir de uma perspectiva normativa ou da “justiça da decisão”, senão considerando como os ministros do STF se utilizam das regras procedimentais como recursos estratégicos para fazerem prevalecer a sua visão individual ao invés da decisão do plenário da Corte.

Em regimes autoritários (autoritarismo clássico), existe uma linha de fronteira bem delimitada entre Estado e sociedade, que torna a penetração-mobilização da sociedade

judicial appointments and bring the appointments process in line with liberal democracies, such as Germany.” (VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, University of Iowa College of Law, Iowa City, v. 100, n. 4, p. 1673-1742, May 2015. pp. 1715-1717)

⁶⁴⁴ Como ressalta Leonardo Barbosa, “o pensamento autoritário é, mais que antiliberal, *anticonstitucional*, e não apenas contrário à concepção liberal de Constituição” (BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. 2. reimpr. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016. p. 23).

⁶⁴⁵ VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, University of Iowa College of Law, Iowa City, v. 100, n. 4, p. 1673-1742, May 2015. pp. 1741/1742.

muito limitada, como bem ressalta Mario Stoppino.⁶⁴⁶ Nesta forma de autoritarismo velado, que se pretende denunciar neste item, a linha de fronteira entre STF e sociedade é marcada por uma ação autoritária individual e pelo fator tempo, mediante mecanismos processuais que permitem uma decisão individual e a subtração da causa do órgão colegiado.

Pretende-se, assim, analisar como cada ministro do STF age monocraticamente nas decisões liminares e não leva a questão ao plenário, quando sabe que a sua decisão será derrubada; como o relator possui o poder supremo de levar ou não a questão ao plenário, impedindo que questões constitucionais sensíveis sejam julgadas, quando o entendimento do plenário é possivelmente contrário à sua posição individual; como existe um poder discricionário ou arbitrário de o presidente da Corte pautar os processos, sem critérios claros; como ministros do STF, quando observam que o pleno já atingiu maioria em sentido contrário, usam abusivamente da prerrogativa de pedir vista, apenas para impedir o término do julgamento. Enfim, pretende-se demonstrar como, em diversas situações, os ministros da Corte Constitucional brasileira agem autoritariamente de forma contrária a um julgamento colegiado e, por conseguinte, o voluntarismo prevalece sobre a razão. Como adiante se demonstrará, essa utilização abusiva das regras procedimentais para impedir que a decisão colegiada prevaleça viola o cerne da Constituição, pois, quando esta prevê a competência do STF, pressupõe um julgamento institucional, pelo seu órgão colegiado, e não a decisão monocrática de ministro.

Como ressalta Ozan Varol, as consequências do autoritarismo velado dependem da magnitude do seu uso. Além disso, as práticas de autoritarismo velado não são incomuns em democracias estabelecidas, e há mais chances de serem detectadas e sancionadas por um público informado.⁶⁴⁷ Por isso, apresenta-se, a seguir, uma triagem da forma de atuar do STF, a partir de pesquisas quantitativas e qualitativas, sem prejuízo de uma perspectiva crítica. Com base nessas análises, será possível observar como os ministros da Corte Constitucional brasileira atuam individualmente, retirando ou suprimindo o julgamento colegiado, ou, ainda, usando os mecanismos processuais do próprio julgamento como recurso estratégico, aguardando o ambiente propício para a tomada de decisão.

É esta forma de autoritarismo que se pretende investigar neste capítulo, ou seja, o que é mais difícil de combater argumentativamente, exatamente porque se arvora em

⁶⁴⁶ STOPPINO, Mario. Autoritarismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). *Dicionário de política* (trad. Carmen C. Varriale et. al.). v. 1. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 94-104. p. 100.

⁶⁴⁷ VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, University of Iowa College of Law, Iowa City, v. 100, n. 4, p. 1673-1742, May 2015. p. 1738.

premissas de legitimidade e legalidade, mas esconde algo que não é possível ver senão a partir do jogo político ou dos interesses que estão por trás de cada ação.

As ações de alguns ministros se aproximam daquilo que Alec Stone Sweet chamaria de golpe de Estado jurídico (“Juridical Coup d’État”), como uma forma particular de fazer o direito, através da adjudicação judicial, que altera a norma básica e a regra de reconhecimento.⁶⁴⁸ E isso precisa ser analisado, denunciado e criticado.

4.2. O exercício autoritário do poder individual pelos ministros do STF

Como se mostrou anteriormente, os ministros do STF, de forma não autorizada pela Constituição, decidiram monocraticamente, em medida liminar, questões que mudaram o panorama político do país. Por decisão liminar, o Ministro Gilmar Mendes suspendeu a nomeação do ex-Presidente Lula para o cargo de Ministro da Casa Civil do governo Dilma⁶⁴⁹; o Ministro Luiz Fux suspendeu a tramitação e determinou que fosse reiniciado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei das “10 Medidas contra a Corrupção” (Projeto de Lei n.º 4.850/2016⁶⁵⁰)⁶⁵¹; o Ministro Marco Aurélio determinou que a Presidência da Câmara desse prosseguimento ao processo de *impeachment* contra o Presidente Michel Temer⁶⁵². Esses são alguns exemplos de decisões monocráticas de ministros do STF que mudaram a dinâmica da

⁶⁴⁸ “By the phrase juridical coup d’État, I mean a fundamental transformation in the normative foundations of a legal system through the constitutional lawmaking of a court. A ‘normative foundation’ is a precept of a system’s higher law. Although there are differences between Kelsen’s conception of the Grundnorm and Hart’s notion of a Rule of Recognition, a juridical coup d’État is a judicial decision that changes both. I conceptualize ‘fundamental transformation’ restrictively. First, we must be able to infer, reasonably, that the constitutional law produced by the transformation would have been rejected by the founders had it been placed on the negotiating table. Second, the outcome must alter - fundamentally - how the legal system operates, again, in ways that were, demonstrably, unintended by the founders. The transformation will make it impossible for an observer to deduce the new system from institutional design at the ex ante constitutional moment. It will also imply a breach of pre-coup separation of powers orthodoxy. Put differently, traditional separation of powers schemes will fail to model, post-coup, the constitutional roles and limitations conferred on the organs of the state. Last, by ‘constitutional lawmaking’, I mean the modification of the constitution through adjudication (interpretation and application). A juridical coup d’État constitutes a particular type of lawmaking, one that alters the Basic Norm and a Rule of Recognition.” (SWEET, Alec Stone. *The Juridical Coup d’État and the Problem of Authority*. *German Law Journal*, v. 8, n. 10, p. 915-928, October 2007. p. 915-916)

⁶⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 34070, Medida Cautelar. Liminar. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 18/03/2016. DJe-054, divulg. 22/03/2016, public 28/03/2016

⁶⁵⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 4.850/2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>>. Acesso em: 18/8/2018.

⁶⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n.º 34.530. Relator Ministro Luiz Fux. Decisão monocrática. Julgado em 14/12/2016.

⁶⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n.º 34.087. Relator Ministro Marco Aurélio Melo. Decisão monocrática. Julgado em 5/4/2016.

política e, provavelmente, os destinos do país sem que passassem pelo crivo do pleno da Corte.⁶⁵³

Assim, é possível observar que o poder individual tem sido utilizado abusivamente pelos ministros do STF nos últimos anos, muitas vezes sob a justificativa de sobrecarga de trabalho. Contudo, o que tem se visto, na prática, é um aumento de decisões concedidas monocraticamente e o exercício, formal ou informal, de poderes individuais de forma estratégica, o que tem sido chamado por alguns autores de “ministrocracia”⁶⁵⁴. Como adiante se mostrará, esse poder individual tem extrapolado os limites da autorização constitucional e tem sido utilizado de forma autoritária pelos ministros do STF, em diversas situações, como no deferimento de medidas liminares, no uso estratégico do procedimento, no individualismo decisional em julgamentos colegiados, na formulação da pauta de julgamentos, nos pedidos de vista. Enfim, a prática talvez mostre que o autoritarismo individual dos ministros do STF talvez seja um problema bem maior do que os que são tradicionalmente desenvolvidos a respeito das cortes constitucionais ao redor do mundo.

4.2.1. O poder supremo do relator: “liminares perpétuas” e uso estratégico do colegiado

As questões que envolvem a (i)legitimidade da revisão judicial ainda são bastante debatidas no direito constitucional contemporâneo. Questiona-se como poderia um órgão composto por poucos membros não eleitos derrubar uma lei aprovada pelo parlamento, composto por diversos membros, todos eleitos pelo povo. Ainda que a Corte Constitucional

⁶⁵³ No mesmo sentido: “Por liminar individual, o ministro Gilmar Mendes suspendeu a nomeação de Lula como ministro da Casa Civil de Dilma Rousseff; o ministro Luiz Fux suspendeu e mandou reiniciar, na Câmara, a tramitação do pacote das ‘10 medidas contra a corrupção’; o ministro Marco Aurélio determinou à presidência da Câmara que desse prosseguimento a um pedido de impeachment contra o então presidente interino Michel Temer. Tecnicamente, como liminares monocráticas, essas e outras decisões individuais do período seriam precárias, excepcionais e dependentes de confirmação do plenário em um futuro próximo. Na prática, porém, ou o plenário sequer chegou a se manifestar sobre essas e outras liminares monocráticas de grande magnitude política ou, quando o fez, a decisão individual já havia alterado decisivamente o *status quo*. A crise política deixou evidente que os ministros têm grandes recursos para evitar, emparedar ou mesmo ignorar o plenário (Falcão; Arguelhes, 2017). Em vários momentos importantes, a política nacional foi, em boa medida, moldada por ações judiciais estritamente individuais, que não chegaram a passar (ou não passaram em tempo hábil) pelo Supremo como instituição colegiada.” (ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan.-abr. 2018. p. 14)

⁶⁵⁴ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan.-abr. 2018.

brasileira se legitime por sua previsão constitucional e, na estrutura institucional, haja a necessidade de um órgão que preserve os valores constitucionais, tal legitimidade pode se enfraquecer na medida em que as decisões da Suprema Corte são tomadas em violação a princípios democráticos.

Nesse ponto, as teorias da constituição *standard* defendem um controle de constitucionalidade fraco ou forte, levando em consideração a análise de situações concretas em diversos países. Ocorre que existe uma questão pouco explorada, sobretudo no Brasil, que talvez seja ainda mais instigante. Se a derrubada de uma lei ou emenda constitucional por 11 ministros do STF já pode ser algo questionável de acordo com as teorias da constituição *standard*, essa questão se torna ainda mais problemática quando se observa que são deferidas medidas liminares por ministros da Corte, individualmente, suspendendo a eficácia de leis ou atos normativos, sem que essa questão jamais seja submetida a julgamento pelo Pleno.

A prática no STF acerca das medidas liminares gera um grande empoderamento dos seus ministros, individualmente considerados. As decisões liminares, em grande parte das vezes, causam impactos na política maiores do que as próprias decisões de mérito. Se uma decisão liminar suspender a eficácia da lei questionada, o impacto no sistema político é imediato, pois o governo e o parlamento terão de trabalhar para contorná-la ou dar outra feição ao seu conteúdo, a fim de implementar a política almejada. Nessa situação, se os atores políticos substituïrem a política questionada por outra, terá perdido o objeto da ADI. Então, observe-se que, nessa situação, o impacto na decisão liminar é maior do que a própria sentença final dessa ação.⁶⁵⁵

A gravidade disso aumenta na medida em que se observa que essa prática não é incomum e que esse tipo de atuação ocorre de forma contrária às leis que regem a matéria.

Com efeito, no art. 102, § 2º, da Constituição Federal, está previsto que as “decisões definitivas de mérito” proferidas pelo STF nas ADIs e nas ADCs “produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. A

⁶⁵⁵ “Two possible models could be constructed to analyze the ADIN: one focusing on injunction decisions and one focusing on merit decisions. The model here focuses on the former because injunctions in ADIN cases frequently cause changes in the underlying legislation before the merit decision is reached, and are thus often more definitive in their effects than the merit decision itself. Second, partly as a result of the importance of injunctions, fewer merit decisions have been made over the course of time, and because of delays in hearings on the merit, the underlying legislation is oftentimes altered in such a way that the merit decision does not ultimately lead to major post hoc effects on policy. Finally, given my focus on political — rather than legal — effects, the injunction decision is often more important because of its effectiveness, which causes the immediate delay or the cancellation of policy implementation.” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 80)

contrario sensu, as decisões liminares, que são provisórias (i.e., não definitivas) não possuiriam, segundo o texto constitucional, eficácia *erga omnes* e vinculante. Mas não é esse o entendimento do STF.

Além disso, a Lei n.º 9.868/1999, no seu art. 10, *caput*, estabelece que, em relação à ADI, “salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal”. Da mesma forma, o art. 21, *caput*, dispõe que “o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade”. No tocante à ADI por Omissão, o art. 12-F da mesma Lei estabelece que, “em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar”.

Ocorre que, contrariamente à Constituição e a essa Lei, diversas questões sensíveis são decididas liminarmente de forma monocrática pelo ministro relator, e, após isso, ele controla se e quando a questão será submetida ao Pleno. Assim, por exemplo, segundo a prática admitida no STF, uma emenda constitucional, aprovada em dois turnos de votação por maioria qualificada de três quintos em cada Casa do Congresso Nacional (formada por 513 deputados federais e 81 senadores), pode ser, de forma ilegal e inconstitucional, derrubada por decisão de um único ministro, que, além disso, tem o poder de decidir se e quando o processo será submetido ao órgão pleno da Corte. Esse problema não é apenas teórico, pois as pesquisas quantitativas mostram uma realidade preocupante.

Nesse ponto, observa-se que, pelo Relatório Supremo em Números, realizado em 2014, constatou-se que o tempo médio de vigência de cada medida liminar (entre a decisão do relator sobre a medida liminar e o julgamento pelo plenário que a confirma ou não) era de 653 dias. Especificamente nas ações diretas de inconstitucionalidade, a média de vigência de uma decisão liminar era de 6,2 anos.⁶⁵⁶ Se consideradas as medidas liminares vigentes até à época da pesquisa (duração até dezembro de 2013), a média geral de vigência de uma medida liminar era de 6,6 anos.

A referida pesquisa também listou as liminares que demoraram mais tempo para serem levadas a plenário. As medidas liminares das seguintes ações diretas de

⁶⁵⁶ FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12055/III%20Relat%C3%B3rio%20Supremo%20em%20N%C3%BAmeros%20-%20O%20Supremo%20e%20o%20Tempo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>>. Acesso em: 3/10/2017. p. 13.

inconstitucionalidade demoraram mais de 7 anos para serem levadas a julgamento pelo Pleno do STF: ADI n.º 1229, ADI n.º 2077, ADI n.º 1945, ADI n.º 1924, ADI n.º 2356, ADI n.º 2362, ADI n.º 2139, ADI n.º 2160, ADI n.º 1923 e ADI n.º 183. Em relação à ADI n.º 1229, o pedido de liminar chegou ao plenário e foi indeferido após mais de 18 anos da data em que a ação foi ajuizada.⁶⁵⁷ Também é possível observar que, até 31/12/2013, havia diversas ADIs ainda não julgadas, cujas liminares já vigoravam há mais de 22 anos sem apreciação pelo Pleno, quais sejam: ADI n.º 144, ADI n.º 145, ADI n.º 351, ADI n.º 310, ADI n.º 429, ADI n.º 439, ADI n.º 509, ADI n.º 558, ADI n.º 570 e ADI n.º 290.⁶⁵⁸ Na ADI n.º 144, que acabou sendo julgada em 19/2/2014, a medida liminar teve eficácia por mais de 24 anos.

Observou-se, na referida pesquisa, que a média de vigência de medidas liminares (já confirmadas ou derrubadas) era mais longa quando se referia às matérias de Direito Tributário, atingindo duração média de 3,4 anos.⁶⁵⁹ Isso, em alguma medida, confirma a hipótese de que STF, politicamente, atua na proteção de interesses governistas, pois deixa de julgar o mérito de questões fiscais quando esse julgamento prejudica interesses governistas. Mas essa perspectiva precisa de uma investigação mais acurada.

Embora o fator tempo não possa revelar, por si só, que as medidas liminares são utilizadas como um recurso estratégico de cada ministro, é um aspecto relevante e que deve ser considerado. A fim de que se possa aprofundar a análise desse argumento, é preciso que sejam analisados alguns casos.

Na Ação Originária n.º 1773/DF, o Ministro Luiz Fux decidiu, liminarmente, em 15/9/2014, conceder auxílio-moradia aos juízes⁶⁶⁰, mas, passados mais de 4 anos, a questão ainda não foi submetida ao órgão colegiado, apesar de já ter sido cobrado diversas vezes por

⁶⁵⁷ FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2014. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12055/III%20Relat%C3%B3rio%20Supremo%20em%20N%C3%BAmeros%20-%20O%20Supremo%20e%20o%20Tempo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>>.

Acesso em: 3/10/2017. p. 39.

⁶⁵⁸ FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2014. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12055/III%20Relat%C3%B3rio%20Supremo%20em%20N%C3%BAmeros%20-%20O%20Supremo%20e%20o%20Tempo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>>.

Acesso em: 3/10/2017. pp. 50/51.

⁶⁵⁹ FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2014. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12055/III%20Relat%C3%B3rio%20Supremo%20em%20N%C3%BAmeros%20-%20O%20Supremo%20e%20o%20Tempo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>>.

Acesso em: 3/10/2017. pp. 41/42.

⁶⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Originária n.º 1773/DF. Decisão monocrática. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 15/9/2014, publ. 18/9/2014.

outros Ministros⁶⁶¹. Isso ocorre porque se sabe, de antemão, que, se submetida ao Pleno, a liminar possui grandes chances de ser revogada por decisão da maioria dos membros.⁶⁶²

Questões sensíveis como essa são decididas diuturnamente de forma monocrática, de modo que um ministro do STF se investe no poder de tomar uma decisão que derruba uma lei ou emenda constitucional, e, além disso, diversas vezes o faz sabendo que a sua decisão é contrária ao entendimento dos demais membros da Corte Constitucional.⁶⁶³

Mas essa disfuncionalidade não é o problema mais grave. Quando se observa que o ministro relator tem o poder de decidir liminares monocraticamente e jamais submeter a questão ao pleno, isto se revela ainda mais problemático, pois, além de tudo, é autoritário e violador da ordem constitucional.

Esse cenário se torna mais preocupante quando se observa o quantitativo de decisões que são tomadas monocraticamente. Os dados mostram que, em 2016, houve 13.138 julgamentos colegiados e 94.501 decisões monocráticas.⁶⁶⁴ Num cenário em que 87,8% das decisões tomadas pelo STF são monocráticas de relator, a disfuncionalidade do órgão fica evidente.

E isso se revela ainda mais grave ao se constatar que muitas dessas decisões monocráticas contrariam de forma clara precedentes da própria Corte.

⁶⁶¹ RECONDO, Felipe. Ministros do STF cobram julgamento de auxílio-moradia para juízes. Disponível em: <<https://jota.info/justica/ministros-do-stf-cobram-julgamento-de-auxilio-moradia-para-juizes-10092015>>. Acesso em: 3/10/2017.

⁶⁶² LIMA, Maurício. Liminar que garante auxílio-moradia a juízes completa dois anos e provoca rombo de bilhão. Revista Veja. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/radar/liminar-que-garante-auxilio-moradia-a-juizes-completa-dois-anos-e-provoca-rombo-de-bilhao/>>. Acesso em: 3/10/2017.

⁶⁶³ Também nesse sentido: “A vasta maioria das decisões do tribunal é tomada pelo próprio relator, sem a participação dos colegas. Muitas vezes, o relator controla o *timing* de suas decisões no processo de maneira decisiva para o resultado da causa. Ou então decide em nome do colegiado descumprindo o precedente deste.” (CHADA, Daniel; HARTMANN, Ivar A. A distribuição de processos no Supremo é realmente aleatória?. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELLES, Diego Wernerck; RECONDO, Felipe. *Onze Supremos: o Supremo em 2016*. Belo Horizonte: FGV Rio, 2017. pp. 54/55)

⁶⁶⁴ “A presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Cármen Lúcia, fez um balanço das atividades do STF antes de encerrar o Ano Judiciário, anunciando que em 2016 foram realizadas 80 sessões plenárias, sendo 36 ordinárias e 44 extraordinárias. Foram realizados, segundo a ministra, 13.138 julgamentos colegiados e 94.501 monocráticos, sendo publicados no ano 12.819 acórdãos. A ministra Cármen Lúcia informou ainda que este ano foram baixados 80.297 processos e que o acervo atual do STF é de 61.816 processos em tramitação, diante de um acervo de 53.618 processos herdados de 2015. Em relação ao acervo atual, tramitam no STF 14.970 processos originários, previstos no artigo 102, inciso I, da Constituição Federal, e 46.846 recursais, previstos no inciso II do mesmo artigo. Foram 90.713 processos protocolados, dos quais 33.780 destinados à triagem prévia ou competência exclusiva da Presidência do STF e outros 56.933 distribuídos aos gabinetes dos ministros. A presidente comunicou em plenário que nessa triagem prévia foi possível diminuir em até 20% o número de processos que chegariam aos gabinetes por possuírem vícios que impossibilitavam a distribuição e tramitação no Tribunal.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. Ministra Cármen Lúcia faz balanço de atividades do STF e encerra Ano Judiciário 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=332571>>. Acesso em: 13/8/2018)

Por exemplo, no *Habeas Corpus* n.º 143480, o Ministro Celso de Mello, em 10/5/2017, mesmo após a pacificação da questão pelo STF no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 118.533 (julgado em 23/6/2016)⁶⁶⁵, decidiu, em medida liminar, que ele não seguiria o precedente do próprio Tribunal. Num ambiente em que a legislação processual busca criar a cultura de obediência aos precedentes (o que ocorreu com a nova sistemática de precedentes estabelecida pelo Código de Processo Civil de 2015), o Ministro Celso de Mello, nessa decisão, deixou de seguir o precedente firmado pouco tempo antes, ao mero argumento de que esse precedente, cujo julgamento ele participou, não era de observância obrigatória.⁶⁶⁶ E o mais curioso é que a decisão impugnada no referido HC, proferida por ministro do STJ, havia respeitado e referenciado o precedente do STF, mas o Ministro Celso de Mello decidiu que o precedente da própria Corte que compõe não precisaria ser por ele respeitado. Observe-se a sua argumentação: “Em que pese o respeitável posicionamento do I. Magistrado, calcado em respeitabilíssimo precedente da Corte Suprema, é certo, porém, que a decisão mencionada foi proferida incidentalmente, de modo que não possui efeito vinculante”.⁶⁶⁷

Além disso, mesmo após o STF ter firmado entendimento sobre a possibilidade de execução da pena privativa de liberdade a partir da decisão penal condenatória de segunda instância, diversos ministros, monocraticamente, deferiram medidas liminares em *Habeas Corpus* contrariando o precedente do órgão pleno da Corte.⁶⁶⁸ Aliás, há estudos que apontam

⁶⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 118533. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado em 23/06/2016. DJe-199, divulg. 16/9/2016, public. 19/9/2016.

⁶⁶⁶ “Trata-se de *writ*, com pedido de liminar, impetrado em favor Rafael Spínola do Amaral, contra decisão proferida por Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu a cautelar requerida no Habeas Corpus 395.015/SP. [...] A D. Autoridade Judiciária entendeu, na esteira da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n.º 118.533, a qual afastou incidentalmente a natureza hedionda do crime de tráfico de entorpecentes na hipótese em que reconhecida a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, que os benefícios devem ser calculados, efetivamente, com lastro nas frações previstas para os crimes comuns. Em que pese o respeitável posicionamento do I. Magistrado, calcado em respeitabilíssimo precedente da Corte Suprema, é certo, porém, que a decisão mencionada foi proferida incidentalmente, de modo que não possui efeito vinculante. [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 143480. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 10/05/2017. DJe-099, divulg. 11/05/2017, public. 12/05/2017)

⁶⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 143480. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 10/05/2017. DJe-099, divulg. 11/05/2017, public. 12/05/2017.

⁶⁶⁸ O STF, analisando o tema de repercussão geral n.º 925, fixou a seguinte tese: “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Especial n.º 964246 RG, Relator(a): Min. Teori Zavascki, julgado em 10/11/2016, processo eletrônico repercussão geral - mérito DJe-251 divulg 24/11/2016 public 25/11/2016). Tal tese foi reafirmada no julgamento da medida liminar da ADC n.º 43 pelo Pleno do STF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 20/8/2018). Posteriormente, foi novamente mantida pelo Pleno do STF no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 152752 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 152752. Relator: Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, processo eletrônico DJe-127, divulg. 26/6/2018, public. 27/6/2018).

que ministros do STF deferiram monocraticamente em torno de 23% das liminares em *Habeas Corpus* impetrados por réus presos em razão de decisão condenatória de segunda instância, contrariando a jurisprudência da Corte.⁶⁶⁹ Ou seja, decidem como se o precedente vinculante da Corte não existisse.⁶⁷⁰

Dentro de um sistema em que o controle de constitucionalidade pode ser exercido por qualquer magistrado, desde a primeira instância até os tribunais superiores, o papel constitucional do STF de manter a jurisprudência íntegra e coerente é fundamental, na medida em que suas decisões, com ou sem força vinculativa, servem de paradigma para as decisões das demais instâncias judiciais. No entanto, para que as decisões do STF sejam respeitadas, é necessário que os seus membros também a respeitem. Esse é o requisito primeiro para garantir a autoridade das suas decisões. Se os próprios ministros não seguem a jurisprudência da Corte, as suas decisões ficam mais fragilizadas; aliás, a própria existência de uma jurisprudência do STF perde muito do seu sentido.⁶⁷¹

Ademais, se o caráter contramajoritário da revisão judicial pelo STF já pode ser algo problemático do ponto de vista democrático, o que se dizer da revisão judicial individual, realizada por um ministro da Corte monocraticamente, que pode, de forma solipsista, suspender determinado ato normativo, sem levar a questão ao plenário.⁶⁷² Isso submete a

⁶⁶⁹ “Sem consenso sobre o cumprimento da pena após condenação na segunda instância da Justiça, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) concederam liberdade a pelo menos um quinto dos casos que chegaram à Corte. O levantamento do jornal Folha de S. Paulo aponta que, apesar do entendimento sobre constitucionalidade do início da execução da pena, os ministros concederam pedidos de liberdade de condenados em segunda instância em 23% dos recursos analisados pelo STF. O levantamento do jornal analisou 390 pedidos de *habeas corpus* levados ao Supremo nos últimos dois anos e verificou que os ministros suspenderam ordens de prisão ou determinaram soltura dos condenados em 91 desses casos. Os beneficiados pelos *habeas corpus* cometeram, na maioria, crimes de colarinho branco ou tráfico de drogas.” (CONGRESSO EM FOCO. Ministros do STF contrariam entendimento sobre prisão em segunda instância. 4/3/2018. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/ministros-do-stf-contrariam-entendimento-sobre-prisao-em-segunda-instancia/>>. Acesso em: 19/7/2018)

⁶⁷⁰ “Se o STF autorizou a prisão após condenação em segunda instância, por que ministros continuam a conceder *habeas corpus* contra a orientação do plenário, como se o precedente não existisse?” (MENDES, Conrado Hübner. Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP. *Folha de São Paulo*, 28/1/2018. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>. Acesso em: 19/2/2018)

⁶⁷¹ “A expressão ‘jurisprudência do STF’ sobrevive como licença poética, pois perdeu capacidade de descrever ou nortear a prática decisória do tribunal. Perdeu dignidade conceitual e até mesmo retórica.” (MENDES, Conrado Hübner. Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP. *Folha de São Paulo*, 28/1/2018. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>. Acesso em: 19/2/2018)

⁶⁷² Idêntica crítica é feita por Diego Arguelhes e Leandro Ribeiro: “Apontamos em especial para a interação entre poderes de agenda e de decisão individual no funcionamento do STF: como relatores dos processos combinam o poder de decidir liminares monocráticas e o poder de liberar ou não essas liminares para apreciação das turmas e do plenário, cria-se um espaço, politicamente relevante, de decisão individual sem controle coletivo. Argumentamos que em alguns casos muito importantes essa combinação tem sido funcionalmente equivalente ao que chamamos de ‘*judicial review* individual’, com ministros realizando o controle de constitucionalidade sem qualquer controle efetivo pelo plenário.” (ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO,

ordem democrática ao voluntarismo, às preferências pessoais de um único ministro, que, em grande parte das vezes, não reflete a posição do Tribunal, como no caso acima citado. A esse respeito, aliás, há autores que falam em “contramajoritarismo interno”, na medida em que essa decisão individual de ministro seria contrária à maioria do STF.⁶⁷³

Isso cria um espaço de decisão individual sem controle do colegiado. Há, assim, um contramajoritarismo individual descontrolado, na medida em que um ministro pode decidir mesmo contra o entendimento do STF e, em razão de regras processuais e regimentais, jamais submeter a questão ao plenário.

Quando os próprios ministros do STF não respeitam as decisões da sua instituição, o autoritarismo deixa de ser velado, pois passa a ser ostensivo. A prática autoritária de alguns ministros corrói a imagem e a legitimidade da Corte, frustrando as expectativas dos jurisdicionados.⁶⁷⁴

Além disso, é possível observar o uso estratégico pelo relator em relação ao órgão colegiado a que submeterá a questão a julgamento. Nesse tocante, o STF tem admitido a prática de que seja levada de imediato ao julgamento do Plenário uma questão que seria de competência da Turma. Isso possibilita que, nos casos em que o relator verifica que, por uma contagem virtual de votos, o seu entendimento tem mais chances de prevalecer no Órgão Pleno do que na Turma, submeta a questão diretamente àquele.

Os processos criminais relacionados à Operação Lava Jato são um bom exemplo disso. A competência para julgar a maioria dos processos criminais relacionados à Operação Lava Jato seria da Segunda Turma, em razão da prevenção do Ministro Luiz Edson Fachin, relator dessas ações penais. Entretanto, é possível verificar que o Ministro passou a submeter a grande maioria desses julgamentos ao Pleno do STF, na medida em que percebeu que havia se formado, na Segunda Turma, uma maioria “contrária às investigações”, a partir do

Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan.-abr. 2018. p. 15)

⁶⁷³ “No caso do Supremo, porém, essa relativa estabilidade é constantemente erodida pela ação individual, que enfraquece a correlação esperada entre vitórias eleitorais, oportunidade de indicação de ministros e formação da jurisprudência constitucional ao longo do tempo. Mais ainda, a ação individual no Supremo ilustra na prática a possibilidade de um tipo de *contramajoritarismo interno* dentro do próprio tribunal, aumentando o risco de captura desses agentes independentes e gerando problemas para a legitimação da atuação judicial contramajoritária na política de forma mais geral” (ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan.-abr. 2018. p. 16)

⁶⁷⁴ “O desarranjo procedimental cobrou seu preço. Despreparado para a magnitude do desafio, o tribunal reagiu da forma lotérica e volátil de sempre. A prática do STF ridiculariza aquele autorretrato heroico, frustra as mais modestas expectativas e corrói sua pretensão de legitimidade.” (MENDES, Conrado Hübner. Na prática, ministros do STF agredem a democracia, escreve professor da USP. *Folha de São Paulo*, 28/1/2018. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>. Acesso em: 19/2/2018)

momento em que a Ministra Cármen Lúcia deixou a referida Turma para exercer a Presidência do STF.⁶⁷⁵ A Ministra, que tinha uma posição mais favorável à punição dos crimes em questão, foi substituída, na referida Turma, pelo Ministro Dias Toffoli, mais “garantista”. Aliás, nesse jogo estratégico, há especulações de que, após o transcurso do biênio, com o retorno da Ministra Cármen Lúcia à Segunda Turma e a saída do Ministro Dias Toffoli para a Presidência da Casa, questões importantes que “aguardavam a nova composição” sejam liberadas para julgamento pelo relator e submetidas à referida Turma, o que, segundo diversos analistas, passou a preocupar as defesas dos réus da Operação Lava Jato.⁶⁷⁶

⁶⁷⁵ “Diante da decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) de retirar das mãos do juiz Sérgio Moro trechos das delações da Odebrecht sobre o sítio de Atibaia e do terreno para o instituto Lula, procuradores da Força Tarefa da Lava Jato avaliam que o ministro Edson Fachin deveria, a partir de agora, levar os casos polêmicos para decisão no plenário. Para investigadores, a Segunda Turma formou uma maioria numa linha desfavorável à Lava Jato e, por isso, Fachin deveria adotar daqui para a frente o mesmo procedimento tomado em relação ao habeas corpus do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Neste caso, Fachin levou o pedido do petista diretamente para o plenário, evitando submetê-lo à Segunda Turma como desejava a defesa do ex-presidente. Na avaliação até de ministros do STF, causou estranheza e surpresa o fato de a Segunda Turma ter mudado de posição num curto espaço de tempo sobre o assunto da delação da Odebrecht. Em outubro do ano passado, a instância defendeu por unanimidade o direito de Moro de usar as delações nos processos sobre o sítio de Atibaia e sobre a compra do terreno para a nova sede do Instituto Lula. Para investigadores e integrantes do Supremo, o problema estará resolvido quando a ministra Cármen Lúcia, depois de deixar a presidência do tribunal em setembro, voltar a integrar a Segunda Turma. Por enquanto, as ações contra Lula seguem com Sérgio Moro. Mas, se houver algum risco, diante da decisão já anunciada pela defesa do petista de também retirá-las do juiz de Curitiba, a Procuradoria Geral da República pode recorrer para levar o caso para apreciação do plenário. A PGR tem a convicção de que há uma ligação entre o esquema da Petrobras e os benefícios concedidos por empreiteiras, como Odebrecht e OAS, ao ex-presidente Lula. Por isso, avalia como errada a decisão da segunda turma de retirar das mãos de Sérgio Moro a delação da Odebrecht. Na avaliação de procuradores, as duas turmas do STF estão funcionando de forma disfuncional em relação ao mesmo tema. Por isso, caso haja risco para a Lava Jato, o melhor caminho seria pacificar a avaliação de temas polêmicos com uma posição do plenário da Corte, o que poderia acontecer a partir de um recurso da PGR.” (CRUZ, Valdo. Fachin deve evitar temas polêmicos na Segunda Turma, avaliam procuradores da Lava Jato. G1, 26/4/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/blog/valdo-cruz/post/2018/04/26/fachin-deve-evitar-temas-polemicos-na-segunda-turma-avaliam-procuradores-da-lava-jato.ghtml>>. Acesso em: 19/7/2018)

⁶⁷⁶ “Advogados de acusados ou mesmo condenados que têm casos em análise na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) já não escondem mais a preocupação com a mudança na composição do colegiado a partir de setembro. Isso porque Cármen Lúcia voltará a integrar a turma no lugar de Dias Toffoli – o ministro a sucederá na presidência do STF a partir de setembro. A avaliação é que a substituição mudará o perfil ‘garantista’ da Segunda Turma, que tem concedido habeas corpus para vários políticos investigados na Operação Lava Jato, como o ex-ministro José Dirceu. Advogados costumam torcer para que o caso de seus clientes seja analisado na Segunda Turma, já que a Primeira costuma se posicionar de forma oposta em processos semelhantes. Atualmente, esse perfil garantista da Segunda Turma tem sido respaldado principalmente nos votos dos ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e do próprio Toffoli. Em questão penal, os três têm demonstrado afinidade nas decisões. Ministros do Supremo já reconhecem que a maioria verificada em plenário pelo grupo dos ministros ‘consequencialistas’, agora também volta a ter presença na Segunda Turma. ‘Pelo jeito, a Segunda Turma deixará de ser o Jardim do Éden para também se tornar uma câmara de gás’, comentou um ministro ao Blog, numa alusão aos apelidos das turmas usados pelos próprios integrantes do STF.” (CAMAROTTI, Gerson. Volta de Cármen Lúcia para Segunda Turma do STF já preocupa defesa de acusados. G1, 22/4/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/blog/gerson-camarotti/post/2018/04/22/volta-de-carmen-lucia-para-segunda-turma-do-stf-ja-preocupa-defesa-de-acusados.ghtml>>. Acesso em: 19/7/2018)

No entanto, as hipóteses de autoritarismo velado, reveladas num individualismo estratégico, não são exclusividade das medidas liminares e do uso estratégico do Pleno da Corte. Como adiante se demonstrará, a disfuncionalidade também ocorre diante de um individualismo decisional nos julgamentos colegiados do STF.

4.2.2. O individualismo decisional nos julgamentos colegiados

Tanto intra quanto interinstitucionalmente, a interação deliberativa na revisão judicial seria um ganho em termos democráticos. O paradigma da interação deliberativa, embora não extinguisse a possibilidade de erros, maximizaria a probabilidade de respostas certas ou razoáveis. Nesse sentido, o tribunal constitucional poderia ser “um catalisador deliberativo”.⁶⁷⁷

Entretanto, a prática do STF se distancia muito desse paradigma. Mesmo nos julgamentos colegiados da Corte, há ao menos dois grandes problemas de solipsismo: na quase totalidade dos julgamentos colegiados, os demais ministros não leem previamente o processo e apenas seguem o voto do relator; além disso, nos processos em que os ministros elaboram previamente seus votos – que são a minoria dos casos, geralmente os que possuem maior repercussão midiática –, o julgamento ocorre sem que eles considerem os argumentos de seus pares na Corte. Assim, o próprio julgamento colegiado é distorcido. Ocorre um desvirtuamento, que denomino de individualismo decisional nos julgamentos colegiados.

No Brasil, adotou-se o modelo externo⁶⁷⁸, agregativo⁶⁷⁹ e *seriatim*⁶⁸⁰, em que o julgamento ocorre de forma pública, pelo somatório dos votos individuais e em série. Votam,

⁶⁷⁷ “In separation of powers, interaction is inevitable. Deliberative interaction is a gain; purely adversarial interaction, if not a loss, wastes its epistemic potential. One can increase the probability of democracy to produce good decisions, not eliminate imperfect procedural justice. It would be misleading to equate the fallibility of every design. A deliberative interaction does not extinguish the possibility of mistakes, but maximizes the one of right or reasonable answers. Judicial review does not have to be seen only as a hurdle, a contention dam, but also as a mechanism that propels better deliberations about, at least, constitutional essentials. It does not only intend to protect us from politics when it succumbs to panic and irrationality, but to challenge it to keep pursuing better answers. The court can be a deliberative catalyst. It symbolizes an effort to make democracy a regime that does not only sever majorities from minorities, structures periodical political competition and selects the winning and losing elites, but that is also capable of discerning good and bad arguments. This does not exclude competition, but qualifies it.” (MENDES, Conrado Hübner. *Neither Dialogue Nor Last Word: Deliberative Separation of Powers III. *Legisprudence**, v. 5, n. 1, p. 1-40, June 2011. p. 39)

⁶⁷⁸ Segundo Patrícia Perrone, o modelo externo “[...] parte das discussões e eventuais divergências entre juízes, no processo de definição da decisão, são expressas publicamente, por exemplo, durante as audiências de julgamento. O modelo externo tem o aspecto de conferir maior visibilidade ao processo decisório e, por conseguinte, de aproximar o Judiciário da sociedade, já que é possível conhecer o comportamento de cada um

em sequência, primeiro o relator, depois o revisor e, a seguir, os demais ministros, do mais moderno ao mais antigo na Corte.

Seguindo-se as regras de um julgamento colegiado, o relator teria a missão de analisar todo o processo e fazer um relatório minucioso, a fim de que os demais ministros pudessem conhecer bem a situação que está sendo julgada sem que precisassem ler os autos. Além disso, o ministro relator é o primeiro a proferir o seu voto. Assim, obedecida essa sistemática, os demais ministros deveriam analisar o relatório e proferir um julgamento a partir das peculiaridades relatadas, considerando, ainda, os argumentos jurídicos expendidos pelo relator.

Contudo, nada disso acontece na maioria dos casos. Com efeito, em pesquisa realizada por Virgílio Afonso da Silva, ao entrevistar ministros e ex-ministros do STF com a promessa de não identificação, um dos entrevistados afirmou que, “na grande maioria dos casos, os ministros não leem o relatório, basicamente porque há muito serviço para ler, mas também pelo fato de que muitos relatórios são muito extensos”. E concluiu: “Em outras palavras o relatório, na prática, acaba não exercendo a sua função”.⁶⁸¹

Além disso, na maioria dos casos, o ministro relator não apresenta antecipadamente o seu voto aos demais ministros. O objetivo disso é usar estrategicamente o elemento surpresa no julgamento, para “impedir que outros ministros não possam elaborar contra-argumentos mais robustos”, pois, como afirmou um dos ministros, “corre o risco do [sic] colega pegar um argumento seu e elaborar em cima desse argumento e levar você à lona”.⁶⁸²

dos magistrados e as razões que o motivaram”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 173)

⁶⁷⁹ “No modelo agregativo de julgamento, a decisão é produzida pelo cômputo dos entendimentos manifestados por cada um dos juizes individualmente. Não se busca alcançar um entendimento comum.” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 173)

⁶⁸⁰ No que respeito à forma de expressão da decisão para os jurisdicionados, no modelo de voto institucional (per curiam), a corte produz, como regra, um voto único sobre a solução a ser dada a determinada questão, bem como sobre seus fundamentos, definindo sua posição como instituição na matéria. Ainda que se admita a produção de votos vencidos, o entendimento alcançado pela maioria é produzido ‘em nome da corte’. No modelo de votos em série (*seriatim*), cada membro do órgão colegiado produz o seu próprio voto sobre a solução do caso concreto. Embora o modelo de voto institucional seja, geralmente, associado ao sistema deliberativo de tomada de decisão, e o modelo de votos em série, ao sistema agregativo, outros arranjos são igualmente possíveis.” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 174)

⁶⁸¹ SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 180-200, 2015. p. 189.

⁶⁸² “De qualquer forma, caso o ministro relator passasse a divulgar seu voto com antecedência aos outros ministros, a prática de levar votos prontos para o debate, tratada no tópico anterior, poderia ou deveria ser revista. Como salientado pelo ministro B, aquele que já sabe que sua opinião é semelhante à do relator não precisaria dispendar tempo escasso na redação de um voto escrito. Essa conclusão vale sobretudo para a relação estabelecida pelo ministro E, mencionada acima, segundo a qual os ministros mais jovens, por serem os primeiros a votar, se sentiriam mais pressionados a levar votos prontos, porque teriam que estar preparados para

Na mesma pesquisa acima citada, constatou-se que alguns ministros diferenciaram o papel do relator nos “casos corriqueiros” e nos que “atraem maior atenção”.⁶⁸³ Relatando a referida pesquisa, Virgílio Afonso da Silva afirma que “o ministro P, por exemplo, salienta a necessidade de diferenciar entre os casos repetitivos e os casos marcantes, para concluir que apenas nos primeiros o papel do relator seria decisivo”. No mesmo sentido, “o ministro T argumenta que, quando a matéria não chama atenção (ou, nas suas palavras, ‘não dá ibope’), o ministro relator tem papel decisivo”, mas que, “quando a matéria ‘dá ibope’, então o voto do relator é tomado como um voto qualquer”.⁶⁸⁴

O grande problema é que a maioria dos casos julgados pelo STF não atraem a atenção da grande mídia. Assim, considerando que, na grande maioria dos casos, não há grande repercussão midiática, está-se diante de uma conjuntura em que, pragmaticamente, a decisão do caso fica a critério do relator. Comprovando o que já seria bastante intuitivo, há

não serem pegos de surpresa pelo voto do relator, especialmente no caso de terem opinião diversa. Também o antigo ministro U, embora não seja favorável à divulgação do voto do relator, afirma que, se isso ocorresse, seria mais fácil preparar um voto divergente. Mas a divulgação do voto do relator, mesmo que desejada por boa parte dos ministros, ainda suscita alguns receios. Boa parte desses receios, contudo, não tem razões institucionais, mas pessoais, de imagem dos próprios ministros, que não querem correr o risco de divulgar seus argumentos com antecedência, para que outros ministros não possam elaborar contra-argumentos mais robustos. Assim, por exemplo, o ministro I afirma que, embora às vezes distribua seu voto como relator para alguns ministros mais próximos, ‘não faço com todos porque hoje, com essa exposição muito exacerbada que nós temos, você corre o risco do colega pegar um argumento seu e elaborar em cima desse argumento e levar você à lona’. Se esse receio soa impregnado de vaidade e individualismo, ele parece refletir com clareza a forma como alguns ministros veem seu papel na deliberação.” (SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 180-200, 2015. p. 194)

⁶⁸³ Virgílio Afonso da Silva foi criticado por usar essas expressões, diante da falta de critério objetivo para diferenciar casos mais importantes e casos mais corriqueiros (ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, Andre Martins. “Nos termos do voto do relator”: considerações acerca da fundamentação coletiva dos acórdãos do STF. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 263-297, jul. 2016). No entanto, em resposta a tais autores, respondeu que: “É claro que a contraposição entre casos mais importantes e casos corriqueiros pode esbarrar em dificuldades metodológicas. A crítica a essa contraposição tem sido recorrente. Especialmente porque em geral ela baseia-se mais na intuição do que em critérios objetivos. Ela não coincide com nenhuma outra distinção objetivamente definível, como aquelas entre controle abstrato e controle concreto, decisões unânimes e decisões não unânimes, decisões do plenário e decisões das turmas etc. Apesar dessa dificuldade metodológica, não me parece despropositado distinguir entre decisões mais e menos importantes. Dificilmente alguém discordaria da afirmação segundo a qual a decisão na ADPF 54, sobre aborto de fetos anencéfalos, é mais importante do que a decisão no AI 540.412 EDV-AGR-ED-AGR-ED-ED-AGR, já mencionado anteriormente. Se isso é assim, isto é, se é possível afirmar que a ADPF 54 é mais importante do que o AI 540.412 EDV-AGR-ED-AGR-ED-ED-AGR, então há decisões mais e decisões menos importantes, por mais que não haja consenso acerca dos critérios para diferenciar um tipo de decisão do outro. [...] Assim, embora o debate principal tenha sido sobre o papel do relator e de seu voto, parece-me possível suscitar uma indagação cuja resposta tem efeitos não apenas nessa, mas também em outras discussões sobre o processo deliberativo e decisório do STF: com base em que critérios seria possível diferenciar os casos mais importantes dos casos corriqueiros? Como já expus em diversas ocasiões, estou convencido de que a compreensão da dinâmica decisória do STF depende dessa diferenciação. O fato de não haver um critério absoluto e objetivo no qual ela possa se basear não me parece ser argumento suficiente para abandoná-la. Talvez seja o caso de iniciar um debate mais profundo a esse respeito” (SILVA, Virgílio Afonso da. O relator dá voz ao STF?: Uma réplica a Almeida e Bogossian. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, dez. 2016. pp. 666/667)

⁶⁸⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 180-200, 2015. p. 189.

pesquisas empíricas que mostram que, em cerca de 95% dos julgamentos colegiados, os demais ministros apenas seguem o voto do relator.⁶⁸⁵

Essa situação talvez seja agravada pelo fato de que, em pesquisa realizada considerando as ações diretas de inconstitucionalidade (uma das ações mais importantes no âmbito do STF), verificou-se que, “em 98% dos casos não unânimes, o voto do relator foi seguindo pela maioria do tribunal”⁶⁸⁶.

Há, assim, uma prática de “delegacionismo” ao relator.⁶⁸⁷ Ou seja, do ponto de vista empírico, o processo decisório do STF, na maioria dos julgamentos, pouco tem de deliberativo, ao menos em termos quantitativos.⁶⁸⁸

De outro lado, nos casos de maior repercussão, os julgamentos colegiados são diferentes, mas não necessariamente melhores, o que precisa ser investigado.

A prática no STF é de que, após a instrução processual ou já estando o processo preparado para julgamento, inicia-se a atuação solitária e pessoal de cada ministro na formulação do seu voto.⁶⁸⁹

⁶⁸⁵ “Uma questão primordial para nosso argumento refere-se ao significado da expressão ‘nos termos do voto do relator’. Tomada literalmente, a expressão significa que a corte está remetendo os fundamentos da decisão aos fundamentos do voto do relator [...] Dada a predominância do seu uso nos acórdãos do plenário (quase 95%), podemos dizer com segurança que, independentemente das motivações pessoais dos ministros e das diferenças processuais entre os casos, a presença da fórmula é uma marca do processo decisório do STF. Se ela tem qualquer conteúdo, então ela diz algo sobre as regras internas de formação do julgamento de grupo na corte.” (ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, Andre Martins. “Nos termos do voto do relator”: considerações acerca da fundamentação coletiva dos acórdãos do STF. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 263-297, jul. 2016. pp. 279/282)

⁶⁸⁶ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 20, n. 44, p. 139-153, nov. 2012. p. 148.

⁶⁸⁷ ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, Andre Martins. “Nos termos do voto do relator”: considerações acerca da fundamentação coletiva dos acórdãos do STF. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 263-297, jul. 2016. p. 293.

⁶⁸⁸ “[...] o raciocínio judicial deliberativo do STF, quando se revela em práticas do se que denomina constitucionalismo abusivo, em nada tem de efetivamente deliberativo, ao menos não como hoje muito tem se defendido na doutrina. Por conseguinte, a ideia de democracia deliberativa transportada ao STF deve ser vista com maior cautela.” (BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017. p. 176)

⁶⁸⁹ “Uma das características mais marcantes da deliberação nos Tribunais Constitucionais é a presença de uma fase preliminar na qual ocorrem uma série de contatos, conversas e tratativas entre os magistrados que muitas vezes praticamente acertam e definem os principais pontos em questão e, inclusive, podem resolver previamente, ainda que provisoriamente, os casos enfrentados, antes do momento decisivo da reunião em sessão plena. [...] No Supremo Tribunal Federal, os momentos que antecedem a sessão plenária são caracterizados por práticas bastante distintas da maioria das Cortes Constitucionais. Ao contrário das práticas deliberativas prévias mais comuns em todos os tribunais, após o encerramento da fase de instrução processual e definido que o processo se encontra preparado para ser submetido ao julgamento do órgão colegiado, o que tem início é a atuação solitária de cada Ministro na preparação de seu voto, com argumentos e proposta de decisão próprios.” (VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. 415 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Alicante; Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Alicante, Brasília, 2015. p. 240)

Nas sessões de julgamento, quando envolvem casos com maior repercussão, que são televisionados pela TV Justiça, cada ministro apresenta o seu voto de forma fundamentada e, muitas vezes, exaustivamente longa.

Como todos levam seus votos prontos para a sessão de julgamento – seguindo-se o modelo externo, agregativo e *seriatim*, antes descrito –, os votos são somados, sem que os entendimentos e argumentos sejam confrontados, vale dizer, inexistente dialeticidade na tomada da decisão pelo plenário. Com efeito, na grande maioria dos casos, não há deliberação real, nem diálogo efetivo, nem troca de argumentos, tampouco internalização de divergências.⁶⁹⁰

Em pesquisa realizada a partir de entrevistas, indagados sobre se “modificaria um voto extenso e bem estudado” depois de “ouvir, em sessão, o voto de um colega com argumentos contrários aos seus”, a maioria dos ministros entrevistados respondeu que mudaria de voto se fosse convencido do contrário.⁶⁹¹ Entretanto, é preciso considerar que isto não é tão comum,⁶⁹² bem como que o modelo externo, agregativo e *seriatim* dificulta em grande medida a deliberação.⁶⁹³ Na prática, ainda que sejam feitos alguns apartes durante a leitura de votos, as discussões ocorrem apenas pontualmente e não há qualquer evidência de

⁶⁹⁰ “However, as it has already been stressed several times, the justices in the Brazilian Supreme Court write their individual opinions at the same time (and read them one after another in public plenary sessions). Therefore, just as there is no real (oral) deliberation, there is no dialogue, no exchange of arguments among the written opinions. In other words, in a 6 to 5 decision, the written opinions of the five justices who do not share the opinion of the majority are not dissenting opinions, at least not in the sense that this term is used in the debate on judicial decision-making. They are merely defeated opinions. As defeated opinions, they do not challenge the opinion of the court, since at the time they were written there was no opinion of the court yet. Hence, if these defeated opinions have any value, it is surely not the value the literature attributes to dissenting opinions.” (SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding Without Deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, New York, v. 11, n. 3, p. 557–584, jul. 2013. pp. 583/584)

⁶⁹¹ VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. 415 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Alicante; Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Alicante, Brasília, 2015. p. 270.

⁶⁹² “De fato, as mudanças de posicionamento ocorrem, e os próprios Ministros demonstram estar permanentemente abertos ao convencimento mútuo. Porém, a prática deliberativa atual, especialmente em razão do crescente costume de preparação de textos prévios e exposição monológica dos votos, parece ser cada vez menos favorável ao debate e às trocas argumentativas. O que se pode afirmar, em face dessa constatação, é que os câmbios de voto ocorrem *apesar* dos obstáculos impostos pela prática deliberativa.” (VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. 415 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Alicante; Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Alicante, Brasília, 2015. p. 271)

⁶⁹³ “Entre as vantagens e desvantagens da adoção de ordens crescentes ou decrescentes de antiguidade, parece certo que, em qualquer desses casos, há déficits de deliberação que decorrem da ausência de uma fase exclusiva para debates e da concentração dos pronunciamentos orais num procedimento de votação *seriatim*, de acordo com uma sequência preestabelecida. A votação *seriatim*, portanto, segue um procedimento que é mais *agregativo* – no sentido de que apenas reúne e soma os votos individualmente considerados para a aferição de resultado e tomada de decisão – do que *deliberativo*.” (VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. 415 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Alicante; Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Alicante, Brasília, 2015. p. 265)

que as divergências realmente são internalizadas para produzir um resultado diferente do que a somatória dos votos já levados prontos por cada ministro à sessão plenária.

Além disso, como Virgílio Afonso da Silva descreve em pesquisa empírica realizada a partir de entrevistas, um dos ministros do STF afirmou que “dificilmente um ministro vai reconsiderar, porque ele não espera os outros argumentos, ele já põe o ponto de vista dele e ele vai para lá para defender aquele ponto de vista a qualquer preço”; outro falou que “quem leva um voto pronto tende a ‘não querer refletir e querer brigar pelo seu voto’”; e um terceiro ministro concluiu que “o debate [acaba] sendo irrelevante, porque o sujeito já vem comprometido com uma linha”⁶⁹⁴.

Os ministros decidem personificadamente e não como um órgão colegiado. Há um individualismo decisional extremo, em que cada ministro age mais individualmente que como membro de uma corte constitucional.⁶⁹⁵ Em geral, não há deliberação, no sentido próprio do termo, pois a decisão colegiada é obtida pela soma dos votos dos ministros num ou noutro sentido.⁶⁹⁶

Para o resultado final, vale mais a opinião de cada ministro sobre o tema do que a sua argumentação. Com efeito, a argumentação fica em segundo plano, pois, na prática, não visa a fazer os outros ministros mudarem de opinião. Aliás, em geral, os ministros não se permitem ser influenciados pelos argumentos dos outros. O maior objetivo é tentar mostrar a consistência da opinião individual do julgador, na maioria das vezes a partir da sua erudição e de diversos argumentos de autoridade, com citações de dispositivos legais, doutrina e jurisprudência⁶⁹⁷. Talvez pela influência da cultura jurídica brasileira ainda reinante, coloca-se mais ênfase no argumento de autoridade (*ethos*) do que no seu conteúdo em si (*logos*).

⁶⁹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 180-200, 2015. p. 193.

⁶⁹⁵ “The Brazilian Supreme Court is an extremely uncooperative and individualistic court. It is a court in which ‘justices ... place little or no value on agreeing for agreement’s sake’. In the typology developed by Alarie and Green, it fits perfectly well into the category of ‘ideologically uncommitted and uncooperative courts’.” (SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding Without Deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, New York, v. 11, n. 3, p. 557–584, jul. 2013. p. 578)

⁶⁹⁶ Como salientam Juliano Zaiden Benvindo e Gabriel Rübinger-Betti, “no momento da construção das decisões, o conceito de deliberação, tal como hoje praticado no STF, identifica-se imediatamente com a construção individual da decisão”. (BENVINDO, Juliano Zaiden; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. Do Solipsismo Supremo à Deliberação Racional. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 50, p. 149-178, jan.-jun. 2017. p. 164)

⁶⁹⁷ “O resultado disso é um manancial de argumentos, doutrinadores, leis, casos etc., que torna praticamente impossível reconstruir a argumentação do tribunal de maneira racional e unificada. É possível reconstituir, claramente, estilos de julgar individuais, juiz a juiz, mas não há um padrão claro e discernível para o julgamento da corte tomada como um todo. Tal padrão, de fato, é desnecessário, pois a corte decide por agregação de opiniões sem elaborar uma fundamentação unificada de sua argumentação.” (RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. 82/83)

Do ponto de vista argumentativo, nas decisões colegiadas, grande parte dos ministros do STF está mais preocupada em apresentar suas opiniões pessoais sobre a questão do que construir uma racionalidade jurídica acerca do entendimento da Corte. Assim, em grande parte dos casos, cada ministro do STF apresenta as suas razões no seu voto sem a preocupação de construir as razões do Tribunal.⁶⁹⁸ Ao invés de uma justiça deliberativa, há, na prática, uma justiça opinativa.

Também não há internalização das divergências. Como os votos já estão prontos e são apenas lidos na sessão de julgamento, o voto em sentido contrário de determinado ministro é proferido sem que rebata os fundamentos do voto anterior. Pelo mesmo motivo, as manifestações de advogados das partes e de *amicus curiae* em plenário têm pouca influência no julgamento. Ou seja, a fundamentação de cada ministro não é testada, ele não sofre influência por argumentos contrários, pois, na maioria dos casos, apenas lê na sessão o seu voto já pronto, sendo apenas eventual e pontualmente interrompido por algum outro ministro. O debate, quando existe, ocorre apenas de forma pontual e fragmentária, muitas vezes mais com o propósito de constranger determinado ministro à crítica do que para fazê-lo mudar de opinião. Desse modo, há pouca consistência do julgamento final. A decisão colegiada é formada pela agregação das opiniões.⁶⁹⁹

A existência de deliberação e a formação de uma razão pública nos julgamentos do STF seriam o grande fator da sua legitimação, como Corte Constitucional e guardião da Constituição.⁷⁰⁰ Entretanto, como, na imensa maioria dos julgamentos, inexistente deliberação –

⁶⁹⁸ “Quando pensam sobre um caso concreto, os juristas estão mais preocupados em apresentar suas opiniões pessoais sobre o problema que têm diante de si do que em demonstrar analítica e racionalmente a correção da solução que defendem. Debater tal solução perante seus colegas também fica em segundo plano. Cada juiz parece se relacionar com a esfera pública de forma independente: sua individualidade está acima das eventuais ‘razões do Tribunal’ que, aliás, não organiza os fundamentos dos votos em uma decisão coerente e tampouco impõe o dever de se elaborar um voto oficial da corte.” (RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 14)

⁶⁹⁹ “A jurisdição opinativa não decide em função de argumentos, não é constrangida por eles, posto que, como veremos, os fundamentos de suas decisões sempre ficam em aberto. A rigor, a argumentação individual dos juízes pode variar e é irrelevante para o funcionamento da jurisdição que decide por mera *agregação de opiniões*. O caráter opinativo de nossa jurisdição fica mais claro quando examinamos julgamentos colegiados, por exemplo, os do STF, em que vários juízes, ou seja, várias autoridades devem opinar sobre o mesmo caso. Mesmo nos casos em que há unanimidade no julgamento, ou seja, em que os juízes do STF decidem no mesmo sentido, todos eles fazem questão, especialmente em casos de grande repercussão pública, e externar sua opinião.” (RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 82)

⁷⁰⁰ “In this context, the role of deliberation in courts is decisive. However, the premise that constitutional or supreme courts are the locus of the public reason and rational deliberation is usually accepted (or rejected) in a very undifferentiated way. The advocates of judicial review usually take for granted the deliberative potential of courts, whereas the critics of judicial review argue that deliberation in courts, if relevant at all, tends to be very poor. It is always a clear-cut either/or dispute.” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding Without Deliberating*. *International Journal of Constitutional Law*, New York, v. 11, n. 3, p. 557–584, jul. 2013. p. 558)

do ponto de vista da construção coletiva do argumento –, e não há confronto de posições, mas apenas a externalização de opiniões, o julgamento é o somatório de perspectivas individuais. Por conseguinte, a decisão do pleno se torna apenas um agregado de personalismos. Os ministros decidem como “onze ilhas”, para usar a expressão utilizada por Conrado Hübner Mendes⁷⁰¹.

Com isso, muitas vezes é difícil identificar qual é o entendimento da Corte, pois os votos não guardam coerência lógica entre si, pela divergência de fundamentos para se chegar a determinado resultado.⁷⁰² Num sistema que pretende incrementar a força dos precedentes (o que, no plano formal, ocorreu com o CPC/2015), a dificuldade de identificar a *ratio decidendi* de determinada decisão é algo problemático.⁷⁰³ Diante disso, é possível que aquele que a interpreta busque defender o seu direito com base no voto que melhor sustenta a sua posição. Isso é agravado pelo fato de que a posição pessoal de cada ministro tem a pretensão de conter, em si, a razão de decidir do acórdão, considerando que a razão única da Corte é difícil de ser encontrada.⁷⁰⁴

⁷⁰¹ MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. *Folha de São Paulo*, 1º/2/2010. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>. Acesso em: 5/10/2018.

⁷⁰² “A interação entre eles, se efetiva, abstrai-se de uma simples somatória de opiniões isoladas. Além do mais, possibilita-se uma melhor identificação da *ratio decidendi* das decisões da corte, evitando-se que os ministros exerçam individualmente o poder judicial ‘sem mediação pela arena decisória interna do STF’. O ganho de transparência, seja pelo incremento de qualidade da deliberação interna, seja pela maior possibilidade de controle externo de consistência argumentativa pela sociedade – por exemplo, o papel crítico exercido pela academia – é notório.” (BENVINDO, Juliano Zaiden; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. Do Solipsismo Supremo à Deliberação Racional. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 50, p. 149-178, jan.-jun. 2017. p. 173

⁷⁰³ “O acórdão, com sua estrutura e formatação peculiares e típicas de um modelo de decisão *seriatim*, parece assim conter um déficit de racionalidade em relação aos modelos *per curiam* quanto à forma de apresentação pública do resultado da deliberação do tribunal. Na medida em que não enseja a formação de um texto único que, como nos modelos *per curiam*, contenha um corpo unitário com a *ratio decidendi* da decisão do órgão colegiado considerado em sua totalidade, o acórdão não oferece um modelo de formatação textual que permita ao tribunal demonstrar de forma clara e racional os fundamentos determinantes de sua decisão.” (VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. 415 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Alicante; Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Alicante, Brasília, 2015. p. 298)

⁷⁰⁴ “O modelo *seriatim* de publicação das decisões pode assim se transformar em um obstáculo ao pleno desenvolvimento de uma cultura de precedentes do Tribunal. A tendência mais comum é que, ante a dificuldade de formação e de delimitação de uma única *ratio decidendi*, os diversos fundamentos contidos nos votos individuais de cada magistrado passem a servir como referências distintas e difusas para as futuras decisões e, inclusive, para as críticas e estudos acadêmicos especializados sobre os trabalhos da Corte. O resultado mais comum dessa tendência pode ser o desenvolvimento de uma cultura individualista de precedentes, em que os magistrados acabam seguindo apenas seus próprios argumentos, isto é, os posicionamentos pessoais estabelecidos em votos individuais, de modo que também as técnicas do *distinguishing* e do *overruling* são aplicadas de forma individual, quando um determinado Ministro resolve distinguir ou revisar/superar suas posições pessoais fixadas em decisões anteriores (um *overruling* pessoal). Ademais, a dificuldade de identificação dos fundamentos determinantes das decisões gera problemas para o julgamento das reclamações, que são as ações constitucionais que podem ser ajuizadas na Corte com a finalidade de impugnar atos e decisões de instâncias judiciais e administrativas que violem a jurisprudência do STF. Analisar e averiguar se os atos e decisões atacados numa reclamação de fato contrariam determinada decisão do STF pode se tornar uma tarefa bastante complicada ante a dificuldade de se precisar o que realmente consta como *ratio decidendi* nessa

Diante desse paradigma personalista, com a simples mudança na composição da Corte ou anúncio de que determinado ministro resolveu mudar de posição sobre algum tema, novamente são somados em perspectiva os possíveis votos sobre a matéria, e a Corte pode admitir que a questão seja rediscutida. Isso ocorre porque não há uma decisão construída coletivamente, senão a somatória de votos.⁷⁰⁵

De outro lado, poder-se-ia pensar que a solução para o problema seria a adoção do modelo *per curiam*, interno e deliberativo, como o que ocorre na Suprema Corte dos EUA. No entanto, nada indica que esse modelo possa melhorar o sistema brasileiro.

Em pesquisa realizada a partir de entrevistas com ministros do STF, indagados sobre a possibilidade de realização de uma sessão fechada previamente às sessões públicas do Plenário,⁷⁰⁶ alguns disseram que seriam favoráveis, mas outros afirmaram ser contrários. Alguns deles também afirmaram que já houve tentativas nesse sentido, mas, em razão da cultura jurídica e da quantidade de processos julgados, isso tornou-se inviável.⁷⁰⁷

Além disso, ao contrário do que defendem alguns autores⁷⁰⁸, nada garante que as sessões secretas prévias tornem o processo decisório mais deliberativo do que as sessões públicas.

decisão.” (VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. 415 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Alicante; Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Alicante, Brasília, 2015. pp. 298/299)

⁷⁰⁵ “Não há – ao menos como regra – verdadeiro confronto de posições e não é de se estranhar que a concentração, seja por consenso tácito ou afirmação própria desse personalismo decisório⁶⁵, seja a rotina do tribunal. Se não há prévio diálogo, é natural, até como estratégia comportamental, que o consenso seja alcançado muito mais por uma atitude inercial do que, efetivamente, pela construção coletiva do argumento. Segue-se o voto do relator, pois não há tempo e ambiente para o adequado aprofundamento dos fundamentos apresentados, estruturando-se a lógica discursiva por uma estratégia dos demais membros de não confrontar o relator e confiar que alguma coerência está prevalecendo.” (BENVINDO, Juliano Zaiden; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. *Do Solipsismo Supremo à Deliberação Racional. Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 50, p. 149-178, jan.-jun. 2017. p. 165)

⁷⁰⁶ VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. 415 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Alicante; Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Alicante, Brasília, 2015. pp. 246/247.

⁷⁰⁷ “Apesar da maior parte de opiniões bastante favoráveis, poucos são os que hoje acreditam que elas poderiam voltar a ser realizadas. Dois são os principais obstáculos mencionados: a dificuldade de inclusão de mais uma sessão deliberativa na agenda de julgamentos já conturbada de todos os Ministros; e a ausência de (ou falta de disposição ao) cultivo de uma cultura de deliberação prévia, em virtude das práticas já muito arraigadas de deliberação exclusivamente pública, que incentivam a revelação das posições individuais apenas no momento da sessão plenária.” (VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. 415 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Alicante; Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Alicante, Brasília, 2015. pp. 247/248)

⁷⁰⁸ Também nesse sentido: “A opção por cada qual dos modelos relaciona-se à compreensão das tradições de cada país e dos valores que tais tradições consideram sob maior ameaça e aos quais, por essa razão, conferem maior proteção. A título de exemplo, um país pode considerar a deliberação pelo Judiciário ‘a portas fechadas’ como um elemento de risco para a produção de decisões efetivamente norteadas pelo interesse público. Nesse caso, talvez opte pelo modelo externo de tomada de decisão por considerar que eventual sacrifício ao modelo deliberativo constitui um mal menor do que a perda da transparência.” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. pp. 175)

Com efeito, é preciso fazer a diferença entre barganha e deliberação. Como aponta Mark Tushnet, a barganha é mais facilmente utilizada em segredo, pois os participantes podem defender as suas posições sinceras, aquelas que gostariam que fossem incorporadas à decisão final. Quando confrontados com uma posição contrária ou com alternativas, os participantes podem fazer concessões. Ao justificar a concessão, em uma sessão secreta, é possível utilizar a simples necessidade de se chegar a uma conclusão.⁷⁰⁹ Assim, sessões secretas não aumentam necessariamente a qualidade da deliberação, pois podem ter como resultado apenas a melhor inserção do poder de barganha para se chegar a decisões que representem uma solução mediana, situada entre as opiniões mais extremadas.

Com isso, também não se pretende afirmar que sessões públicas levariam necessariamente à melhor qualidade da deliberação. Entretanto, como afirma Tushnet, diante de uma sessão aberta, os participantes tendem a oferecer razões jurídicas para defender a sua tese, ainda que para encobrir a sua posição, mas ficará mais difícil utilizar a barganha para fazer concessões e admitir posições intermediárias, pois teriam que abrir mão das suas razões jurídicas.⁷¹⁰

Assim, o modelo institucional utilizado pelo STF, apesar de todas as suas imperfeições, no atual estágio de desenvolvimento da democracia brasileira, é preferível em relação ao modelo de reuniões prévias, interno e *per curiam*, pois, se este fosse adotado, não se saberia, ao certo, o que motivou cada juiz a decidir. Enfim, consideradas as contingências, ainda é preferível um modelo que prima pela transparência a um modelo em que as decisões são tomadas “a portas fechadas” e no qual não haveria qualquer indicativo da melhora da qualidade da deliberação.

Portanto, chega-se a uma situação dramática. Se, de um lado, o modelo adotado pelo Brasil, de um lado, maximiza a publicidade das decisões, de outro, a prática do STF

⁷⁰⁹ TUSHNET, Mark. New institutional mechanisms for making Constitutional Law. *Harvard Public Law Working Paper*, New York, n. 15-08, p. 1-18, abr. 2015. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2589178>. Acesso em: 13/7/2018. pp. 2/3.

⁷¹⁰ “Exposed to public view, the process of reaching compromise would open participants to criticism for being ‘mere’ politicians more interested in making a deal than in arriving at the best set of constitutional provisions. Once a bargain is reached in secret, of course the participants can invent principled reasons explaining why the bargain is defensible as more than a bargain. Unfortunately, openness need not conduce to deliberation. True, participants in open sessions will tend to offer principled reasons for their positions, but they may find it difficult to recede from those positions when other take equally principled but different, sometimes opposing positions: If their positions were correct when announced, departing from them means moving away from the principled position.” (TUSHNET, Mark. New institutional mechanisms for making Constitutional Law. *Harvard Public Law Working Paper*, New York, n. 15-08, p. 1-18, abr. 2015. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2589178>. Acesso em: 13/7/2018. pp. 2/3)

reduz a qualidade da deliberação, limita o poder persuasivo da argumentação e favorece à lógica da personificação dos julgadores.⁷¹¹

Essa é uma disfuncionalidade muito grave na sistemática de julgamento da mais alta Corte do país. Na grande maioria dos casos, a decisão da última instância da justiça brasileira é tomada, na prática, por um relator, já que os demais apenas os seguem, ou, quando há manifestações individuais, não há dialogicidade.⁷¹² Isso coloca em questão a capacidade institucional do STF de melhorar a democracia e fragiliza muito o sistema de justiça constitucional brasileiro, sobretudo quando se considera que um tribunal constitucional é responsável por decidir as demandas relativas aos direitos mais caros para a sociedade.

4.2.3. O poder de pauta: discricionariedade ou autoritarismo?

O poder de pauta é um instrumento estratégico poderosíssimo para os ministros do STF. Ele permite, por exemplo, que cada ministro busque estabelecer a sua agenda dentro da Corte. Dois principais atores podem influenciar fundamentalmente no poder de pautar o julgamento da causa, quais sejam, o relator e o presidente.

O ministro relator pode, em tese, desvirtuar o poder de pauta em duas principais situações: quando há pedido de liminar, se ele não decide e nem submete a questão ao pleno, ficando a medida liminar pendente de decisão; quando há pedido liminar, se ele decide (favoravelmente ou não), mas não submete a questão para referendo pelo Pleno. Em tais situações, pode haver o uso estratégico do poder de pauta e do fator tempo, quando o ministro relator sabe que o órgão colegiado é contrário ao seu entendimento.

O desvirtuamento do poder de pauta fica mais evidente quando se observa que ele é utilizado inclusive em relação ao (não) julgamento de medidas liminares, já que, nessas

⁷¹¹ “Por outro lado, a maior exposição dos magistrados ao público torna-os mais preocupados com seu próprio desempenho. É que, no modelo externo de decisão, os juízes não se dirigem apenas a seus colegas ao expressar seus entendimentos. Eles se dirigem também a todos os eventuais grupos de identificação que possam vir a avaliar ou a reprovar a sua atuação no caso, pois o conhecimento de sua posição individual chegará até eles. Essas circunstâncias podem dificultar mudanças de opinião, limitar o poder persuasivo da argumentação e favorecer uma lógica do ‘culto à personalidade’ dos juízes.” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 173)

⁷¹² “Finalmente, y lo que ha constituido seguramente el principal problema de estas medidas dialógicas, es que ellas han quedado demasiado apegadas a la decisión discrecional del órgano judicial. En la actualidad, por tanto, no puede decirse algo así como que las Cortes de Colombia, Argentina o Brasil son Cortes ‘dialógicas’. Más bien, se trata de Cortes que eventualmente – y sin anoticiarnos de cuándo, en qué casos, por qué razones – utilizan herramientas dialógicas”. (GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, v. 14, n. 2, p. 1-30, Diciembre 2013. p. 26)

hipóteses, há urgência, e o retardamento da tutela jurisdicional provisória causa grande gravame às partes.

Nesse tocante, é extremamente problemática a demora existente para que diversos processos tenham as suas medidas liminares pautadas para julgamento no STF. Na pesquisa denominada Supremo em Números, da lista das liminares que demoraram mais tempo para serem apreciadas pelo Pleno do STF, destacam-se as seguintes: ADI n.º 1229, ajuizada em fevereiro de 1995 e cuja liminar foi julgada pelo Pleno do STF somente em abril de 2013, ou seja, 18 anos e 1 mês após o ajuizamento; ADI n.º 2077, cuja liminar foi decidida pelo Pleno da Corte em março de 2013, ou seja, 13 anos e 3 meses após o ajuizamento; ADI n.º 1945, cuja liminar foi decidida pelo Pleno 11 anos e 2 meses após o ajuizamento; ADI n.º 1924, com decisão liminar proferida somente 10 anos e 4 meses após o ajuizamento; ADI n.º 2356, cuja liminar foi decidida pelo Pleno do STF somente 9 anos e 10 meses após o ajuizamento; ADI n.º 2362, com liminar decidida 9 anos e 10 meses depois; ADI n.º 2139, cuja liminar foi apreciada 9 anos e 2 meses após o ajuizamento; ADI n.º 2160, com liminar analisada após 9 anos e 1 mês; ADI n.º 1923, em que a liminar foi apreciada depois de 8 anos e 8 meses; e ADI n.º 183, cuja liminar foi julgada pelo Pleno do STF mais de 7 anos e 7 meses após o ajuizamento.⁷¹³

O deferimento da medida liminar e a sua não submissão ao Pleno também constituem um recurso estratégico relacionado ao poder de pauta, mas, como já foi examinado no tópico anterior, não será abordado novamente aqui. Ressalta-se, apenas, que diversas ações tiveram as suas liminares deferidas e demoraram anos ou décadas para serem levadas a plenário.

Assim, por exemplo, quando o ministro relator acredita que não possui maioria no colegiado, pode simplesmente jamais pedir pauta para julgamento. Da mesma forma, se o ministro relator entende que o STF não deve intervir na questão, porque ela deve ser resolvida pelo Legislativo ou pelo Executivo, ou simplesmente que a circunstância fática não deve ser modificada, pode, por exemplo, dizer que não há urgência, indeferir a liminar (por uma questão de forma) e jamais pautar o processo.

⁷¹³ FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12055/III%20Relat%C3%B3rio%20Supremo%20em%20N%C3%BAmeros%20-%20O%20Supremo%20e%20o%20Tempo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>>. Acesso em: 3/10/2017. pp. 119-121.

Também se observa grande disparidade entre a média de tempo que cada ministro demora entre a data da distribuição e a devolução do processo com relatório. No Relatório Supremo em Números, observou-se que o ex-Ministro Joaquim Barbosa levava em média 283 dias para decidir ou devolver o processo. Nos anos de 1997 a 2001, o Ministro Sepúlveda Pertence sempre foi quem alcançou a maior média de tempo, acima de 400 dias. De outro lado, o Ministro Oscar Corrêa levava em média 13 dias, sendo o mais rápido. Considerando membros do Tribunal em 2013, o Ministro Barroso era quem devolvia o processo com menor média de tempo, qual seja, de 40 dias.⁷¹⁴

Assim, o *timing* para apreciação das liminares e o poder de pauta podem ser utilizados como um recurso estratégico pelos ministros do STF, para estabelecer a sua agenda dentro da Corte. A esse respeito, na pesquisa de campo realizada por Virgílio Afonso da Silva, alguns Ministros da Suprema Corte brasileira mencionaram que o relator possui um grande “poder de agenda”. Um dos Ministros afirmou que “o relator administra a tese que ele tem sob julgamento com o tempo”. E continuou o mesmo Ministro: “Se ele for uma pessoa de visão tática, aí é uma questão não estritamente técnico-jurídica, mas que faz parte da formação do ser humano e também de quem chegou à Suprema Corte, de saber o seguinte: ‘olha esse não é o momento de eu levar tal tema’”.⁷¹⁵ Outro Ministro, em relação à mesma questão, salientou que “o relator tem um papel quase absoluto quanto à agenda, porque o processo só vai a julgamento a partir do momento em que ele resolve levar o processo a julgamento. [...] Esse é um poder grande de supressão da discussão”.⁷¹⁶

O poder da pauta também é uma prerrogativa do presidente do STF. Aliás, a pauta é elaborada pelo presidente da Corte Suprema sem que haja critérios claros. A crítica de que há “manipulação de pauta” por presidentes do STF é constante, inclusive por membros da própria Corte.⁷¹⁷

⁷¹⁴ FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12055/III%20Relat%C3%B3rio%20Supremo%20em%20N%C3%BAmeros%20-%20O%20Supremo%20e%20o%20Tempo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>>.

Acesso em: 3/10/2017.

⁷¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 180-200, 2015. p. 189.

⁷¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 180-200, 2015. p. 190.

⁷¹⁷ “— A ministra Cármen Lúcia, que define a data para julgamento, está com a palavra. Sem dúvida alguma, tempos estranhos. Estou aqui há 28 anos, e nunca vi manipulação da pauta como esta — declarou o ministro.” (O GLOBO. Marco Aurélio critica ‘manipulação da pauta’ no STF: ‘tempos estranhos’. 27/6/2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/marco-aurelio-critica-manipulacao-da-pauta-no-stf-tempos-estranhos-22827300>>. Acesso em: 1º/8/2018)

No ano de 2016, entre os diversos processos que se encontravam prontos para julgamento, a Presidente do STF, Ministra Cármen Lúcia, selecionou 205 para inclusão em pauta, sem que fosse explicitado o critério de seleção. Se isso não bastasse, somente 108 desses processos foram efetivamente submetidos a julgamento (ainda que este não tenha sido concluído), ou seja, apenas 52,7% do total.⁷¹⁸

Assim, o fato de a ação estar pautada para julgamento não é garantia de que ela será julgada na sessão.⁷¹⁹ Pelo contrário, o STF, como prática recorrente, deixa de julgar temas que estão na pauta. De todos esses processos submetidos a julgamento, em 2016, apenas 59 receberam uma solução definitiva do plenário (julgamento concluído), vale dizer, somente 28,8%.⁷²⁰ Há processos importantes, como relativos a ADIs, que foram pautados mais de 10 vezes sem que sequer fosse iniciado o seu julgamento.⁷²¹

Essa prática de pautar e, na data marcada, não julgar os casos é algo bastante problemático. Além de não haver critérios objetivos para estabelecer os processos que serão

⁷¹⁸ “Nas 28 sessões do plenário que presidiu, a min. Cármen Lúcia selecionou 205 casos para inclusão na pauta, dentre os diversos processos já prontos para julgamento. Contudo, apenas 108 processos (52,7%) foram efetivamente submetidos a julgamento – ainda que não definitivamente julgados –, ou seja, uma média de 3,8 casos analisados por sessão. Isso significa que o pleno da Corte deliberou sobre cerca de metade dos casos que *pretendia* discutir, o que é pouco. O que aconteceu com os 97 casos que sequer foram apreciados? Não se sabe. [...]. Tão grave quanto a falta de transparência sobre o que *não foi* decidido, é a aparência de eficiência sobre o que foi julgado. Em uma análise ainda mais detida, observa-se que, na gestão de Cármen Lúcia, dos 205 processos pautados, apenas 59 receberam uma solução definitiva do plenário, o que representa apenas 28,8% do total. O Supremo soluciona pouco mais do que um quarto dos casos que se propõe a decidir, após incluí-los na pauta de julgamentos do plenário. [...] Julgar definitivamente apenas 28,8% do total de casos que imagina poder julgar não parece o suficiente para atingir o objetivo declarado na Presidência da min Cármen Lúcia, e nem para cumprir a missão de prestar jurisdição. O plenário do Supremo, que já decide pouco, decide muito pouco do que *pretende* decidir.” (ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Supremo: um tribunal aparentemente eficiente? In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELLES, Diego Wernerck; RECONDO, Felipe. *Onze supremos: o supremo em 2016*. Belo Horizonte: FGV Rio, 2017. pp. 80 e segs)

⁷¹⁹ “O problema aqui é de efetividade, quando chega a hora da sessão, das decisões – supostamente anunciadas na pauta – sobre o que julgar. A pauta é volátil. Com isso, ter um processo pautado pode significar, na prática, que ele sequer será mencionado na sessão, e sem qualquer explicação por parte do tribunal.” (LEAL, Fernando. A dança da pauta no Supremo. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELLES, Diego Wernerck; RECONDO, Felipe. *Onze supremos: o supremo em 2016*. Belo Horizonte: FGV Rio, 2017. p. 58)

⁷²⁰ ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Supremo: um tribunal aparentemente eficiente? In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELLES, Diego Wernerck; RECONDO, Felipe. *Onze supremos: o supremo em 2016*. Belo Horizonte: FGV Rio, 2017. pp. 80 e segs.

⁷²¹ “Só no primeiro semestre, para citar exemplo emblemático, a ADI 3.396, que trata da possibilidade de pessoas naturais serem admitidas como *amici curiae*, foi pautada dez vezes. E há outros casos. O MS 22.972/DF, em que se discute a chamada ‘PEC do parlamentarismo’, foi colocado em pauta três vezes. A ADI 2.404, quatro vezes. Em todos os casos, o STF sequer começou o julgamento. A ADI 5.357, julgada no último dia 09 de junho, só foi enfrentada na sexta indicação. O debate em torno da imunidade do livro eletrônico, levado à corte em 2002, foi pautado três vezes e, até hoje, aguarda decisão. [...] No entanto, o silencioso ‘esquecimento’ de processos pautados é, como prática recorrente, inaceitável. O Supremo precisa deixar mais claros os motivos a que recorre para privilegiar questões ‘novas’ – não se tornando, assim, refém de contingências – e não priorizar na sessão seguinte o que não conseguiu decidir na véspera.” (LEAL, Fernando. A dança da pauta no Supremo. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELLES, Diego Wernerck; RECONDO, Felipe. *Onze supremos: o supremo em 2016*. Belo Horizonte: FGV Rio, 2017. p. 58)

incluídos em pauta, também não há transparência, já que esses dados são apagados do sítio eletrônico do STF.⁷²²

É possível observar, ainda, que a ineficiência do STF como um órgão julgador empodera muito o ministro relator e o presidente, pois diminuiu os constrangimentos para a demora na inclusão em pauta. Vale dizer, sempre cabe a escusa de que há muitos processos para julgar. Assim, o poder de pauta pode, pragmaticamente, ser utilizado como um grande instrumento estratégico,⁷²³ de forma abusiva e autoritária, tanto pelo relator como pelo presidente da Corte.

Além disso, há um poder estratégico que pode ser ainda mais autoritário e arbitrário, que é o poder que todos os ministros têm de pedir vista dos autos, como adiante se demonstrará.

4.2.4. O poder absoluto de cada ministro no pedido de vista: todos contra o plenário

Outra regra que, se desvirtuada, dá poderes quase absolutos a cada ministro do STF, individualmente, diz respeito ao pedido de vista. Quando um pedido de vista num julgamento pela Corte Constitucional é realizado, é possível que seja legítimo, quando utilizado para que o ministro melhor analise a questão. Contudo, na prática, diversas vezes tem se mostrado uma forma de autoritarismo velado, de empoderamento de um ministro do Supremo em detrimento do seu colegiado, do Congresso e de toda a sociedade.

⁷²² “O Supremo tem a prática de excluir de seu *site* os registros dos casos que foram incluídos na pauta e não foram apreciados. É a falta de transparência administrativa a serviço da aparência de eficiência jurisdicional. [...] Além de não ser possível saber *se e quando* esses casos retornarão para a pauta do STF, a falta de transparência da administração do Tribunal faz com que parte do passado de tais casos no Supremo tenha sido apagada. Fica-se com a impressão de que o órgão de cúpula do Judiciário nunca pôde se manifestar sobre tais temas. Tão grave quanto a falta de transparência sobre o que *não foi* decidido, é a aparência de eficiência sobre o que foi julgado.” (ESTEVEZ, Luiz Fernando Gomes. Supremo: um tribunal aparentemente eficiente? In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELLES, Diego Wernerck; RECONDO, Felipe. *Onze supremos: o supremo em 2016*. Belo Horizonte: FGV Rio, 2017. pp. 80 e segs)

⁷²³ “Por caminhos diferentes, os ministros podem influenciar o momento de a corte enfrentar certa questão. Nesses casos, a questão ‘o que pautar?’ se torna refém de opções individuais sobre ‘quando pautar?’. Motivações diversas podem acelerar ou retardar essas escolhas. O ministro Ayres Britto, por exemplo, ao ser perguntado sobre a decisão mais difícil que tomou sobre o caso Mensalão foi claro ao dizer: ‘colocar em pauta o julgamento. Marcar o dia para começar’.” (LEAL, Fernando. A dança da pauta no Supremo. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELLES, Diego Wernerck; RECONDO, Felipe. *Onze supremos: o supremo em 2016*. Belo Horizonte: FGV Rio, 2017. p. 58)

Em pesquisa realizada a partir de entrevistas com ministros do STF, eles, de modo geral, negaram o uso estratégico do pedido de vista.⁷²⁴ Entretanto, o que se observa, a partir de pesquisas qualitativas e quantitativas, é que o pedido de vista se constitui em mais que uma prerrogativa individual, pois se trata de um poder absoluto que cada ministro dispõe para jogar contra o colegiado, na medida em que ele não pode ser indeferido. Trata-se de um “instrumento potencial de *veto individual da deliberação*”.⁷²⁵

Do ponto de vista estratégico, há evidências empíricas que indicam que o pedido de vista não é utilizado na prática para que ministros do STF estudem melhor casos complexos, mas se trata, em verdade, de um instrumento que lhes confere um poder de definição da agenda dentro da Corte.⁷²⁶

Na pesquisa exposta no Relatório Supremo em Números, apurou-se que, até 31/12/2013, havia 2.987 pedidos de vista. Considerando os pedidos de vista devolvidos, constatou-se que 2.215 o foram fora do prazo (que é de 20 dias⁷²⁷).⁷²⁸ É possível observar que,

⁷²⁴ Em entrevista realizada por André Rufino do Vale com 8 ministros, indagados sobre se “pediria vista com a finalidade de suspender um julgamento que estivesse sendo conduzido no sentido contrário às suas teses”, a maioria deles negou o seu uso estratégico (VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. 415 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Alicante; Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Alicante, Brasília, 2015. pp. 276-278)

⁷²⁵ “Não se pode negar, por outro lado, que a configuração atual do instituto oferece condições bastante propícias para o exercício individual da obstrução dos julgamentos. Como o pedido de vista é amplamente encarado como um direito de cada magistrado em face do colegiado, cujo exercício não pode ser negado, ele também pode se transformar em um instrumento potencial de *veto individual da deliberação*. A inexistência de controles efetivos por parte do Tribunal em relação à limitação de prazos e prognósticos de continuidade dos julgamentos favorece ainda mais essa perspectiva de utilização estratégica do voto-vista. O Ministro que tenha a intenção de desenvolver esse tipo de ação estratégica no contexto de uma deliberação que lhe seja desfavorável poderá permanecer com o processo por tempo indeterminado, trazendo a si o poder de definição do tempo de julgamento, conforme seu interesse.” (VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. 415 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Alicante; Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Alicante, Brasília, 2015. pp. 279/280)

⁷²⁶ “The official account is that justices request to look at cases in order to better understand the legal matters involved. We took that as our main hypothesis and conclusively showed that it simply does not stand. Our quantitative empirical research shows that vistas are not used to study complex cases. Furthermore, some of the quantitative data, as well as the case study, indicate that the justices instead have been engaged in a delicate and diffuse exercise of agenda-setting power.” (ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A.. Timing Control without Docket Control: How Individual Justices Shape the Brazilian Supreme Court’s Agenda. *Journal of Law and Courts*, Chicago, v. 5, n. 1, p. 105-140, Spring 2017. p. 135)

⁷²⁷ CPC/2015: “Art. 940. O relator ou outro juiz que não se considerar habilitado a proferir imediatamente seu voto poderá solicitar vista pelo prazo máximo de 10 (dez) dias, após o qual o recurso será reincluído em pauta para julgamento na sessão seguinte à data da devolução. § 1º Se os autos não forem devolvidos tempestivamente ou se não for solicitada pelo juiz prorrogação de prazo de no máximo mais 10 (dez) dias, o presidente do órgão fracionário os requisitará para julgamento do recurso na sessão ordinária subsequente, com publicação da pauta em que for incluído. § 2º Quando requisitar os autos na forma do § 1º, se aquele que fez o pedido de vista ainda não se sentir habilitado a votar, o presidente convocará substituto para proferir voto, na forma estabelecida no regimento interno do tribunal.”

⁷²⁸ FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. Disponível em:

em apenas 20% dos casos, os pedidos de vista foram devolvidos dentro do prazo.⁷²⁹ Também se constatou que a média de devolução de cada pedido de vista era de 1.095 dias.⁷³⁰

Em ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), ações de maior impacto para a sociedade (em razão do seu caráter vinculante e *erga omnes*), considerando-se os pedidos de vista em processos devolvidos (até 31/12/2013), a média de tempo entre o pedido de vista e a devolução era de 1,2 anos; considerando apenas os que não haviam sido devolvidos até o final de 2013, a média era de 3,7 anos.⁷³¹ Constatou-se, na mesma pesquisa, que o assunto com maior número de pedidos de vista já devolvidos era Direito Administrativo (950), mas que a maior média de duração ocorreu nos processos de Direito do Trabalho (1,9 ano).⁷³²

O maior tempo entre o pedido de vista e a devolução do processo foi constatado nas seguintes ações e recursos: AI n.º 132755, com 20,1 anos; RMS n.º 21053, com 19,7 anos; ADI n.º 1229, com 15,8 anos; RE n.º 215016, com 15,1 anos; CR n.º 5806, com 14,9 anos; RE n.º 183130, com 14,4 anos; ADI n.º 1491, com 14,1 anos; RE n.º 141190, com 13,2 anos; ADI n.º 2383, com 12,8 anos; e o AI n.º 127878, com 12,5 anos.⁷³³

Analisando-se os dados fornecidos pelo próprio STF em 1º/8/2018 (atualizados até 13/7/2018), observou-se que, considerando apenas os processos que chegaram ao plenário

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12055/III%20Relat%C3%B3rio%20Supremo%20em%20N%C3%BAmeros%20-%20O%20Supremo%20e%20o%20Tempo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>>. Acesso em: 3/10/2017. p. 18.

⁷²⁹ VASCONCELOS, Frederico. No STF só 20% dos pedidos de vista são devolvidos no prazo. *Folha da São Paulo*, São Paulo, 8/6/2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/06/1638875-no-stf-so-20-dos-pedidos-de-vista-sao-devolvidos-no-prazo.shtml>>. Acesso em: 24/10/2017.

⁷³⁰ FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2014. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12055/III%20Relat%C3%B3rio%20Supremo%20em%20N%C3%BAmeros%20-%20O%20Supremo%20e%20o%20Tempo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>>. Acesso em: 3/10/2017. p. 18.

⁷³¹ FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2014. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12055/III%20Relat%C3%B3rio%20Supremo%20em%20N%C3%BAmeros%20-%20O%20Supremo%20e%20o%20Tempo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>>. Acesso em: 3/10/2017. p. 18.

⁷³² FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2014. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12055/III%20Relat%C3%B3rio%20Supremo%20em%20N%C3%BAmeros%20-%20O%20Supremo%20e%20o%20Tempo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>>. Acesso em: 3/10/2017. pp. 18/19.

⁷³³ FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2014. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12055/III%20Relat%C3%B3rio%20Supremo%20em%20N%C3%BAmeros%20-%20O%20Supremo%20e%20o%20Tempo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>>. Acesso em: 3/10/2017. p. 100.

da Corte, havia 114 processos com pedidos de vista não devolvidos (sem devolução do processo pelo ministro que pediu vista). Mas isso não seria tão grave não fosse a demora na devolução dos processos. Considerando apenas os processos ainda não devolvidos, constatou-se que a ADI n.º 3.154 estava com pedido de vista há mais tempo (em 14/5/2009) e ainda não havia sido julgada, ou seja, aguardava devolução há mais de 9 anos. Além disso, havia 58 processos com pedidos de vista em 2009 que ainda não tinham sido devolvidos para julgamento (há 9 anos aguardando a devolução do processo para julgamento).⁷³⁴

Isso se revela ainda mais perturbador quando se observa que o pedido de vista, por diversas vezes, não é utilizado como instrumento para que determinado ministro possa refletir melhor a questão, senão como um recurso estratégico. A título de exemplo, durante o julgamento da ADI n.º 4650, em 2/4/2014, já havia, em plenário, maioria formada pela parcial procedência da ação (para impedir doação de empresas a candidatos em eleições), quando o Ministro Gilmar Mendes, ainda não tendo votado, mas já vencido (ele entendia pela improcedência da ação), pediu vista dos autos.⁷³⁵ Apesar da revolta do meio jurídico e de o Ministro ter sido duramente criticado por sua postura, devolveu o processo apenas um ano e cinco meses após, em 10/9/2015, com voto divergente, no sentido da improcedência da ação.⁷³⁶ Por fim, em 17/9/2015, a ação foi julgada parcialmente procedente, para impedir as doações de pessoas jurídicas diretamente a candidatos.⁷³⁷ Embora vencido o Ministro Gilmar Mendes, o atraso no julgamento gerado pelo seu pedido de vista (pediu vista em 2/4/2014 e somente devolveu em 10/9/2015), quando já havia formação da maioria em sentido contrário ao seu voto, implicou que esse julgamento não pudesse ser finalizado e a decisão não fosse aplicada às eleições federais e estaduais de 2014.

⁷³⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Processos. Pedidos de Vista do Plenário. Planilha atualizada até 13/7/2018. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=processoPedidoVistaDevolvido>>. Acesso em: 1º/8/2018.

⁷³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4650. Acompanhamento Processual. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4650&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 24/10/2017.

⁷³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4650. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em 17/09/2015. DJe-034, divulg. 23/2/2016, public. 24/2/2016.

⁷³⁷ “Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, julgou procedente em parte o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki, Celso de Mello e Gilmar Mendes, que davam interpretação conforme, nos termos do voto ora reajustado do Ministro Teori Zavascki. O Tribunal rejeitou a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por não ter alcançado o número de votos exigido pelo art. 27 da Lei 9.868/99, e, consequentemente, a decisão aplica-se às eleições de 2016 e seguintes, a partir da Sessão de Julgamento, independentemente da publicação do acórdão. Com relação às pessoas físicas, as contribuições ficam reguladas pela lei em vigor.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4650. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em 17/09/2015. DJe-034, divulg. 23/2/2016, public. 24/2/2016)

Assim, o pedido de vista se tornou um instrumento estratégico para que cada ministro possa, individual e arbitrariamente, controlar o *timing* da decisão.⁷³⁸ Pode ser utilizado como um recurso estratégico pelo ministro para, por exemplo, esperar a mudança da composição da Corte (quando existe uma maioria apertada em sentido contrário); aguardar outro momento político (esperando o melhor contexto, para diminuir os riscos de ataques à decisão e retaliações); aguardar simplesmente o decurso do tempo, para que o fato consumado torne difícil a reversão da situação; esperar que determinado evento aconteça, para que o julgamento fique prejudicado (quando, por exemplo, qualquer decisão, num sentido ou outro, for impopular).⁷³⁹

A prerrogativa de pedido de vista é um instrumento estratégico tão poderoso que, de acordo com a prática do STF, pode ser utilizado mesmo com maioria já formada em determinado sentido, ou seja, qualquer ministro pode pedir vista e impedir que o resultado final seja proclamado. O pedido de vista, portanto, em grande parte dos casos, constitui-se em mais que uma prerrogativa individual, pois se trata de um verdadeiro poder de veto (*veto power*), na medida em que pode ser utilizado como uma prática anticolegiada⁷⁴⁰ para a obstrução de julgamentos.⁷⁴¹

⁷³⁸ “Se a função do voto vista é permitir uma reflexão melhor sobre o caso, é possível que a dúvida que suscitou o pedido fosse resolvida ao longo do julgamento ou debatida pelos outros ministros. Além do mais, o pedido de vista pode servir como um instrumento político interessante para os ministros, principalmente em casos polêmicos, pois adiará a decisão como um mecanismo estratégico de controle do timing da ocorrência de seus efeitos. Por outro lado, ele traz consequências negativas ao processo decisório, já que os ministros frequentemente descumprem o prazo de devolução, podendo se estender por vários anos.” (BENVINDO, Juliano Zaiden; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. Do Solipsismo Supremo à Deliberação Racional. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 50, p. 149-178, jan.-jun. 2017. p. 171)

⁷³⁹ Em sentido semelhante: “Quaisquer que sejam os mecanismos utilizados pelo tribunal para definir o que decidirá, modular o *timing* de uma decisão pode afetar o seu próprio resultado de ao menos três maneiras não excludentes: 1. alterando o contexto político de tomada de decisão e, com isso, a probabilidade de reação ou retaliação de partes derrotadas; 2. Interagindo com os mecanismos de indicação para o tribunal, fazendo com que uma composição diferente (possivelmente com preferências diferentes) venha a decidir a questão; 3. por meio do simples silêncio judicial, produzindo fatos consumados e aumentando assim os custos de uma decisão judicial futura que contrarie esses fatos.” (ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan.-abr. 2018. p. 18)

⁷⁴⁰ “Ademais, o instituto do voto-vista sugere um tipo de prática anti-colegiada, na medida em que parte do pressuposto de que a necessidade de pausa para maior reflexão seja desenvolvida de forma solitária, criando um direito individual do magistrado em face do colegiado.” (VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. 415 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Alicante; Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Alicante, Brasília, 2015. p. 279)

⁷⁴¹ “O fato é que muitas vezes o pedido de vista, ao invés de cumprir o seu desiderato de promover a maior qualidade da deliberação, tem funcionado como um mecanismo, direto ou indireto, intencional ou não, de *obstrução dos julgamentos*.” (VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. 415 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Alicante; Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Alicante, Brasília, 2015. p. 275)

Assim, os dados acima apresentados mostram que a utilização do pedido de vista pode ocorrer de forma autoritária, como ferramenta para que um ministro, sozinho, possa impedir a conclusão do julgamento pelo colegiado.

Mas, ainda que ultrapassadas todas essas barreiras, ainda há mais um entrave. É a barreira de “quando publicar”. Com efeito, há acórdãos que demoraram mais de 13 anos para serem publicados, contados da data do julgamento. São os proferidos nos seguintes processos: RHC n.º 71859, RHC n.º 72296, RMS n.º 21821, ADI n.º 776, ADI n.º 775, ADI n.º 839, ADI n.º 856, RHC n.º 69427, RHC n.º 79541 e RE n.º 144768.⁷⁴²

Portanto, observa-se que essas disfuncionalidades no STF, consubstanciadas no abuso de poder ou no desvio de finalidade no exercício das prerrogativas do cargo, fomentam um sistema em que os ministros atuam contra o pleno e em prol do acúmulo cada vez maior de poder individual. E esse poder individual aumenta muito os custos para uma decisão judicial final do STF. Com efeito, para que a decisão final seja proferida, é preciso que o relator libere o caso para julgamento, o presidente da Corte inclua o processo na pauta, o julgamento seja iniciado e nenhum ministro impeça a sua conclusão com pedido de vista.⁷⁴³ Além disso, depende da “agilidade” do relator em preparar o acórdão para a publicação. Isso mostra que a conclusão do julgamento depende da vontade de 11 ministros, que possuem diferentes agendas e podem, por um poder absoluto e individual, controlar o *timing* da decisão.

Além disso, a utilização abusiva e autoritária dessas prerrogativas individuais, transformada em práticas recorrentes, pode estar ferindo o cerne da Constituição, como adiante se mostrará.

⁷⁴² FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2014. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12055/III%20Relat%C3%B3rio%20Supremo%20em%20N%C3%BAmeros%20-%20O%20Supremo%20e%20o%20Tempo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>>.

Acesso em: 3/10/2017. p. 78.

⁷⁴³ “Na prática, portanto, para que possa haver uma decisão, é preciso que: 1. o relator libere o caso; 2. o presidente inclua o caso em pauta; e 3. nenhum dos outros ministros decida pedir vista para impedir a conclusão do julgamento. Cada um desses diferentes mecanismos de poder de agenda é, na prática ainda que não na teoria, discricionário (Dimoulis; Lunardi, 2008; 2016; Verissimo, 2008; Arguelhes; Hartmann, 2017). Qualquer um desses atores pode resolver, por qualquer motivo, impedir que o tribunal tome uma decisão. Como ocorre com qualquer outro exercício de poder judicial, certas variáveis informais podem limitar o uso desses poderes—crenças profissionais internalizadas sobre o papel dos juízes no colegiado, pressão dos pares, críticas da comunidade profissional ou da imprensa. Esses possíveis limites ainda não foram sistematicamente estudados. Quaisquer que sejam, porém, não têm sido capazes de limitar o controle individual de agenda em casos de alta repercussão. Vale notar ainda que, devido ao vasto número de casos que o Supremo recebe e julga a cada ano, a comunidade profissional, a imprensa e os próprios colegas de tribunal só conseguem acompanhar um conjunto muito limitado de usos de poderes individuais de agenda.” (ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan.-abr. 2018. p. 21)

4.3. O poder individual hipertrófico e o desmembramento constitucional

Segundo Richard Albert, algumas reformas constitucionais não são simples alterações, senão esforços autoconscientes para modificar as características essenciais de uma constituição e destruir a sua base. Para Albert, comumente essas mudanças transformadoras não são diferenciadas das demais, mas uma alteração radical desse tipo não é uma simples emenda à Constituição, senão um desmembramento constitucional. Nesse sentido, o autor preconiza que o desmembramento constitucional é “um esforço deliberado para transformar a identidade, os valores fundamentais ou a arquitetura da constituição sem romper com a continuidade jurídica”.⁷⁴⁴

O desmembramento constitucional, conforme Albert, existe como um fenômeno hoje, pois, em todo o mundo, “vimos e continuamos a ver esforços para fazer mudanças constitucionais transformadoras sem romper a continuidade jurídica”. Para ele, o desmembramento constitucional “procura deliberadamente alterar a identidade, os valores fundamentais ou a arquitetura da constituição, recorrendo às regras ordinárias da emenda constitucional”. A teoria convencional da mudança constitucional nega a legitimidade de um desmembramento constitucional. Segundo ele, “normalmente, os tribunais impedem os desmembramentos constitucionais por exceder o poder de emenda dos atores modificadores”.⁷⁴⁵

Na Constituição Federal brasileira, existe um núcleo duro, denominado de cláusulas pétreas. Diz respeito aos direitos fundamentais e às questões constitucionais que formam a base do Estado Democrático de Direito brasileiro. De acordo com o art. 60, § 4º, da Constituição Federal, são cláusulas pétreas “a forma federativa de Estado”; o “voto direto, secreto, universal e periódico”; a “separação dos Poderes”; e “os direitos e garantias individuais”. Trata-se de um limite inclusive ao poder de emenda constitucional. Tal dispositivo tem por objetivo impedir, no plano institucional, aquilo que Richard Albert chamaria de desmembramento constitucional.

⁷⁴⁴ ALBERT, Richard. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, Boston College Law School, v. 43, Research Paper 424, p. 1-117, Nov. 2016. p. 1 (tradução livre).

⁷⁴⁵ ALBERT, Richard. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, Boston College Law School, v. 43, Research Paper 424, p. 1-117, Nov. 2016. p. 115 (tradução livre).

Analisar em que medida leis ou emendas constitucionais violam as cláusulas pétreas depende de interpretação, a qual é feita, em última instância, pela Corte Constitucional brasileira.⁷⁴⁶ Assim, um desmembramento constitucional somente ocorreria, na prática, se houvesse conivência do STF. Desse modo, problema maior existe quando é a própria Corte Constitucional brasileira que toma decisões que parecem afrontar esse núcleo duro da Constituição, na medida em que esse tipo de conduta pode ficar praticamente sem controle se não houver uma resistência forte dos demais Poderes Constituídos.

Desse modo, o risco de desmembramento constitucional no Brasil deve ser analisado à luz da atuação do STF frente a esses direitos estruturais e fundamentais.

Na base da Constituição brasileira, estão as disposições sobre a distribuição de competências entre os Poderes Constituídos. Em determinadas hipóteses especificadas na Constituição, é possível que o STF exerça o controle de constitucionalidade e, quando isso é realizado de forma concentrada e em abstrato, as suas decisões possuem força *erga omnes* e vinculante.

A revisão judicial, amplamente admitida e utilizada na maior parte dos países do mundo, não é um problema em si. Pelo contrário, em geral, tem dado respostas satisfatórias em termos democráticos. O problema é a forma como a revisão judicial tem sido utilizada no Brasil contemporaneamente.

⁷⁴⁶ Em perspectiva de direito constitucional comparado, Richard Albert dá como exemplo de desmembramento constitucional a Proposta de Emenda Constitucional (posteriormente promulgada como Emenda Constitucional n.º 95/2016) que limitou os gastos públicos no Brasil por 20 anos, por atingir direitos sociais: “The Constitution identifies ‘social values’ as one of its fundamental principles and declares that one of its foremost objectives is ‘to eradicate poverty and substandard living conditions and to reduce social and regional inequalities’. The Constitution moreover entrenches an entire section of social rights, including the rights to food, housing and a long list of labor rights. Another section explains the components of the country’s social order: the Constitution grants everyone in Brazil the right to public health care, to social assistance, and to education. Workers are given a special catalogue of rights — rights to minimum wages, unemployment insurance, and wage-reduction protection—that consists of 36 separate parts, evidence of how broadly the Constitution seeks to protect labor. The entrenchment of these social rights did not come by happenstance; it was a victory for civil society groups whose ‘mobilized energies’ sought ‘to change the Brazilian reality’ with ‘social demands’ that were ultimately translated into an extensive entrenchment of social rights in the Constitution. Unlike the rest of the constitution, which has undergone roughly 100 amendments since its coming into force in 1988, the protections for social rights have not once been touched. A recent change to the Constitution’s protections for social rights has dramatically undermined the country’s commitment to the social state. In June 2016, the interim president proposed a constitutional amendment that would limit public spending for up to 20 years, with annual spending growth limited to the inflation rate of the prior year. The purpose of the amendment — which would limit public spending on health and education in addition to other areas of public spending — was to address the increasing budget gap that has encumbered Brazil in recent years as tax revenues have failed to keep pace with rising expenditures. The amendment came into force in December 2016. [...] The impact of this Public Spending Cap Amendment on the next generation of social rights enjoyment in Brazil combined with how directly it undermines the Constitution’s founding and continuing commitment to the social state suggests that it may be more than a simple amendment. Its purpose and effect suggest that it should instead be called a constitutional dismemberment.” (ALBERT, Richard. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, Boston College Law School, v. 43, Research Paper 424, p. 1-117, Nov. 2016. pp. 29-31)

A Constituição brasileira estabeleceu a competência para a revisão judicial ao Supremo Tribunal Federal, composto por 11 ministros. Entretanto, como se mostrou acima, cada ministro tem agido cada vez mais individualmente. Decisões monocráticas liminares que suspendem leis, emendas constitucionais e outros atos normativos têm sido uma prática em ascensão por ministros do STF, inclusive contra a jurisprudência consolidada da própria Corte.⁷⁴⁷ Medidas liminares extremamente controversas e que acabam tornando prejudicado o próprio mérito também têm sido comuns.⁷⁴⁸ Já houve até medida liminar que concedeu, monocraticamente, aumento a carreiras jurídicas⁷⁴⁹. Enfim, se já é questionável a legitimidade de a Corte Constitucional legislar – discussão que se tem ao redor do mundo –, o que se dizer da possibilidade de um ministro do STF, de forma monocrática, por medida liminar, suspender leis ou proferir decisões que, na prática, inovam na ordem jurídica, derrubando emendas constitucionais, leis e atos de natureza política do Presidente da República, sem que haja uma forma de constranger o ministro a levar imediatamente a questão ao Plenário do STF?

Como se pode observar, os poderes individuais dos ministros do STF, individualmente considerados, têm se hipertrofiado, ou seja, tem crescido de forma anormal, excessiva, não autorizada pela Constituição. O exercício autoritário desse poder hipertrófico tem causado diversos problemas do ponto de vista do papel que deveria a Suprema Corte brasileira desempenhar na ordem constitucional. As decisões tomadas individualmente, a supressão do caso ao órgão colegiado, a mudança de entendimento conforme a parte do processo, o controle individual sobre o tempo da decisão e a prática de, individualmente,

⁷⁴⁷ Aliás, há estudos que apontam que, Ministros do STF deferiram monocraticamente em torno de 23% das liminares em Habeas Corpus impetrados por réus presos em razão de decisão de segunda instância, contrariando a jurisprudência da Corte: “Sem consenso sobre o cumprimento da pena após condenação na segunda instância da Justiça, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) concederam liberdade a pelo menos um quinto dos casos que chegaram à Corte. O levantamento do jornal Folha de S. Paulo aponta que, apesar do entendimento sobre constitucionalidade do início da execução da pena, os ministros concederam pedidos de liberdade de condenados em segunda instância em 23% dos recursos analisados pelo STF. O levantamento do jornal analisou 390 pedidos de *habeas corpus* levados ao Supremo nos últimos dois anos e verificou que os ministros suspenderam ordens de prisão ou determinaram soltura dos condenados em 91 desses casos. Os beneficiados pelos *habeas corpus* cometeram, na maioria, crimes de colarinho branco ou tráfico de drogas.” (CONGRESSO EM FOCO. Ministros do STF contrariam entendimento sobre prisão em segunda instância. 4/3/2018. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/ministros-do-stf-contrariam-entendimento-sobre-prisao-em-segunda-instancia/>>. Acesso em: 19/7/2018)

⁷⁴⁸ A título de exemplo, a medida liminar concedida pelo Ministro Gilmar Mendes, no Mandado de Segurança Coletivo n.º 34.070, em 18/3/2016, para suspender a nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil de Lula durante o Governo Dilma (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 34070, Medida Cautelar. Liminar. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 18/03/2016. DJe-054, divulg. 22/03/2016, public 28/03/2016).

⁷⁴⁹ Na Ação Originária 1773/DF, o Ministro Luiz Fux decidiu, liminarmente, em 15/9/2014, conceder auxílio-moradia a juízes e membros do Ministério Público (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Originária n.º 1773/DF. Decisão monocrática. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 15/9/2014, publ. 18/9/2014).

contrariar os próprios precedentes da Corte não apenas esvaziam a missão constitucional do STF, como também desrespeitam a Constituição e diminuem o papel simbólico da Corte na ordem constitucional, na medida em que um tribunal constitucional sem respeitabilidade pode ser desobedecido sem custos.⁷⁵⁰ Além disso, essa atuação individual prejudica a formação de uma “esfera pública constitucional”.⁷⁵¹

A revisão judicial tem sido realizada individualmente, em decisões monocráticas, por ministros do STF. Entretanto, num Estado Democrático de Direito, o poder estatal não pode estar concentrado nas mãos de uma só pessoa. Além disso, todo aquele que exerce poder também deve estar submetido ao direito, de modo que possa ser controlado por outros órgãos ou poderes. Ocorre que os poderes individuais dos juízes constitucionais brasileiros são hipertróficos e têm se tornado praticamente incontroláveis.

Assim, as práticas acima expostas dos ministros do STF, individualmente considerados, têm violado o cerne do Estado Democrático de Direito, onde o constitucionalismo tem sido utilizado abusiva e autoritariamente como um instrumento retórico para ações estratégicas e ilegítimas.

Enfim, se a revisão judicial pode ser um instrumento importante para a democracia e para o constitucionalismo, no Brasil, a prática do STF, que hipertrofiou o poder individual de seus ministros, se aproxima de um verdadeiro desmembramento constitucional judicial, sobretudo pela forma como alguns deles, individualmente, se arvoram na

⁷⁵⁰ “Um bom observador do Supremo Tribunal Federal também aprende que o Supremo Tribunal Federal não existe. Pelo menos na maior parte do tempo. Tornou-se um tribunal de 11 bocas e 11 canetas dotadas de poder para, sozinhas, tomar decisões (ou não decisões) que geram efeitos irreversíveis. A crônica constitucional brasileira vem captando essa lição à medida que a cacofonia do STF fica mais escancarada, e seus custos sociais, mais palpáveis. O tribunal foi capturado por ministros que superestimam sua capacidade de serem levados a sério e subestimam a fragilidade da corte. Administram terrivelmente a dimensão simbólica (fonte de autoridade) e deixam esvair a dimensão material do poder do tribunal (a capacidade de ser obedecido). Um STF sem capital político pode ser desobedecido sem custos. Que tenhamos perdido a reverência pelo STF é um ganho de maturidade política. Que estejamos perdendo o respeito é um perigo que o tribunal criou para si mesmo. Maquiavel sugeriu, em ‘O Príncipe’, que um governante não deve buscar ser amado, mas respeitado. Se não for respeitado, que ao menos não seja desprezado, sentimento político mais nocivo. Um governante torna-se desprezível quando é ‘inconstante, leviano, irresoluto’.” (MENDES, Conrado Hübner. Na prática, ministros do STF agredem a democracia, escreve professor da USP. *Folha de São Paulo*, 28/1/2018. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>. Acesso em: 19/2/2018)

⁷⁵¹ “Entretanto, a loteria de agenda, somada ao seu oceano de casos, prejudica a construção de uma esfera pública constitucional, de um espaço em que debates democráticos possam se desenvolver, que atores interessados possam mobilizar energia e recursos para participar. Esperam apenas que seus argumentos sejam respondidos e uma decisão seja tomada em tempo publicamente justificado.” (MENDES, Conrado Hübner. Na prática, ministros do STF agredem a democracia, escreve professor da USP. *Folha de São Paulo*, 28/1/2018. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>. Acesso em: 19/2/2018)

competência do STF e inovam na ordem jurídica, de forma contrária à Constituição, à ordem democrática e, aliás, muitas vezes de forma contrária à própria jurisprudência da Corte.

4.4. O golpe de Estado jurídico

Alec Stone Sweet denomina de golpe de Estado jurídico (*juridical coup d'État*) a “transformação fundamental” na “base normativa” de um sistema jurídico por uma mudança constitucional promovida por decisão de um tribunal. Quando fala em “base normativa”, quer dizer um “preceito superior de um sistema”.⁷⁵² Nesse sentido, faz referência à noção de “*Grundnorm*” em Kelsen⁷⁵³ e da “regra de reconhecimento” em Hart⁷⁵⁴. A par da diferença entre essas teorias e conceitos, afirma que um golpe de Estado jurídico seria uma decisão do tribunal que altera ambas. De outro lado, na sua concepção de golpe de Estado jurídico, “transformação fundamental” é conceituada restritivamente, no sentido de que a mudança do direito constitucional realizada pela decisão do tribunal teria sido rejeitada pelos constituintes se fosse colocada na mesa de negociação; além disso, essa “transformação fundamental” deve alterar fundamentalmente o funcionamento do sistema jurídico, para um formato que não foi planejado pelos constituintes. Isto é, a transformação fundamental é aquela que, para um observador, não seria possível deduzi-la diretamente do *design* constitucional anterior. Por

⁷⁵² “By the phrase juridical coup d'État, I mean a fundamental transformation in the normative foundations of a legal system through the constitutional lawmaking of a court. A ‘normative foundation’ is a precept of a system’s higher law.” (SWEET, Alec Stone. The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority. *German Law Journal*, v. 8, n. 10, p. 915-928, October 2007. p. 915)

⁷⁵³ “Como já apontamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. [...] Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*). [...] A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. [...] É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. (trad. João Baptista Machado). 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 217)

⁷⁵⁴ Para Hart, o sistema jurídico é formado por normas primárias (aquelas que impõe obrigações) e normas secundárias (normas de reconhecimento). As normas secundárias (de reconhecimento) são as que reconhece determinada norma como sendo norma jurídica. Para Hart, “[...] só podemos apresentar claramente essas verdades e avaliar corretamente sua importância se supusermos um contexto social mais complexo no qual, para a identificação de normas primárias de obrigação, seja aceita e utilizada uma norma secundária de reconhecimento. Se algo merece ser denominado fundamento de um sistema jurídico, trata-se dessa situação” (HART, H. L. A. *O conceito de direito*. (trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara). São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 129). Além disso, Hart reconhecia que, “num sistema jurídico moderno, no qual existem várias ‘fontes’ do direito, a norma de reconhecimento é correspondentemente mais complexa: os critérios para identificar a norma jurídica são múltiplos e geralmente incluem uma constituição escrita, a promulgação pelo legislativo e precedentes judiciais.” (Ibidem, p. 130)

último, ainda dentro desse conceito de golpe de Estado jurídico, por mudança constitucional (*constitutional lawmaking*), quer dizer a modificação da Constituição através da adjudicação judicial (interpretação e aplicação). Assim, para Alec Stone Sweet, golpe de Estado jurídico constitui um tipo particular de mudança constitucional pelo tribunal, através da adjudicação judicial, que altera a “Norma Fundamental” e uma “Regra de Reconhecimento”.⁷⁵⁵

Nesse tocante, Alec Stone Sweet diferencia um golpe revolucionário de um golpe de Estado jurídico. Segundo o autor, um golpe revolucionário se procede através de atos que não estão autorizados de acordo com a Norma Fundamental, enquanto um golpe de Estado jurídico se sucede através do exercício de poderes que foram delegados pela Norma Fundamental à autoridade judicial. Para o autor, um golpe de Estado jurídico produz efeitos jurídicos, de modo que, fundado em Kelsen, afirma, por conseguinte, que uma norma que produz efeitos jurídicos deve ser considerada válida. Entretanto, o conteúdo de uma decisão judicial pode não ter sido autorizado, ou pode até ter sido proibido, pelo conteúdo de uma norma básica anterior. Nesse tocante, afirma que uma questão estrutural importante diz respeito à questão de saber se a delegação constitucional ao juiz inclui restrições substanciais à sua tomada de decisão, no sentido de produzir norma jurídica (*lawmaking*). Nesse aspecto, ressalta que o golpe de Estado jurídico pode ser institucionalizado como uma revisão judicial bem-sucedida da Norma Básica, com efeitos transformadores no direito e na política.⁷⁵⁶

Alec Sweet destaca que muitas teorias jurídicas positivistas constroem suas bases sob a perspectiva de autoridade judicial legítima e do legítimo exercício do poder discricionário do Judiciário, ao descrever as maneiras pelas quais o sistema jurídico restringe (ou deve restringir) o julgamento. Nesse sentido, afirma que se espera que os juízes empacotem suas decisões de modo que pareçam ser relativamente “redundantes”, “autoevidentes”, “extensões dedutivas de materiais legais existentes”. Ressalta que H. L. A. Hart argumentou que a extensão da discricção judiciária defensável em qualquer ponto era inversamente proporcional à extensão da indeterminação da lei aplicável, desde que os juízes resolvessem as disputas de forma “adequada” ou “razoavelmente defensável”, em vez de “arbitrárias” ou “irracionais”; refere que, para Hart, a legislação judicial seria defensável, em vez de arbitrária, na medida em que se procedesse à luz da lei pré-existente e das decisões passadas, e na medida em que “tornasse” essa lei existente “mais determinada”. Alec Sweet

⁷⁵⁵ SWEET, Alec Stone. The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority. *German Law Journal*, v. 8, n. 10, p. 915-928, October 2007. pp. 915/916.

⁷⁵⁶ SWEET, Alec Stone. The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority. *German Law Journal*, v. 8, n. 10, p. 915-928, October 2007. pp. 916/917.

ressalta que Neil MacCormick tinha como principal objetivo de sua teoria jurídica desenvolver padrões para avaliar a jurisprudência de um tribunal como “boa ou ruim”, “aceitável ou não aceitável”, “racional ou arbitrária”, ressaltando que, para este autor, as decisões ruins seriam aquelas que não poderiam, em última instância, ser embaladas como uma dedução de normas e princípios anteriores de primeira ordem.⁷⁵⁷ Após sintetizar as teorias desses dois autores, Alec Sweet afirma que um golpe de Estado jurídico mina fatalmente esse projeto, pois, em seus próprios termos, não haveria escolha senão classificar os golpes jurídicos como resultado de “decisões ruins, arbitrárias e irracionais”.⁷⁵⁸

Contudo, na linha da teoria de Alec Stone Sweet, pragmaticamente, parece haver certa dificuldade para, em certos casos, dizer se a decisão de um tribunal constitucional afronta a “Norma Básica” ou a “Regra de Reconhecimento” ou, ao revés, se apenas seria uma das possíveis interpretações sobre os limites da atuação da própria corte. A esse respeito, o próprio Sweet afirma que “haverá casos difíceis de classificação”⁷⁵⁹. Na prática, isso será ainda mais difícil porque a corte constitucional, quando amplia a sua competência ou viola a tripartição de poderes, o faz com o discurso de que a sua decisão está apenas sendo resultado daquilo que diz a constituição, ou seja, de que estaria apenas desvelando o conteúdo da norma fundamental.

Ocorre que, quando o tribunal constitucional profere uma decisão que, fora do texto constitucional, amplia a sua competência e atinge questões afetas a outros Poderes Constituídos, alterando o próprio sentido do texto constitucional, pode haver um conflito fundamental de autoridade, diante do fato de o órgão que teve as suas competências “invadidas” pode se recusar a cumprir a decisão.⁷⁶⁰

⁷⁵⁷ Sobre essa questão, vide: MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. (trad. Conrado Hübner Mends). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

⁷⁵⁸ SWEET, Alec Stone. The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority. *German Law Journal*, v. 8, n. 10, p. 915-928, October 2007. p. 917.

⁷⁵⁹ SWEET, Alec Stone. The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority. *German Law Journal*, v. 8, n. 10, p. 915-928, October 2007. p. 917 (tradução livre).

⁷⁶⁰ “Each of these cases constitutes, respectively, the single most important constitutional change in the history of that system. In each, the juridical coup d'État provoked systemic change, post-revolution, as its implications materialized and were processed. These changes have been registered on separation of powers doctrines, core components of which have been swept away. And, in each, a specialized constitutional court radically expanded the scope of its own authority, and that of the constitutional law, while generating a set of fundamental authority conflicts. Defined generically, an authority conflict is a governance situation in which the organ empowered to make (or give content to) the law has no direct, jurisdictional means of obtaining obedience from a second organ, whose exercise of authority is necessary to render the law made by the first organ effective. I now turn to how three such situations emerged as a result of what I will call the juridical coup d'État.” (SWEET, Alec Stone. The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority. *German Law Journal*, v. 8, n. 10, p. 915-928, October 2007. p. 919)

Neste item, com base nas pesquisas acima realizadas, pretende-se chamar a atenção para o golpe de Estado jurídico promovido pela violação da Corte Constitucional brasileira à Constituição e às Leis.

A Constituição da República outorgou ao STF o poder de decidir sobre questões constitucionais em última instância. Além disso, a própria Constituição outorga ao STF a possibilidade de interpretá-la de forma objetiva, ou seja, em controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, pode dizer se determinada lei é constitucional ou inconstitucional, ou ainda, dar uma interpretação conforme a Constituição. Contudo, essa atribuição é da Corte Constitucional brasileira, como instituição, e não de um ou outro ministro isoladamente.

Como já se demonstrou, as decisões liminares em ADI, ADC e ADI por Omissão deveriam ser tomadas pelo órgão colegiado e somente poderiam ser deferidas por decisão de maioria absoluta de seus membros.

Ocorre que os ministros do STF vêm reiteradamente descumprindo a Constituição e as leis que regem o controle de constitucionalidade. Isto é, violam sistematicamente a regra de reconhecimento, porque as decisões da Corte somente constituem fonte legítima e autorizada de direito enquanto proferidas pelo órgão colegiado, como estabelecem a Constituição e as leis de regência. O exercício indiscriminado dos poderes do Pleno pelos ministros individualmente, como demonstrado, somente pode ser caracterizado como uma forma velada de autoritarismo e não como fonte legítima de direito.

Se todas as distorções procedimentais tratadas acima fossem a exceção, isso talvez não atingisse tanto o sistema jurídico. Todavia, num contexto em que a exceção se torna a regra, em que a grande maioria das ações do controle abstrato são decididas liminarmente e demoram vários anos para serem levadas ao Pleno – quando o são –, está-se diante de um Estado de exceção permanente.

No contexto institucional atual, como foi acima demonstrado, em que cada ministro age de forma isolada e autoritária, tomando para si o poder constitucionalmente atribuído ao colegiado, o critério aleatório de distribuição acaba sendo fator determinante para o sucesso ou o insucesso de determinada reivindicação constitucional, e os ministros tornam-se *players*⁷⁶¹ num complexo e intrincado jogo político, esmaecendo, de forma perigosa, a fronteira entres os sistemas do direito e da política.

⁷⁶¹ “Os estudos sobre ‘judicialização da política’ no Brasil oferecem diversas evidências de que o STF se configura, em determinados casos, como uma espécie de ‘arena de contestação’, na qual atores políticos e sociais expressam interesses e se contrapõem a políticas públicas elaboradas e implementadas pelas diferentes esferas de governo. Alguns estudos dão um passo adiante e mostram que, em alguns casos, o STF se apresenta como um verdadeiro ator do processo decisório, exercendo influência direta no resultado final da produção legislativa

Assim, a forma autoritária como são subvertidos os papéis do órgão e de seus membros acaba por desvirtuar a função da Corte brasileira como verdadeiro tribunal constitucional, enfraquecendo-se as perspectivas de que seja capaz de corrigir as disfunções e melhorar as condições democráticas.

Com efeito, a democracia, do ponto de vista das disputas de poder, possui o grande mérito de que as forças políticas se submetam ao resultado da deliberação. Na democracia, as forças políticas conflitantes estão submetidas à regra de que devem concordar com as normas especificadas e que as eleições, um “dispositivo aleatório”, decidem quem deterá o controle do poder. Os perdedores devem esperar a chance de ganhar o cargo no futuro.⁷⁶² Portanto, quando os ministros do STF passam a atuar como *players* dentro do contexto das disputas políticas e eleitorais, tornam-se manipuladores ou suscetíveis a manipulações próprias do jogo político. Assumem qualquer papel, menos o de guardiões da integridade e da estabilidade do sistema jurídico.

Os ministros, ao aumentarem o seu próprio poder, fragmentaram o poder da Corte e alteraram a regra de reconhecimento e a norma básica, para fazer valer uma decisão monocrática que altera o direito constitucional objetivo, violando a Constituição. Isso pode interessar a cada ministro individualmente, mas não à instituição do STF, nem à sociedade.

iniciada nos poderes Executivo e Legislativo. Nessa perspectiva, o STF é incorporado no arranjo institucional da democracia brasileira em pelo menos dois níveis. Primeiro, (i) como parte do cenário institucional, o tribunal é fonte de estímulos e restrições às interações que ocorrem no processo decisório entre os diversos atores políticos e sociais; e segundo, (ii) o próprio tribunal se configura como importante ator no próprio processo político decisório.” (ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 46, p. 121-155, jan./jun. 2015. p. 123)

⁷⁶² “Why democracy? One, last, question needs to be considered, namely, why do we have democracies at all? Suppose that a democratic equilibrium holds. In equilibrium, each party has definite expectations as to what it will receive now and in the future; it attaches a fixed value to future life under democracy. Why would they not simply agree to divide the present and future income according to these expectations and go on for ever without holding elections and, conceivably, alternating in office? Note that if they are risk-averse, citizens would be better off being assured of these expected values rather than getting more some of the time and less at other times. The reason, in my view, is that it is impossible to write a complete contract that would specify every contingent state of nature. In turn, leaving the residual control – over issues not explicitly regulated by contract – to any of the parties would generate increasing returns to power. Endowed with residual control, the party could not commit itself not to use the advantage to undermine the strength of the adversaries in an open conflict, that is, to manipulate the balance of military force. Hence, to avoid violence, the conflicting political forces adopt the following device: agree over those issues that can be specified and allow the residual control to alternate according to specified probabilities. In this sense, the constitution specifies the chances in electoral competition, but elections – a random device – decide who holds residual control. In the end, the miracle of democracy is that conflicting political forces obey the results of voting. Incumbents risk their control of governmental offices by holding elections. Losers wait for their chance to win office. Conflicts are regulated, processed according to rules, and thus limited. This is not consensus, yet not mayhem either. Just limited conflict; conflict without violence (Hampton, 1994). Ballots are ‘paper stones’, as Frederick Engels once observed.” (PRZEWORSKI, Adam. Democracy as an equilibrium. *Public Choice*, v. 123, n. 3-4, p. 253–273, June 2005. pp. 269-270)

Esse empoderamento individual, por essa prática de sistemática violação à Constituição e às leis, constitui verdadeiro golpe de Estado jurídico.

Essa situação jurídica possui origem em problemas estruturais e conjunturais da Corte Constitucional brasileira, que serão analisados no próximo capítulo.

CAPÍTULO 5) PROBLEMAS ESTRUTURAIS E CONJUNTURAIS DA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: A POLÍTICA NO STF

A judicialização da política é um fenômeno crescente e que tem despertado diversas críticas não somente no Brasil, mas também ao redor do mundo. No âmbito doméstico, contudo, os maiores problemas gerados por esse fenômeno não são a chamada “dificuldade contramajoritária” ou a falta de legitimidade da revisão judicial, senão outros, muito mais complexos e de difícil solução. Há diversos problemas estruturais da Corte Constitucional brasileira e fatores conjunturais que contribuem para colocar à prova a sua capacidade de melhorar a democracia brasileira. No entanto, não são suficientes respostas meramente teóricas ou sem a necessária contextualização, sendo necessária uma investigação que considere as especificidades da jurisdição constitucional brasileira e os contextos em que o Supremo Tribunal Federal atua. Desse modo, neste capítulo, pretende-se analisar esses problemas estruturais e conjunturais do STF, de forma contextualizada, a partir de uma perspectiva crítica e propositiva.

Assim, inicia-se a investigação aferindo-se o processo de nomeação para o cargo de ministro do STF, talvez o berço de muitos problemas atualmente enfrentados pela Corte. Nesse tocante, analisa-se como esse processo de nomeação ocorre na prática, como são feitas as campanhas para o cargo e como acontece o acerto prévio com a classe política no Executivo e no Senado Federal. Será analisado, também, como o *design* institucional das cortes constitucionais em diversos países – considerando, sobretudo, a sua forma de composição, mais independente da política – contribui para que possa mitigar o risco de captura pelas elites políticas. A seguir, busca-se analisar como a sobrecarga e a morosidade processual são utilizadas para justificar o uso estratégico do procedimento, reduzindo os constrangimentos e gerando escusas para que haja o controle do *timing* de julgamentos de determinados processos pelos ministros da Corte brasileira. Além disso, investiga-se o problema do (des)cumprimento das decisões do STF, quando afrontam interesses de elites políticas ou do governo federal, bem como, numa perspectiva comparada, quais são as ferramentas utilizadas em outros países para fazer frente a esse problema. Nesse ponto, buscar-se-ão alternativas para que a Corte brasileira possa efetivar as suas decisões. Após, também é investigada a atuação do STF no combate à corrupção, bem como os riscos de que seus membros sejam cooptados pelas elites políticas. Nesse tocante, analisa-se a problemática do que se denomina de justiça telefônica, que pode colocar por terra todo o trabalho do aparato estatal no combate à corrupção.

Enfim, conhecer mais aprofundadamente esses problemas estruturais e conjunturais da Corte Constitucional brasileira permitirá refletir sobre eventuais alternativas, no sentido de aumentar a sua capacidade de corrigir disfuncionalidades nas instituições, combater a corrupção na política e melhorar as condições democráticas do país.

5.1. A política para o STF: reflexões sobre processos de nomeação menos políticos e mais públicos

A proteção do constitucionalismo, como aponta Anibal Pérez-Liñán, exige pelo menos duas condições necessárias, quais sejam, a existência de instrumentos jurídicos e de juízes independentes dispostos a aplicá-los adequadamente.⁷⁶³ No Brasil, os instrumentos jurídicos foram dados pela Constituição Federal de 1988, bem como as garantias formais de independência. Todavia, é preciso que os juízes constitucionais sejam efetivamente independentes, bem como que estejam dispostos a aplicar as garantias constitucionais, sob pena de o próprio constitucionalismo fracassar.

Nesse tocante, o processo de nomeação dos juízes constitucionais influencia não apenas a sua independência, mas também o tipo e o perfil de juízes que comporão o tribunal constitucional, com impactos diretos no comportamento da corte.⁷⁶⁴ Os valores e as ideologias dos juízes constitucionais podem ser determinantes na forma como eles exercerão o poder *de iure*.⁷⁶⁵ Por exemplo, há evidências de que, se os juízes constitucionais são escolhidos dentre pessoas fora do Judiciário, haveria maior propensão de expandir o papel tradicional do tribunal constitucional em áreas de políticas tradicionalmente reservadas para os órgãos políticos.⁷⁶⁶

Os atores que mais comumente participam do processo de nomeação de juízes constitucionais nos países da América Latina são o presidente, o congresso, os tribunais, os conselhos judiciais e a sociedade civil organizada. A maior parte dos países latino-americanos

⁷⁶³ PÉREZ-LIÑÁN, Anibal. The Conditions for Effective Constitutional Adjudication: Lessons from Latin America. *Duquesne Law Review*, Pittsburgh, v. 49, n. 2, p. 133-144, Spring 2011. p. 141 (tradução livre).

⁷⁶⁴ No Brasil, o processo de nomeação talvez seja determinante no fato de que juízes constitucionais possuem elevado grau de independência, mas menor atuação contra o governo federal e elites políticas, como já se demonstrou.

⁷⁶⁵ Como já se demonstrou, o processo de nomeação talvez seja determinante no fato de que juízes constitucionais possuem elevado grau de independência, mas menor atuação contra o governo federal e elites políticas.

⁷⁶⁶ RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54. pp. 37/38.

atualmente incluiu, no processo de nomeação dos juízes de tribunais constitucionais, a participação de três órgãos – o presidente, o congresso e algum outro.⁷⁶⁷ Em alguns países, o tribunal constitucional possui composição mista, com cotas de indicação por diferentes órgãos, e, em outros, a indicação ocorre por um órgão e a aprovação por outro, como é o caso do Brasil.

No Brasil, a forma de nomeação de ministros do STF é altamente politizada – nesse aspecto, não destoa da maioria dos países.⁷⁶⁸ Além disso, o Presidente da República e o Senado possuem papel determinante no processo de nomeação.⁷⁶⁹ Isso tende a garantir uma posição diferenciada para a autoridade nomeante na defesa de seus interesses na Suprema Corte brasileira. Além disso, é preciso considerar que esse poder de influência política na Corte – ou, ao menos, a expectativa de poder exercê-lo – pode ter impactos no baixo grau de ataques mais contundentes da classe política ao STF, se comparado aos demais países da América Latina.⁷⁷⁰

⁷⁶⁷ “The actors that can participate in the appointment of constitutional judges include the president, congress, the courts, the judicial council, organized civil society (broadly understood to include all the organizations mentioned in the preceding paragraph), and, of course, the people, as in the 2009 Bolivian Constitution. These actors can participate in different ways that include nominating a judge from a pool presented by another actor, configuring a list of judges from which another actor will nominate one, or directly electing at least one constitutional judge. In Latin America, though the average number of organs participating in the appointment of constitutional judges has been increasing since the mid-1970s, it is still just above the traditional two (i.e., executive and legislative). The countries in which the number of participating organs is more than two are Guatemala, with four organs since 1985; Honduras, with three organs since 2000; Nicaragua, with three organs since 2000; Chile, with three organs since 1980; Colombia, with three organs since 1991; Ecuador, with four organs in 1945, three organs from 1967 to 1978, four organs from 1979 to 1983, three organs from 1984 to 1992, and six organs since 1993; Paraguay, with three organs since 1992; and Peru, with three organs from 1979 to 1992.” (RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Institutions for Constitutional Justice in Latin America*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54. p. 39)

⁷⁶⁸ “Este artigo forneceu evidências empíricas preliminares e revisou vários casos importantes da perspectiva de nossa teoria. Todos os casos revelam um tribunal constitucional significativamente politizado em termos do mecanismo de nomeação e do público político.” (GINSBURG, Tom; GAROUPA, Nuno. *Building Reputation in Constitutional Courts: Political and Judicial Audiences*. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, v. 28, n. 3, p. 539-568, 2011. p. 568)

⁷⁶⁹ Constituição Federal: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei”.

⁷⁷⁰ “The previous figures suggest that the typical Latin American Supreme Court has confronted a risk of political takeover of above twelve percent per year; this yields a cumulative risk of takeover of roughly seventy-three percent over the course of a decade. However, as any actuary knows, the average risk may hide considerable variation across cases. The countries with the greatest frequency of judicial takeovers have been Guatemala, El Salvador, Bolivia, Ecuador, Honduras, Paraguay, and the Dominican Republic, where an episode of this nature took place, on average, every four years over the past century. At the other extreme, although not completely free from judicial takeovers, Chile, Uruguay, Costa Rica, and Brazil have presented the most stable courts in the region. Chile and Uruguay suffered takeovers once approximately every two decades, while the frequency has been much lower in Costa Rica and Brazil. Not surprisingly, these have been traditionally considered among the countries with the most independent judiciaries in the region.” (PÉREZ-LIÑÁN, Anibal.

Atualmente, no Brasil, são cogitados alguns nomes pelo meio jurídico, mas a indicação para o cargo é feita pelo Presidente da República de forma isolada, sem que a sociedade civil possa participar, passando o indicado apenas por uma sabatina no Senado, na qual se sabe, de antemão, que o escolhido será aprovado, pois já houve prévia submissão do candidato à classe política, ou seja, antes mesmo da indicação, os líderes do Senado já foram consultados sobre o pretense candidato do Presidente da República, que teve de fazer campanha e peregrinar pelos gabinetes de influentes políticos.⁷⁷¹ Ainda que não haja comprovação empírica de que o processo político de nomeação garanta um perfil alinhado com a autoridade nomeante⁷⁷², o ministro do STF não ficará indene de suspeitas de parcialidade quando julgar causas de interesse do governo, do Presidente ou de influentes políticos do Senado.

No Brasil, o problema da politização da nomeação é ainda mais grave quando se considera o poder individual hipertrófico dos ministros da Corte Constitucional. Considerando esse poder, o ministro recém nomeado pode, por exemplo, paralisar todos os julgamentos contra a autoridade nomeante, mediante diversos artifícios processuais, como o pedido de vista, o já se expôs anteriormente.⁷⁷³ Esse e outros poderes individuais hipertróficos (p. ex.:

The Conditions for Effective Constitutional Adjudication: Lessons from Latin America. *Duquesne Law Review*, Pittsburgh, v. 49, n. 2, p. 133-144, Spring 2011. p. 139)

⁷⁷¹ “Em uma entrevista jornalística de 2012, o atual Ministro Luiz Fux relatou a sua ‘campanha’ para se tornar um integrante de nossa Corte Suprema. O que salta aos olhos foi a sua peregrinação por gabinetes de políticos e de personalidades públicas que pudessem influenciar na decisão da então Presidenta Dilma Rousseff. Isso não parece ter sido problema para o então aspirante a Ministro, dada a desenvoltura com que narra as suas peripécias: “É uma campanha. Tem um ritual. Você tem que fazer essa caminhada política necessariamente. Como eu me apresentava? Mostrando que sou uma pessoa que gosta de bater papo, carioca, despojado. E, ao mesmo tempo, currículo. Mas só meritocracia não vai” (Folha de São Paulo, pág. A11, 2.12.2012). Isso revela que as indicações não são um assunto público, tanto é assim que os cidadãos só podem especular sobre os nomes mais cotados para o cargo, como em uma bolsa de apostas. O grande problema com as indicações ao STF diz respeito à sua forma: uma indicação feita pelo Presidente, ratificada pelo Senado e marcada sobretudo pelo segredo, pelo tráfico de influência e pelas intrigas palacianas.” (MARTINS, Argemiro. A escolha dos ministros do STF como uma questão pública. *Jota*, 6/2/2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/escolha-dos-ministros-stf-como-uma-questao-publica-06022017>>. Acesso em: 29/6/2018)

⁷⁷² “Essa primeira explicação permitiria a formulação da seguinte hipótese: como os ministros do STF são indicados pelo Chefe do Executivo e aprovados pelo Senado, eles refletem, de alguma maneira, a ideologia de quem os selecionou, as tendências dominantes no meio político que os elegeu ou na comunidade de um modo geral, por serem profissionais permeáveis a ela. Se assim não fosse, não transitariam bem nos ambientes responsáveis por sua escolha. Entretanto, como já demonstrado, as tendências dominantes no meio político e na comunidade podem divergir. Além disso, estudos empíricos já demonstraram que o fato de a maioria dos ministros do STF ter sido selecionada por presidentes de um mesmo partido não garante que decidirão de forma alinhada com os interesses deste último.” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 402-423, 2017. pp. 415/416)

⁷⁷³ Também nesse sentido: “O risco de ministros que, dentro do tribunal, atuem próximos demais à política ao redor da corte existe em qualquer país ou sistema de indicação. O Supremo, porém, dá instrumentos poderosíssimos para um único ministro, sozinho, agir politicamente como se fosse legião. Um único ministro político pode gerar benefícios imensos para seus aliados. Considere os recursos que os ministros têm dentro do processo. Com um pedido de vista, qualquer ministro pode parar a discussão de qualquer tema pelo tribunal.

conceder liminares, não submeter a questão a julgamento etc.) torna cada nomeação ao cargo de ministro do STF algo extremamente estratégico para o governo federal e a classe política.⁷⁷⁴

Em razão disso, no Brasil, há diversas propostas de se reduzir o componente político da nomeação dos membros do Tribunal Constitucional, algumas delas mais radicais (no sentido de impedir qualquer componente político)⁷⁷⁵, outras tendentes a ampliar os atores que participam do processo de escolha⁷⁷⁶. Essas aspirações de afastar a política da nomeação dos ministros da Corte Constitucional brasileira são compreensíveis, haja vista que, se um tribunal constitucional precisa ser imparcial para julgar os conflitos, nada melhor do que isolá-lo da política desde a escolha dos seus membros. Entretanto, embora essa perspectiva

Sozinho, qualquer relator pode decidir nunca pautar um processo. Sem precisar passar pelo plenário, um ministro sozinho pode tomar decisões capazes de devastar ou ajudar certos atores políticos. Na prática, não há limites a esses poderes dentro do Supremo. O regimento e a legislação limitam pedidos de vista, e há limites para a concessão individual de liminares em vários tipos de processo. Mas pouco importam na prática. Se há limites, eles são invisíveis ao olho nu. Com seu histórico profissional nos últimos anos, o nome de Moraes trouxe à tona o risco da politização. Mas é a disfuncionalidade do nosso Supremo que amplifica esse problema. Um único ministro político no tribunal é uma arma poderosa – versátil, eficaz, suficiente e virtualmente livre para atuar politicamente. Com um tribunal quebrado assim, o risco de indicações ‘políticas’ só tenderá a crescer.” (ARGUELHES, Diego Werneck. Supremo: porto seguro para ministros políticos. *Jota*, 7/2/2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/disfuncao-stf-encoraja-escolha-de-alexandre-de-moraes-07022017>>. Acesso em: 7/8/2018)

⁷⁷⁴ “A stronger Supreme Court has led naturally to a greater interest in the appointment of its justices. But, especially in the political arena, this has also been a deeply strategic move. Unlike in the United States, in Brazil justices have a huge amount of power that can be exercised individually, without the support of the rest of the institution. Individual justices can, for instance, suspend a hearing to further examine a case and adjourn that decision indefinitely, unilaterally issue a preliminary injunction on matters of substantial impact, and, as rapporteurs, decide when to bring the case to a collective decision. Precedents, by the same token, have much less importance, and incoherence prevails in many subjects.” (BENVINDO, Juliano Zaiden. Brazil’s Increasingly Politicized Supreme Court. *International Journal of Constitutional Law*, February 2017. Disponível em: <<http://www.icconnectblog.com/2017/02/brazils-increasingly-politicized-supreme-court/>>. Acesso em: 7/8/2018)

⁷⁷⁵ De acordo com a PEC n.º 52/2015, os Ministros do STF seriam nomeados “após aprovação em concurso público de provas e títulos, para mandatos de cinco anos” (art. 84, inc. IV), os quais também deveriam ser “cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada” (art. 101). (BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição n.º 52/2015. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=1400535&ts=1529331751406&disposition=inline&ts=1529331751406>>. Acesso em: 1º/8/2018)

⁷⁷⁶ Por exemplo, a PEC 35/2015 daria ao art. 101, § 1º, a seguinte redação: “A escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal será feita pelo Presidente da República, dentre os integrantes de lista tríplice elaborada, no prazo de até um mês a contar do surgimento da vaga, por um colegiado composto pelos seguintes membros: I – o Presidente do Supremo Tribunal Federal; II – o Presidente do Superior Tribunal de Justiça; III – o Presidente do Tribunal Superior do Trabalho; IV – o Presidente do Superior Tribunal Militar; V – o Presidente do Tribunal de Contas da União; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.” (BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição n.º 35/2015. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=1401366&ts=1529331745871&disposition=inline&ts=1529331745871>>. Acesso em: 1º/8/2018)

seja interessante, empiricamente e considerando o direito comparado, observa-se que não há nenhum exemplo de isolamento total da política.⁷⁷⁷

Fazer com que a nomeação de ministros do STF seja realizada dentre juízes de carreira poderia até ser uma alternativa viável, mas não afastaria diversos dos problemas existentes no modelo atual. Como afirma Julio Ríos-Figueroa, se o cargo de juiz constitucional é também o ápice da carreira judicial, serão nomeados, em tese, os melhores e mais brilhantes juízes de carreira, mas há a tendência de que eles compartilhem valores do serviço civil, como respeito pelas regras e capacidade técnica, de modo que estão mais propensos a desempenhar papéis judiciais tradicionais.⁷⁷⁸

Em contraponto, Willian Partlett aponta que, em países onde os tribunais possuem maior participação no processo de nomeação dos membros da suprema corte, haveria maior propensão de que eles assumissem compromissos atitudinais e de recrudescer as condições democráticas, sobretudo quando os juízes dos tribunais constitucionais se veem como parte de uma comunidade que possui o papel amplo de melhorar o funcionamento da democracia.⁷⁷⁹ Isso é o que aconteceu, por exemplo, nos Tribunais Constitucionais da Índia, da África do Sul e da Colômbia, exemplos de independência judicial.⁷⁸⁰ De outro lado, segundo Partlett, os Tribunais Constitucionais do Quirguistão, da Ucrânia e do Cazaquistão, por terem um

⁷⁷⁷ “The one clear conclusion to be taken from the accounts of appointing judges in the nineteen preceding chapters is that no matter how the process is constructed it always has a political dimension. This is bad news for those who want to take the politics out of appointing judges. The desire to insulate the appointment of judges from politics is an understandable human aspiration. The defining function of the judiciary is to adjudicate disputes about citizens’ and governments’ rights and duties. If the adjudicative function is to be carried out in an even-handed way it would seem essential that those who perform the function somehow be chosen in a way that rises above the contested realm of politics. But alas, we humans are incapable of such apolitical action in operating our institutions governance. What this book shows is that our choice is between a process in which the politics is open, acknowledged, and possesses some degree of balance or a system in which political power and influence is masked, unacknowledged, and unilateral. The book also shows that while reform in appointing judges is always possible, the options in each national context are highly constrained by the country’s political culture and circumstances.” (RUSSEL, Peter H.. Conclusion. In: MALLESON, Kate; RUSSEL, Peter H.. *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from around the World*. Toronto, Buffalo and London: University of Toronto Press, 2006. p. 420-435. p. 420)

⁷⁷⁸ RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54. p. 37.

⁷⁷⁹ PARTLETT, William. Courts and Constitution-Making. *Wake Forest Law Review*, Wake Forest University School of Law, Winston-Salem, CN, v. 50, p. 921-949, 2015. p. 948.

⁷⁸⁰ “Because of the need in a recognition judiciary to draw from within an attitudinal community, formal judicial appointment rules also played an important role in ensuring that the judges on these courts were able to play a role in selecting their successors. Perhaps the most obvious example is India. The Indian Supreme Court has gone out of its way to ensure that it plays a decisive role in appointing replacements. In a series of cases, the court has sought to ensure that it retains primacy over judicial appointments. Furthermore, in a landmark case in 2011, the South African Constitutional Court similarly sought to guard its independence from the power of the executive. Finally, in the Colombian case, most of the candidates put forward for the court are the result of judicial - and not political - appointment.” (PARTLETT, William. Courts and Constitution-Making. *Wake Forest Law Review*, Wake Forest University School of Law, Winston-Salem, CN, v. 50, p. 921-949, 2015. p. 943/944)

procedimento de nomeação judiciária despolitizados, os seus juízes foram facilmente manipulados pela classe política.⁷⁸¹

Entretanto, ainda que se defenda que os tribunais constitucionais é que deveriam escolher os seus próprios membros, é preciso considerar que, mesmo assim, a escolha seria política. Desse modo, do ponto de vista empírico, é preciso se reconhecer que o processo de nomeação é inevitavelmente político.⁷⁸² Além disso, a política feita por juízes dentro de tribunais para ascenderem na carreira é sempre algo problemático.

Então, se o objetivo é tornar o tribunal constitucional mais imparcial e menos sujeito ao poder arbitrário de agentes políticos, a aspiração não deve ser propriamente isolar o processo de nomeação da política, senão torná-lo mais aberto, público, submetido ao crivo de toda a sociedade, impedindo que o poder e a influência de atores políticos sejam mascarados.

Como afirma Ríos-Figueroa, quanto mais aberto o procedimento de nomeação (com a participação, p. ex., da sociedade civil, das organizações não-governamentais, dos conselhos de classe dos advogados, das faculdades de direito, das organizações de minorias e dos sindicatos), mais provável é que juízes menos tradicionais componham o tribunal constitucional. Esse é o sistema adotado, por exemplo, na Guatemala e em Honduras.⁷⁸³

De outro lado, no Brasil, observa-se a necessidade de se ampliar a participação da sociedade civil, não necessariamente para que organizações ou pessoas fora do Estado possam nomear representantes, mas no sentido de que a escolha dos juízes constitucionais precisa ser pública e passar pelo crivo da sociedade civil.⁷⁸⁴

⁷⁸¹ “Not all specialized constitutional courts, of course, fit this recognition model. For instance, Kyrgyzstan, Ukraine, and Kazakhstan had constitutional courts, but judges on these courts were easily manipulated. These countries lacked the depoliticized judicial appointment procedures as well as the supportive and public-minded legal attitudinal community needed for a constitutional court to be a true ‘recognition’ judiciary. By contrast, the Colombian Constitutional Court - created in 1991 - emerged from a tradition in which judicial review had been respected and was widely seen as necessary in resolving Colombia's poor human rights record. The constitutional court itself was pushed by the current president as a body that would have the time and expertise to develop constitutional law. It was also described as a body that would enhance the capacity of the state. In an important speech to the constituent assembly, he argued that ‘[a]bove all, which body is going to have the mission of preventing any other powerful authority from hampering the transformations you are encouraging with laws, decrees, resolutions, [and] orders?’ Finally, in South Africa, the creation of the constitutional court was a key demand of those seeking human rights protection in post-apartheid South Africa. Nelson Mandela described it as an institution that would ‘ensure that the values of freedom and equality which underlie our interim constitution ... are nurtured and protected so that they may endure.’” (PARTLETT, William. *Courts and Constitution-Making. Wake Forest Law Review*, Wake Forest University School of Law, Winston-Salem, CN, v. 50, p. 921-949, 2015. p. 944)

⁷⁸² Também nesse sentido: HIRSCHL, Ran. *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. The Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 93-118, 2008. p. 109.

⁷⁸³ RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Institutions for Constitutional Justice in Latin America*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54. p. 38.

⁷⁸⁴ “Se o princípio da supremacia da Constituição é válido em nossa titubeante democracia, a escolha dos ministros deveria ser pautada por outros critérios. Não se trata de propor mudanças formais em nossa atual

A esse respeito, o processo de nomeação de juízes constitucionais na Argentina pode ser um bom exemplo de como essa medida traz mais legitimidade à Corte Constitucional. Durante a década de 1990, a Suprema Corte argentina foi muito criticada por não ter independência em relação ao Poder Executivo, que sempre decidia as causas a favor do governo. Durante o governo do Presidente Néstor Kirchner (que durou de 2003 a 2007), todos os membros da *Corte Suprema de Justicia de la Nación* que compunham a chamada “maioria automática” (*mayoría automática*) foram removidos dos seus cargos por renúncia ou por julgamento político.⁷⁸⁵ A Corte Constitucional da Argentina era marcada pela instabilidade de suas decisões e pelo favorecimento ao governo.

Em 2003, logo depois de tomar posse como Presidente, Néstor Kirchner editou o Decreto n.º 222/2003⁷⁸⁶, que estabeleceu um procedimento público para nomear membros da Corte Suprema. Esse Decreto prevê, dentre outras regras, que os nomes dos candidatos ao cargo devem constar de lista publicada na imprensa oficial por duas vezes, antes da nomeação.⁷⁸⁷ O candidato a juiz constitucional deve ter compromisso com os direitos humanos e os valores democráticos.⁷⁸⁸ Além disso, a composição da Corte Suprema deve

Constituição, já marcada por emendas que lhe desfiguraram a essência. Trata-se mais de uma mudança substantiva e materialmente constitucional: os candidatos ao STF devem prestar contas de suas visões de mundo, de seus pressupostos teóricos e ideológicos para além dos gabinetes, alcançando a opinião pública, hoje mera espectadora de um espetáculo já montado nos bastidores políticos. A indicação ao STF deveria ser precedida de um amplo e contínuo debate público, no qual os candidatos fossem visíveis e passíveis de serem questionados pelo público sobre os temas constitucionais candentes. [...] Desse modo, não cabe mais essa forma de indicação dos seus ministros, marcada pelo personalismo e pela alcoviteirice. Enquanto essa forma torpe perdurar, os requisitos constitucionais do ‘notável saber jurídico’ e da ‘reputação ilibada’ (Art. 101, *caput*, da Constituição de 1988) não serão mais do que palavras ao vento. A verdadeira democracia constitucional exige mais do que isso: a indicação dos magistrados de uma corte suprema deve ser uma questão pública, no sentido pleno e forte do termo.” (MARTINS, Argemiro. A escolha dos ministros do STF como uma questão pública. *Jota*, 6/2/2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/escolha-dos-ministros-stf-como-uma-questao-publica-06022017>>. Acesso em: 29/6/2018.)

⁷⁸⁵ O último dos “automáticos”, o Ministro Antonio Boggiano, foi destituído do cargo em 29 de setembro de 2005.

⁷⁸⁶ ARGENTINA. Decreto n.º 222/2003. Disponível em: <<http://poderciudadano.org/decreto-222-procedimiento-participativo-para-el-nombramiento-de-los-magistrados-de-la-corte-suprema-de-justicia-de-la-nacion/>>. Acesso em: 1º/8/2018.

⁷⁸⁷ Decreto n.º 222/2003: “Art. 4º — Establécese que, producida una vacante en la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, en un plazo máximo de TREINTA (30) días, se publicará en el Boletín Oficial y en por lo menos DOS (2) diarios de circulación nacional, durante TRES (3) días, el nombre y los antecedentes curriculares de la o las personas que se encuentren en consideración para la cobertura de la vacancia. En simultáneo con tal publicación se difundirá en la página oficial de la red informática del MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS.” (ARGENTINA. Decreto n.º 222/2003. Disponível em: <<http://poderciudadano.org/decreto-222-procedimiento-participativo-para-el-nombramiento-de-los-magistrados-de-la-corte-suprema-de-justicia-de-la-nacion/>>. Acesso em: 1º/8/2018)

⁷⁸⁸ Decreto n.º 222/2003: “Art. 2º — Déjase establecida como finalidad última de los procedimientos adoptados, la preselección de candidatos para la cobertura de vacantes en la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION en un marco de prudencial respeto al buen nombre y honor de los propuestos, la correcta valoración de sus aptitudes morales, su idoneidad técnica y jurídica, su trayectoria y su compromiso con la defensa de los derechos humanos y los valores democráticos que lo hagan merecedor de tan importante función.” (ARGENTINA. Decreto n.º 222/2003. Disponível em: <<http://poderciudadano.org/decreto-222-procedimiento>>

refletir as diversidades de gênero, de especialidades jurídicas, e de diferentes províncias e regiões do País.⁷⁸⁹ Estabelece o Decreto, ainda, que os cidadãos em geral, as organizações não-governamentais, as associações profissionais, as entidades acadêmicas e de direitos humanos poderão, no prazo de quinze dias da última publicação, se manifestar por escrito, inclusive juntando documentos, sobre os candidatos ao cargo de ministro da Corte Suprema.⁷⁹⁰ Embora haja publicização do processo de escolha, a nomeação continua sendo de competência do Presidente, havendo necessidade de aprovação por dois terços do Senado, conforme previsto na Constituição da Argentina.⁷⁹¹

Esse Decreto foi reconhecido, inclusive pela oposição, como um passo positivo. Após ele, foi renovada a composição da Corte Suprema da Argentina, seguindo-se decisões como a que, em 2007, declarou inconstitucional o indulto do ex-Presidente Carlos Menem ao General Santiago Omar Riveros, acusado de ter cometido crimes contra a humanidade durante a ditadura argentina,⁷⁹² abrindo a possibilidade de anular indultos concedidos a repressores ainda vivos.

Essa experiência mostra que tornar pública a escolha dos juízes constitucionais pode ser um importante passo para que eles sejam vinculados com as questões constitucionais, sobretudo de direitos humanos, bem como que tenham maior independência em relação ao governo e às elites políticas.

participativo-para-el-nombramiento-de-los-magistrados-de-la-corte-suprema-de-justicia-de-la-nacion/>. Acesso em: 1º/8/2018)

⁷⁸⁹ Decreto n.º 222/2003: “Art. 3º — Dispónese que, al momento de la consideración de cada propuesta, se tenga presente, en la medida de lo posible, la composición general de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION para posibilitar que la inclusión de nuevos miembros permita reflejar las diversidades de género, especialidad y procedencia regional en el marco del ideal de representación de un país federal.” (ARGENTINA. Decreto n.º 222/2003. Disponível em: <<http://poderciudadano.org/decreto-222-procedimiento-participativo-para-el-nombramiento-de-los-magistrados-de-la-corte-suprema-de-justicia-de-la-nacion/>>. Acesso em: 1º/8/2018)

⁷⁹⁰ Decreto n.º 222/2003: “Art. 6º — Los ciudadanos en general, las organizaciones no gubernamentales, los colegios y asociaciones profesionales, las entidades académicas y de derechos humanos, podrán en el plazo de QUINCE (15) días a contar desde la última publicación en el Boletín Oficial, presentar al MINISTERIO DE JUSTICIA SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS, por escrito y de modo fundado y documentado, las posturas, observaciones y circunstancias que consideren de interés expresar respecto de los incluidos en el proceso de preselección, con declaración jurada respecto de su propia objetividad respecto de los propuestos. No serán consideradas aquellas objeciones irrelevantes desde la perspectiva de la finalidad del procedimiento que establece el artículo 2º del presente o que se funden en cualquier tipo de discriminación.” (ARGENTINA. Decreto n.º 222/2003. Disponível em: <<http://poderciudadano.org/decreto-222-procedimiento-participativo-para-el-nombramiento-de-los-magistrados-de-la-corte-suprema-de-justicia-de-la-nacion/>>. Acesso em: 1º/8/2018)

⁷⁹¹ Constitución de la Nación Argentina: “Artículo 99.- El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...] 4. Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto [...].” (ARGENTINA. Constitución de la Nación Argentina. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>>. Acesso em: 1º/8/2018)

⁷⁹² CLARÍN. Derechos Humanos: Confirman una medida que ya habian tomado jueces y camaras: La Corte anula hoy los indultos que Menem otorgó a militares. *Buenos Aires*, 13/7/2007. Disponível em: <https://www.clarin.com/ediciones-antiores/corte-anula-hoy-indultos-menem-otorgo-militares_0_r1rgF8eJRtg.html>. Acesso em: 20/8/2018.

Portanto, a submissão dos indicados ao cargo de ministro do STF ao escrutínio público poderia gerar muitos ganhos em termos democráticos. Além disso, mesmo não sendo capaz de livrar a escolha da política, essa publicização ao menos poderia fazer com que as campanhas ao cargo fossem mais públicas do que políticas, o que reduziria a influência da classe política sobre a Corte. Contudo, talvez este seja exatamente o problema e explique a falta de interesse da classe política em tornar o processo de nomeação mais público. Em outras palavras: Politicamente, a quem interessaria aumentar a publicidade do processo de nomeação?

5.2. A sobrecarga e a morosidade processual: estratégias e custos

O art. 102 da Constituição Federal brasileira estabelece uma ampla gama de competências ao STF⁷⁹³, de modo que praticamente qualquer questão pode ganhar roupagem

⁷⁹³ Constituição Federal: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* 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; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; [...] i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; n) 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; o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; II - julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político; III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. § 1.º A arguição de

jurídica e ser decidida pela Corte brasileira.⁷⁹⁴ Além disso, seguindo-se uma tradição latino-americana⁷⁹⁵, há grande diversidade de instrumentos para se chegar ao Tribunal Constitucional brasileiro, tais como mandado de segurança (individual e coletivo), mandado de injunção, *habeas data*, *habeas corpus*, revisão criminal, reclamação constitucional, conflito de competência, medidas cautelares, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação de descumprimento de preceito fundamental, recurso extraordinário, recurso ordinário e agravo, entre outros.

Além dessa amplitude de competências no plano formal, o comportamento permissivo em admitir ações originárias e recursos extraordinários, bem como o alto quantitativo de julgamentos aproximam o STF de um tribunal de apelação.⁷⁹⁶

No final do ano de 2017, existia um acervo de 45.437 em tramitação na Corte brasileira.⁷⁹⁷ De 1º/1/2018 a 15/7/2018, foram distribuídos 55.141 processos ao STF⁷⁹⁸, sendo

descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

⁷⁹⁴ “O art. 102 da Constituição Federal brasileira dá noção do enorme espaço de atuação atribuído ao STF, já que, tendo-se em perspectiva a amplitude das matérias tratadas pelo texto constitucional de 1988 e a grande lista de competências que lhe é atribuída, é possível concluir que a suprema corte brasileira pode potencialmente intervir em quase qualquer aspecto da vida jurídica do país. Isso, como é de conhecimento público, é uma das razões que torna a pauta do STF extremamente abarrotada, marcando uma atuação muitas vezes morosa pelo acúmulo de processos.” (BENVINDO, Juliano Zaiden; ACUNHA, Fernando José Gonçalves. O papel da política na atuação das Cortes Supremas. *Novos Estudos*, CEBRAP, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 57-79, jan.–abr. 2018. p. 62)

⁷⁹⁵ “Latin American constitutions explicitly specify a variety of instruments for constitutional adjudication. For instance, the amparo suit is a legal instrument to protect individual constitutional rights from encroachments by public authorities and, in some countries, from private actors. In addition to amparos, Latin American constitutions specify other instruments such as habeas corpus (to protect the physical integrity of the individual), habeas data (to guarantee the right of access to information), actions of unconstitutionality (to challenge the constitutionality of a law or decree), and constitutional controversies (to make valid the prerogatives and responsibilities of political authorities as stipulated in the constitution).” (RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Institutions for Constitutional Justice in Latin America*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54. p. 31)

⁷⁹⁶ “The presence of the ADIN mechanism and other types of constitutional review cases leads the STF to act as a ‘quasi-constitutional’ court in a small proportion of cases; in the bulk of legal cases it decides, however, the STF is simply a last court of appeal.” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 28)

⁷⁹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Estatística. Acervo atual. Acervo atual - Listagem completa de processos. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>>. Acesso em: 20/7/2018.

⁷⁹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Estatística. Acervo atual. Listagem de processos recebidos este ano. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>>. Acesso em: 20/7/2018.

que ele, no mesmo período, proferiu 78.081 decisões.⁷⁹⁹ Esses números podem dar uma noção da sobrecarga de trabalho na Corte Constitucional brasileira. Há uma distribuição excessiva de processos ao Supremo, bem como uma quantidade exorbitante de julgamentos.

Ao se comparar o STF à Suprema Corte dos EUA, constata-se que a Corte brasileira julga em média mil e duzentas vezes mais processos do que a Corte estadunidense⁸⁰⁰, o que parece não ter qualquer razoabilidade. De um lado, é certo que não se deve simplificar e pretender aplicar um sistema estrangeiro no Brasil sem considerar toda a complexidade que está envolvida; de outro, não há nada que indique que, no Brasil, o STF deva manter um papel de tribunal de apelação, sobretudo quando se considera que o Superior Tribunal de Justiça foi criado pela Constituição de 1988 exatamente para que o Supremo pudesse se dedicar a casos de natureza exclusivamente constitucional.⁸⁰¹

Ocorre que o STF não tem buscado uma redução significativa das suas competências. A detenção de competências que vão muito além de um tribunal constitucional, paradoxalmente, amplia o próprio poder dos membros da Corte, pois permite que eles atuem no campo da barganha política, na medida em que, na prática, podem julgar, pela via

⁷⁹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Estatística. Estatística de decisões (a partir de 2010). Decisões - geral. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoessel>>. Acesso em: 20/7/2018.

⁸⁰⁰ “Although the different legal systems mean that there is no equivalency between the number actually argued in the U.S. Supreme Court (86 cases) and the number ‘judged’ in the Brazilian STF (109,692 cases), the difference in magnitude is telling. Even considering all cases filed in both high courts, rather than only those argued, there were 872 cases filed per U.S. Supreme Court justice, against 10,070 per Brazilian STF minister. In the Brazilian STF, even though only a minority of cases actually go to a hearing before the full STF on the merits, all cases must be judged by at least one minister, and the decision approved and signed by that minister. This is very different from the United States, where a decision not to grant certiorari means that the pre-appeal decision stands, and justices are thus freed of any further deliberation or administrative processing.” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. pp. 39/40)

⁸⁰¹ Isso pode ser explicado, resumidamente, em três etapas: 1) “A crise do Supremo. Congestionamento. Desde os anos 30, já se discutia a sobrecarga processual do Supremo Tribunal Federal (STF). A criação do TFR na década de 40, em certo sentido, foi uma resposta a essa situação. A partir dos anos 60, acentuou-se o debate, no que passou a ser chamada como ‘crise do Supremo’. Nos dizeres do jurista Alfredo Buzaid, a crise consistia no ‘desequilíbrio entre o número de feitos protocolados e o de julgamentos por ele proferidos, sendo a entrada daqueles consideravelmente superior à capacidade de sua decisão (...) se acumulando os processos não julgados, resultando daí o congestionamento” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Institucional: História – A Crise do Supremo. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Hist%C3%B3ria/A-crise-do-Supremo>. Acesso em: 2/8/2018); 2) “Com a nova corte, o Supremo a assumiria a condição de tribunal predominantemente constitucional, reservando-se ao STJ as causas de natureza infraconstitucional” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Institucional: História – A Constituinte: O TSF vira STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Hist%C3%B3ria/A-crise-do-Supremo>. Acesso em: 2/8/2018); 3) “O Superior Tribunal de Justiça (STJ) é fruto de amplos debates políticos e de gestão da justiça que permearam o século XX no Brasil. Criado pela Constituição Federal de 1988 e instalado no ano seguinte, suas decisões influenciam todos os aspectos da vida cotidiana das pessoas” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Institucional: História. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Hist%C3%B3ria>. Acesso em: 2/8/2018).

originária ou em última instância⁸⁰², qualquer ação que tramita no país, bastando que ela tenha recebido uma roupagem constitucional.⁸⁰³

Esse empoderamento dos ministros do STF ocorre desde o controle de entrada (*docket control*). Com efeito, o controle de admissibilidade de processos na Corte também é um recurso estratégico, que constitui o poder de agenda.⁸⁰⁴ Os ministros e a Corte podem definir quais causas admitirão para julgamento. Nesse contexto, atores políticos relevantes e altas autoridades da República podem ter mais poder de barganha para que suas causas cheguem no STF, na medida em que se legitimam para propor as ações constitucionais.

Há diversos legitimados para cada tipo de ação, o que aumenta as chances de que a mesma questão chegue ao STF por diferentes vias.⁸⁰⁵ A questão pode chegar à Corte Constitucional brasileira pelas mais diversas ações, que possuem diferentes legitimados⁸⁰⁶ e

⁸⁰² Qualquer demanda que for formulada a partir de um discurso constitucional pode, em tese, chegar ao STF pela via do recurso extraordinário.

⁸⁰³ “Em particular, contudo, um dos principais desafios do desenho institucional hoje adotado pelo stf encontra-se em sua potencialidade de politização — e, portanto, maior intervenção na esfera da política — pelo uso estratégico da posição dúbia do stf como pretensa corte constitucional, por um lado, e pela manutenção da estrutura de uma corte detentora de competências que há muito parecem contrariar essa pretensão, por outro. Essa dubiedade tem servido bem aos propósitos de fortalecimento da corte, e ministros têm feito uso dela e de suas disfuncionalidades para também empoderar-se no campo da barganha política.” (BENVINDO, Juliano Zaiden; ACUNHA, Fernando José Gonçalves. O papel da política na atuação das Cortes Supremas. *Novos Estudos*, CEBRAP, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 57-79, jan.–abr. 2018. p. 71)

⁸⁰⁴ “There are many reasons why giving courts the power of docket control can contribute to their success. Deciding what cases to decide permits a court to issue the right decisions at the right times, what this chapter calls ‘issue timing’. A court can avoid encountering an issue until the country is ready to discuss the issue, and perhaps ready to resolve the issue in the manner the court is contemplating – or the court can decide to avoid the issue altogether because the issue is too polarizing for the court to encounter. As part of this ‘issue timing’ is what this chapter calls ‘legitimacy timing’, meaning giving the court the power to decide what to decide allows courts both to initially create and then later maintain their legitimacy, even in situations when political forces might not support the specific outcome ordered by the court. Courts create and maintain their institutional legitimacy by giving political forces and the public time to adjust to a newer style of institution – a judicial institution – deciding leading issues of the day. But there is also a quantitative benefit to docket control, one related to legitimacy timing and the general politics surrounding courts. Giving courts docket control permits them to limit the sheer number of major issues they are deciding, which permits them to avoid excessive political fights, and gives them an agenda control power that allows them to compete on more equitable terms with the other branches of government, which do have agenda control.” (FONTANA, David. Docket Control and the Success of Constitutional Courts. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (eds.). *Comparative Constitutional Law*. Northampton, MA: Elgar Publishing, 2011. p. 624-641. p. 624)

⁸⁰⁵ Essa característica também está presente em diversos outros países latino-americanos: “Interestingly, there is cross-national variation in the number of instruments available for constitutional review. Some countries have created several specific instruments that allow constitutional judges to participate in lawmaking and policy making in many different ways, whereas others restrict the number of instruments for exercising constitutional review. Access to the instruments also varies: some are open to any citizen, whereas others can be used only by public authorities. Moreover, the effects of judges’ decisions vary with each instrument. For instance, in Mexico, the effects of decisions in amparo cases are valid only for the parties in the case (i.e., inter partes), whereas the effects of decisions in actions of unconstitutionality are valid for everyone (i.e., erga omnes).” (RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54. p. 31)

⁸⁰⁶ “The third element of judicial review is standing: namely, which actors are legally enfranchised to file what type of suit, regarding what subjects, in what court. Standing plays a fundamental role in determining the range

procedimentos, bem como geram diversas competências internas do STF (decisão monocrática, da turma ou do pleno) e efeitos (*erga omnes* e vinculante, p. ex.).

A combinação entre os elementos amplitude de competência, extenso rol de legitimados e diversidade de ações maximiza a complexidade das estratégias dos diversos atores e dos ministros do STF, pois permite um conjunto muito variado de táticas para levar a questão política à Corte Suprema, de acordo com os objetivos de cada *player*.⁸⁰⁷ Tudo isso, aliado a um comportamento permissivo, não pode ter outra consequência senão a sobrecarga de processos na Corte e, como conseqüência, a grande morosidade no julgamento das ações e dos recursos.

Isso tudo leva a alguns questionamentos: A quem interessa a demora do processo? Como ocorre o controle do *timing* do processo? Qual é o seu impacto para a capacidade de o STF melhorar a democracia brasileira?

Se houvesse alteração no texto constitucional ou mudança de entendimento do STF que efetivamente implicasse redução do quantitativo de processos que chegam à Corte, essa medida reduziria o seu poder e também tornaria a primeira instância praticamente incontrolável pela classe política, o que parece não interessar nem ao governo, nem à classe política, tampouco à própria Corte Constitucional brasileira.⁸⁰⁸

A combinação entre revisão judicial, poder individual hipertrófico de ministros do STF e relacionamento destes com os membros dos demais Poderes Constituídos possibilita que aqueles possam ditar o ritmo das decisões judiciais, o que proporciona vantagens mútuas,⁸⁰⁹ muitas vezes de maneira ilegítima e não republicana. Essas relações aumentam à

of tactics available to specific policy actors, and their likely use of the court system in politically productive ways.” (TAYLOR, Matthew M. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 22)

⁸⁰⁷ “Together these three elements of judicial review influence the degree of ‘coordination, uniformity and compliance’ (Melnick 2005, 25; Shapiro 1981) within the judicial system, with a strong effect on the tactical options provided by the overall judicial structure. Drawing on the options made available by this structure, and taking into account both the salience of policy and the overall political environment, plaintiffs are able to choose the legal tactics that best suit their overall strategic objectives (Figure 2.1).” (TAYLOR, Matthew M. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 22)

⁸⁰⁸ No Brasil, os juízes de primeira instância são selecionados por concurso público, de modo que o poder político é menos influente em relação a esses magistrados. Ao menos em tese, as altas autoridades da República tendem a ter mais “acesso” a Ministros do STF do que a juízes de primeira instância.

⁸⁰⁹ “Debates over the relationship between Congress and the Judiciary are quite common in the comparative constitutional literature, especially in the current scenario of rising activism of constitutional courts worldwide. Particularly interesting is to observe how Supreme Courts and Parliaments negotiate the pace of their decisions, sometimes in a symbiotic manner, in order to obtain mutual advantages. However, the literature has mostly focused on institutions rather than on the people behind those institutions. By shifting focus to these people, those interactions become even more complex.” (BENVINDO, Juliano Zaiden. Corporate Campaign Contributions in Brazil: Of Courts, Congresses, and the Agendas of Individual Justices. *International Journal of Constitutional Law Blog*, July 2015. Disponível em: <<http://www.icconnectblog.com/2015/07/corporate->

medida que cresce a judicialização da política e o ativismo judicial, quando questões políticas essenciais para o governo passam a ser submetidas à revisão judicial pelo STF.

Talvez isso explique o fato de que mais de 60% dos processos que tramitam no STF dizem respeito ao ente federal, incluindo a sua administração direta e indireta.⁸¹⁰ Assim, o quantitativo de processos distribuídos no Supremo parece ser algo teoricamente inconcebível para uma corte constitucional, pois não encontra parâmetro em outros países, ao menos no continente americano, mas parece ter uma razão de ser dentro da perspectiva da política brasileira.

No âmbito da sua competência penal, a lógica parece ser a mesma. A alta permissividade de *Habeas Corpus* e a grande quantidade de ações penais originárias que passaram a tramitar no STF a partir das investigações da Operação Lava Jato – que desvendaram diversos esquemas de corrupção nos mais altos cargos da República e em empresas estatais –, tornaram a pauta da Corte brasileira sobrecarregada de ações e recursos de natureza penal. Embora a decisão do Supremo limitando um pouco a sua competência originária em matéria penal (foro por prerrogativa de função),⁸¹¹ ele continua sendo a última instância nos processos criminais.

Ocorre que o fato de a Corte ser transformada num tribunal penal parece não incomodar muito à maioria dos ministros. Pelo contrário, essa amplitude de competência penal do STF permite que os seus ministros exerçam controle de todas as ações penais que tramitam no país, seja pela via originária ou recursal, e isso parece interessar à classe política

campaign-contributions-in-brazil-of-courts-congresses-and-the-agendas-of-individual-justices/>. Acesso em: 7/8/2018)

⁸¹⁰ “The congestion in the upper reaches of the Brazilian judiciary can be largely attributed to public sector litigation, with state companies and governments at all three levels (federal, state, and municipal) accounting for 79 percent of all litigation in the STF during the period 1999–2003. The federal government alone accounts for 64.8 percent of this caseload, with much of this burden due to appeals by the National Social Security Institute (INSS), the Caixa Econômica Federal bank, and the Central Bank of cases related to the seven economic stabilization plans implemented between 1986 and 1994 (Folha de São Paulo 2004).” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 40)

⁸¹¹ O STF, em 3/5/2018, no julgamento da questão de ordem da Ação Penal n.º 937, proferiu o seguinte julgamento: “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, resolveu questão de ordem no sentido de fixar as seguintes teses: ‘(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo’, com o entendimento de que esta nova linha interpretativa deve se aplicar imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior, conforme precedente firmado na Questão de Ordem no Inquérito 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1999), e, como resultado, no caso concreto, determinando a baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro para julgamento [...]’”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Penal n.º 937. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Julgado em 3/5/2018)

e a atores que possuem – ou julgam possuir – relações pessoais com os membros da Corte. Com efeito, houve diversos casos envolvendo políticos e grandes empresários em que ministros do STF reiteradamente revogaram prisões e suspenderam ações penais que tramitavam na primeira instância, algumas delas inclusive com alegações de suspeição de ministro da Corte em razão de relações pessoais com réus.⁸¹²

Assim, a sua forma de composição e a possibilidade de, mediante recurso extraordinário, atuar praticamente em qualquer ação individual iniciada em juízo de primeira instância fazem do STF, paradoxalmente, um tribunal constitucional altamente empoderado, dada a natureza política da sua atuação. Aliado a isso, o tempo do processo se torna um instrumento que entra no cálculo estratégico, no jogo político e no poder de barganha.

O grande volume de processos que ingressam, o imenso acervo de ações e recursos que aguardam julgamento e o elevado número de casos julgados pelo STF constituem uma pronta justificativa para o longo tempo que os processos permanecem parados na Corte, facilitando ainda mais o uso estratégico disso.⁸¹³ Como foi possível

⁸¹² “O ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF), mandou nesta sexta-feira (1º) soltar, pela terceira vez, o empresário do setor de ônibus do Rio de Janeiro Jacob Barata Filho e o ex-presidente da Federação das Empresas de Transportes de Passageiros do Estado do Rio (Fetranspor) Lélis Teixeira. Gilmar Mendes já havia determinado em agosto, por duas vezes, que os dois fossem soltos. Mas decisões judiciais os levaram à prisão novamente. Barata Filho e Lélis Teixeira são alvos da Operação Ponto Final, um desdobramento da Lava Jato no Rio de Janeiro. Os dois são suspeitos de envolvimento em um esquema de corrupção que atuou no setor de transportes do RJ, com a participação de empresas e políticos do estado, que teria movimentado R\$ 260 milhões em propina. [...] Em julho deste ano, o Ministério Público Federal do Rio de Janeiro encaminhou à Procuradoria Geral da República (PGR) um pedido de suspeição de Gilmar Mendes no caso envolvendo a prisão de Jacob Barata Filho. O MPF-RJ argumentou à época que o ministro é padrinho de casamento da filha do empresário. O Ministério Público também disse, na ocasião, que um dos advogados de Jacob Barata Filho também é advogado de Gilmar Mendes. A PGR, então, analisou o caso e pediu ao Supremo Tribunal Federal que declare suspeita a atuação de Gilmar Mendes no caso. Na ocasião, o então procurador-geral, Rodrigo Janot, pediu ainda que todas as decisões tomadas pelo ministro fossem anuladas. [...] Sobre o fato de ter sido padrinho de casamento da filha de Jacob Barata Filho, o ministro fez a seguinte indagação a jornalistas que o questionaram sobre o assunto: ‘Vocês acham que ser padrinho de casamento impede alguém de julgar um caso? Vocês acham que isto é relação íntima, como a lei diz? Não precisa responder’.” (RAMALHO, Renan. Gilmar Mendes manda soltar pela terceira vez empresário Jacob Barata Filho. G1, 01/12/2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/gilmar-mendes-manda-soltar-jacob-barata-filho-e-lelis-teixeira.ghtml>>. Acesso em: 8/8/2018)

⁸¹³ “Despite this orderly process, the STF retains significant decision-making discretion and room for informal innovation. For instance, the Court possesses significant latitude with respect to the timing of its decisions: there are no rules concerning either the order in which it must decide cases or how quickly it must do so, and no formal requirement that the STF president include on the Court’s agenda the cases that have been in the Court the longest. The STF’s astronomical caseload provides the Court a ready justification for long decision times, further facilitating delay. Also, at any point before the final votes on a case are cast, justices may request time to study the case in greater detail (pedir vista). Granting the request suspends voting on the case until the justice ‘returns’ it. Although written rules regulate when justices should return ADIns they request to study, it is easy, both formally and tacitly, to extend the review period. Justices have been known to hold onto cases they requested for long periods of time, due to case complexity, to the Court’s huge caseload and to political considerations (AS-02).” (KAPISZEWSKI, Diana. How Courts Work: Institutions, Culture, and the Brazilian Supremo Tribunal Federal. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of*

observar nos capítulos anteriores, a grande demora do processo com o relator (até pedir pauta para julgamento), a discricionariedade do presidente da Corte na escolha dos processos que serão pautados e a possibilidade de cada ministro pedir vista de um processo e ficar longo tempo com ele são recursos estratégicos potencializados pelo grande acervo processual do STF, pois serve sempre de justificativa para cada ação dessas. Portanto, o *timing* de cada ato passa a ser um potencial recurso estratégico durante o tramitar do processo.

O controle estratégico do *timing* das decisões não seria tão problemático não fosse o abuso dessa prática, diante de uma demora incomensurável. O fato de juízes de cortes constitucionais manipularem o momento das decisões não é exclusividade brasileira. Não é incomum que tribunais constitucionais aguardem para julgar determinada matéria até que haja um clima político (ou judicial) mais favorável. Por exemplo, nos EUA, a Suprema Corte pode não aceitar julgar determinada matéria, aguardando o melhor momento para tanto (controle de entrada). No entanto, uma vez aceita para julgamento, a decisão ocorre aproximadamente em 3 meses após as sustentações orais.⁸¹⁴ Em contraste, no Brasil, a causa pode aguardar por muitos anos ou até décadas até o juízo de admissibilidade. Após admitida a causa para julgamento, há diversas possibilidades, concedidas a qualquer um dos ministros da Corte, de impor vetos à deliberação e à conclusão do julgamento, podendo o processo, por exemplo, mediante um simples pedido de vista por qualquer deles, aguardar indefinidamente, até que o ministro o devolva para julgamento.

Além disso, a demora processual pode ser utilizada pelas partes como uma tática para não ter contra si a aplicação do direito,⁸¹⁵ mesmo no caso de recursos inadmissíveis.⁸¹⁶

Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 51-77. p. 66)

⁸¹⁴ “High court judges manipulate the timing of their decisions. In Brazil, for example, judges have been known to delay hearing the case or announcing or publishing the decision until there is a more favorable political climate (or court). Strategic timing of judicial decisions also seems to occur in the U.S. state courts. In contrast, the Justices of the U.S. Supreme Court, once they accept a case for review, rarely if ever delay decision in this way. The Court usually issues its decision within three months of oral argument; only the very rare case bounces around the chambers for more than six months, and almost every decision is issued in the same term in which the case is argued.” (EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. *The Best for Last: The Timing of U.S. Supreme Court Decisions.* *Duke Law Journal*, Durham, v. 64, n. 6, p. 991–1022, March 2015. pp. 992/993)

⁸¹⁵ “As a result, recourse to the legal system is often considered a delaying tactic rather than a means to resolve disputes. Historically, the law has been often used as an instrument of political repression and social exclusion, reflected in the famous quote by Getúlio Vargas: ‘for my friends, whatever they want; for my enemies the law’. The lack of legitimacy of the judiciary is intrinsically linked to the lack of credibility of the law and the Brazilians’ tendency to evade it. Paradoxically, although Brazilian citizens routinely evade the rules, they hope that the laws will eventually be respected and cure Brazil’s ills.” (SANTISO, Carlos. *Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability.* In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies.* London: Routledge, 2005. p. 117-143. p. 124)

Ou seja, o processo judicial, por diversas vezes, é utilizado como mecanismo para suspender a aplicação do direito constitucional, enquanto a questão é discutida judicialmente. E essa utilização estratégica do tempo do processo é bastante comum no STF, como foi possível observar nos capítulos anteriores.

Mas o problema da sobrecarga e da morosidade processual não é somente potencializar a politização do processo no STF. A maximização da incerteza gerada pela excessiva demora nos julgamentos pela Corte possui diversos impactos negativos, do ponto de vista político, social e econômico. Do ponto de vista político, porque a própria função de fazer justiça fica comprometida; do ponto de vista social, porque a situação jurídica e fática dos cidadãos e das empresas fica indefinida enquanto o processo não é julgado, sendo que os baixos índices de confiança no Judiciário são uma boa medida de como a população não está contente com essa forma de fazer justiça; e do ponto de vista econômico, porque o tempo do processo, a falta de confiabilidade e a incerteza do processo judicial aumentam o custo brasileiro para fazer negócios e atrair investimentos estrangeiros.⁸¹⁷

Assim, a mazela do tempo do processo no STF – “justificado” pela alta distribuição e sobrecarga de trabalho – se torna um importante recurso estratégico para diversos *players*, bem como empodera muito os ministros da Corte, individualmente considerados, mas com um alto custo, na medida em que coloca em questão a própria função judicial e a real necessidade de um tribunal constitucional. Como afirmam Juliano Zaiden Benvindo e Fernando Acunha, o STF é “uma corte que não se entendeu como corte constitucional”.⁸¹⁸

⁸¹⁶ O sistema judicial brasileiro nem sempre é utilizado como um mecanismo para resolução de conflitos, pois pode ser usado como recurso estratégico para postergar a entrega do direito à parte. No âmbito do STF, a lógica não é diferente. Considerando que um recurso extraordinário pode ficar aguardando decisão tanto na fase de admissibilidade quanto na fase de julgamento, a mazela da morosidade no STF é um problema mesmo no caso de recursos inadmissíveis.

⁸¹⁷ “Reformers clearly succeeded in restoring the political independence of the judiciary and isolating it from political pressures. The central question is whether reformers went too far and created a judiciary so autonomous that it has become devoid of all accountability, a ‘power above the law’. Unaccountable judicial independence has been widely criticized and both the executive and legislative branches of government have repeatedly stated their support for establishing mechanisms of external control on the judiciary. Public contempt for the judiciary has reached unprecedented levels but there is a high degree of public disinterest and resignation with increasing backlogs and trial delays. The unreliability and uncertainty of the judicial process also has a negative impact on economic growth and development, as it increases the ‘Brazilian cost’ of doing business.” (SANTISO, Carlos. *Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability*. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005. p. 117-143. p. 128)

⁸¹⁸ BENVINDO, Juliano Zaiden; ACUNHA, Fernando José Gonçalves. O papel da política na atuação das Cortes Supremas. *Novos estudos*, CEBRAP, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 57-79, jan.–abr. 2018. p. 76.

Portanto, não é difícil concluir que, sob a perspectiva do tempo do processo em termos gerais, o STF não tem cumprido a contento a sua missão de resolução de conflitos de natureza constitucional.

5.3. O STF e o (des)cumprimento das suas decisões: a democracia em xeque

Um dos grandes problemas nas democracias menos maduras diz respeito ao cumprimento das decisões judiciais, sobretudo quando envolve questões estruturais, interesses do governo ou de atores políticos influentes. Nessas situações, o grau de (des)cumprimento das decisões judiciais pode colocar em xeque a própria democracia e o Estado de Direito.

A fim de analisar o problema, é necessário conhecer a estrutura do cumprimento das decisões, as hipóteses de descumprimento, a forma como o governo e as elites políticas buscam descumprir, direta ou indiretamente, as decisões judiciais ou retaliar a corte constitucional, bem como as estratégias utilizadas pelo tribunal constitucional para obter o seu cumprimento. Investigar tais tematizações é fundamental para compreender se e como a Corte Constitucional brasileira pode atuar eficazmente para melhorar a democracia brasileira.

5.3.1. A complexidade do descumprimento das decisões judiciais: hipóteses, estruturas e intercorrências

Inicialmente, é preciso pontuar que, na maioria das situações, a abordagem baseada em normas é suficiente para tratar do cumprimento das decisões judiciais. Essa abordagem pressupõe que o cumprimento seja o padrão, vale dizer, como regra, haveria um ato voluntário, dirigido por normas, que levaria o destinatário a cumprir a decisão judicial. Segundo essa abordagem, as pessoas se sentiriam responsáveis por seguir as regras estabelecidas por autoridades legítimas. Além disso, a justiça processual, garantida por procedimentos que os indivíduos percebem como neutros e justos, geraria legitimidade, e esta geraria deferência à justiça, com a implementação fiel às suas decisões.⁸¹⁹

Esse tipo de abordagem serve para explicar a maioria das situações de cumprimento das decisões judiciais. Também explica porque, mesmo diante de decisões que

⁸¹⁹ KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew M.. Compliance: Conceptualizing, Measuring, and Explaining Adherence to Judicial Rulings. *Law & Social Inquiry*, v. 38, n. 4, p. 803-835, Fall 2013. pp. 821/822.

são eminentemente políticas, o tribunal constitucional se vale do discurso jurídico e da racionalidade jurídica para as fundamentar, como se a decisão fosse apenas uma decorrência lógica da constituição e do direito.⁸²⁰ Assim, mesmo quando se propõe uma abordagem estratégica – em que se busca analisar como o cumprimento da decisão depende de uma série de objetivos políticos e de estratégias –, não se pode negar a existência de um forte componente normativo, que, no mínimo, gerará constrangimentos para o político ou para a autoridade que pretender descumprir a decisão judicial.

A abordagem normativa, todavia, não é suficiente para explicar o (des)cumprimento de decisões judiciais quando autoridades públicas e políticos influentes estão envolvidos. Com efeito, um estudo puramente jurídico não conseguiria explicar, por exemplo, o fato de que a decisão de um tribunal constitucional não é a palavra final sobre a questão constitucional,⁸²¹ ou a circunstância de que o tribunal cedeu à influência política, ou, ainda, que uma decisão judicial foi mal recebida pela classe política e houve um acordo entre ela e a corte constitucional sobre determinada questão. Assim, uma pesquisa que busque investigar a real capacidade de uma corte constitucional de melhorar a democracia deve passar por outros campos, além do jurídico tradicional.⁸²²

Além disso, a análise da conformidade ou cumprimento das decisões judiciais pode ocorrer a partir dos seguintes pontos de vista: a) se instâncias judiciais inferiores cumprem decisões de tribunais superiores; b) se cidadãos cumprem decisões do Judiciário em geral; c) se altas autoridades e políticos influentes cumprem decisões de juízes de primeira instância e de tribunais de segunda instância; ou d) se as altas autoridades e políticos

⁸²⁰ KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew M.. Compliance: Conceptualizing, Measuring, and Explaining Adherence to Judicial Rulings. *Law & Social Inquiry*, v. 38, n. 4, p. 803-835, Fall 2013. p. 822.

⁸²¹ “I would also argue that the value of the study of constitutional jurisprudence - absent study of its actual capacity to induce material, on-the-ground change, either independently or in association with other factors - is limited. Decision compliance and implementation, whether speedy or protracted, is part of the constitutional enterprise and must be treated as such. In that respect, studies show considerable variance in the demonstrable application of constitutional-court decisions. Here, too, social science research may help assess the impact of constitutional law at both the macro and micro levels. In the real world, a constitutional court ruling is not the final word, however important or groundbreaking the ruling may be. The strict distinction between jurisprudence and implementation seems somewhat artificial, and based on academic disciplinary boundaries that the real, intermingled world does not reflect or accept.” (HIRSCHL, Ran. *Politics and the Constitution: The Ties That Bind*. *Review of Constitutional Studies*, New York, v. 21, n. 1, p. 3-11, 2016. p. 7)

⁸²² Por cumprimento da decisão judicial, pretende-se compreender o ajustamento da sua conduta ou determinada situação ao que foi estabelecido judicialmente, ainda que não concorde com ela ou que pretenda fazer uso dos instrumentos legais para recorrer dela. Com isso, não quer dizer, por exemplo, que as autoridades públicas ou os demais poderes não possam mudar o paradigma constitucional ou legislativo que fundamentou a decisão judicial, mas apenas que, uma vez decidida a questão, ela precisa ser cumprida até que haja decisão em sentido contrário ou o paradigma normativo mude.

influentes cumprem decisões dos tribunais constitucionais.⁸²³ Essas hipóteses devem ser investigadas dentro de toda a complexidade que as cerca. Aliás, como aponta Willian Partlett, um fator crítico para a análise do cumprimento das decisões judiciais é conhecer exatamente o contexto em que elas são tomadas.⁸²⁴

Nas hipóteses “a” e “b” acima referidas, quando a decisão judicial não é cumprida, a sua efetivação geralmente é imposta por ferramentas disponíveis no próprio sistema jurídico, o que, do ponto de vista empírico, na maioria das vezes, resolve questão, seja pela via administrativa/disciplinar (hipótese a), ou pela utilização dos instrumentos legais para fazer cumprir a decisão (hipóteses a e b). Há situações, todavia, em que a natureza do conflito ou a quantidade de envolvidos, dentro do contexto social, econômico e político do país, pode também desafiar o Estado de Direito e a Democracia. Por exemplo, em maio de 2018, a classe dos caminhoneiros e as empresas de transporte decidiram parar de trabalhar e interromper o tráfego nas principais rodovias do Brasil. Com os bloqueios, tanto os caminhoneiros que aderiram à greve como os que não aderiram não chegavam ao seu destino. Diante disso, o então Presidente da República, Michel Temer, requereu ao STF medida cautelar para determinar que as estradas e rodovias fossem desobstruídas, bem como que os caminhoneiros voltassem ao trabalho. Após o deferimento da medida cautelar pelo STF⁸²⁵, foi editado um

⁸²³ Algumas dessas variáveis também são analisadas por Diana Kapiszewski e Matthew Taylor (KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew M.. Compliance: Conceptualizing, Measuring, and Explaining Adherence to Judicial Rulings. *Law & Social Inquiry*, v. 38, n. 4, p. 803-835, Fall 2013).

⁸²⁴ “Pragmatism alone, however, is not enough to ensure compliance. A critical factor is also the context in which these decisions are being made. Following their strong attitudinal commitment to improving governance, these courts frequently go beyond the traditional judicial realm in order to improve and protect governance. In India, for instance, the supreme court has expanded its role outside the common law adversarial tradition by entertaining and ruling on petitions from citizens asking the court to intervene in certain key issues. A similar petition process operates in the Colombian Constitutional Court. Even in South Africa, the court has gone far beyond traditional common law justiciability doctrine to adjudicate widely on positive rights claims.” (PARTLETT, William. Courts and Constitution-Making. *Wake Forest Law Review*, Wake Forest University School of Law, Winston-Salem, CN, v. 50, p. 921-949, 2015. p. 946)

⁸²⁵ “Diante de todo o exposto, CONCEDO A MEDIDA CAUTELAR postulada na presente ADFP, ad referendum do Plenário (art. 5º, § 1º, da Lei 9.882/1999) e, com base no art. 5º, § 3º, da Lei 9.882/1999: (a) AUTORIZO que sejam tomadas as medidas necessárias e suficientes, a critério das autoridades responsáveis do Poder Executivo Federal e dos Poderes Executivos Estaduais, ao resguardo da ordem no entorno e, principalmente, à segurança dos pedestres, motoristas, passageiros e dos próprios participantes do movimento que porventura venham a se posicionar em locais inapropriados nas rodovias do país; bem como, para impedir, inclusive nos acostamentos, a ocupação, a obstrução ou a imposição de dificuldade à passagem de veículos em quaisquer trechos das rodovias; ou o desfazimento de tais providências, quando já concretizadas, garantindo-se, assim, a trafegabilidade; inclusive com auxílio, se entenderem imprescindível, das forças de segurança pública, conforme pleiteado (Polícia Rodoviária Federal, Polícias Militares e Força Nacional). (b) DEFIRO a aplicação das multas pleiteadas, a partir da concessão da presente decisão, e em relação ao item (iv.b) da petição inicial, estabeleço responsabilidade solidária entre os manifestantes/condutores dos veículos e seus proprietários, sejam pessoas físicas ou jurídicas. (c) SUSPENDO os efeitos das decisões judiciais que, ao obstarem os pleitos possessórios formulados pela União, impedem a livre circulação de veículos automotores nas rodovias federais e estaduais ocupadas em todo o território nacional, inclusive nos respectivos acostamentos; (d) SUSPENDO os efeitos das decisões judiciais que impedem a imediata reintegração de posse das rodovias federais e estaduais

Decreto do Presidente da República convocando as Forças Armadas para desobstrução das vias federais e, com autorização dos governos, de vias estaduais, distritais e municipais.⁸²⁶ Além disso, mediante articulação do governo federal, houve apoio da Força Nacional, das Polícias Militares Estaduais, da Polícia Rodoviária Federal e da Polícia Federal para desbloquear as estradas. Contudo, mesmo assim, os caminhoneiros decidiram não voltar ao trabalho.⁸²⁷ Como havia mais de 700 mil caminhoneiros na paralização – com diversos bloqueios nas principais estradas –, ocorreu uma grande crise de abastecimento no país, que não era remediada nem mesmo com o uso das forças militares e policiais. O governo federal, então, não apenas cedeu, como também concedeu mais benefícios do que a própria pauta de reivindicações dos caminhoneiros, tendo de compensar a despesa gerada com cortes em outras partes do orçamento, inclusive em gastos sociais.⁸²⁸ Mesmo após isso, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário não conseguiram fazer nada além de aguardar que os caminhoneiros decidissem voltar a trabalhar, enquanto o país amargava um prejuízo bilionário, além de uma grave crise de abastecimento.⁸²⁹ Enfim, o Estado se viu à mercê da vontade dos

ocupadas em todo o território nacional, inclusive nos respectivos acostamentos.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 519. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Decisão monocrática. Medida liminar. Julgado em 25/5/2018. pp. 15/16)

⁸²⁶ Decreto n.º 9.382/2018: “Art. 1º Fica autorizado o emprego das Forças Armadas para a Garantia da Lei e da Ordem em ações de desobstrução de vias públicas federais no período da data de entrada em vigor deste Decreto até 4 de junho de 2018. [...] Art. 2º O emprego das Forças Armadas, na forma e no período previstos no *caput* do art. 1º, para a desobstrução de vias públicas estaduais, distritais ou municipais fica autorizado mediante requerimento do Chefe do Poder Executivo estadual ou distrital, acompanhado de elementos que demonstrem a insuficiência de meios da Polícia Militar do ente federativo. [...] Art. 3º As ações previstas neste Decreto poderão incluir, em coordenação com os órgãos de segurança pública, após avaliação e priorização definida pelos Ministérios envolvidos: I - a remoção ou a condução de veículos que estiverem obstruindo a via pública; II - a escolta de veículos que prestem serviços essenciais ou transportem produtos considerados essenciais; III - a garantia de acesso a locais de produção ou distribuição de produtos considerados essenciais; e IV - as medidas de proteção para infraestrutura considerada crítica.” (BRASIL. Presidente da República. Decreto n.º 9.382, de 25 de maio de 2018. Autoriza o emprego das Forças Armadas para a Garantia da Lei e da Ordem na desobstrução de vias públicas. Disponível em: <http://www.impresanacional.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/15966745/do1e-2018-05-25-decreto-n-9-382-de-25-de-maio-de-2018-15966741>. Acesso em: 17/7/2018)

⁸²⁷ CARTA CAPITAL. Temer cede, mas caminhoneiros não voltam ao trabalho. 28/5/2018. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/economia/temer-cede-mas-caminhoneiros-nao-voltam-ao-trabalho>> Acesso em: 17/7/2018.

⁸²⁸ “Sem espaço para aumentar impostos, o governo cortou incentivos para setores da indústria para bancar os R\$ 13,5 bilhões da ‘bolsa caminhoneiro’, destinados aos subsídios ao diesel. Desse total, R\$ 4 bilhões virão com o aumento da arrecadação gerado pelo fim de programas de incentivos às empresas. Os R\$ 9,5 bilhões restantes serão pagos com reservas financeiras do governo e corte de verbas para várias áreas, inclusive saúde, educação, moradia e saneamento básico. O governo também cancelou despesas de 40 obras em rodovias, além de patrulhamento.” (FERNANDES, Adriana; NAKAGAWA, Fernando; RIBEIRO, Luci. Para bancar “bolsa caminhoneiro”, governo corta até gastos sociais. Estadão, 31/5/2018. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,para-bolsa-caminhoneiro-governo-corta-orcamento-de-estatais-e-tira-beneficios-de-exportadores,70002332467>>. Acesso em: 17/7/2018)

⁸²⁹ A população brasileira foi severamente afetada pela crise de abastecimento. Além disso, o setor produtivo e o comércio também tiveram grande prejuízo: produtos perecendo enquanto aguardavam transporte, animais morrendo por falta de alimento, prateleiras de supermercados vazias por falta de produtos, imensas filas em

caminhoneiros e das empresas de transporte.⁸³⁰ Nesse caso, o descumprimento da decisão judicial era tão grave que o STF e o Judiciário nada podiam fazer.⁸³¹

Isso mostra que, em situações fáticas específicas, o STF e o Judiciário em geral podem se ver completamente enfraquecidos, mesmo diante do poder e da independência que lhes são dados institucionalmente. Desse modo, o descumprimento de decisões judiciais por cidadãos também pode ser uma ameaça ao Estado de Direito.

Na hipótese “c”, como regra, a autoridade não descumprirá diretamente a decisão judicial – ou apenas a descumprirá temporariamente –, pois terá à sua disposição a via recursal, geralmente com um pedido liminar para que ela seja suspensa, formulado à instância judicial superior.

Na última hipótese (d), caso a autoridade pública ou o político tenha contra si uma decisão judicial proferida pelo mais alto tribunal do país, poderão se evidenciar diversas tentativas de descumprimento, direto ou indireto, o que colocará à prova o próprio Estado de Direito e o regime democrático.⁸³²

Numa estrutura mais simples, o cumprimento da decisão judicial envolve ao menos duas partes, quais sejam, um juízo ou tribunal que profere a decisão e a parte que deve cumpri-la⁸³³. Além disso, para analisar o cumprimento da decisão, é preciso verificar qual é o objeto do processo, o conteúdo da determinação judicial e o comportamento esperado daquele contra a qual a decisão é dirigida. Entretanto, diversas outras partes e intercorrências podem envolver o cumprimento da decisão judicial, o que não pode ser ignorado.⁸³⁴

postos de combustíveis aguardando caminhões tanque chegarem escoltados por forças policiais, diversos voos cancelados por falta de combustível em aeroportos.

⁸³⁰ A greve dos caminhoneiros recebeu apoio popular, em razão, sobretudo, do descontentamento das pessoas com a alta tributação, bem como diante da crise econômica, da desconfiança da população em relação à classe política e da impopularidade do governo Temer.

⁸³¹ Aliás, o foco das discussões e das incertezas não estava sequer no cumprimento da decisão judicial, senão em como o Estado contornar a situação. Nem mesmo as Forças Armadas, a Força nacional, as políticas militares, a polícia rodoviária federal e a polícia federal unidas, sob ordens do presidente da República, conseguiram contornar a crise de abastecimento e o caos que virou o país e atingiu indistintamente todos os brasileiros.

⁸³² “We limit our focus here to public authorities’ compliance with the rulings of national courts for two substantive reasons. First, our work is motivated by a concern with the rule of law and the stability of political regimes, especially in developing democracies. Public authorities’ compliance with national high court rulings is a fundamental prerequisite for both, and likely sets a strong positive example for individuals as well as for lower courts. Further, while scholars assert that courts are emerging as more important political actors in many democracies (Tate and Vallinder 1995, among many others), accurately assessing compliance with their rulings is crucial for evaluating how politically relevant courts actually are and what broader effects the presumed expansion of judicial power may have.” (KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew M.. Compliance: Conceptualizing, Measuring, and Explaining Adherence to Judicial Rulings. *Law & Social Inquiry*, v. 38, n. 4, p. 803-835, Fall 2013. p. 806)

⁸³³ KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew M.. Compliance: Conceptualizing, Measuring, and Explaining Adherence to Judicial Rulings. *Law & Social Inquiry*, v. 38, n. 4, p. 803-835, Fall 2013. pp. 810/811.

⁸³⁴ Por exemplo, no caso das decisões judiciais contra a greve dos caminhoneiros, havia, ao menos, duas partes diretamente interessadas no processo, quais sejam, o Presidente da República e as associações dos

Quando o cumprimento da decisão judicial deve ocorrer por autoridades públicas ou atores políticos, há um outro plexo de variantes que precisa ser considerado. Assim, uma resistência inicial ao cumprimento da decisão judicial por autoridades eleitas pode ser diluída em razão da alternância no poder, quando, por exemplo, um partido de oposição assume a Presidência da República, ou, ainda, diante da alteração da base governista. Além disso, determinada decisão judicial que, a princípio, se imaginava que seria facilmente cumprida, porque atingiria partidos ou atores políticos com menor expressão, talvez tenha maior dificuldade de ser efetivada caso, diante da mudança de determinadas circunstâncias, atores políticos relevantes venham a ser atingidos. Há várias situações em que isso ocorreu, sendo emblemáticas a decisão do STF acerca da prisão a partir de decisão criminal em segunda instância (ADC n.º 43⁸³⁵ e, posteriormente, julgamento do HC n.º 152752⁸³⁶) e a decisão sobre a necessidade de autorização da Casa Legislativa para medidas cautelares restritivas da liberdade (Ação Cautelar n.º 4070⁸³⁷ e, após, mudança de entendimento na ADPF n.º 402⁸³⁸) – casos já analisados anteriormente.

caminhoneiros. Embora a decisão judicial tenha se dirigido a estas, impondo-lhes, inclusive, multa para o caso de descumprimento, havia muita fluidez no polo passivo, e estavam envolvidos os mais diversos interesses e motivações. Mesmo após um acordo realizado pelo governo com as associações, diversos caminhoneiros resolveram não cumprir a ordem de desobstrução das rodovias. Então, diante de um país paralisado, o governo realizou novo acordo com as associações, cedendo a toda a pauta de reivindicações. Então, todas as associações concordaram e assumiram o compromisso de cumprir a decisão judicial. Mesmo assim, diversos caminhoneiros decidiram continuar com a greve, os quais tinham diversas outras pautas, tais como intervenção militar, protesto contra o governo Temer, reivindicações para diminuição de impostos etc. Além disso, havia diversos outros fatores na greve, como o apoio de diversos setores da população, de empresas para as quais os caminhoneiros trabalhavam e, inclusive, de “agentes infiltrados”, como definido pelo presidente da maior associação de caminhoneiros, que seriam pessoas ligadas a partidos políticos que pretendiam fragilizar o governo Temer diante do caos gerado pela paralisação das atividades de transporte de cargas (FOLHA DE SÃO PAULO. Líder diz que caminhoneiros são forçados a manter a greve: governo disse hoje que grupo de infiltrados está atrapalhando o fim da paralisação. *São Paulo*, 28/5/2018. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/lider-grevista-diz-que-caminhoneiros-sao-forcados-a-manter-greve/>>. Acesso em: 29/5/2018). Isso tudo foi agravado pelo fato de que havia a desconfiança pelas próprias autoridades do governo e do alto comando das Forças Armadas de que militares que deveriam combater o movimento e retirar os caminhões das estradas estariam sendo lenientes por concordarem com a greve (GIELOW, Igor; VETTORAZZO, Lucas. Greve dos caminhoneiros: Reação de militares a protesto causa preocupação na cúpula do governo: Oficiais superiores descartam intervenção, mas temem por simpatia da tropa a manifestantes. *Folha de São Paulo*, 29/5/2018. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/05/reacao-de-militares-a-protesto-causa-preocupacao-na-cupula-do-governo.shtml>>. Acesso em: 29/5/2018.). Isso mostra a grande complexidade fática que pode envolver o cumprimento de uma decisão judicial, que vai muito além das partes e do objeto do processo.

⁸³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43, pleno, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 5/10/2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4162924&ext=RTF>>. Acesso em: 11/7/2018.

⁸³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 152752, Relator Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, processo eletrônico DJe-127, divulg. 26/6/2018, public. 27/6/2018.

⁸³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n.º 4070. Referendo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 5/5/2016. Acórdão eletrônico. DJe-225, divulg. 20/10/2016, public. 21/10/2016.

⁸³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento Fundamental n.º 402. Medida Cautelar. Referendo. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 22/6/2017. DJe-140, divulg. 26/06/2017, public. 27/6/2017.

Portanto, quando a corte constitucional decide sistematicamente sobre questões estruturais para tentar corrigir instituições disfuncionais ou ineficientes, pode ter de enfrentar elites políticas poderosas, de modo que o exercício da revisão judicial pode se tornar algo perigoso para a própria corte e para o cumprimento das suas decisões, pois ficará sujeita a represálias e ao descumprimento direto ou indireto, o que pode enfraquecer o tribunal constitucional.⁸³⁹

Enfim, considerando a complexidade das questões em que os tribunais constitucionais intervêm e as grandes dificuldades pragmáticas que enfrentam frequentemente, a real capacidade de melhorar as condições democráticas é muito mais limitada do que a doutrina tradicional de direito constitucional sugere.⁸⁴⁰ E isso se torna ainda mais evidente quando a corte constitucional precisa decidir contra os interesses do governo ou de elites políticas, como se mostrará a seguir.

5.3.2. O descumprimento de decisões judiciais pelo governo e por elites políticas: fatores relevantes e conjunturais

O descumprimento, direto ou indireto, das decisões de tribunais constitucionais pelo governo, pelo parlamento e por elites políticas não é exclusividade das democracias mais recentes, pois também é um fator que ocorre nas democracias mais maduras, como nos EUA. Ainda que seja mais preocupante em democracias mais frágeis, a possibilidade de descumprimento é algo que acontece no mundo inteiro.

⁸³⁹ “In the longer term, the bigger payoff may be in helping to improve and refine judicial decision making on structural issues, particularly in contexts where courts face poorly functioning and poorly defined institutional frameworks. The unconstitutional constitutional amendments doctrine, considered above, is a particularly dramatic example: courts deploying the doctrine often face powerful parties or actors unchecked by other elements of the legal order. But even more quotidian exercises in structural jurisprudence can be perilous for courts. The tasks of defining the political conditions under which courts are likely to have success and exploring the strategies they might employ to increase the odds are thus urgent ones.” (LANDAU, David. Political support and structural constitutional law. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, n. 4, p. 1069-1124, 2016. p. 1124)

⁸⁴⁰ Também neste sentido: “This Article has demonstrated that a comparative perspective on structural constitutional law that emphasizes differences in political context is possible and may pay significant dividends for both American and comparative scholars. The most immediate return on this inquiry from the standpoint of constitutional theory and doctrine is to counsel modesty. Given the complexity of the systems within which courts are intervening and the formidable difficulties they often face, it seems likely that their successes will often be more limited than one would suspect based on a study of doctrine alone.” (LANDAU, David. Political support and structural constitutional law. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, n. 4, p. 1069-1124, 2016. p. 1124)

A pesquisa sobre se, de que forma e em que medida as autoridades públicas e políticos poderosos cumprem as decisões da suprema corte é algo bastante complexo, pois o (des)cumprimento assume muitas e variadas formas: autoridades e políticos podem demorar para cumprir a decisão, cumpri-la de outra forma, contorná-la, ou, ainda, descumprí-la sob um discurso ou narrativa de que a estão cumprindo.⁸⁴¹ Ademais, a coleta de dados para avaliar isso é bastante complexa, pois é difícil estabelecer critérios objetivos para avaliar o cumprimento. Além disso, é preciso considerar uma série de decisões da corte constitucional que aparentemente estão em desacordo com os interesses do governo, de autoridades públicas ou de atores políticos poderosos, mas que, em verdade, os beneficiam.

Ademais, ainda que a autoridade pública esteja comprometida em dar conformidade à decisão judicial, é possível que a complexidade do mundo real e as dificuldades práticas impeçam o cumprimento imediato da decisão. Assim, a dificuldade de obedecer às decisões judiciais também é um fator importante na aferição do seu cumprimento.

Nesse sentido, a decisão judicial que exige um comportamento ativo do governo ou do poder público é mais difícil de ser cumprida do que a que demanda apenas um comportamento passivo, uma obrigação de não fazer, com a manutenção do *status quo*. A título de exemplo, é, em geral, mais difícil de se exigir o cumprimento da decisão que determina a construção de uma ponte, um hospital ou uma escola – o que implica a concorrência de diversos fatores, inclusive de natureza orçamentária – do que de uma decisão que determina que seja anulado determinado processo licitatório fraudado. Além disso, diversos outros fatores podem concorrer nas situações fáticas e podem mudar esse quadro, como o nível de interesse do governo, de políticos ou de autoridades públicas em cada situação.⁸⁴²

⁸⁴¹ KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew M.. Compliance: Conceptualizing, Measuring, and Explaining Adherence to Judicial Rulings. *Law & Social Inquiry*, v. 38, n. 4, p. 803-835, Fall 2013. p. 817.

⁸⁴² “Finally, the difficulty of obeying judicial rulings (and, by extension, overall institutional capacity) (Tallberg 2002) may influence public officials' extent of compliance (Wilson 1989, 277-94). Particularly in states with low institutional capacity, public authorities may adhere less completely to rulings that require them to act, especially those calling for complex or costly action, and more completely with rulings that prevent them or require them to refrain from doing something (Simmons 2000, 819; Brinks 2011). Indeed, if a court decision preserves the status quo, the executive may need to act to defy the ruling, making compliance more likely, while if the ruling imposes a new status quo, passivity may equate with noncompliance, making noncompliance the more probable outcome. Likewise, compliance may be more likely when what is required fits closely with what the burdened party would have done in the absence of a court decision, or when that party agrees with the court's statutory or constitutional interpretation. In short, while rarely the only factor motivating compliance, the difficulty of obeying judicial rulings may be an important explanation for levels of compliance even among normatively motivated public authorities.” (KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew M.. Compliance: Conceptualizing, Measuring, and Explaining Adherence to Judicial Rulings. *Law & Social Inquiry*, v. 38, n. 4, p. 803-835, Fall 2013. p. 823)

Quando se diz que existe um problema de efetividade e aplicação das decisões das cortes constitucionais, não se quer afirmar que todas as decisões passem por um crivo político ou das elites políticas. Uma afirmação dessas certamente seria um exagero. Se consideradas todas as decisões de uma corte constitucional que possui competência ampla, como ocorre no Brasil, observar-se-á que a maioria delas não possui qualquer impacto na esfera política.

Além disso, também há decisões da corte suprema que “incomodam” ideologicamente determinados parlamentares ou políticos, mas que não atingem o seu poder diretamente. Assim, por exemplo, quando o STF decidiu sobre a possibilidade de aborto de fetos anencefálicos⁸⁴³, sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança para permitir pesquisas com células tronco embrionárias⁸⁴⁴ ou quando permitiu a união estável homoafetiva⁸⁴⁵, houve grande divergência no plano ideológico entre os diversos políticos, com muitos debates e manifestações contrárias a essas decisões. Contudo, não houve qualquer represália ou tentativa de limitação dos poderes das Suprema Corte brasileira.

De outro lado, o impacto nas elites políticas é, geralmente, diferente quando a corte constitucional decide determinadas matérias como questões eleitorais, partidárias, de financiamento eleitoral etc. Nesses temas, existe um impacto direto no poder político ou financeiro das elites políticas, de modo que as reações da classe política podem ser muito mais contundentes, seja por descumprimento, direto ou indireto, seja por retaliação.

Nesse contexto, há diversas variáveis a serem consideradas. Nas situações em que há um partido dominante, os espaços para decisões contrárias diminuem e a probabilidade para represálias aumentam.⁸⁴⁶ Quanto mais disfuncional ou fragmentado o sistema político, ou quanto o maior o impasse sobre determinada questão, haverá mais espaço de decisão para a

⁸⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 12/4/2012. DJE n.º 77, 20/4/2012.

⁸⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3510. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 29/5/2008. DJe-096, 28/5/2010. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 214. p. 43.

⁸⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 5/5/2011. DJe-198, 14/10/2011; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 5/5/2011. DJe-198, 14/10/2011.

⁸⁴⁶ “The important independent variable here is not the position of political forces at the time of constitutional drafting; plausibly, that could only affect the institutional design of judicial review in the text of the constitution. Rather, the salient variable is the evolving political party system as it emerges in the early years of new democracies. Where a single party retains its dominant position, we would expect that constitutional courts are less able to exercise judicial power as defined previously, even holding institutional design constant. This is because dominant parties have collateral means of constraining courts so that courts are less likely to exercise independent input into politically salient decisions. In contrast, where the party system fragments, the tolerance zones of institutions that might discipline the court expand and with them the possibilities of exercising judicial power.” (GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies*. New York: Cambridge University Press, 2003. p. 252)

jurisdição constitucional.⁸⁴⁷ No entanto, é possível também que a união ou não da classe política ocorra circunstancialmente em razão da natureza do interesse envolvido.

Além do descumprimento, direto ou indireto, e da retaliação, uma possível resposta das autoridades públicas e de atores políticos relevantes pode ser a reversão, através da utilização do Executivo e, mais comumente, do Legislativo. A reversão implica a mudança do paradigma normativo ou de determinada política questionada, pelo Executivo ou pelo Legislativo, comumente pela via legislativa, a fim de que o fundamento base da decisão judicial seja modificado. A reversão pode ser retrospectiva ou prospectiva.⁸⁴⁸ No caso da reversão retrospectiva, há mais chances de que seja novamente alvo de ações judiciais e de reveses na via judicial, comparativamente à reversão prospectiva.⁸⁴⁹

O caso da vaquejada é um bom exemplo de reversão. O STF, em 6/10/2016, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.983, proposta contra a Lei n.º 15.299/2013 do Estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado. Os principais argumentos utilizados pelo STF eram de que o inciso VII do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal vedaria as práticas que submetessem animais à crueldade, bem como que a denominada vaquejada implicaria “crueldade manifesta”, sendo incompatível com a Constituição.⁸⁵⁰ Então, o Congresso Nacional, em 6/6/2017, aprovou a

⁸⁴⁷ “An all-encompassing judicialization of politics is, ceteris paribus, less likely to occur in a polity featuring a unified, assertive political system that is capable of restraining the judiciary. In such polities, the political sphere may signal credible threats to an overactive judiciary that exert a chilling effect on courts. Conversely, the more dysfunctional or deadlocked the political system and its decision-making institutions are in a given rule-of-law polity, the greater the likelihood of expansive judicial power in that polity. Greater fragmentation of power among political branches reduces their ability to rein in courts, and correspondingly increases the likelihood of courts asserting themselves.” (HIRSCHL, Ran. *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*. *Fordham Law Review*, New York, v. 75, n. 2, p. 721-753, nov. 2006. pp. 743/744)

⁸⁴⁸ KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew M.. Compliance: Conceptualizing, Measuring, and Explaining Adherence to Judicial Rulings. *Law & Social Inquiry*, v. 38, n. 4, p. 803-835, Fall 2013. pp. 807/808.

⁸⁴⁹ A título de exemplo, quando a classe política se viu acuada por uma série de investigações criminais e processos judiciais por corrupção, o Legislativo brasileiro chegou a propor uma emenda, dentro do projeto de lei contra a corrupção, para anistiar todos os crimes relacionados a caixa 2 de campanha. O dispositivo teria a seguinte redação: “Art. X. Não será punível nas esferas penal, civil e eleitoral, doação contabilizada, não contabilizada ou não declarada, omitida ou ocultada de bens, valores ou serviços, para financiamento de atividade político-partidária ou eleitoral realizada até a data da publicação desta lei.” (BLUME, Bruno André. Como um projeto anticorrupção abriu brecha para anistia ao caixa dois?. *Politize!*, 25/11/2016. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/anistia-ao-caixa-dois/>>. Acesso em: 25/5/2018). De imediato, em resposta, os juristas brasileiros em geral disseram que essa medida seria inconstitucional, encontrando também a medida forte rejeição popular (BILENKY, Thais. Anistia a caixa dois é inconstitucional, afirma ex-ministro do STF. *Folha de São Paulo*, 27/11/2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/11/1835946-anistia-a-caixa-dois-e-inconstitucional-afirma-ex-ministro-do-stf.shtml>>. Acesso em: 29/5/2018). Assim, é possível observar que a reversão retrospectiva passa a impressão de que a decisão do Executivo ou do Legislativo está contrariando a decisão Judicial; se é prospectiva, é como se os poderes eleitos apenas tivessem exercendo o seu papel normativo.

⁸⁵⁰ “PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 do Diploma Maior, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de

Emenda Constitucional n.º 96, que permite “as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais”.⁸⁵¹ Ou seja, mudando o paradigma normativo, o Legislativo reverteu a decisão do STF que vedava a vaquejada, a qual voltou a ser permitida.

O cumprimento, o descumprimento (direto ou indireto), a retaliação e a reversão possuem implicações para a autoridade das decisões judiciais, com reflexos para o Estado de Direito e a Democracia.⁸⁵² Entretanto, eles não ocorrem isoladamente, senão dentro de um complexo de condutas e comportamentos de diversos atores, com discursos e narrativas que, por vezes, tornam difícil identificar se os atores políticos que sofrem o revés na via judicial estão agindo legitimamente ou em confronto com a decisão judicial.

Outra variável que impacta no cumprimento diz respeito ao grau de divisão dos ministros do STF em relação a determinada matéria. Assim, se uma autoridade pública ou um ator político sabe que a Corte está dividida, poderá encontrar mais respaldo para tentar descumprir a decisão ou cumpri-la de outra forma. O caso da decisão liminar do Ministro Marco Aurélio na ADPF n.º 402,⁸⁵³ para afastar o Senador Renan Calheiros da Presidência do Senado Federal, revela-se um bom exemplo disso. Nesse caso, já abordado anteriormente, a

inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade. VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4983. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 6/10/2016. DJe-087, divulg. 26/4/2017, public. 27/4/2017)

⁸⁵¹ A referida Emenda Constitucional (EC 96/2017) acrescentou o parágrafo 7º ao artigo 225 da Constituição Federal, com a seguinte redação: “§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos”. A parte final do inciso VII do § 1º a que se refere o dispositivo diz respeito à “vedação das práticas” que “submetam os animais a crueldade”, ou seja, a EC 96/2017 trouxe uma exceção a essa vedação.

⁸⁵² “Compliance, reversal, and retaliation represent distinct reactions to a judicial decision with distinct implications for judicial independence and judicial power (and thus for the rule of law and democracy). Analyzing them as a package prevents scholars from teasing out the relationships among the three, and the causes and effects of each. We focus on compliance for several reasons. First, retaliation against courts has been well analyzed in the comparative judicial politics literature (Perez-Lifin and Castagnola 2009; Helmke and Staton 2011). Also, particularly in view of international support for judicial empowerment and independence, the crudest forms of court intimidation (at least at the national level) may be used less frequently today than in the past. In addition, reversal and retaliation may be slightly simpler to measure than compliance, suggesting that compliance merits more methodological attention. Finally, given that compliance, reversal, and retaliation can combine in multiple ways (elected leaders may engage in one, any two, or all three simultaneously), neither reversal nor retaliation can help us identify compliance (or noncompliance) in the real world.” (KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew M.. Compliance: Conceptualizing, Measuring, and Explaining Adherence to Judicial Rulings. *Law & Social Inquiry*, v. 38, n. 4, p. 803-835, Fall 2013. p. 808)

⁸⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento Fundamental n.º 402. Medida Cautelar. Referendo. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 22/6/2017. Dje-140, divulg. 26/06/2017, public. 27/6/2017.

Mesa Diretora do Senado se recusou a cumprir a referida medida liminar, ao argumento de que tal decisão somente poderia ser dada pelo Pleno do STF.⁸⁵⁴ Embora a decisão tenha sido descumprida, fato é que a Corte estava dividida e, dois dias depois, o Pleno do STF se reuniu para julgar a questão e decidiu que o Senador Renan Calheiros não teria de se afastar da Presidência do Senado Federal.⁸⁵⁵

Outro fator que também impacta no cumprimento é se o entendimento da corte constitucional é uma interpretação convencional ou não, ou seja, se está de acordo com a interpretação da comunidade jurídica. A esse respeito, decisões muito dissonantes de disposições legais, da doutrina e da jurisprudência encontram mais espaço para descumprimento, direto ou indireto. Essa foi a consequência da decisão da Primeira Turma do STF, que em 26/9/2017, pela maioria de três votos a dois, indeferiu o pedido de prisão preventiva do Senador Aécio Neves (PSDB-MG)⁸⁵⁶, mas lhe aplicou medidas cautelares, dentre as quais a de afastamento da atividade parlamentar e a de recolhimento domiciliar noturno.⁸⁵⁷ O principal problema da decisão era que o crime em questão nada tinha a ver com

⁸⁵⁴ “A Mesa Diretora do Senado decidiu nesta terça-feira (6) que aguardará a deliberação do plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) para cumprir a decisão liminar (provisória) do ministro Marco Aurélio Mello de afastar o presidente do Senado, Renan Calheiros (PMDB-AL), do comando da Casa. A decisão foi tomada durante uma reunião entre os integrantes da Mesa com Renan.” (GARCIA, Gustavo; RAMALHO, Renan. Senado decide descumprir liminar para afastar Renan e aguardar plenário do STF. Brasília: G1, 6/12/2016. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/renan-senado-decide-nao-cumprir-liminar-e-aguardar-decisao-do-plenario-do-stf.ghml>>. Acesso em: 1º/11/2017)

⁸⁵⁵ Em 7/12/2016, dois dias após o deferimento da medida liminar, o Pleno do STF se reuniu e decidiu referendar “em parte” a medida liminar, estabelecendo, “por unanimidade, que os substitutos eventuais do Presidente da República a que se refere o art. 80 da Constituição, caso ostentem a posição de réus criminais perante esta Corte Suprema, ficarão unicamente impossibilitados de exercer o ofício de Presidente da República, e, por maioria, nos termos do voto do Ministro Celso de Mello, negou referendo à liminar, no ponto em que ela estendia a determinação de afastamento imediato desses mesmos substitutos eventuais do Presidente da República em relação aos cargos de chefia e direção por eles titularizados em suas respectivas Casas”. O Pleno do STF, “também por votação majoritária, não referendou a medida liminar na parte em que ordenava o afastamento imediato do senador Renan Calheiros do cargo de Presidente do Senado Federal”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento Fundamental n.º 402. Medida Cautelar. Referendo. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 22/6/2017. Dje-140, divulg. 26/06/2017, public. 27/6/2017)

⁸⁵⁶ Nesse inquérito, havia gravação em que o Senador pedia R\$ 2 milhões ao empresário Joesley Batista, delator da Operação Lava Jato (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n.º 4327. Agravo regimental. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 26/09/2017. DJe-247, divulg. 26/10/2017, public. 27/10/2017)

⁸⁵⁷ “DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO CAUTELAR. AGRAVO REGIMENTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REJEIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. 1. Os indícios de materialidade e autoria dos delitos apontados na denúncia são substanciais. 2. Nada obstante, há dúvida razoável, na hipótese, acerca da presença dos requisitos do art. 53, § 2º da Constituição, para fins de decretação da prisão preventiva do agravado. 3. Diante disso, a Turma, por maioria, restabeleceu as medidas cautelares determinadas pelo relator originário, Min. Luiz Edson Fachin, consistentes em: (i) suspensão do exercício das funções parlamentares ou de qualquer outra função pública; (ii) proibição de contatar qualquer outro investigado ou réu no conjunto dos feitos em tela e (iii) proibição de se ausentar do País, devendo entregar seus passaportes. 4. Além disso, também por maioria, a Turma acrescentou a medida cautelar diversa de prisão, prevista no art. 319, V, do Código de Processo Penal, de recolhimento domiciliar no período noturno. 5. Agravo regimental parcialmente provido.” (BRASIL. Supremo

a cautelar de recolhimento domiciliar noturno. Em razão disso, o próprio Partido dos Trabalhadores (PT), principal oposição ao Partido de Aécio Neves (PSDB), repudiou a decisão do STF, classificando-a como esdrúxula.⁸⁵⁸ Na sessão parlamentar marcada para o dia 17/10/2017, o Senado Federal entendeu por afastar as medidas cautelares impostas pelo STF ao Senador Aécio Neves, derrubando o recolhimento domiciliar noturno, bem como permitindo que ele retornasse ao exercício do mandato parlamentar.⁸⁵⁹

Portanto, as causas para analisar o cumprimento/descumprimento da decisão judicial são complexas, múltiplas, variadas e interativas.

Diante deste panorama, é imprescindível conhecer quais as estratégias utilizadas pelas cortes constitucionais para obter o cumprimento das decisões judiciais e como tem sido a atuação do STF nesse sentido.

5.3.3. Estratégias judiciais para obter o cumprimento das decisões

Tribunal Federal. Ação Cautelar n.º 4327. Agravo regimental. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 26/09/2017. DJe-247, divulg. 26/10/2017, public. 27/10/2017)

⁸⁵⁸ “Leia nota do PT na íntegra: [...] Por seu comportamento hipócrita, por seu falso moralismo, Aécio Neves merece e recebe o desprezo do povo brasileiro. Ele terá de responder um dia, perante a Justiça, pelos gravíssimos indícios de corrupção que o cercam. Terá de ser julgado com base em provas, dentro do devido processo penal. Mas a resposta da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal a este anseio de Justiça foi uma condenação esdrúxula, sem previsão constitucional, que não pode ser aceita por um poder soberano como é o Senado Federal. Não existe a figura do afastamento do mandato por determinação judicial. A decisão de ontem é mais um sintoma da hipertrofia do Judiciário, que vem se estabelecendo como um poder acima dos demais e, em alguns casos, até mesmo acima da Constituição. O Senado Federal precisa repelir essa violação de sua autonomia, sob pena de fragilizar ainda mais as instituições oriundas do voto popular. E precisa também levar Aécio Neves ao Conselho de Ética, por ter desonrado o mandato e a instituição. Não temos nenhuma razão para defender Aécio Neves, mas temos todos os motivos para defender a democracia e a Constituição. [...]” (PEREIRA, Joelma. Aécio não tem autoridade moral e merece desprezo, mas decisão do STF é “esdrúxula”, diz PT. Congresso em Foco, 27/9/2017. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/aecio-nao-tem-autoridade-moral-e-merece-desprezo-mas-decisao-do-stf-e-esdruxula-diz-pt/>>. Acesso em: 17/7/2018)

⁸⁵⁹ “O Plenário tornou sem efeito nesta terça-feira (17) a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que havia afastado do mandato e determinado o recolhimento noturno do senador Aécio Neves (PSDB-MG). Foram 44 votos contra e 26 a favor das medidas cautelares impostas pela Primeira Turma da Corte. Houve ainda 9 ausências, sem contar o próprio Aécio, que estava com o mandato suspenso e não podia votar. A Constituição exige que a decisão seja tomada por maioria absoluta, pelo menos 41 votos. De acordo com a Secretaria-Geral da Mesa do Senado, a decisão do Plenário tem efeito imediato e será comunicada ao STF nesta quarta-feira (18). Com isso, Aécio Neves, que estava afastado temporariamente do mandato desde 26 de setembro, já está de volta ao exercício do cargo. A Procuradoria-Geral da República (PGR) denunciou o senador por corrupção passiva e obstrução de Justiça, com base em delações premiadas do grupo empresarial J&F. Ele foi gravado pedindo R\$ 2 milhões ao empresário Joesley Batista.” (SENADO FEDERAL. Agência Senado. Plenário rejeita medidas cautelares contra Aécio Neves e senador retoma mandato. Senado notícias, 17/10/2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/10/17/senado-devolve-mandato-a-aecio-neves>>. Acesso em: 1º/11/2017)

Seguindo-se o modelo estratégico de comportamento judicial, o grau de possibilidade de cumprimento é um fator que precisa ser considerado pelos tribunais constitucionais mesmo antes de a decisão ser proferida, ou seja, acaba moldando a própria decisão. Ocorre que, se determinado tribunal constitucional sempre ajustar a sua decisão aos interesses dos poderosos atores políticos, essa falta de independência comprometerá a própria função desse tribunal, pois, nesse caso, o direito terá sucumbido inteiramente à política. De outro lado, o simples uso de estratégias, *ex ante*, para obter o cumprimento da decisão é algo comum mesmo em tribunais constitucionais de democracias mais maduras e, nessa tensão entre direito e política, não se pode dizer que seja inteiramente ruim ou desastroso para a democracia e o Estado de Direito.⁸⁶⁰

Assim, para investigar a real capacidade institucional de o STF melhorar as condições democráticas, é imprescindível analisar como ela age estrategicamente e até que ponto pode eficazmente decidir contra o governo, coalizões políticas majoritárias e interesses de poderosos atores políticos, seja em razão do processo de nomeação, que molda a composição da Corte, seja pelas possibilidades de represálias e de descumprimento das decisões judiciais.⁸⁶¹

Em contrapartida às tentativas de descumprimento direto e indireto das decisões judiciais e de retaliação, a corte constitucional buscará mecanismos para mitigar os ataques contra si e para assegurar a sua autoridade. Com efeito, os tribunais constitucionais, ao

⁸⁶⁰ “‘National authorities’ compliance with judicial rulings can also have powerful feedback effects on judicial decision making, judicial independence, and judicial power. While compliance with judicial rulings is of particular concern in new democracies, the possibility of noncompliance is a central consideration for judges all over the world. Indeed, even in advanced democracies, the mere possibility of noncompliance by another branch of government can strongly shape judicial behavior and courts’ decisions in politically important cases (Vanberg 2001, 2005). Courts concerned that their rulings may not be obeyed may feel compelled to strategically ‘temper their commitment to principle’ (Roux 2009, 107). Yet courts that adjust their rulings *ex ante* to ensure compliance or constrain themselves to avoid conflict are not fully independent. At the same time, if a court is free to follow its own preferences in its rulings, but its decisions are ignored, judicial independence means little. If we observe individuals, lower courts, state bureaucracies, or elected leaders failing to comply with court rulings, we should rightly question judicial power. In short, examining how much, when, and why elected leaders comply with judicial rulings helps us comprehend judicial behavior, interbranch relations, and, ultimately, the underpinnings of the rule of law.” (KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew M.. Compliance: Conceptualizing, Measuring, and Explaining Adherence to Judicial Rulings. *Law & Social Inquiry*, v. 38, n. 4, p. 803-835, Fall 2013. pp. 803/804)

⁸⁶¹ “A final question in the case of Brazilian democracy is thus: up to what point can courts rule not just against legislative majorities, but against the powerful combined executive and legislative coalitions that are such a defining feature of the post-1988 political arrangement? Courts do not always act in counter-majoritarian fashion, of course, and it is evident that high court judges’ origins within majority coalitions may further temper any such counter-majoritarian tendencies (for example, Dahl 1957; Rosenberg 1991). Counter-majoritarian effects are further limited by judges’ ability to take narrow decisions, delay controversial decisions, and otherwise avoid decisions that might invite reprisal, or perhaps even more damaging to the integrity of the judiciary, decisions that might prompt the elected branches to fail to comply with court orders.” (TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 162)

buscarem implementar as suas decisões, tendem a gerar custos adicionais para o seu não cumprimento.

Além dos instrumentos legais disponíveis – tais como multa, busca e apreensão, uso da força policial, ordem de prisão etc. – para o caso de descumprimento, os tribunais podem se utilizar de outros instrumentos para impor suas decisões. Nesse sentido, há um conjunto variado de estratégias que podem auxiliar a corte constitucional a obter o cumprimento das suas decisões com menor desgaste político.

Algumas vezes, antevendo a possibilidade de descumprimento, o próprio tribunal constitucional pode proferir uma decisão imprecisa ou vaga em relação à forma de cumprimento, a fim de passar a impressão de que não deixou de assegurar o direito e, ao mesmo tempo, não sofrer com o impacto para a sua autoridade de ter uma decisão claramente descumprida. Esse tipo de decisão dificulta a análise sobre se ela foi efetivamente cumprida.⁸⁶² Por exemplo, ao antever que são baixos os custos para autoridades públicas ou atores políticos descumprirem a decisão, a corte pode proferir decisões mais programáticas, a fim de ocultar que houve o seu descumprimento.⁸⁶³

De outro lado, há situações nas quais o tribunal constitucional se importa efetivamente com o resultado do cumprimento da decisão, casos em que pode, ao redigir o seu comando, antever as diversas possibilidades de descumprimento e tentar fechar todas as saídas para impedir que a decisão seja descumprida diretamente ou contornada.⁸⁶⁴

Além disso, as cortes constitucionais podem criar mecanismos ou comissões para controlar o cumprimento das suas decisões. Podem, ainda, designar audiências ou dialogar

⁸⁶² KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew M.. Compliance: Conceptualizing, Measuring, and Explaining Adherence to Judicial Rulings. *Law & Social Inquiry*, v. 38, n. 4, p. 803-835, Fall 2013. pp. 819/820.

⁸⁶³ Observe-se, por exemplo, o caso da decisão liminar na ADPF 519, proposta pelo Presidente da República, com o objetivo de colocar fim à greve dos caminhoneiros. Nesta situação, o poder de polícia administrativo e o Decreto do Presidente da República já seriam suficientes para que as forças armadas, militares e policiais retirassem os caminhoneiros que bloqueavam as rodovias. No entanto, dentro do jogo de estratégias e narrativas, uma decisão do STF afastaria as narrativas de que se tratava de um movimento legítimo e que as forças policiais e militares pudessem estar agindo arbitrariamente ou de forma autoritária. Na decisão liminar, o Ministro Alexandre de Moraes utilizou, redacionalmente, o discurso de “autorizar” as “medidas necessárias e suficientes” e “a critério das autoridades responsáveis do Poder Executivo Federal e dos Poderes Executivos Estaduais”, para que as rodovias fossem desobstruídas. Ou seja, a decisão não era para que os caminhoneiros desocupassem as estradas (o que estaria sendo descumprido, se não houvesse a desocupação, como não houve), mas apenas para autorizar o chefe do Executivo a adotar as medidas necessárias e legalmente previstas para desobstruir as diversas rodovias interrompidas por caminhoneiros (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 519. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Decisão monocrática. Medida liminar. Julgado em 25/5/2018. pp. 15/16).

⁸⁶⁴ KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew M.. Compliance: Conceptualizing, Measuring, and Explaining Adherence to Judicial Rulings. *Law & Social Inquiry*, v. 38, n. 4, p. 803-835, Fall 2013. p. 815.

com determinados atores para viabilizar formas para o cumprimento da decisão.⁸⁶⁵ É o que ocorreu, por exemplo, na ADPF n.º 165, que foi proposta em 5/3/2009, mas, diante de diversos impasses conjunturais e econômicos, havia dificuldade em se chegar a um “denominador comum para concretizar o pagamento das diferenças relativas aos Planos Econômicos Bresser, Verão e Collor II”.⁸⁶⁶ Com a participação de diversos órgãos do governo, de associações e de instituições jurídicas, chegou-se a um grande acordo coletivo, homologado pelo STF em 1º/3/2018, permitindo que houvesse o cumprimento da decisão judicial a partir da participação dos mais diversos interessados.⁸⁶⁷

Outra estratégia utilizada pelas cortes constitucionais é buscar apoio popular ou de outros setores da sociedade para desmotivar o descumprimento ou impedir determinadas manobras dos destinatários. A título de exemplo, em julgamentos que envolviam a perseguição penal contra políticos investigados na Operação Lava Jato, os ministros do STF favoráveis a uma postura mais combativa à corrupção se utilizaram, diversas vezes, de discursos que angariaram apoio popular contra os investigados por corrupção.⁸⁶⁸ Com isso, buscaram, no apoio popular, gerar constrangimentos para que a classe política não obstaculizasse investigações e processos criminais destinados à punição de políticos corruptos.

⁸⁶⁵ KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew M.. Compliance: Conceptualizing, Measuring, and Explaining Adherence to Judicial Rulings. *Law & Social Inquiry*, v. 38, n. 4, p. 803-835, Fall 2013. p. 820.

⁸⁶⁶ “Trata-se de pedido de homologação de Instrumento de Acordo Coletivo firmado pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC, pela Frente Brasileira pelos Poupadores – FEBRAPO e por outras entidades representantes dos poupadores, de um lado, e pela Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN e pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF, de outro, em que afirmam ter alcançado, por meio de concessões recíprocas e mediação realizada pela Advocacia Geral da União – AGU, um denominador comum para concretizar o pagamento das diferenças relativas aos Planos Econômicos Bresser, Verão e Collor II. As partes avançaram, quanto aos expurgos inflacionários referentes ao Plano Collor I, que não será devido nenhum pagamento. Ao pleitearem a homologação do acordo, realçaram a disponibilidade do direito transacionado, a representatividade adequada dos atores e a vantagem advinda da transação para todos os interessados (documento eletrônico 225).” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 165. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgado em 1º/3/2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313680186&ext=.pdf>>. Acesso em: 17/7/2018)

⁸⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 165. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 1º/3/2018.

⁸⁶⁸ “A presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra Cármen Lúcia, disse nesta quarta-feira (13) que a Operação Lava Jato não vai parar e garantiu que o Brasil tem instituições sólidas, entre elas o próprio Ministério Público. O comentário da ministra foi feito no julgamento em que a Corte rejeitou por unanimidade um recurso apresentado pela defesa do presidente Michel Temer, que queria afastar o procurador-geral da República, Rodrigo Janot, das investigações contra o presidente no caso JBS. ‘A Operação Lava Jato, todos os processos que se referem à matéria penal, não vão parar porque muda um ou outro, por uma ou outra causa, ou suspeição, ou impedimento. O processo penal e a busca de apuração de erros praticados no espaço público, como se tem no espaço privado, não vão parar’, disse a presidente do STF. Nesta tarde, por 9 a 0, os ministros do STF decidiram rejeitar um recurso formulado pela defesa de Temer para que Janot fosse afastado das investigações contra o presidente.” (MOURA, Rafael Moraes; PIRES, Breno; BULLA, Beatriz; GADELHA, Igor. Lava Jato não vai parar, diz Cármen Lúcia. Estadão, 13/9/2017. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lava-jato-nao-vai-parar-diz-carmen-lucia/>>. Acesso em: 2/8/2018)

Nesse tocante, o aumento da legitimidade do tribunal constitucional é sempre algo muito relevante estrategicamente. Quanto maior a sua legitimidade ou potencial de legitimação, maior será o custo político para descumpri-la. Além disso, quanto maior o apoio público ao tribunal constitucional, mais dispendioso será para o governo, para os políticos ou para o parlamento descumprirem a sua decisão. Aliás, em governos democráticos, o cumprimento das decisões judiciais dá legitimidade ao governo, pois passa a impressão de que respeita as regras do jogo democrático e do Estado de Direito.⁸⁶⁹

Desse modo, é preciso considerar que o índice de aprovação do Judiciário pode aumentar ou diminuir a probabilidade de ataques e crises nos tribunais. Com efeito, há pesquisa empírica que aponta que, num quadro comparativo, a diminuição do máximo de legitimidade judicial para o mínimo aumenta as chances de um ataque político de 2% para 29%.⁸⁷⁰ Desse modo, o apoio popular é um fator relevante para que uma decisão judicial seja tomada, para que ela seja cumprida e para que os ataques à corte sejam mitigados.

No cálculo estratégico, o índice de apoio popular que deve ser levado em consideração não é somente em relação à corte ou ao Judiciário, senão também em relação a determinadas causas específicas. A título de exemplo, embora os índices de confiança no Judiciário e no STF fossem relativamente baixos, o índice de apoio à Operação Lava Jato era relativamente alto, bem como o apoio ao Juiz Sérgio Moro, que conduzia a maioria dos processos dessa Operação. Diversos ataques do Presidente e do Congresso Nacional foram

⁸⁶⁹ “Other accounts highlight the importance of a court's legitimacy – or its legitimacy-lending potential – to compliance with its rulings. Some suggest that complying with judicial rulings can lend legitimacy to democratic or quasi-authoritarian governments (Tate 1993). Further, ‘diffuse public support’ for courts makes it more politically costly for politicians to challenge (or fail to implement) their decisions (Caldeira and Gibson 1995; Gibson, Caldeira, and Baird 1998; Carrubba 2009). A notion underlying Epstein, Knight, and Shvetsova's (2001) account of interbranch relations in Russia is that judges assume that elected leaders take judicial legitimacy into account when weighing the costs and benefits of complying (see also Trochev 2008). Indeed, a court's legitimacy, its assertiveness, and compliance with its rulings may interact: compliance with a court's rulings may reflect and increase its legitimacy-thereby encouraging further assertiveness and enhanced compliance.” (KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew M.. Compliance: Conceptualizing, Measuring, and Explaining Adherence to Judicial Rulings. *Law & Social Inquiry*, v. 38, n. 4, p. 803-835, Fall 2013. p. 821)

⁸⁷⁰ “Three findings stand out in particular. First and foremost, the lagged measure of public support for the judiciary is consistently negative and statistically significant. Decreasing legitimacy from the maximum to the minimum increases the chances of a political attack on the courts from 2% to 29%. By itself, the level of public support correctly predicts the data about 57% of the time. Second, none of the other factors ever achieve statistical significance, nor do they have an even remotely meaningful substantive effect on the probability of institutional instability occurring. Note that the relatively high percentage of correctly predicted cases for the Fragmentation variable stems almost entirely from the number of noncrises that are correctly predicted. Not surprisingly, adding all of the causal factors together in a single model does not improve our predictive capacity over simply knowing the level of public support. Third, however, combining the fact that we are only able to correctly predict a little over half of the cases with the observation that the constant terms in the regression models are consistently significant suggests that there is a good deal of the picture that we are still missing. Legitimacy may be important for the courts' stability, but it is only part of the story.” (HELMKE, Gretchen. Public Support and Judicial Crises in Latin America. *Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 2, p. 397-411, 2010. p. 407)

feitos à Operação Lava Jato e ao Juiz Sérgio Moro, mas cada um deles representava um grande custo político. Contudo, os índices de confiança e o apoio popular à Operação Lava Jato e ao Juiz Sérgio Moro não eram transferidos automaticamente para a Corte Constitucional brasileira, nem para o Judiciário brasileiro como um todo. Pelo contrário, diante de diversas divergências internas e decisões controversas do STF, havia grande desaprovação e crítica a membros desta Corte,⁸⁷¹ havendo, inclusive, protestos populares contra alguns Ministros.⁸⁷²

Nesse contexto, outro fator importante que precisa ser considerado é o índice de aprovação do Presidente da República, bem como o índice de confiança no Poder Executivo e no Poder Legislativo. Quando maior for a aprovação popular do governo e maior for o índice de confiança no Executivo e no Legislativo, proporcionalmente maior será a possibilidade de ataques políticos à Corte, sobretudo se o índice de confiança nesta instituição for menor. Sob esse aspecto, no Brasil, o índice de confiança no Judiciário, embora, em termos absolutos, não seja alto, historicamente ele é comparativamente maior do que o índice de confiança da população na classe política, no Executivo e no Legislativo.⁸⁷³

⁸⁷¹ “A onda de rejeição a políticos e autoridades públicas já não se limita ao governo e ao Congresso, e chegou com força ao Poder Judiciário e ao Ministério Público. A pesquisa Ipsos mostra que, entre julho e agosto, houve aumento significativo da desaprovação a ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). [...] Na lista de avaliados pelo Ipsos estão três dos 11 atuais integrantes do Supremo: Cármen Lúcia, a presidente; Edson Fachin, relator dos casos relacionados à Lava Jato; e Gilmar Mendes, principal interlocutor do presidente Michel Temer no Tribunal. Os três enfrentam deterioração da imagem. [...] No STF, a pior situação é a de Gilmar: no último mês, sua taxa de desaprovação subiu de 58% para 67%. Desde abril, o aumento foi ainda maior: 24 pontos percentuais. O descontentamento com Gilmar cresceu ao mesmo tempo em que ele ficou mais conhecido: até maio, mais da metade da população (53%) não sabia dele o suficiente para opinar. Agora, esse índice caiu para 30%. Já a taxa de aprovação se manteve praticamente estável, oscilando em torno de 3%. A avaliação crítica é maior nas faixas mais escolarizadas: chega a 80% entre os brasileiros com curso superior, e é de 50% entre os sem instrução.” (GAÚCHA ZH. Pesquisa mostra que Gilmar Mendes é líder em desaprovação popular entre ministros do STF. 27/8/2017. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2017/08/pesquisa-mostra-que-gilmar-mendes-e-lider-em-desaprovacao-popular-entre-ministros-do-stf-9880651.html>>. Acesso em: 2/8/2018)

⁸⁷² “Um grupo de cerca de dez pessoas protestou contra o ministro do STF Gilmar Mendes na manhã desta segunda-feira (9) em São Paulo. O grupo jogou tomates na portaria do Instituto de Direito de São Paulo (IDP), onde o ministro fez palestra nesta segunda. Vários carros também foram atingidos. Os manifestantes reclamavam que Gilmar Mendes concedeu liberdade a presos pela Lava Jato. ‘Ei Gilmar, me diz por que você sempre solta seus amigos e os amigos do poder’, entoavam os manifestantes. [...] O ato foi organizado pelo movimento Tomateço – que, como o nome indica, faz do lançamento de tomates sua forma de protesto. Em agosto deste ano, o grupo também protestou contra Gilmar Mendes em debate do jornal ‘O Estado De S. Paulo’ que contou com a participação do ministro.” (ALMEIDA, Marco Rodrigo. Grupo atira tomates em protesto contra Gilmar Mendes em São Paulo. *Folha de São Paulo*, 09/10/2017. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/10/1925546-grupo-atira-tomates-em-protesto-contr-gilmar-mendes-em-sao-paulo.shtml>>. Acesso em: 21/8/2018)

⁸⁷³ Em pesquisa que mede o índice de confiança nas instituições, verificou-se que, dentre as 13 instituições consideradas (no ano de 2016), o Judiciário ficava em 7º lugar, com apenas 29%. Os piores índices de confiança foram constatados em relação à Presidência da República (11%), ao Congresso Nacional (10%) e aos Partidos Políticos (7%). (RELATÓRIO ICJ BRASIL. Brasil: Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11220/Relat%20ICJBrasil%20-%201%20c2%ba%20Semestre%20-%202013.pdf?sequence=1>>. Acesso em 5.10.2017. p. 15.)

Contudo, os diversos mecanismos e estratégias à disposição do tribunal constitucional não são sempre suficientes para impedir o descumprimento. Além disso, há diversos fatores que impactam no cumprimento, o que pode demandar o uso de diferentes estratégias e mecanismos pela corte.⁸⁷⁴

Portanto, nas situações em que o STF está diante de interesses do governo ou de políticos influentes, evidencia-se uma Corte Constitucional bem mais dependente, no sentido de que depende da interferência de outras instituições, órgãos, atores e circunstâncias para fazer cumprir as suas decisões.⁸⁷⁵ Apesar de haver diversas estratégias para implementar suas decisões, nessas circunstâncias, os riscos de descumprimento, direto e indireto, e de retaliações aumentam consideravelmente. É nesse contexto, portanto, que a autoridade do STF é testada, quando o Estado de Direito e a democracia poderão ser colocados em xeque.

Nesse tocante, também se questiona a real capacidade da Corte brasileira para combater a corrupção no país, quando as investigações envolvem altas autoridades da República. Essa importante questão será objeto de análise a seguir.

5.4. A capacidade de o STF combater a corrupção, o controle da sua atuação e o problema da “justiça telefônica”

A crise política brasileira que se iniciou em 2013 teve como uma das suas principais causas a corrupção institucionalizada descortinada por operações da Polícia Federal, sobretudo no âmbito da Operação Lava Jato e seus desdobramentos. Altas autoridades e políticos foram presos e passaram a ser investigados. Políticos ocupantes dos mais altos cargos da República eram alvo de operações policiais, investigados por crimes

⁸⁷⁴ Por exemplo, a facilidade ou não de controle sobre o cumprimento da decisão judicial, diante da abrangência da questão ou da necessidade de diversos atores para cumpri-la, poderá influenciar o tempo e a extensão do cumprimento.

⁸⁷⁵ “Independence seems to have at least two meanings. One meaning – commonly invoked when considering the circumstances of the individual judge – is that a person is independent if she is able to take actions without fear of interference by another. In this sense, judicial independence is the idea that a judge ought to be free to decide the case before her without fear or anticipation of (illegitimate) punishments or rewards. Another meaning is perhaps less common in discussions surrounding judges, but applies naturally to courts and to the judicial system as a whole. We might think of a person or an institution as being dependent on another if the person or entity is unable to do its job without relying on some other institution or group. In this context, the federal judiciary is institutionally dependent on Congress and the president, for jurisdiction, rules, and execution of judicial orders. Note that in this second meaning, judicial dependence is not necessarily pejorative. Whether congressional ‘interference’ with the judiciary is normatively deplorable depends on the form it takes.” (FEREJOHN, John. *Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence*. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 72, n. 2 & 3, p. 353-384, January & March 1999. p. 353)

relacionados à corrupção. O Senador Delcídio do Amaral (PT-MS) e o Deputado Federal e Presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha (MDB-RJ) foram presos. A então Presidenta Dilma Rousseff também passou a ser alvo de investigações por corrupção e, na sequência, foi afastada do mandato pelo Senado Federal, após um longo processo de *impeachment*. O Vice-Presidente Michel Temer assumiu interinamente a Presidência da República e também passou a ser investigado por corrupção. O Senador Aécio Neves (PSDB-MG), um dos políticos mais poderosos do país, que havia ficado em segundo lugar na eleição presidencial anterior (em 2014), foi investigado e chegou a ser afastado do cargo, embora esta medida tenha sido revertida pouco tempo depois. O Senador e então Presidente do Senado Renan Calheiros (MDB-AL) também foi investigado e chegou a ser afastado do mandato de Presidente da Casa por uma decisão liminar que não foi confirmada posteriormente. O mais alto escalão de políticos e autoridades da República foram expostos em razão de escândalos de corrupção. O cenário político nacional passou a ser ocupado por investigações, processos criminais e prisões. Ainda que sob diversas críticas, aconteceu algo sem precedentes na história brasileira.⁸⁷⁶

No Brasil, assim como em vários países latino-americanos, um dos maiores problemas para a democracia é o elevado grau de corrupção nas diversas esferas do Estado. A corrupção, além de minar a burocracia estatal, prejudicar o desenvolvimento da economia e empobrecer o Estado⁸⁷⁷, também aumenta a descrença da população nas instituições estatais.⁸⁷⁸ Além disso, a corrupção no setor público fortalece os políticos e partidos que compõem a base do governo, enfraquece a oposição e prejudica a alternância no poder.⁸⁷⁹

⁸⁷⁶ Aos poucos, os mecanismos institucionais de combate à corrupção parecem estar se fortalecendo no Brasil. E isso já parece estar produzindo resultados. Se o descortinamento de esquemas de corrupção e a punição de políticos corruptos produzirá melhores resultados no trato com a coisa pública, isso somente o futuro poderá dizer. Todavia, a Polícia, o Ministério Público e o Judiciário, sobretudo de primeira e segunda instância, parecem estar atuando mais no combate à corrupção nos altos escalões da República, ainda que de forma imperfeita e com alguns excessos. De qualquer forma, fato é que a crítica de que políticos poderosos jamais são punidos não pode mais ser feita no Brasil.

⁸⁷⁷ “International financial institutions and donor governments are funding a myriad of initiatives aimed at reforming judicial systems and strengthening the rule of law in transitional and developing countries. The fight against corruption, which now dominates the debates on development assistance and aid effectiveness, has created an added impetus for promoting judicial reform and enhancing the rule of law. The World Bank and regional development banks have been at the forefront of this agenda, which the International Monetary Fund (IMF) now also endorses.” (SANTISO, Carlos. *Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability*. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005. p. 117-143. p. 117)

⁸⁷⁸ Problemas de corrupção, sobretudo relacionados a diversos desvios de verbas públicas, têm sido um grave problema para o desenvolvimento da maioria das democracias latino-americanas. Além de minar a confiança dos cidadãos nas autoridades eleitas, também empobrece o Estado. Instituições financeiras internacionais e os governos de diversos países, através de financiamentos e doações, ajudaram, direta ou indiretamente, a promover reformas para a fortalecer o Estado de Direito. No entanto, atualmente eles têm condicionado investimentos

É nesse contexto de disfuncionalidade de instituições democráticas e de corrupção nas instituições que a Corte Constitucional brasileira teria um papel ainda mais importante, no sentido de combater esse grave problema para a democracia brasileira⁸⁸⁰. Ocorre que, diante de processos que atingem diretamente políticos poderosos e altas autoridades da República, a capacidade do STF de melhorar a democracia brasileira é colocada em xeque.

No Brasil, diferentemente do que ocorre em outros países, o Supremo Tribunal Federal possui uma ampla gama de competências criminais, por uma garantia constitucional concedida a altas autoridades da República, que constitui o que se chama de foro por prerrogativa de função.⁸⁸¹ Dado o quantitativo de inquéritos policiais e ações penais que passaram a tramitar no STF recentemente, ele foi praticamente transformado em um tribunal

internacionais e doações às reformas tendentes a combater a corrupção, bem como à responsabilidade fiscal. Nesse ínterim, as reformas judiciais também têm sido incentivadas.

⁸⁷⁹ Samuel Issacharoff afirma que muitas democracias novas apresentam preocupante falta de competição eleitoral, porque o primeiro partido a ocupar cargos cria uma rede de poder e patrocínio que bloqueia um desafio político significativo e apresentam uma tendência à falta de responsabilidade, consubstanciada no clientelismo, amiguismo e corrupção. Segundo o autor, isso leva o Judiciário a entrar em conflito com essa consolidação do poder político (*Constitutional Courts and Consolidated Power. The American Journal of Comparative Law*, Oxford University Press, v. 62, n. 3, p. 585-612, jul. 2014. p. 585). Contudo, questiona-se a real capacidade de o Judiciário entrar em conflito com as elites políticas, sobretudo pelo fato de que a escolha da corte constitucional ocorre de forma política, onde as elites políticas ocupam papel primordial na formação da composição da corte constitucional. Quando determinado grupo político assume o poder, o clientelismo que se segue é visível. A organização do poder é feita para proteger os políticos eleitos, outorgando benefícios estatais e contratos a seguidores leais, que financiaram a campanha eleitoral. Isso tudo sufoca a oposição (Ibidem, p. 598). Como aponta Samuel Issacharoff: “Sem alternância no poder, rotatividade no cargo, os três ‘C’s’ do poder consolidado assumem: clientelismo, amiguismo e corrupção. O poder incumbente tende a se alimentar, criando uma burocracia estadual em expansão com um controle cada vez maior da economia. A patologia do clientelismo, em seguida, recompensa os políticos em exercício para uma expansão do setor público de forma a facilitar recompensas seccionais aos grupos constituintes.” (Tradução do livre do trecho: “Without rotation in office, the three ‘C’s’ of consolidated power take hold: clientelism, cronyism, and corruption. Incumbent power tends to feed on itself, creating an expanding state bureaucracy with ever greater control of the economy. The pathology of clientelism then rewards incumbent politicians for an expansion of the public sector in a way that facilitates sectional rewards to constituent groups.”) (Ibidem. p. 598)

⁸⁸⁰ “A superação da corrupção, do patrimonialismo, da ineficiência do Poder Público da impunidade de seus integrantes têm ocupado um papel central na cena política brasileira e constituem um dos principais anseios da população.” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 323)

⁸⁸¹ CF: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* 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; [...] i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.”

criminal. Embora tenha decidido limitar a sua própria competência originária em matéria penal⁸⁸², continuou com ampla gama de competências nesta seara.

Isso, por si só, não seria um problema não fosse o fato de que o STF é uma corte constitucional e, como tal, não possui a sua estrutura institucional voltada para julgar ações penais originariamente. Além disso, como tribunal constitucional, possui um forte componente político em suas decisões. Com isso, o grande quantitativo de investigações criminais e ações penais que passaram a tramitar no STF a partir da Operação Lava Jato coloca em evidência algumas questões: Qual é a aptidão da Corte para julgar ações penais originariamente? Qual é a independência dos ministros do STF para julgar questões de natureza penal? O componente político está presente em julgamentos criminais?

Embora um Judiciário independente possa limitar o poder do governo, de autoridades públicas e de líderes políticos, reduzindo as oportunidades de corrupção, uma independência mais significativa que impeça o controle do Judiciário pode aumentar as fontes de abusos e de corrupção dentro do próprio Judiciário. Com efeito, há evidências empíricas de que qualquer sistema de justiça em que juízes e promotores, nos diferentes níveis, sejam atores sem controle gera incentivos para que abusem de suas posições, podendo ser fontes de corrupção.⁸⁸³ Se, de um lado, um nível baixo de independência do Judiciário pode impedir este de efetivamente controlar os atos do governo e limitar o poder de políticos, um nível extremamente alto pode aumentar os incentivos para que haja abusos e corrupção dentro do próprio Judiciário. Desse modo, o *design* institucional e o sistema jurídico devem conferir à Corte independência com responsabilidade, ou seja, exigir prestação de contas.⁸⁸⁴

⁸⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Penal n.º 937. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Julgado em 3/5/2018.

⁸⁸³ RÍOS-FIGUEROA, Julio. Justice System Institutions and Corruption Control: Evidence from Latin America. *The Justice System Journal*, v. 33, n. 2, p. 195-214, 2012. p. 195.

⁸⁸⁴ "One of the central tenets of theoretical and practical approaches to the rule of law is that by eliminating unchecked actors, a well-designed system of checks and balances can minimize government arbitrariness and abuse of power. But designing an institutional framework to meet this simple specification is a monumental task and may lead to unintended consequences. Consider, for example, the design of the justice system. While an honest independent judiciary acting as a check on the executive and legislative branches can limit the power of political leaders and reduce opportunities for corruption, a completely independent judiciary can also increase corruption if sources of prosecutorial and judicial power are corrupt themselves (cfr. Schleifer and Vishny, 1993; Rose-Ackerman, 1999; Svensson, 2005). In other words, without accountability, judicial independence can actually hinder the rule of law (Capelletti, 1985; Ferejohn, 1999; Russell, 2001; Guarnieri, 2003; Maravall and Przeworski, 2003). Although the basic logic of checks and balances is usually applied to interbranch relations, it can also guide our understanding of intrabranh institutional design and its potential effects. To illustrate this more general point, this essay analyzes the relationship between the institutional architecture of the justice system and corruption. It argues that any justice system that leaves judges and prosecutors "unchecked" generates incentives for them to abuse their positions. In particular, it proposes three hypotheses: 1) A prosecutorial organ located outside the executive raises the probability that denunciations of corrupt acts are duly investigated and that corrupt officials are prosecuted and charged; 2) extremely high or low levels of independence reduce the incentives of supreme court judges to punish corruption in the executive or legislative

Nesse tocante, há evidências empíricas de que o *design* das instituições do sistema de justiça pode ajudar a controlar abusos e a corrupção.⁸⁸⁵ Em pesquisa realizada nos países da América Latina, buscando identificar a relação entre combate à corrupção e independência judicial, considerando as variáveis que garantem independência interna e externa, Julio Ríos-Figueroa procurou investigar as seguintes hipóteses: a) se o órgão do Ministério Público for localizado fora do Poder Executivo, aumentam-se as probabilidades de denúncias por atos de corrupção, de investigação, e de que funcionários corruptos sejam processados e acusados; b) níveis extremamente altos ou baixos de independência judicial externa reduzem os incentivos aos juízes do tribunal constitucional para punir atos corruptos nos Poderes Executivo e Legislativo; e c) níveis muito altos de independência interna criam incentivos para a corrupção dentro do próprio Judiciário.⁸⁸⁶

Após analisar os dados empíricos, o autor chegou à conclusão de que a percepção de corrupção é maior nos países com níveis mais altos de independência interna e com órgãos de Ministério Público subordinado ao Poder Executivo. Assim, concluiu que os juízes e promotores podem ser geralmente considerados como controladores dos outros órgãos governamentais, mas, se eles não forem controlados, também podem constituir fontes de corrupção. De outro lado, a pesquisa empírica realizada não conseguiu comprovar se graus extremos de independência externa estão relacionados a percepções mais elevadas de corrupção.⁸⁸⁷

branch; and 3) corruption within the judiciary is higher where institutional levels of internal independence are higher.” (RÍOS-FIGUEROA, Julio. Justice System Institutions and Corruption Control: Evidence from Latin America. *The Justice System Journal*, v. 33, n. 2, p. 195-214, 2012. pp. 195/196)

⁸⁸⁵ RÍOS-FIGUEROA, Julio. Justice System Institutions and Corruption Control: Evidence from Latin America. *The Justice System Journal*, v. 33, n. 2, p. 195-214, 2012. p. 195.

⁸⁸⁶ “In sum, this essay presents three testable hypotheses where elements of the architecture of the justice system are related to three steps in the combat of corruption (detection, prosecution, punishment): 1) A prosecutorial organ located outside the executive raises the probability that denunciations of corrupt acts are duly investigated and that corrupt officials are prosecuted and charged; 2) extremely high or low levels of external independence reduce the incentives of supreme court judges to punish corrupt acts in the executive or legislative branches; and 3) higher levels of internal independence create incentives for corruption within the judiciary. The remainder of the essay evaluates these hypotheses in the context of the Latin American region.” (RÍOS-FIGUEROA, Julio. Justice System Institutions and Corruption Control: Evidence from Latin America. *The Justice System Journal*, v. 33, n. 2, p. 195-214, 2012. p. 201)

⁸⁸⁷ “This essay takes a central idea of the system of checks and balances – that unchecked checkers face incentives to engage in corrupt behavior-and applies it to both inter – and intrabranh institutional design. Just as scholars of democracy speak of democratizing other institutions (e.g., the internal procedures of political parties, primary elections, decentralization, etc.), this essay argues that scholars of rule of law could scale the model of checks and balances down to the intrabranh level. In particular, while judges and prosecutors are generally considered checkers of other branches of government, they may also constitute sources of corruption if left unchecked. The institutional design of the judicial branch, therefore, should also be modeled so as to prevent the presence of ‘unchecked checkers’. Based on available data on the perception of corruption and on original data on judicial institutions in Latin America, preliminary results show that the perception of corruption is higher with higher levels of internal independence and with prosecutorial organs subordinated to the executive branch.

Além disso, a referida pesquisa, analisando os casos do Chile e do México, apontou que o fato de não haver controle do Judiciário é prejudicial ao combate à corrupção.⁸⁸⁸ A mesma pesquisa afirma que Conselhos Judiciais, que fiscalizam os membros do Judiciário, devem merecer mais atenção como mecanismo para equilibrar independência judicial e responsabilidade.⁸⁸⁹

Analisando-se essas variáveis, também se observa que, no sistema judiciário brasileiro, o Ministério Público foi colocado no *design* constitucional como um órgão autônomo, fora da estrutura do Executivo e também do Judiciário.⁸⁹⁰ No entanto, a nomeação do Procurador-Geral da República, chefe da instituição na esfera federal, ocorre por escolha do Presidente da República dentre membros do Ministério Público da União, com aprovação do Senado Federal.⁸⁹¹

No Brasil, uma das grandes críticas que havia ao Judiciário era a existência de altos níveis de independência judicial, com baixos níveis de controle. Ocorre que um nível ótimo de independência judicial não é equivalente a um nível máximo de independência. Ao invés disso, um nível ótimo de independência judicial seria aquele em que houvesse combinação entre independência e responsabilidade⁸⁹², de modo que a independência externa possa ser controlada por políticos e pelos próprios juízes.

However, there is no evidence that extreme values of external independence are related to higher perceptions of corruption.” (RÍOS-FIGUEROA, Julio. Justice System Institutions and Corruption Control: Evidence from Latin America. *The Justice System Journal*, v. 33, n. 2, p. 195-214, 2012. p. 210)

⁸⁸⁸ RÍOS-FIGUEROA, Julio. Justice System Institutions and Corruption Control: Evidence from Latin America. *The Justice System Journal*, v. 33, n. 2, p. 195-214, 2012. p. 211.

⁸⁸⁹ “The search for a ‘correct’ mix of independence and accountability for nonelected politicians such as judges and prosecutors seem to demand more research and careful analysis by both academics and politicians. Institutions such as judicial councils, which usually administer the judiciaries and the careers of lower-court judges (i.e., internal independence), also deserve more attention by academics and practitioners alike.” (RÍOS-FIGUEROA, Julio. Justice System Institutions and Corruption Control: Evidence from Latin America. *The Justice System Journal*, v. 33, n. 2, p. 195-214, 2012. p. 211)

⁸⁹⁰ Constituição Federal: “Art. 127 [...] § 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. § 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.”

⁸⁹¹ Constituição Federal: “Art. 128 [...] § 1º O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução.”

⁸⁹² “The institutional variables that determine the degree of external independence (e.g., appointment, tenure, and impeachment mechanisms) can be controlled, to a greater or lesser degree, by politicians or by judges themselves, and some combinations constitute a better mix of independence and accountability than others. For instance, an appointment procedure that gives more weight to the political branches can be balanced with a sufficiently long tenure. I argue that the relationship between external independence and corruption is U-shaped: dependent supreme court judges facilitate corruption because the elected branches would be unchecked, but totally independent and unaccountable judges may more easily become additional actors that need to be bribed to get something done, thus also increasing corruption. An intermediate level of judicial independence would be

A Emenda Constitucional n.º 45/2004 (chamada de Reforma do Judiciário) pretendeu estabelecer mecanismos para aumentar o controle dos juízes. Diversos mecanismos foram criados, havendo destaque para a instituição do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Assim, após a Reforma, nas instâncias ordinárias, há um incremento no controle dos atos judiciais. Com efeito, os atos do juiz passam a estar sujeitos a diversas espécies de controle, seja administrativo – pela corregedoria, pelo tribunal ou pelo CNJ –, ou mesmo judicial, pela possibilidade de que uma decisão desviante seja reformada. Ambos os tipos de controle garantem, ao menos em tese, que o juiz tenha independência, mas, ao mesmo tempo, geram constrangimentos para que tenha uma conduta escoreta – embora diversos autores⁸⁹³ questionem a real capacidade de o CNJ promover responsabilidade e transparência no Judiciário brasileiro, sobretudo pela sua composição.

Ocorre que, no âmbito do STF, essas possibilidades de controle interno ficam quase que apagadas, seja pela falta de controle administrativo (não há notícia de possibilidade de correição de ministros do STF pelo própria Corte, nem possibilidade de controle de seus atos pelo CNJ), seja pela falta de controle judicial (não há instância judicial superior que possa reformar a decisão do pleno do STF). Como não há qualquer outro tribunal acima do STF, os seus ministros são julgados pelos próprios pares. Isso reduz significativamente a possibilidade de constrangimentos e prestação de contas em casos de eventual favorecimento ideológico ou partidário a algum político ou autoridade pública por ministro da Corte.⁸⁹⁴

optimal for corruption control since it avoids unchecked checkers and minimizes the incentives for elected and unelected government officials to misuse public funds for private gain.” (RÍOS-FIGUEROA, Julio. Justice System Institutions and Corruption Control: Evidence from Latin America. *The Justice System Journal*, v. 33, n. 2, p. 195-214, 2012. p. 200)

⁸⁹³ “Despite the high expectations it raised for fighting judicial corruption, the CNJ has quite frankly failed to live up to its promise of being offering effective oversight of the judiciary. Perhaps the clearest reason for its failure is its composition: the CNJ is staffed predominantly by judges. Many of its members have led industry associations oriented toward defending the corporate interests of judges, and even those who are said to represent civil society are closely connected to the political leadership. It should therefore come as no surprise that the CNJ has consistently ruled in favor of the corporate interests of the judiciary instead of using its resources and platform to curb recurring abuses in and around courts. There is another factor of note: the CNJ has no formal authority over the Supreme Court, leaving this body virtually unreviewable altogether. For all of its promise, then, the CNJ is neither designed nor administered in a way that would inspire confidence in its capacity to do what it was intended to do: to create and deploy strategies to foster much needed accountability and transparency of the country’s judicial system.” (ALBERT, Richard; BENVINDO, Juliano Zaiden; RADO, Klodian; ZHILLA, Fabian. Constitutional reform in Brazil: lessons from Albania?. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 3, p. 11-34, set./dez. 2017. pp. 18/19)

⁸⁹⁴ A independência interna dos ministros da Corte Constitucional pode ser contrabalanceada pelo controle exercido pelo órgão colegiado ou pelo pleno. Além disso, a independência externa dos ministros e da própria corte pode ser controlada pelos mecanismos de nomeação, posse e de processos de *impeachment*. Portanto, o controle das decisões monocráticas do ministro pode ocorrer pelo próprio colegiado (turma ou plenário), ou por um controle externo, de natureza político-administrativa, que pode ser exercido pelo Senado. De outro lado, as instituições formais que estabeleçam a independência e o controle podem auxiliar muito para que esse nível ótimo de independência judicial seja atingido, mas não são o bastante. Embora os aspectos

Além disso, é preciso considerar que os ministros do STF são indicados pelo presidente da República, com necessidade de aprovação pelo Senado Federal. Logo, o candidato ao cargo terá de “conversar” com influentes atores políticos e altas autoridades para que seja escolhido pelo presidente da República e aprovado pelos Senadores.⁸⁹⁵ Com efeito, por diversas vezes, são noticiadas “campanhas” para o cargo, com um grande acordo político entre o candidato a ministro com o presidente da República e, inclusive, com as elites políticas do parlamento, pois comumente tudo tem de ser acertado antes da sabatina realizada pelo Senado. Por exemplo, o Ministro Luiz Fux, em entrevista, contou como fez contatos com diversos políticos, advogados e autoridades próximas aos ex-Presidentes Lula e Dilma para ser nomeado ao cargo.⁸⁹⁶ Diante de um contexto em que havia o processo conhecido como

institucionais sejam fundamentais, sempre haverá, contingencialmente, contextos e situações desviantes, seja para frustrar os mecanismos institucionais de independência judicial ou para que o controle externo e de responsabilização não seja efetivamente exercido.

⁸⁹⁵ “Os critérios que regem a escolha de um ministro do Supremo Tribunal Federal não são claros. Sabe-se que alguns candidatos são ‘patrocinados’ por pessoas influentes no governo, por exemplo, por ministros de Estado, por ministros do próprio STF, por governadores, por grupos de interesse e mesmo por pessoas que integram o círculo mais íntimo de relacionamento dos Presidentes da República. A decisão é produto de características e de convicções pessoais dos candidatos, da articulação dos atores políticos supramencionados, da conjuntura e dos interesses políticos do momento. Segundo depoimento de advogado cogitado para indicação como candidato a ministro do STF [Luiz Maklouf Carvalho]: ‘Não aceitaria [eventual convite para Ministro do STF] porque jamais me submeteria a peregrinações prévias por gabinetes executivos e legislativos, em busca de apoios políticos. Digo isso sem reprovar aqueles que o fazem, ou fizeram – afinal, no mundo real, infelizmente essa é a regra do jogo. A procura dos tais apoios, além de avessa à minha natureza, não me parece compatível com a independência entre os poderes e a dignidade do cargo.’ Assim, a própria forma de acesso ao STF atrai candidatos que, por vocação ou formação, combinam aspectos políticos e jurídicos em sua formação. De fato, uma avaliação do currículo dos últimos dezesseis ministros que integraram ou integram o Tribunal indica que doze deles ocuparam cargos políticos no Executivo, receberam nomeações políticas para cargos no Judiciário (ingressando pelo quinto ou ascendendo ao STJ) e/ou tiveram prévia atividade político-partidária”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos. Comportamento ideológico e estratégico no Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 273-310. pp. 288/289)

⁸⁹⁶ “Quase trinta anos depois, em 2010, ele saía em campanha pelo Brasil para convencer o então presidente Lula a indicá-lo à corte. Fux era ministro do STJ (Superior Tribunal de Justiça), o penúltimo degrau na carreira da magistratura. ‘Estava nessa luta’ para o STF desde 2004 -sempre que surgia uma vaga, ele se colocava. E acabava preterido. ‘Bati na trave três vezes’, diz. AVAL. Naquele último ano de governo Lula, era tudo ou nada. Fux ‘grudou’ em Delfim Netto. Pediu carta de apoio a João Pedro Stedile, do MST. Contou com a ajuda de Antônio Palocci. Pediu uma força ao governador do Rio, Sergio Cabral. Buscou empresários. E se reuniu com José Dirceu, o mais célebre réu do mensalão. ‘Eu fui a várias pessoas de SP, à Fiesp. Numa dessas idas, alguém me levou ao Zé Dirceu porque ele era influente no governo Lula’. O ministro diz não se lembrar quem era o ‘alguém’ que o apresentou ao petista. Fux diz que, na época, não achou incompatível levar currículo ao réu de processo que ele poderia no futuro julgar. Apesar da superexposição de Dirceu na mídia, afirma que nem se lembrou de sua condição de ‘mensaleiro’. ‘Eu confesso a você que naquele momento eu não me lembrei’, diz o magistrado. ‘Porque a pessoa, até ser julgada, ela é inocente’. Conversaram uma só vez, e por 15 minutos, segundo Fux. Conversaram mais de uma vez, segundo Dirceu. A equipe do petista, em resposta a questionamento da Folha, afirmou por e-mail: ‘A assessoria de José Dirceu confirma que o ex-ministro participou de encontros com Luiz Fux, sempre a pedido do então ministro do STJ’. Foram reuniões discretas e reservadas. CURRÍCULO. Para Dirceu, também era a hora do tudo ou nada. Ele aguardava o julgamento do mensalão. O ministro a ser indicado para o STF, nos estertores do governo Lula, poderia ser o voto chave da tão sonhada absolvição. A escolha era crucial. Fux diz que, no encontro com Dirceu, nada disso foi tratado. Ele fez o seguinte relato à Folha: Fux: ‘- Eu levei o meu currículo e pedi que ele [Dirceu] levasse ao Lula. Só isso’. Folha: ‘- Ele não falou nada [do mensalão]?’. Fux: ‘Ele falou da vida dele, que tava se sentindo... em outros processos a

“Mensalão”⁸⁹⁷, que envolvia a perseguição penal contra altas autoridades e importantes políticos ligados aos governos Lula e Dilma, em que as votações estariam virtualmente empatadas (cinco votos para cada lado) – e que o ministro a ser nomeado teria de desempatarlas –, o então candidato a ministro do STF disse que “mataria no peito”, o que, nos bastidores palacianos, teria sido entendido que votaria a favor dos petistas.⁸⁹⁸ No entanto, após assumir o cargo, o Ministro Luiz Fux foi um dos mais implacáveis contra os acusados no processo do “Mensalão”, o que teria despertado grande revolta nos políticos e autoridades que trabalharam para a sua nomeação.⁸⁹⁹

Assim, é certo que o escolhido para o cargo de ministro do STF, após tomar posse, possui diversas garantias constitucionais de independência. No entanto, também deve se considerar que transita ou teve de transitar no ambiente da política.

que respondia...’. Folha: ‘Tipo perseguido?’. Fux: ‘É, um perseguido e tal. E eu disse: ‘Não, se isso o que você está dizendo [que é inocente] tem procedência, você vai um dia se erguer’. Uma palavra, assim, de conforto, que você fala para uma pessoa que está se lamentando.’” (BERGAMO, Mônica. Em campanha para o STF, Fux procurou Dirceu. *Folha de São Paulo*, 2/12/2012. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/81379-em-campanha-para-o-stf-fux-procurou-dirceu.shtml?loggedpaywall#>>. Acesso em: 16/7/2018)

⁸⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n.º 470 (Mensalão). Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Acompanhamento Processual Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11541>>. Acesso em: 20/8/2018.

⁸⁹⁸ “‘MATO NO PEITO’. Dirceu e outros réus tiveram entendimento diferente. Passaram a acreditar que Fux votaria com eles. Uma expressão usual do ministro, ‘mato no peito’, foi interpretada como promessa de que ele os absolveria. Fux nega ter dado qualquer garantia aos mensaleiros. Ele diz que, já no governo Dilma Rousseff, no começo de 2011, ainda em campanha para o STF (Lula acabou deixando a escolha para a sucessora), levou seu currículo ao ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo. Na conversa, pode ter dito ‘mato no peito’. Folha ‘- Cardozo não perguntou sobre o mensalão?’. [LUIZ FUX] ‘- Não. Ele perguntou como era o meu perfil. Havia causas importantes no Supremo para desempatar: a Ficha Limpa, [a extradição de Cesare] Battisti. Aí eu disse: ‘Bom, eu sou juiz de carreira, eu mato no peito’. Em casos difíceis, juiz de carreira mata no peito porque tem experiência.’” (BERGAMO, Mônica. Em campanha para o STF, Fux procurou Dirceu. *Folha de São Paulo*, 2/12/2012. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/81379-em-campanha-para-o-stf-fux-procurou-dirceu.shtml?loggedpaywall#>>. Acesso em: 16/7/2018)

⁸⁹⁹ “De fevereiro de 2011, quando foi indicado, a agosto de 2012, quando começou o julgamento do mensalão, Fux passou um período tranquilo. Assim que o processo começou a ser votado, no entanto, o clima mudou. Para surpresa dos réus, em especial de Dirceu e João Paulo Cunha, ele foi implacável. Seguiu Joaquim Barbosa, relator do caso e considerado o mais rigoroso ministro do STF, em cada condenação. Foi o único magistrado a fazer de seus votos um espelho dos votos de Barbosa. Divergiu dele só uma vez. Quanto mais Fux seguia Barbosa, mais o fato de ter se reunido com réus antes do julgamento se espalhava no PT e na comunidade jurídica. Advogados de SP, Rio e Brasília passaram a comentar o fato com jornalistas. A raiva dos condenados, e até de Dilma, em relação a Fux chegou às páginas dos jornais, em forma de notas cifradas em colunas – inclusive da Folha. Pelo menos seis ministros do STF já ouviram falar do assunto. E comentaram com terceiros. Fux passou a ficar incomodado. Conversou com José Sarney, presidente do Senado. ‘Sei que a Dilma está chateada comigo, mas eu não prometi nada’. Ele confirma. Na posse de Joaquim Barbosa, pouco antes de tocar guitarra, abordou o ex-deputado Sigmaringa Seixas, amigo pessoal de Lula. Cobrou dele o fato de estarem ‘espalhando’ que prometera absolver os mensaleiros. Ao perceber que a Folha presenciava a cena, puxou a repórter para um canto. ‘Querem me sacanear. O pau vai cantar!’, disse. Questionado se daria declarações oficiais, não respondeu. Dias depois, um emissário de Fux procurou a Folha para agendar uma entrevista.” (BERGAMO, Mônica. Em campanha para o STF, Fux procurou Dirceu. *Folha de São Paulo*, 2/12/2012. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/81379-em-campanha-para-o-stf-fux-procurou-dirceu.shtml?loggedpaywall#>>. Acesso em: 16/7/2018)

Desse modo, considerando que o ministro do STF tem de julgar, em processos criminais, políticos poderosos ou altas autoridades públicas, deve ser buscado um *design* institucional que evite o favorecimento de decisões por amiguismo, clientelismo, troca de favores, vinculação partidária ou ideológica.⁹⁰⁰ Ou seja, é preciso que, mesmo em uma Corte política, as decisões, dentro dos processos criminais, sejam guiadas pela estrita obediência ao direito penal e, é claro, ao direito constitucional.

No caso de crimes comuns, mesmo quando há atores políticos e autoridades públicas, o julgamento não pode ser político, nem ter motivações ideológicas, partidárias e políticas. Ou seja, nesses casos, a dificuldade não é simplesmente evitar a corrupção administrativa, senão também e sobretudo a corrupção operacional.⁹⁰¹

Desse modo, é preciso buscar combater o que se poderia chamar de “justiça telefônica”, ou seja, o acesso privilegiado de determinados políticos, advogados e grandes autoridades públicas a juízes constitucionais. Há relatos de casos de ligações telefônicas entre Ministro do STF com réu em processos criminais, com acesso direto diante de relações pessoais construídas preteritamente, sendo que o teor da conversa seria exatamente esses processos.⁹⁰² Aliás, há caso de Ministro do STF que, num intervalo de apenas 4 meses, possui

⁹⁰⁰ A corrupção operacional é mais comum nos níveis mais altos dos poderes constituídos. Julio Rios-Figueroa aponta que, a fim de dissuadir as práticas de corrupção operacional no Judiciário, é imprescindível que o *design* institucional seja projetado para que o ato corrupto seja detectado, julgado e punido por um tribunal. Nas palavras de Ríos-Figueroa: “Distinguishing the basic types of corruption in the judiciary is important to designing a justice system capable of deterring government officials, legislators, prosecutors, and judges from engaging in corrupt acts. Because administrative corruption is more frequent at lower levels of the judiciary and the prosecutorial body, the intrabranched design of the hierarchical organizations of both institutions is relevant to preventing it. Similarly, because operational corruption typically involves deals at the highest levels of the three branches of government, the interbranch design of checks and balances is directly related to its control. To have a deterrent effect, justice system institutions must increase the probability of getting caught and being punished, which depends on the corrupt act being 1) detected, 2) prosecuted, and 3) punished in a court of law.” (RÍOS-FIGUEROA, Julio. Justice System Institutions and Corruption Control: Evidence from Latin America. *The Justice System Journal*, v. 33, n. 2, p. 195-214, 2012. p. 197)

⁹⁰¹ “But what if the prosecutor or the judge is part of the corruption scheme? Judges may not only accept bribes for selling decisions, they may also collude with the police or the prosecutor. In general, it is possible to distinguish between two types of corruption in the justice system: ‘administrative’ and ‘operational’ (Buscaglia, 2001). Administrative corruption refers to judicial employees violating formal or informal procedures for their private benefit in everyday cases. For instance, court users may pay bribes to administrative employees to alter the legally determined treatment of files, lose evidence, or accelerate or delay a case by illegally altering the order of their hearing. In contrast, operational corruption refers to situations where considerable political or economic interests are at stake, including politically biased prosecutorial investigations, politically motivated court rulings, buying or selling of decisions, plain and simple extortion, and/or undue changes of venue where judges stand to gain economically as a result of their corrupt act.” (RÍOS-FIGUEROA, Julio. Justice System Institutions and Corruption Control: Evidence from Latin America. *The Justice System Journal*, v. 33, n. 2, p. 195-214, 2012. p. 196)

⁹⁰² “Às 17h15, o governador recebeu um telefonema de Brasília. Vinha do mesmo Supremo que autorizara a operação. ‘Governador Silval Barbosa? O ministro Gilmar Mendes gostaria de falar com o senhor, posso transferi-lo?’, diz um rapaz, ligando diretamente do gabinete do ministro. ‘Positivo’, diz o governador. Ouve-se a tradicional e irritante musiquinha de elevador. ‘Ilustre ministro’, diz Silval Barbosa. Gilmar Mendes, que nasceu em Mato Grosso, parece surpreso com a situação de Silval Barbosa: ‘Governador, que confusão é essa?’.”

mais de 40 ligações telefônicas com Senador da República que tem contra si diversas investigações criminais no Tribunal, sendo que, inclusive, o mesmo Ministro é relator dessas investigações. Aliás, uma das ligações telefônicas registradas ocorreu na mesma data em que o Ministro deferiu monocraticamente requerimento do Senador para suspender o seu interrogatório na Polícia Federal, que ocorreria no dia seguinte.⁹⁰³

Assim, ainda que não haja comprovação ou evidências de corrupção administrativa dos atuais ministros do STF nos casos acima, é preciso considerar que, enquanto todo o aparato do Estado pode trabalhar para a investigação e a punição de corruptos, apenas um telefonema a um magistrado da Corte Constitucional pode derrubar todo o trabalho das diversas instituições no combate à corrupção.

Começavam ali dois minutos de um telefonema classificado pela PF como ‘relevante’ às investigações. O diálogo foi interceptado com autorização do próprio Supremo – era o telefone do governador que estava sob vigilância da polícia. Na conversa, Silval Barbosa explica as circunstâncias da prisão. ‘Que loucura!’, diz Gilmar Mendes, duas vezes, ao governador (leia ao lado um trecho da transcrição da conversa). Silval Barbosa narra vagamente as acusações de corrupção que pesam contra ele. Gilmar Mendes diz a Silval Barbosa que conversará com o ministro Dias Toffoli, relator do caso. Fora Toffoli quem, dias antes, autorizara a batida na casa do governador. Segue-se o seguinte diálogo: Silval Barbosa: ‘- E é com isso que fizeram a busca e apreensão aqui em casa’. Gilmar Mendes: ‘- Meu Deus do céu!’. Silval Barbosa: ‘- É!’. Gilmar Mendes: ‘- Que absurdo! Eu vou lá. Depois, se for o caso, a gente conversa’. Silval Barbosa: ‘- Tá bom, então, ministro. Obrigado pela atenção!’. Gilmar Mendes: ‘- Um abraço aí de solidariedade!’. Silval Barbosa: ‘- Tá, obrigado, ministro! Tchau!’.

(COUTINHO, Filipe. PF intercepta ligação de Gilmar Mendes para investigado no STF. 6/2/2015. *Época*, 6/2/2015. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/02/pf-intercepta-ligacao-de-bgilmar-mendes-para-investigado-no-stf.html>>. Acesso em: 14/7/2018)

⁹⁰³ “O senador Aécio Neves (PSDB-MG) e um número registrado como sendo do ministro Gilmar Mendes, do STF (Supremo Tribunal Federal), fizeram 46 ligações via Whatsapp entre fevereiro e maio de 2017, segundo relatório da Polícia Federal enviado ao Supremo e tornado público no sistema da Corte no último dia 11. A maior parte dos contatos ocorreu entre março e maio, período em que o tucano já estava sendo investigado na Suprema Corte sob suspeita de receber propina da JBS. Afastado do Senado por decisão da Primeira Turma do STF desde setembro, Aécio Neves retornou à Casa na última quarta-feira (18), um dia após a maioria dos senadores revogar a decisão da Corte. A decisão foi possível graças a um entendimento do próprio STF do último dia 11, de que medidas cautelares aplicadas a parlamentares pelo Supremo deveriam ser autorizadas pelas Casas Legislativas. A votação no STF terminou com 6 votos a 5, com Gilmar Mendes entre os vencedores. [...] No relatório, a PF destaca que Gilmar Mendes é relator de quatro dos sete inquéritos que investigam o tucano no STF. [...] As ligações e tentativas de ligações feitas via WhatsApp, no entanto, não foram interceptadas pela PF. Sem contar com a gravação na memória interna do celular de Aécio, não foi possível saber o conteúdo das conversas. ‘Considerando-se que assim como em ligações normais, via operadoras telefônicas, as realizadas por intermédio do aplicativo citado não ficam gravadas no aparelho utilizado, a não ser no caso de mensagens escritas ou de áudio, o que não é o caso, não é possível conhecer a finalidade ou o contexto em que houve essas ligações, restando tão somente evidenciado a frequência de contato entre as autoridades em questão’, diz trecho do relatório. Os investigadores chamam a atenção para uma chamada realizada em 25 de abril. Nesta data, Gilmar Mendes ordenou suspender o interrogatório que o senador deveria prestar à PF relativo à ação em que se investiga corrupção em Furnas. No dia da decisão, foram registradas do celular de Aécio cinco tentativas de ligação e uma conversa de 24 segundos. A defesa de Aécio nega que o senador tenha tratado do assunto diretamente com o ministro. A PF afirma não poder confirmar que a suspensão do interrogatório teria sido o tema da conversa entre os dois, embora, destaque ‘a coincidência desses contatos.’” (GARCIA, Daniela; ALMEIDA, Paula. Relatório da PF indica 46 ligações por Whatsapp entre Aécio e Gilmar entre fevereiro e maio. *UOL Notícias*, 19/10/2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/10/19/relatorio-da-pf-diz-que-aecio-e-gilmar-mendes-fizeram-38-ligacoes-por-whatsapp-em-dois-meses.htm>>. Acesso em: 14/7/2018)

Num contexto em que a crise política se agrava e cada vez mais são descortinados esquemas de corrupção nos mais altos cargos da República, o acesso direto de políticos e autoridades públicas investigadas em processos criminais a ministros do STF é algo que retira a própria credibilidade da Justiça e coloca dúvidas sobre a sua capacidade de corrigir as disfunções e combater a corrupção nas instituições representativas brasileiras.

Enfim, a justiça telefônica é algo que precisa ser combatido na Corte Constitucional brasileira.

A par desses problemas estruturais e conjunturais, surgem diversas outras questões acerca da atuação real do STF: Quais são os seus acertos e desacertos durante a crise política que se iniciou em 2013? Como a Corte Constitucional brasileira tem utilizado o seu poder jurídico e a sua independência? Qual deve ser o ponto de equilíbrio entre independência judicial e *accountability*? Qual deve ser o grau de abertura da Corte à opinião pública? Qual é a real capacidade de o STF coibir a corrupção na política, corrigir as disfuncionalidades nas instituições e melhorar a democracia brasileira? Essas questões serão objeto de investigação no próximo capítulo.

CAPÍTULO 6) A EFETIVA CAPACIDADE DE O STF MELHORAR A DEMOCRACIA: EXPECTATIVAS E PERSPECTIVAS DO SUPREMO NA POLÍTICA

Nos capítulos anteriores, buscou-se, com base em teorias, estudos comparados e experiências de outros países, investigar criticamente o *design* institucional da Corte Constitucional brasileira e a forma como ela atua para mitigar a influência de elites políticas, para fazer cumprir as suas decisões quando contrariam o poder político, para punir a corrupção na política, para impedir as mudanças legislativas que geram concentração de poder e para corrigir disfunções contrárias à democracia. Além disso, analisaram-se diversas teorias, bem como o comportamento judicial do STF em diversos julgamentos, que mostram que as práticas de ministros da Corte têm sido muito questionáveis do ponto de vista democrático. A partir de tudo isso, é importante também refletir sobre quais seriam as saídas – se é que elas existem – para tais problemas, aferindo-se, além de teorias e perspectivas comparadas, a própria atuação da Corte Constitucional brasileira na crise política que se iniciou em 2013. E este é exatamente o escopo deste capítulo.

Nessa perspectiva, afere-se, inicialmente, a atuação do STF em tempos de crise política, desde 2013, e, numa perspectiva de experimentalismo institucional, busca-se perquirir quais seriam os aprendizados que podem ser extraídos a partir dos seus acertos e desacertos. Na sequência, são abordados os mecanismos de independência judicial, seus objetivos, seus problemas e riscos, bem como as ferramentas para *accountability*, mostrando-se que, no plano das contingências, há complexas alternativas e difíceis soluções. Além disso, investiga-se o papel da opinião pública na jurisdição constitucional, o apoio que pode fornecer para a efetivação das decisões judiciais contra as elites políticas e o governo, o seu poder de (des)legitimação da Corte Constitucional brasileira, bem como os seus riscos. Por fim, a par de toda a complexidade existente, e considerando as análises parciais e as diversas perspectivas retratadas em cada capítulo, pretende-se oferecer uma possível resposta para o problema central, acerca de qual seria a real capacidade institucional do STF para corrigir as disfuncionalidades, coibir a corrupção na política, diluir a concentração de poder e, enfim, melhorar as condições democráticas do país.

6.1. O STF em tempos de crise e o experimentalismo institucional: aprendizados sobre acertos e desacertos na crise política

A história recente dos países da América Latina é marcada por conflitos institucionais e crises políticas. Esses problemas comumente enfraquecem a confiança da população nas instituições estatais, geram entraves para o seu desenvolvimento, além do que abalam a confiança dos investidores nos países e obstaculizam o crescimento econômico, aumentando mazelas sociais.⁹⁰⁴

A redemocratização na América Latina venceu longos períodos de ditadura, mas não eliminou as crises político-institucionais, embora haja evidências empíricas de que elas tenham diminuído. Atualmente, os ataques institucionais são praticados por políticos civis, dentro das regras constitucionais, e não mais por militares.⁹⁰⁵ Se antes as crises institucionais eram comumente resolvidas por golpes militares, após a terceira onda de democratização⁹⁰⁶, é o *impeachment* que tem moldado a “resolução” da maioria das crises políticas na América Latina⁹⁰⁷ – mas nem sempre colocando fim a essas crises.

Há diversos estudos que sugerem que as crises políticas nos países da região estão associadas à combinação entre presidencialismo e multipartidarismo.⁹⁰⁸ Se, de um lado, a

⁹⁰⁴ “Institutional instability plagues the developing world. I This is especially true of Latin America. From the JL closure of legislatures in Peru and Venezuela, to the sacking of presidents in Bolivia and Ecuador, to attacks on judicial independence in Argentina and Nicaragua, con temporary Latin American history is rife with examples of institutional conflict, crisis, and collapse. That most of these assaults are now carried out by civilian politicians rather than generals offers only partial consolation: institutional instability short-circuits elections, undermines faith in existing institutions, and threatens investor confidence and economic growth.” (HELMKE, Gretchen. *The Origins of Institutional Crises in Latin America. American Journal of Political Science*, Washington, v. 54, n. 3, p. 737-750, jul. 2010. p. 737)

⁹⁰⁵ HELMKE, Gretchen. *The Origins of Institutional Crises in Latin America. American Journal of Political Science*, Washington, v. 54, n. 3, p. 737-750, jul. 2010. p. 737.

⁹⁰⁶ HUNTINGTON, Samuel P. *A Terceira Onda*. São Paulo: Ática, 1994.

⁹⁰⁷ “Impeachment, virtually unknown in Latin America in the past, has shaped the resolution of most political crises since 1992 and will presumably dominate the resolution of most crises taking place in the absence of constitutional fluidity.” (PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Democratization and constitutional crises in presidential regimes: toward congressional supremacy?*. *Comparative Political Studies*, v. 38, n. 1, p. 51-74, feb. 2005. p. 51-74)

⁹⁰⁸ “Multiparty presidentialism is more likely to produce immobilizing executive/legislative deadlock than either parliamentary systems or two-party presidentialism. In contrast to parliamentary systems, presidential systems do not have mechanisms intended to ensure legislative majorities. The president’s party often has a majority, or close to it, in two-party systems, but rarely does so with multipartism. Presidents are often forced to build new legislative coalitions with every issue. In this regard, multiparty presidential governments resemble minority parliamentary governments, but in most parliamentary systems the government lasts only as long as it has majority legislative support on key issues. [...] Finally, the combination of presidentialism and multipartism is complicated by the difficulties of interparty coalition-building in presidential democracies. Multiparty coalitions in parliamentary systems differ in three regards from multiparty coalitions in presidential systems, all of which make such coalitions less stable whith presidentialism. First, in parliamentary systems, the parties choose the cabinet and prime ministers, and they remain responsible for providing support for the government. In presidential systems, presidents put together their own cabinets, and the parties are less firmly committed to

tensão permanente entre os Poderes Constituídos é essencial para a democracia, paradoxalmente também se trata de um fator que pode gerar instabilidade institucional, quando esse embate deixa de ser potencial e se torna real.⁹⁰⁹

Além disso, diversos estudos empíricos apontam que há alguns fatores que são essenciais para gerar crise política e *impeachment* presidencial, quais sejam, escândalos de corrupção, perda do apoio pelo Presidente no parlamento, mobilização pública contra o Presidente e, segundo alguns, também crise econômica.⁹¹⁰ A combinação desses fatores

supporting the government. Second, in contrast to the situation in parliamentary systems, in many presidential systems legislators of parties with cabinet portfolios do not support the government. Third, incentives for parties to break coalitions are generally stronger in presidential systems.” (MAINWARING, Scott. *Presidentialism, multipartism, and democracy: the difficult combination. Comparative Political Studies*, v. 26, n. 2, p. 198-228, jul. 1993. p. 200)

⁹⁰⁹ “Although students of Latin America have claimed that the institutional features of presidentialism vary from country to country and that some features are more likely to create interbranch confrontation than others, the underlying assumption has been that confrontation is a major source of regime instability (Jones, 1995; Mainwaring, 1993; Mainwaring & Shugart, 1997; Shugart & Carey, 1992). The evidence presented in this article suggests that dissolution is now taking place within constitutional rules and that regime instability is less of a problem than in the past. Finally, these findings suggest that institutional explanations are historically embedded and that they should be modeled in relation to different historical contexts (see Ames, 1999; Peters, 1999). International transformations after the third wave of democratization have restricted the possibility of military intervention and therefore augmented the effect of constitutional rules in shaping the resolution of political crises. Even though constitutional arrangements have displayed little variance over the past five decades, the impact of these rules on the dependent variable has increased over time.” (PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Democratization and constitutional crises in presidential regimes: toward congressional supremacy? Comparative Political Studies*, v. 38, n. 1, p. 51-74, February 2005. p. 51-74)

⁹¹⁰ Young Kim, em pesquisa empírica, observou que crises econômicas não são um fator relevante para o *impeachment* presidencial: “The results reveal several conditions that foster legislative challenges. First of all, presidents are more likely to face impeachment attempts when they are involved in scandal. Given that many presidents come to power by promising to eradicate corruption, charges of malfeasance are particularly damaging. Presidents are also more likely to face impeachment attempts when the system includes strong presidential powers, which seem to create conflicts with other branches of government, particularly with the legislature. Overt public mobilization against the president is another risk factor, as it indicates an eroding mandate of the chief executive and constituents’ unwillingness to wait until the next election. And the evidence of decreasing popular support for a president prompts deputies to be responsive to a disgruntled public. Presidents who command a higher share of seats in parliament are more likely to overcome such challenges. It is interesting to note, too, that several factors that have been hypothesized to influence impeachment attempts actually have little or no effect. A high legal threshold for an impeachment vote does not necessarily keep MPs from attempting to launch the process. Nor does press freedom or economic distress affect the odds of an impeachment effort” (KIM, Young Hun. *Impeachment and presidential politics in new democracies. Democratization*, v. 21, n. 3, p. 519-553, 2014). No entanto, outros autores, como Margaret Edwards, utilizando-se de pesquisas empíricas, encontraram o fator crise econômica/má gestão econômica como também sendo uma das causas para o *impeachment* de Presidentes: “One common feature in most cases of presidential failures and challenges is perceived economic mismanagement by the executive (Hochstetler and Edwards, 2009; Llanos and Marsteintredet, 2010). The adoption of market-oriented economic policies was also found to have statistically significant though not powerful effects on presidential survival (Hochstetler, 2006; Pérez-Liñán, 2007). Thus when the legislature, or especially the public, deems that presidents have initiated misguided economic policies or are responsible for economic woes, then presidential failure is more likely” (MARTÍNEZ, Christopher A.. *Presidential survival in South America: Rethinking the role of democracy. International Political Science Review*, v. 38, n. 1, p. 40-55, 2017. pp. 42/43). No sentido, Kathryn Hochstetler e Margaret E. Edwards: “Economic variables are also addressed as regime-exogenous event variables in several of the past analyses of Latin American presidential failure, in varied form. Hochstetler (2006) and Pérez-Liñán (2007) use an index of neoliberal policy orientation and find it has a small impact on the likelihood of both challenges and failures. Various economic outcome variables – rates of growth, inflation, and unemployment – prove to be partial

conjunturais e circunstanciais foram as principais causas que levaram à crise política que se instaurou no Brasil a partir de 2013 e, inclusive, ao *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff.

A crise de governabilidade, a crise econômica, os diversos protestos pelo país, o *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff, a prisão do Deputado Federal e Presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha, a prisão do ex-Presidente Lula, a prisão e as investigações criminais contra autoridades do mais alto escalão da República e políticos influentes mudaram completamente o panorama político e, inclusive, a imagem do Brasil. As perspectivas que haviam sido construídas sobre as instituições brasileiras não eram reais. A crise política que se iniciou em 2013 e as suas consequências determinaram que uma parte da historiografia brasileira tivesse de ser reescrita. Da mesma forma, as análises políticas que haviam sido feitas acerca do Brasil talvez precisem ganhar outros contornos.⁹¹¹

Contudo, com a crise política que se instaurou a partir de 2013, não é possível dizer que o Brasil esteja vivendo o declínio da democracia, tampouco que a democracia brasileira esteja de ressaca.⁹¹² A crise política não diminuiu a democracia brasileira. Ainda

predictors of regime breakdown (Mainwaring and Pérez-Liñán 2005: 34-37) and presidential failure (Kim and Bahry 2008; Pérez-Liñán 2007). The logic behind all of these proposals is the same: presidential terms may end early because presidents pursue economic policies that are unpopular and/or ineffective. Similar processes also are commonly implicated in the failure of parliamentary governments.” (HOCHSTETLER, Kathryn; EDWARDS, Margaret E.. Failed Presidencies: Identifying and Explaining a South American Anomaly. *Journal of Politics in Latin America*, Hamburg, v. 1, n. 2, p. 31-57, 2009. p. 40)

⁹¹¹ “Amid a general bewilderment in the face of the many challenges to liberal principles and constitutional democracies around the world, Brazilian constitutional scholars, political scientists, and historians have also been struggling to comprehend the meaning of the sequence of events that have struck the country and their connection with some basic concepts. In a period of about five years, Brazil: 1) experienced the largest popular protests in recent history, which, in the end, became an unfocused movement ripe for co-option by traditional sectors of society; 2) elected the most conservative Congress ever since the end of the dictatorship; 3) endured a traumatic impeachment of President Dilma Rousseff; 4) saw the rise of an unelected President who is both highly unpopular and charged with involvement in a set of corruption schemes; 4) had the Speaker of the House and some other influential political figures arrested for corruption charges (many others are still under trial); 5) got used to a powerful, though also dysfunctional, Supreme Court exerting a moralizing role in politics; 6) and, on April 5, had ex-President Lula, the most popular and charismatic political leader in the country and a strong contender in the next national elections, surrender to police to start serving a 12-year prison sentence. For a country which was until recently seen as a success story in Latin America — The Economist, for example, had Brazil on the cover in 2010 with the title ‘Brazil takes off’ — these many developments cause a mixture of perplexity and disillusionment.” (BENVINDO, Juliano Zaiden. The Rule of Law in Brazil: A Conceptual Challenge. *International Journal of Constitutional Law Blog*, May 2018. Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2018/05/the-rule-of-law-in-brazil-a-conceptual-challenge/>>. Acesso em: 7/8/2018)

⁹¹² Steven Levitsky e Lucan Way, aliás, bem falam sobre esses exageros: “This is a gloomy picture indeed. It is not, however, an accurate one. There is little evidence that the democratic sky is falling or (depending on your choice of fable) that the wolf of authoritarian resurgence has arrived. The state of global democracy has remained stable over the last decade, and it has improved markedly relative to the 1990s. Perceptions of a democratic recession, we argue, are rooted in a flawed understanding of the events of the early 1990s.” (LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan. The Myth of Democratic Recession. *Journal of Democracy*, Washington, v. 26, n. 1, p. 45-58, jan. 2015. p. 45). E continuam os autores: “A look at the empirical record suggests little or no evidence of

que as instituições democráticas tenham mostrado as suas imperfeições, em meio à crise política (que se iniciou em 2013), o quantitativo de brasileiros que “acreditam que a democracia é sempre melhor que qualquer outra forma de governo” atingiu o maior percentual na série histórica das pesquisas (62%).⁹¹³ Aliás, em 3 e 4 de outubro de 2018, véspera do primeiro turno das eleições, quando diversas pesquisas mostravam o capitão da reserva do Exército Jair Bolsonaro (com visão nitidamente autoritária) como candidato a Presidente da República com maior intenção de votos, pesquisa de opinião apontou que 69% dos eleitores brasileiros acreditavam que “a democracia é sempre a melhor forma de governo”, sendo o maior índice da série histórica apurado desde a redemocratização.⁹¹⁴

a democratic recession. We compared the scores of four prominent global democracy indices: Freedom House, Polity, the Economist Intelligence Unit, and the Bertelsmann democracy index.” (Ibidem. p. 46)

⁹¹³ “A democracia segue sendo defendida como o melhor sistema de governo, em qualquer circunstância, pela maioria dos brasileiros, mas há fissuras nesta relação: no momento em que se completa 50 anos do golpe militar de 1964, os brasileiros veem a situação política daquela época melhor do que atualmente, e estão um pouco ou muito insatisfeitos com o funcionamento da democracia, na qual veem alguns problemas, como corrupção e insegurança. Esses e outros dados fazem parte de pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha com o objetivo de consultar a opinião pública brasileira sobre seus valores democráticos e a respeito do regime militar que vigorou no país a partir de abril de 1964. As entrevistas com 2614 brasileiros com 16 anos ou mais foram feitas entre os dias 19 e 20 de fevereiro de 2014. Os resultados para o total da amostra têm margem de erro de 2 pontos percentuais, para mais ou para menos. A comparação direta entre democracia e ditadura segue favorável à primeira: 62% dos brasileiros acreditam que a democracia é sempre melhor que qualquer outra forma de governo, patamar similar ao verificado em dezembro de 2008 (61%) e, numericamente, o mais alto já atingido na série histórica do Datafolha sobre o tema. Os menores foram registrados em fevereiro de 1992 (42% defendiam a democracia ante outras formas de governo) e em setembro de 1989 (43%). Atualmente, há ainda 16% para quem tanto faz se o governo ou é uma democracia ou uma ditadura (em 2008, 19%); 14% que defendem que em certas circunstâncias é melhor uma ditadura do que um regime democrático (eram 11% em 2008); e 8% que não souberam responder.” (DATAFOLHA INSTITUTO DE PESQUISAS. *Democracia e Ditadura PO813734*: 19 e 20/02/2014. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2014/03/31/democracia-x-ditadura-versao-2.pdf>>. Acesso em: 17/7/2018)

⁹¹⁴ “ÍNDICE RECORDE VÊ DEMOCRACIA COMO MELHOR FORMA DE GOVERNO: Na véspera da sétima eleição presidencial direta desde o fim da ditadura militar, o apreço pela democracia nunca foi tão forte no Brasil. Para 69% dos eleitores brasileiros, a democracia é sempre a melhor forma de governo, índice superior ao registrado no último levantamento sobre o tema, em junho de 2018, quando 57% tinham a mesma visão sobre a democracia. Os demais, atualmente, dividem-se entre aqueles que, em certas circunstâncias, é melhor uma ditadura do que a democracia (12%), e quem acredita que tanto faz a forma de governo (13%), além de 5% que não opinaram. Em setembro de 1989, quando a questão foi aplicada pelo Datafolha pela primeira vez, 43% viam a democracia como um sistema de governo melhor do que os demais, e 22% avaliavam que tanto fazia se o governo era uma democracia ou uma ditadura, além de 18% que consideravam, em certas circunstâncias, ditaduras melhores que democracias. A opinião de que a democracia é uma forma de governo sempre superior a outras tem menos respaldo entre os menos escolarizados (55%), e mais apoio entre os mais escolarizados (84%). Entre os mais pobres, 63% apontam a democracia como melhor sistema de governo, índice que vai a 84% entre os mais ricos. Entre os eleitores de Bolsonaro, 22% avaliam que, em certas circunstâncias, é melhor uma ditadura, índice mais alto do que entre os eleitores dos demais presidentes. Na fatia dos eleitores de Haddad, por exemplo, somente 6% compartilham dessa opinião, e entre quem vota em Ciro, 5%.” (DATAFOLHA INSTITUTO DE PESQUISAS. *Eleições 2018: Intenção de voto para presidente da República, 03 e 04/10*. 5/10/2018. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/10/05/8243d5308d78b278a50aee22acd0c018DD.pdf>>. Acesso em: 5/10/2018. p. 2)

Com efeito, a transparência democrática e o escrutínio público são as únicas saídas possíveis para qualquer tipo de crise.⁹¹⁵

Entretanto, quando a crise política se torna muito severa, é conseqüência que a democracia seja espezinhada por alguns atores. Nesse ambiente, o tribunal constitucional seria o local adequado para transformar as lutas políticas descontroladas em debates constitucionais produtivos, a fim de reduzir a ameaça à democracia e permitir o seu fortalecimento, garantindo estabilidade às instituições democráticas. Num contexto em que a crise política se agiganta, sobretudo por problemas de corrupção, e a desconfiança da população aumenta, o tribunal constitucional teria a missão de garantir a estabilidade das instituições democráticas.⁹¹⁶ O problema ocorre quando a corte não se coloca na posição de órgão externo ao conflito, como terceiro imparcial, e entra na disputa na forma de um *player*, atuando como mais um ator dentro do intrincado jogo da política. Quando isso acontece, a crença nas instituições democráticas diminui, e há maiores riscos à democracia.

A dogmática de direito constitucional tentou construir, no Brasil, a imagem de que o STF seria capaz de salvaguardar os direitos dos cidadãos e corrigir as disfuncionalidades democráticas. Diante da crise política que se instaurou a partir de 2013, ouviram-se diversos discursos de ministros do Supremo sobre a estabilidade das instituições democráticas no Brasil e de que a Corte teria as condições necessárias para garantir essa estabilidade.⁹¹⁷ O

⁹¹⁵ A esse respeito, o pronunciamento da Ministra Cármen Lúcia, Presidente do Supremo Tribunal Federal, em 30/5/2018: “A democracia não está em questão. Há questões sócio-políticas e financeiras nas democracias também. Mas o direito brasileiro oferece soluções para o quadro apresentado e agora vivido pelo povo brasileiro. [...] Não há escolha de caminho. A democracia é o único caminho legítimo.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pronunciamento da Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia, em 30/5/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/pronunciamentoCL30maio.pdf>>. Acesso em: 17/7/2018)

⁹¹⁶ “An old proverb says that when elephants fight, the grass gets trampled. So it is with political conflict and democracy. When political conflict becomes too severe, democracy can be trampled by political institutions run amok. By transforming political conflicts into constitutional dialogues, courts can reduce the threat to democracy and allow it to grow. To play this important role of contributing to democratic stability and deliberation, courts must develop their own power over time.” (GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies*. New York: Cambridge University Press, 2003. p. 247)

⁹¹⁷ Veja-se, a respeito, trecho da Ministra Cármen Lúcia, Presidente do STF, em sessão do dia 30/5/2018: “Esta sessão e a atuação deste Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua competência para julgar, é cumprida hoje com profunda preocupação, atenção e responsabilidade com o grave momento político, econômico e social experimentado pelos cidadãos brasileiros. Lutamos e conquistamos a democracia, trabalhamos como órgão direta e soberanamente responsável pela sua manutenção e aperfeiçoamento permanente. Somos juízes a serviço do Estado Democrático de Direito. Também na democracia se vivem crises. Mas dificuldades se resolvem com a aliança dos cidadãos e a racionalidade, objetividade e trabalho de todas as instituições, de todos os Poderes. [...] Este Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, contando com a responsabilidade e a atuação de cada cidadão, cumprirá o seu dever, como espera que todas as instituições públicas e particulares o façam. [...] Repito: somos juízes brasileiros mas, antes de tudo, somos cidadão comprometidos e responsáveis pelas necessidades do Brasil. Tenham certeza os jurisdicionados – cidadãos brasileiros: estamos cumprindo e continuaremos a cumprir nosso dever constitucional. O Brasil vale a pena e é este o compromisso de cada juiz brasileiro e, em especial, deste Supremo Tribunal Federal.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

STF, em tempos de crise, realmente deveria ser responsável por garantir estabilidade jurídica e institucional, dentro da ordem constitucional, mas não foi exatamente isso que aconteceu.

Durante a crise, o que se observou, na prática, foi um grande “choque de realidade”, como afirma Conrado Hübner Mendes.⁹¹⁸ A fragilidade da Corte Constitucional brasileira perante a classe política e a politização dos seus ministros ficaram mais evidentes. Diante de constantes mudanças de entendimentos, de “fulanização” de julgamentos, do exercício abusivo do poder individual e de diversas liminares monocráticas que, de forma não autorizada pela Constituição, decidiram questões cruciais para o país, a real capacidade de o STF melhorar a democracia e garantir a estabilidade das instituições foi colocada à prova.

Em meio à crise política, diversas questões foram decididas pelo STF, inclusive em controle abstrato, diante de um cenário excepcional, onde transparecia haver mais consideração ao jogo político e aos atores envolvidos do que propriamente ao direito constitucional. Se, de um lado, viu-se um grande protagonismo da Corte Constitucional brasileira no arbitramento de conflitos políticos durante a crise, de outro, alguns problemas de longa data, como a mazela das decisões liminares individuais e a incapacidade de proferir uma “opinião da Corte”, ficaram ainda mais evidentes.⁹¹⁹

Questões estruturais, que deveriam ser decididas de forma isenta e imparcial, foram julgadas em contextos de muita pressão política e com grande consideração aos atingidos pelo processo. Se, de um lado, poder-se-ia justificar que constituições também são feitas em contextos de grande instabilidade,⁹²⁰ isso, por si só, não minimiza o problema de

Pronunciamento da Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia, em 30/5/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/pronunciamentoCL30maio.pdf>>. Acesso em: 17/7/2018)

⁹¹⁸ MENDES, Conrado Hübner. Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP. *Folha de São Paulo*, 28/1/2018. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>. Acesso em: 19/2/2018.

⁹¹⁹ “In 2016, the STF was thrust into the political turmoil that has engulfed the country, and one conclusion is inevitable: the Court has found itself in a starring role, one that is possibly unparalleled by any other democratic period in Brazil’s history. Matters of substantial political impact, moral disagreement, and social rights, for instance, have increasingly been subject to its scrutiny. Naturally, the Court’s skyrocketing influence has led to more clashes with the political realm. Moreover, the Court’s increasing purview has also highlighted some of the STF’s longstanding flaws, such as its justices’ unbalanced powers and inability to deliver an ‘opinion of the Court’. Much work still remains for the STF to engineer an optimal design for decision-making, but, if there is one lesson to be learned from 2016, it is that the comparative constitutional law field should pay more attention to the developments of the Brazilian Supreme Court.” (BARROSO, Luís Roberto; BENVINDO, Juliano Zaiden; OSORIO, Aline. *Developments in Brazilian Constitutional Law: The Year 2016 in Review*. Blog of the International Journal of Constitutional Law and ConstitutionMaking.org. October 2017. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2017/10/developments-in-brazilian-constitutional-law-the-year-2016-in-review/#_edn3>. Acesso em: 25/10/2017)

⁹²⁰ “The first paradox arises from the fact that the task of constitution-making generally emerges in conditions that are likely to work against good constitution-making. Being written for the indefinite future, constitutions ought to be adopted in maximally calm and undisturbed conditions. Also, the intrinsic importance of

que decisões do STF foram tomadas com muita consideração aos atores e interesses envolvidos. Os julgamentos não deveriam ter polarização política, as decisões não deveriam ser tomadas considerando que a causa afeta este ou aquele partido ou grupo político.

É preciso considerar que, quando se trata de decisões de uma corte suprema, elas orientam todas as demais instâncias judiciais e os cidadãos para outros casos semelhantes. Diferentemente da política, o direito deve ser o mesmo para partes que estão em idêntica situação. Assim, numa corte constitucional, é preciso conter as paixões e os idealismos dos julgadores, a fim de se possa produzir decisões olhando para além do horizonte particular ou dos interesses de determinados políticos envolvidos.⁹²¹

Além disso, na crise política que iniciou em 2013, velhas questões parecem voltar à tona: Qual seria o limite da intervenção do tribunal constitucional nos demais Poderes Constituídos? Qual seria a medida da revisão judicial na esfera política? Qual seria a capacidade de o STF combater a corrupção na política? Como o STF atua e como deveria atuar quando estão envolvidos interesses de poderosos políticos e autoridades? Quais são as forças e a fraquezas da Corte Constitucional brasileira?

No Brasil, o processo democrático ainda passa por problemas relacionados à corrupção, ao amiguismo e ao clientelismo. Mas não se pode dizer que esses problemas se agravaram. O que aconteceu foi que a gravidade desses problemas, já existente, se tornou mais evidente, ou seja, investigações e processos criminais revelaram que o problema era muito maior e mais endêmico do que se poderia imaginar.

Do ponto de vista judicial, a crise política que se instaurou a partir de 2013 no país revelou um STF mais político e mais frágil do que se pensava. Todavia, não se pode dizer que o seu desempenho em termos democráticos piorou. Pelo contrário, a partir do julgamento do caso do “Mensalão”⁹²² e, após, com os processos da Operação Lava Jato, foi possível observar

constitution-making requires that procedures be based on rational, impartial argument.” (ELSTER, Jon. Forces and mechanisms in the constitution-making process. *Duke Law Journal*, v. 45, p. 364-396, 1995-1996. p. 394)

⁹²¹ Jon Elster já escreveu algo semelhante em relação processo de mudança constitucional pelo parlamento: “Constitution-makers, however, legislate mainly for future generations, which have no representatives in the constituent assembly. It is part of their task to look beyond their own horizon and their own interests. At the same time, the call for a new constitution usually arises in turbulent circumstances, which tend to foster passion rather than reason. Also, the external circumstances of constitution-making invite procedures based on threat-based bargaining. Marx said that ‘mankind always sets itself only such tasks as it can solve’. In constitution-making, by contrast, it seems that the task is set only under conditions that work against a good solution.” (ELSTER, Jon. Forces and mechanisms in the constitution-making process. *Duke Law Journal*, v. 45, p. 364-396, 1995-1996. p. 394)

⁹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n.º 470 (Mensalão). Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Acompanhamento Processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11541>>. Acesso em: 20/8/2018.

que diversos atores políticos poderosos e grandes empresários foram presos, o que seria difícil de imaginar há uma década atrás.

Com efeito, a partir de 2013, com as investigações Operação Lava Jato, que recebeu forte apoio popular, a Justiça brasileira permitiu a persecução penal e garantiu que diversos políticos e atores econômicos poderosos ligados ao governo fossem investigados, processados e presos por crimes relacionados à corrupção. As investigações corriam contra Presidentes e ex-Presidentes da República, contra Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, contra diversos parlamentares e políticos influentes no país, ligados a diferentes partidos. E o STF, em grande parte dos casos, manteve as investigações, processos criminais e prisões de poderosos atores políticos e de grandes empresários – embora o tratamento não tenha sido equânime para todos, como se pôde constatar nos capítulos anteriores.

Com isso, é possível observar que a democracia brasileira está se desenvolvendo, mesmo que avanços ocorram em meio a muitos retrocessos. Se, de um lado, a crise política evidenciou que os problemas eram mais graves do que se poderia imaginar na cúpula dos Poderes da República, de outro lado, mostrou que, com a pressão da opinião pública, a lei pode se aplicar a todos, embora ainda haja um longo caminho a percorrer em termos de isonomia e efetividade.

Foi possível observar que casos idênticos foram tratados de forma diferente – por exemplo, alguns políticos foram presos e outros não, mesmo em situações muito semelhantes –, mas, ao menos, não se pode mais afirmar que a Justiça penal no Brasil não alcança os políticos. Em termos políticos e econômicos, essas investigações e processos criminais podem ter aprofundado a crise, mas, de outro lado, em termos jurídicos, é possível dizer que se encontram no caminho do recrudescimento do Estado de Direito, ainda que excessos tenham sido cometidos e diversas críticas possam ser feitas.

A crise política que se iniciou em 2013 também deixou evidentes as mazelas da política brasileira e a fragilidade do STF ao julgar políticos poderosos. As estratégias e os jogos de poder que somente eram conhecidos de bastidores passaram a ficar mais explícitos nos julgamentos.

Nesse contexto, pôde ser observado, na prática, que os melhores arranjos institucionais disponíveis, embora importantes, não são, por si sós, bastantes para combater as possíveis reações de atores políticos relevantes e interferências inadequadas. A instabilidade

judicial gerada por mudanças políticas reiteradas é algo que foi empiricamente observado.⁹²³ Nessa intrincada luta de poder dentro da arena jurídica, o Tribunal Constitucional brasileiro possui garantias previstas na Constituição, e há ferramentas jurídicas para atuar. Entretanto, não há garantias de que o fará, pois pode decidir favoravelmente ao governo e a atores políticos, ou desafiá-los. Na primeira hipótese, acumula capital político perante eles; na segunda, pode gastar todo ou parcialmente o seu arsenal, o que pode fazer das ameaças ao Tribunal uma realidade, cujos ataques podem ser incapacitantes.⁹²⁴ E essa visão estratégica pôde ser observada na prática.

De um lado, há diversos estudos que mostram que há mais oportunidades para a corte constitucional avançar sobre temas de política em contextos de fragmentação na base aliada do governo ou nas coligações partidárias.⁹²⁵ Entretanto, a crise política que se instaurou no Brasil em 2013 mostrou que tal questão é mais complexa, precisa ser mais bem entendida, bem como que possui diversas outras variáveis. Em primeiro lugar, na situação brasileira, por fragmentação política, deve-se entender não a existência de diversos partidos políticos, mas o tamanho da base aliada do governo em cada momento. Isso porque, apesar de a quantidade de

⁹²³ “Em segundo lugar, arranjos institucionais existentes não são de todo eficazes para conter as reações dos agentes políticos relevantes (e dos ocupantes dos ramos eleitos do governo), já que são incapazes de se impor quando a ruptura com a ordem estabelecida ou o emprego de ataques diretos a determinadas instituições oferecer menos desvantagens para tais atores. Num quadro de mudanças políticas reiteradas, como é o caso da América Latina, a instabilidade judicial daí decorrente é inegável, como advertem Pérez-Liñán (2007) e Castagnola (2014), mesmo quando não haja a adoção de medidas formais de ataque ao judiciário.” (BENVINDO, Juliano Zaiden; ACUNHA, Fernando José Gonçalves. O papel da política na atuação das Cortes Supremas. *Novos estudos*, CEBRAP, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 57-79, jan.-abr. 2018. p. 67)

⁹²⁴ “Constitutional courts play games of power in legal arenas. Courts are empowered by constitutional designers and given tools to protect the constitutional bargain. But the subsequent choices courts make as they play their games can supplement or deplete their arsenals. Courts can challenge others or can seek powerful allies. They can cautiously accumulate policy gains in an incremental fashion or boldly battle for large pieces of territory. They can choose their battles carefully, limiting conflicts to those they can win and thus making future threats credible; or they can blunder badly and provoke crippling counterattacks.” (GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies*. New York: Cambridge University Press, 2003. p. 247)

⁹²⁵ A divisão de poder entre os atores políticos comumente gera incentivos para que a corte constitucional avance em termos de decisões sobre questões políticas. Isso porque, diante da divisão política, alguns atores políticos sejam prejudicados e outros beneficiados pela decisão. Isso reduz a possibilidade de ataques à corte constitucional. Antevendo isso, a corte constitucional possui mais incentivos para avançar em termos de decisões sobre políticas públicas ou sobre conflitos políticos. Entretanto, fragmentação política não leva necessariamente a um maior ativismo em questões políticas, mas permite ao tribunal constitucional uma maior margem de atuação nessa matéria. A esse respeito, Juliano Zaiden Benvindo e Fernando José Gonçalves Acunha: “A explicação lógica para tanto prende-se ao fato de que a ausência de unicidade no poder eleito (legislativo e executivo) diminuiria a possibilidade de reação desses ramos contra eventuais decisões judiciais adversas. Além disso, mais atores tenderiam a se beneficiar de decisões que prejudicassem determinado agente, e a tendência daqueles seria proteger o judiciário contra eventuais ataques potencialmente levados a efeito pelo último. Dizendo de outra forma, a dispersão de incentivos e de poder teria como corolário isolar o judiciário e lhe oferecer uma rede de garantias impossível em regimes autocráticos ou em democracias com alto grau de unificação do poder.” (BENVINDO, Juliano Zaiden; ACUNHA, Fernando José Gonçalves. O papel da política na atuação das Cortes Supremas. *Novos estudos*, CEBRAP, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 57-79, jan.-abr. 2018. p. 67)

partidos políticos fornecer a imagem de um caos, o governo consegue montar uma base de apoio com diversas ferramentas, dentre as quais a nomeação de políticos aliados para ministérios, diretorias e presidências de empresas estatais. Ou seja, mesmo num ambiente com vários partidos políticos, é possível a formação de uma coalizão em torno do poder presidencial, onde a habilidade para negociações e a distribuição de cargos mantêm os partidos aliados. Desse modo, embora a quantidade de partidos no parlamento pareça indicar fragmentação, a base governista é estruturada pela capacidade de articulação do governo com os diversos partidos.⁹²⁶

Assim, no ambiente político brasileiro, as ameaças de descumprimento e de retaliação às decisões da Suprema Corte comumente ocorrem quando a decisão desagrade parcela significativa da classe política ou certos atores políticos que possuem grande representatividade e poder sobre ela, como ficou evidente na atuação do STF durante a crise.

A experiência brasileira a partir da crise política de 2013 também mostra que há um contexto pouco explorado pelos autores que tratam das cortes constitucionais e da sua atuação: há situações em que, embora haja fragmentação de modo geral, a classe política se une circunstancialmente em relação a determinadas matérias. É o que ocorre quando a decisão da corte constitucional contraria, ainda que potencialmente, toda ou a maioria da classe política. Quando o Judiciário brasileiro e, especificamente, o STF passaram a admitir investigações criminais, receber denúncias, processar, decretar ou manter a prisão e a condenar altas autoridades da República, foi possível observar, empiricamente, que a maior parte da classe política se uniu nos bastidores para tentar descumprir as decisões e retaliar o Judiciário.

Diante da imensa crise política vivenciada, o Tribunal Constitucional brasileiro deveria se apresentar como uma instituição capaz de combater a corrupção e corrigir as distorções democráticas. Entretanto, seja porque o STF é uma corte política, ou porque o direito, como toda obra humana, é falível, a Corte Constitucional brasileira também se mostrou imperfeita e com grande fragilidade diante de outras instituições e atores políticos.

No processo de amadurecimento das instituições democráticas, nem sempre o caminho é progressivo. Crises, instabilidades e retrocessos também são comuns. Aliás, crises nem sempre trazem ganhos em termos democráticos. Assim, analisar se a crise política que se

⁹²⁶ Entretanto, essa forma de reunião de uma base aliada não tem a mesma força que, por exemplo, a predominância do partido do presidente no parlamento. Num ambiente de muitos partidos, a coalizão em torno do poder presidencial é sempre precária e circunstancial. Por trás da coalizão, existe sempre a pressão de cada partido e cada político por uma fatia cada vez maior de poder.

instaurou a partir de 2013 pode produzir avanços ou retrocessos para as instituições democráticas brasileiras e, particularmente, para o STF, é algo bastante complexo, que não pode ser respondido de forma simples e linear.

Talvez mais importante do que uma conclusão definitiva sobre se a crise melhorou ou não o funcionamento das instituições brasileiras é investigar e refletir sobre os aprendizados que podem ser extraídos da sua atuação. Nesse tocante, surgem algumas indagações: Como aproveitar as lições da crise política para impulsionar o projeto democrático? Quais são as dificuldades de o STF decidir de forma independente e fazer cumprir as suas decisões? Como tornar o STF menos cooptável pela classe política? Como exigir que ele preste contas da sua atividade à sociedade brasileira? Essas são algumas das questões que ficam em aberto, as quais serão investigadas a seguir.

6.2. Independência judicial e *accountability*

No capítulo 2, com base em uma perspectiva comparada e no aporte teórico de diversos autores, desenvolveu-se a ideia de que garantias institucionais de tribunais independentes e autônomos não devem ser apenas um recurso retórico⁹²⁷, pois se constituem em pré-requisito para que eles possam decidir sinceramente, sobretudo em casos que envolvem interesses governistas, de atores políticos poderosos ou de autoridades que ocupam altos cargos da República. No entanto, quando se investiga a independência judicial, alguns questionamentos precisam ser feitos: Quais são os resultados que visa a alcançar? Quais são os principais tipos de ataques à independência judicial? Qual é o *design* institucional da independência judicial do STF e o que objetiva garantir? Quais os seus riscos? Como impedir que os juízes constitucionais sejam cooptados pela classe política e pelo governo? Como deve ocorrer a *accountability* judicial? Qual é o ponto de equilíbrio entre independência judicial e responsabilidade? As respostas a essas questões fundamentais serão buscadas a seguir.

⁹²⁷ “Judicial independence exists primarily as a rhetorical notion rather than as a subject of sustained, organized study. Many scholars assume that a judiciary with at least some independence is important to the protection of property rights and individual liberty, not to speak of the maintenance of the structure of democratic governance itself.” (BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry. Reconsidering Judicial Independence. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Eds). *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002. p. 9-42. p. 9)

6.2.1. Independência judicial: funções, estrutura e riscos

Comumente, a independência judicial está ligada à necessidade de que juízes decidam de forma isenta e imparcial, sem sofrer pressões e ameaças sobretudo quando julgam causas de governantes, atores políticos ou altas autoridades públicas⁹²⁸ e nas situações em que há concentração de poder político em torno do governo central.⁹²⁹

Segundo Keith S. Rosenn, há sete principais tipos de ataques à independência judicial, quais sejam: a) a revogação formal da independência judicial; b) o desvio de tribunais ordinários, criando-se jurisdições especiais; c) a demissão por atacado de juízes; d) a transferência de juízes para outros órgãos jurisdicionais; e) a erosão dos salários, com garantia ilusória de sua irredutibilidade; f) a falta de cumprimento de decisões judiciais; e g) a dominação dos tribunais pelo Poder Executivo.⁹³⁰

Para alcançar a independência judicial, haveria, segundo Rosenn, duas categorias de garantias, que às vezes se sobrepõem, quais sejam, a proteção da integridade do processo de decisão judicial em relação a pressões externas e a proteção da independência pessoal do juiz.⁹³¹ A fim de atingir esses escopos, seriam necessárias as seguintes medidas, segundo o autor: garantia de irredutibilidade dos salários judiciais; garantia, ao Judiciário, de uma porcentagem fixa do orçamento do governo; mandato fixo a partir da posse no cargo; processos de seleção e reabertura no caso de vacância do cargo; transferibilidade de juízes

⁹²⁸ “At the core of the conference sat the puzzle of exactly what we mean — or could possibly mean — by the phrase ‘judicial independence’. ‘Independent from what?’ was a typical reaction, and every bit of common wisdom on the subject was challenged. For example, the desire for judicial independence may reflect an aspiration that judges decide cases free from outside influence and consistent with the governing law and facts of a case. Yet, the common intuition of the participants was that wholly unaccountable judges are as likely to deviate from what the law might demand as follow it. Thus, some amount of accountability seems essential to ensure judicial adherence to popularly specified legal norms and therein lies a dilemma.” (BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry; GOLDBERG, Deborah. Introduction. In: BURBANK Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Eds). *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002. p. 3-8. p. 4)

⁹²⁹ “New democracies are particularly vulnerable to the pressures toward clientelist commands. Almost invariably, their political parties are weak and the central state is large. Control of state institutions may be simply too great to be dislodged absent a further source of institutional challenge. The question is whether courts can step into the breach and, if they do, how they should confront the real world fact of consolidating political power.” (ISSACHAROFF, Samuel. Constitutional Courts and Consolidated Power. *The American Journal of Comparative Law*, Oxford University Press, v. 62, n. 3, p. 585-612, jul. 2014. p. 599)

⁹³⁰ ROSENN, Keith S.. The Protection of Judicial Independence in Latin America. *Inter-American Law Review*, Miami, v. 19, n. 1, p. 1-35, 1987. pp. 23-32.

⁹³¹ “The constitutions of all Latin American countries provide for independent judiciaries. Some do so in formalistic fashion, simply declaring that the judiciary shall be independent. Others contain a panoply of measures designed to insure the independence of the judiciary. Analytically, these prophylactic measures can be divided into two broad overlapping categories: (1) protection of the integrity of the judicial decision-making process from outside pressures, and (2) protection of the personal independence of the judge.” (ROSENN, Keith S.. The Protection of Judicial Independence in Latin America. *Inter-American Law Review*, Miami, v. 19, n. 1, p. 1-35, 1987. p. 13)

somente em hipóteses legais determinadas; prevenção a conflitos de interesse dos julgadores com partes e causas; e imunidade judicial.⁹³²

A independência judicial também seria um pressuposto para a legitimidade, a credibilidade e a confiabilidade no sistema de justiça e nas instituições de um país. Nesse sentido, a independência judicial é requisito necessário para o Estado de Direito, a democracia e o governo constitucional, na medida em que se constituiu em garantia para que o Judiciário possa controlar o governo e coibir o mau uso do poder, exigir dele prestação de contas e aplicar sanções, fazendo com que todas as instituições respeitem a lei.⁹³³ Além disso, a independência judicial é uma garantia para que não haja interferências indevidas de poderes não-governamentais, como o poder econômico.⁹³⁴

Para se compreender o *design* institucional da independência judicial na Constituição Federal de 1988, deve se analisar o contexto em que esta foi elaborada, em um país redemocratizado, que buscava uma transição democrática, mas com instituições ainda muito frágeis e uma ameaça constante de que essa transição não fosse bem-sucedida. Estava ainda muito presente o fato de que o STF enfrentou uma série de ataques durante a ditadura militar, inclusive com a cassação de vários de seus membros, o que limitou muito a sua atuação durante o período.⁹³⁵ Daí a necessidade que surgiu, durante os trabalhos da

⁹³² ROSENN, Keith S.. The Protection of Judicial Independence in Latin America. *Inter-American Law Review*, Miami, v. 19, n. 1, p. 1-35, 1987. pp. 15-23.

⁹³³ “On this account, then, the institutional structure established by the Constitution balances protections for individual judges with a judiciary that is rather thoroughly dependent on the other branches of government for the means to do its constitutional business. This curious structure can be understood as an institutional effort to permit the realization of three values that are always in some conflict: rule of law, constitutional government, and democracy. Since these principles are in fundamental conflict, the institutional solution cannot be expected to work perfectly all the time. However, if the public and their agents are appropriately motivated, it can set the ground rules for balancing and accommodating these complex and conflicting values.” (FEREJOHN, John. Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 72, n. 2 & 3, p. 353-384, January & March 1999. p. 365)

⁹³⁴ “A wider conception of judicial independence would not confine itself to restraining the actions of public officials. Rather, it would aim at preventing interference with legal processes wherever it may originate. Powerful economic or social interests have large stakes in judicial decisions, and can be expected to try to alter decision probabilities in their favor wherever they can legitimately do so. Obviously, there are many legal ways to take advantage of good lawyering to alter the decision agenda of courts and to ensure that cases are placed in their best light. But these methods are expensive and, therefore, are not available to everyone. Moreover, even if it is accepted that the way legal services are provided constitutes a real source of danger to judicial independence, it is not so clear how the situation may be ameliorated. Realistically, though, it does seem that genuine judicial independence may be substantially threatened by powerful nongovernmental interests acting legally to ensure themselves advantages in legal processes.” (FEREJOHN, John. Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 72, n. 2 & 3, p. 353-384, January & March 1999. p. 366)

⁹³⁵ “The Brazilian Supreme Court, the Supremo Tribunal Federal (STF), had indeed confronted the abuses of the authoritarian regime on repeated occasions. For example, in 1968, it declared key portions of the military’s National Security Law unconstitutional, prompting the latter to shelve the judiciary’s independence by packing the Supreme Court in 1969. Indeed, the authoritarian regime sought to impose its authority through the legal system itself by issuing executive decrees with force of constitutional law, the so-called ‘institutional acts.’

Assembleia Nacional Constituinte, de isolar o Judiciário dos demais Poderes Constituídos, de modo a lhe garantir independência administrativa e funcional.⁹³⁶

Assim, a Constituição de 1988, promulgada dentro de um contexto de redemocratização, fortaleceu a independência funcional do Judiciário, inclusive em termos de administração interna, concedendo autonomia administrativa, financeira e orçamentária.⁹³⁷ De acordo com a Constituição, o Judiciário brasileiro passou a elaborar o seu próprio orçamento e, inclusive, a escolher onde alocará os seus recursos – sendo necessário, é claro, aprovação do Congresso Nacional, com possibilidade de vetos pelo Presidente da República. Diante da autonomia administrativa, compete ao próprio Judiciário gerir o seu orçamento, propor a criação e extinção de Varas, bem como realizar os concursos públicos para o ingresso dos juízes na carreira.⁹³⁸

Judicial assertiveness fluctuated thereafter as the military pursued its strategy of protracted decompression and gradual opening in an erratic manner in the mid-1970s. [...] Furthermore, and even though the Supreme Court had largely been shaped by the military government, the new civilian authorities resisted purging the judiciary, as many civilian and authoritarian governments had done in the past. For example, following the military coup in 1964, the governing junta packed the court in order to neutralize legal challenges to its extensive use of emergency decree powers.” (SANTISO, Carlos. *Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability*. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005. p. 117-143. p. 119)

⁹³⁶ “Reacting to decades of authoritarian rule (1964-1985), the Constituent Assembly of 1986-88 considered that the restoration of the judiciary’s credibility and legitimacy necessarily entailed securing its political independence. It thus decided to insulate the judiciary from the other branches of government and granted it broad functional autonomy and a high level of nominal and structural autonomy.” (SANTISO, Carlos. *Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability*. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005. p. 117-143. p. 119)

⁹³⁷ CF: “Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira. § 1º Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. § 2º O encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados, compete: I - no âmbito da União, aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais; II - no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais.”

⁹³⁸ CF: “Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva; c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição; d) propor a criação de novas varas judiciárias; e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei; f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados; II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores; d) a alteração da organização e da divisão judiciárias. III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.”

Além disso, diversas prerrogativas foram estabelecidas aos magistrados brasileiros na Constituição Federal de 1988, tais como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.⁹³⁹ Para garantir a sua independência, também lhes foram impostas diversas vedações constitucionais, tais como exercer outro cargo ou função, salvo uma de magistério; receber custas ou participação em processo; dedicar-se à atividade político-partidária; receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas; exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou antes de transcorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.⁹⁴⁰

Isso tudo visa a garantir autonomia ao Judiciário brasileiro em geral e independência aos seus membros, que ficam mais blindados em relação às pressões políticas⁹⁴¹. De outro lado, como o STF é o mais alto órgão dentro do sistema judiciário e um tribunal que decide questões políticas, possui um processo de escolha e nomeação politizado, bem como responsabilidade política, estando os seus ministros sujeitos ao processo de *impeachment*, cujo julgamento fica a cargo do Senado Federal.

Com esse desenho institucional, é possível dizer que, comparativamente a outros tribunais constitucionais da América Latina, o STF possui muitas garantias formais de independência. E, embora não sejam os únicos fatores relevantes, esses aspectos institucionais possuem grande importância para garantir, na prática, maior independência da Corte Constitucional brasileira.

De outro lado, a independência judicial deve ser concebida como um meio, e não como um fim em si mesmo.⁹⁴² Vale dizer, deve ser uma garantia para que os juízes possam decidir de forma imparcial e isenta, pressuposto para a função judicial dentro do Estado de

⁹³⁹ CF: “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.”

⁹⁴⁰ CF: “Art. 95. [...] Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III - dedicar-se à atividade político-partidária. IV receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.”

⁹⁴¹ Os juízes de carreira – que ingressam no cargo mediante concurso público – não estão sujeitos ao processo de *impeachment*, de natureza político-administrativa, mas apenas a um julgamento jurídico pelos seus atos, com possibilidade de responsabilização civil, penal e administrativa.

⁹⁴² BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry. Reconsidering Judicial Independence. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Eds). *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002. p. 9-42. p. 11.

Direito e da democracia.⁹⁴³ Entretanto, não é desejável que um tribunal tenha completa independência decisória, nem que não tenha a correlata responsabilidade.

Tribunais são constituídos por pessoas que possuem suas preferências, bem como diferentes concepções morais, políticas e religiosas. Como quaisquer seres humanos, quando a questão envolve interesses pessoais, juízes também têm a propensão de agir egoisticamente, ainda que possam não ter a autoconsciência disso no ato de julgar.⁹⁴⁴

Mesmo que juízes de tribunais constitucionais tenham o objetivo de cumprir fielmente o seu papel, como o de melhorar a qualidade da democracia ao longo do tempo⁹⁴⁵, é preciso levar em conta que eles, como quaisquer seres humanos, agem por incentivos. Desse modo, para se ter sucesso com o estabelecimento de mecanismos para garantir um julgamento imparcial e isento, é preciso levar em consideração o que motiva os juízes constitucionais.⁹⁴⁶

⁹⁴³ “Judicial independence is an idea that has both internal (or normative) and external (or institutional) aspects. From a normative viewpoint, judges should be autonomous moral agents, who can be relied on to carry out their public duties independent of venal or ideological considerations. Independence, or impartiality, in this sense is a desirable aspect of a judge’s character. But judges are human, and the things they must decide can matter greatly to people. Therefore, we are also concerned with providing institutional shields against the threats or temptations that might come their way. Judicial independence, in this sense, is a feature of the institutional setting within which judging takes place. Institutional judicial independence is, however, a complex value in that it really cannot be seen as something valuable in itself. Rather, it is instrumental to the pursuit of other values, such as the rule of law or constitutional values.” (FEREJOHN, John. *Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence*. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 72, n. 2 & 3, p. 353-384, January & March 1999. p. 353)

⁹⁴⁴ “No rational politician, and probably no sensible person, would want courts to enjoy complete decisional independence, by which we mean freedom to decide a case as the court sees fit without any constraint, exogenous or endogenous, actual or prospective (Seidman, 2001). Courts are institutions run by human beings. Human beings are subject to selfish or venal motives, and even moral paragons differ in the quality of their mental faculties and in their capacity for judgment and wisdom. In a society that did not invest judges with divine guidance (or its equivalent), the decision would not be made to submit disputes for resolution to courts that were wholly unaccountable for their decisions. One implication of this proposition is that we need law to constrain judges rather than judges to serve the rule of law (Chase, 2001).” (BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry. *Reconsidering Judicial Independence*. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Eds). *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002. p. 9-42. pp. 11/12)

⁹⁴⁵ “The emerging constitutional courts and constitutional orders of what scholars have called the “Global South” merit analysis on their own terms. These courts face a set of institutional and social problems that often dwarf those found in more mature democracies. This paper argues that a defensible conception of judicial role in these systems is a dynamic one, which focuses on courts seeking to improve the quality of democracy over time. The main advantage of such a conception is in suggesting a more fruitful set of questions, most of which need empirical study.” (LANDAU, David. *A dynamic theory of judicial role*. *Boston College Law Review*, Boston College Law School, Boston, v. 55, n. 5, p. 1501-1562, 2014. p. 1561/1562)

⁹⁴⁶ “In the language of economics, that which motivates judges is included in the judicial utility function, by which is meant the things that judges find personally rewarding, some of which they may seek to maximize. We know very little about the judicial utility function as opposed to that of other public officials. Perhaps this is because the potential motivations of other public officials are so much more transparent. Perhaps, however, lulled by the mythology of an independent judiciary, we are loath to concede that judges are human in ways that matter to court decisions. Yet, if we are to be successful in designing judicial systems to achieve our instrumental goals, it is necessary to take account of what motivates judges and allow for — or attempt to control — those motivations.” (BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry. *Reconsidering Judicial Independence*. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Eds). *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002. p. 9-42. p. 23)

Buscando-se uma decisão imparcial e isenta, deve-se verificar qual é a estrutura de incentivos que pode levar a esse objetivo.⁹⁴⁷

A par da importância da questão institucional, já abordada no capítulo 2, há um conjunto de questões comportamentais e culturais que são imprescindíveis para entender a independência judicial em determinado país em dado tempo. Medir o grau de independência judicial apenas pelas instituições formais não é propriamente um erro, embora alguns considerem sê-lo,⁹⁴⁸ mas deve se ter a exata compreensão de que se trata apenas de uma perspectiva, já que, no plano concreto, a independência judicial envolve diversas outras variáveis.⁹⁴⁹ Aliás, é preciso considerar a questão de forma dinâmica, pois, em diferentes países, haverá diversas estratégias em seus sistemas políticos para assegurar a necessária independência judicial e melhorar as instituições democráticas.⁹⁵⁰

Assim, para se concluir se a independência judicial produz resultados positivos ou negativos em uma democracia, é necessário investigar empiricamente a atuação da corte constitucional e de seus membros ao longo do tempo, nos diferentes contextos. Enfim, é

⁹⁴⁷ BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry. Reconsidering Judicial Independence. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Eds). *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002. p. 9-42. p. 22/23.

⁹⁴⁸ “One such lesson, confirming an insight from comparative institutional scholarship, is that it is a mistake to measure a court’s judicial independence (or accountability) exclusively by formal arrangements (Georgakopoulos, 2000; Ramseyer, 1994).” (BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry. Reconsidering Judicial Independence. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Eds). *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002. p. 9-42. p. 22)

⁹⁴⁹ A maioria dos pesquisadores afirma que o direito constitucional estrutural está inerentemente vinculado a relações de poder contingentes e localizadas, o que tornaria a comparação entre países muito difícil. No entanto, como aponta David Landau), essa dificuldade não deve ser vista como óbice às análises comparativas, senão como um imperativo para que se tenha cuidado nas comparações, a fim de não se recair em simplificações ou análises superficiais, que não considerem as especificidades de cada contexto (LANDAU, David. Political support and structural constitutional law. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, n. 4, p. 1069-1124, 2016. p. 1070). Assim, por exemplo, afirmações de que determinada corte constitucional possui maior ou menor independência em relação à classe política não podem ser comprovadas apenas analisando-se os textos constitucionais, tampouco com a análise de poucos acórdãos de países estrangeiros. Com efeito, essa problemática demanda uma investigação da sua complexidade, a partir de uma análise mais profunda, que leve em conta a produção global de determinada corte constitucional em dado país, a partir de pesquisas quali e quantitativas. E é exatamente nesse contexto que a análise da problemática do grau de independência das cortes constitucionais em relação à classe política se torna mais difícil, haja vista que as relações de poder entre os atores políticos e os juízes das cortes podem não ser somente oficiais.

⁹⁵⁰ “We need more work on the kinds of judicial strategies that are possible in different kinds of political contexts, and also on the effects of those strategies on their political systems. We need to know whether ‘insider’ strategies, which focus on building up political institutions directly, or ‘outsider’ strategies, which focus on building up democratic spaces around political institutions, are more likely to be effective. And most broadly, we need research on the dynamic effects of judicial activism, within initially problematic political orders, on politics and society. To what extent can courts improve the functioning of democratic institutions, build up civil society, or spread constitutional culture? It is remarkable how little we know about the answers to those important questions. The ultimate value of a dynamic theory, then, may be in suggesting an agenda for scholars and judges.” (LANDAU, David. A dynamic theory of judicial role. *Boston College Law Review*, Boston College Law School, Boston, v. 55, n. 5, p. 1501-1562, 2014. p. 1562)

preciso perquirir quais os resultados práticos atingidos com as garantias institucionais que objetivam a independência judicial.

Diante de toda a complexidade que cerca a questão, a análise que foi realizada nos capítulos anteriores pode auxiliar nessa investigação. Conhecer como ocorre a atuação do tribunal constitucional no plano macro e também em determinados casos que envolvem interesses do governo ou atores políticos relevantes é um bom caminho para buscar respostas para essa problemática.

Além disso, como mostra Aníbal Pérez-Liñán em pesquisa empírica comparada, a Suprema Corte brasileira está entre os tribunais constitucionais da América Latina mais estáveis institucionalmente, que menos sofreram ataques políticos.⁹⁵¹ Em sentido semelhante, Carlos Santiso, em pesquisa comparada, afirma que o Judiciário brasileiro desfruta de níveis extraordinários de independência, tanto formal, consagrada pelas garantias constitucionais, quanto substantiva, em razão dos poderes conferidos aos tribunais e da disposição dos juízes de exercê-los.⁹⁵²

Para Santiso, a situação do Judiciário brasileiro reflete, com um década de antecipação, a tendência da América Latina, na medida em que os tribunais se reafirmam progressivamente.⁹⁵³ Assim, segundo o autor, a principal discussão que existe no Brasil não é

⁹⁵¹ “The information presented in this section is the product on an ongoing historical study of seventeen countries between 1900 and 2010. Our investigation documented that judicial takeovers took place at least 250 times over the past 110 years. That is, on average a court has been reshuffled in the region every six months. About ninety percent of those episodes affected the composition of the Supreme Courts, simply because Constitutional Tribunals have only been in place for few decades. The previous figures suggest that the typical Latin American Supreme Court has confronted a risk of political takeover of above twelve percent per year; this yields a cumulative risk of takeover of roughly seventy-three percent over the course of a decade. However, as any actuary knows, the average risk may hide considerable variation across cases. The countries with the greatest frequency of judicial takeovers have been Guatemala, El Salvador, Bolivia, Ecuador, Honduras, Paraguay, and the Dominican Republic, where an episode of this nature took place, on average, every four years over the past century. At the other extreme, although not completely free from judicial takeovers, Chile, Uruguay, Costa Rica, and Brazil have presented the most stable courts in the region. Chile and Uruguay suffered takeovers once approximately every two decades, while the frequency has been much lower in Costa Rica and Brazil. Not surprisingly, these have been traditionally considered among the countries with the most independent judiciaries in the region. The appendix to this article lists the dates of such episodes by country and supports the above information with respect to frequency of judicial takeovers.” (PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Democratization and constitutional crises in presidential regimes: toward congressional supremacy?*. *Comparative Political Studies*, v. 38, n. 1, p. 51-74, feb. 2005. pp. 138/139)

⁹⁵² SANTISO, Carlos. *Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability*. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005. p. 117-143. p. 119.

⁹⁵³ SANTISO, Carlos. *Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability*. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005. p. 117-143. p. 118.

se o Supremo Tribunal Federal conseguiu se tornar independente, senão se ele não se tornou independente demais.⁹⁵⁴

Ainda que a afirmação de Santiso não esteja de todo incorreta, é preciso considerar mais um elemento que é subestimado por ele, consistente no fato de que o governo e a classe política limitam o poder e a independência judicial pelo potencial descumprimento, direto ou indireto, e por retaliações⁹⁵⁵, como já se mostrou anteriormente. E é principalmente este fator que explica historicamente um controle judicial mais fraco do STF sobre o poder do governo federal, comparativamente a outras partes e interesses.⁹⁵⁶

Além disso, embora o Tribunal Constitucional brasileiro tenha um grau relativamente grande de independência, tanto em termos formais quanto na prática, se comparado com os demais países da América Latina, não se pode dizer que esse grau de independência é suficientemente alto quando envolve interesses de altas autoridades da República, atores políticos relevantes e interesses governistas. Nas causas que não envolvem esses interesses, não há dúvida de que o STF conseguiu a independência necessária. No

⁹⁵⁴ SANTISO, Carlos. Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005. p. 117-143. p. 118.

⁹⁵⁵ Em um *design* institucional que indica facilidade de acesso à corte constitucional e um elevado número de competências constitucionais, tudo indica que a principal restrição ao poder do STF diga respeito à efetivação das suas decisões. A esse respeito, há estudos empíricos que apontam que existe historicamente um controle fraco sobre o governo. Com isso, as maiores preocupações do STF são com a efetivação das suas decisões. Isso, aliás, favorece a atuação do STF mais com um *player* de veto (anulando leis ou atos do Executivo, por exemplo) do que como um formulador de políticas afirmativas. Nesse sentido, Daniel Brinks: “The principal constraint on judicial power should be compliance. Any court order requiring affirmative action in the face of resistance on the part of the legislature or the bureaucracy can easily be vetoed in the fragmented Brazilian political context, especially in light of its historically weak control over bureaucrats. By the same token, any judicial veto that requires concerted effort to overcome is likely to stand, for the same reasons. Compliance concerns thus strongly favor acting as a veto player rather than as an affirmative policy maker in the face of opposition.” (BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. p. 137)

⁹⁵⁶ Para Brinks, até 2005 (data final da pesquisa empírica), os mecanismos de recrutamento e de treinamento dos juízes constitucionais, num contexto político fragmentado e plural, produziram juízes que são servos fieis do regime democrático, mas que possuem autonomia e credibilidade para decidir de maneira justa as disputas que não dizem respeito aos interesses do governo central. Ainda segundo Brinks, seriam garantidores de estruturas e entendimentos constitucionais estabelecidos. Nas palavras do autor: “This is, as demonstrated in this chapter, a fair description of the Brazilian STF over the last two decades. The mechanisms of recruitment and training in a fragmented and pluralistic political context have produced judges who are faithful servants of the newly democratic Brazilian regime but who have the autonomy and credibility to rule fairly on disputes that do not touch on core regime interests. They are protective of settled constitutional structures and understandings, including notions of due process and basic first-generation rights. This accounts for their fair – if absolutely mainstream in its caution and conservatism – approach to rights claims. It also accounts for their caution in embracing positive rights claims that might come in conflict with the dominant market-oriented state reform policies of the last fifteen years, despite a constitution that is more than generous in embracing those rights.” (BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. p. 147)

entanto, a sua independência e a autoridade de suas decisões são colocadas em xeque quando estão envolvidos interesses governistas, de altas autoridades da República ou interesses políticos, sobretudo pela possibilidade (sempre latente) de descumprimento (direto ou indireto) da decisão ou de retaliação, como já se mostrou anteriormente, o que ficou ainda mais evidente pela atuação do Supremo durante a crise política que se iniciou em 2013.

Aliás, no sistema judicial brasileiro, essa é uma das questões mais problemáticas e complexas. O papel do STF deve ser o de dar sentido e aplicar a Constituição, de forma isenta em relação às preferências políticas de seus ministros, ainda que não se possa isolar a Constituição da realidade política.⁹⁵⁷ A independência judicial deve ser bastante para permitir que os ministros do STF possam decidir sinceramente, de forma responsável, equidistante em relação às partes, sem preferências partidárias ou pessoalizadas. No entanto, empiricamente, é possível observar que alguns atores possuem mais influência e obtêm mais sucesso na revisão judicial do que outros.

Desse modo, é possível observar que a independência judicial impacta diretamente na real capacidade de uma corte constitucional melhorar as condições democráticas. Entretanto, não se pode dizer, categoricamente, que a independência judicial, isoladamente considerada, é diretamente proporcional à capacidade de o tribunal constitucional melhorar as condições democráticas. É necessário considerar as diversas outras variáveis, bem como o comportamento da corte e de seus membros nos diversos casos, sobretudo naqueles que envolvem o governo, o congresso e atores políticos relevantes.

Desse modo, é preciso analisar se os objetivos da garantia da independência judicial estão sendo atingidos, bem como em que medida ela deve ser contrabalanceada com a prestação de contas.⁹⁵⁸ Com efeito, são evidentes os riscos de se fortalecer a independência

⁹⁵⁷ “Não se pode, portanto, entender a Constituição fora da realidade política, com categorias exclusivamente jurídicas. A Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas. A política deve ser levada em consideração para a própria manutenção dos fundamentos constitucionais. Na feliz expressão de Dieter Grimm, a Constituição é resultante e determinante da política.” (BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004. p. 24)

⁹⁵⁸ “Foremost is the fact that judicial independence is not an end in itself but a means to an end, which requires that the inquiry focus on the goal(s) to be achieved in determining the quantum and quality of independence (and accountability). Is there a goal that any enlightened architect of any judicial system would want courts in that system to be able to achieve and for which a measure of decisional independence would be necessary? In addition, the realization that judicial independence is not a monolith requires that the search for a core, and the consideration of social and political goals, comprehend (and consider differences between) at least all courts within a given system. Finally, acceptance of the need to achieve a balance between independence and accountability, a pervasive challenge of institutional architecture, requires that attention to history and formal arrangements be tempered by a realistic appraisal of the practical needs of modern government.” (BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry. *Reconsidering Judicial Independence*. In: BURBANK, Stephen B.;

judicial sem simultaneamente reforçar os mecanismos compensatórios de responsabilização dentro do próprio Judiciário.⁹⁵⁹

A esse respeito, conferir um grande grau de independência a um tribunal constitucional pode torná-lo desprovido de qualquer responsabilidade, um “poder acima da lei”.⁹⁶⁰ E isso pode ser algo muito perigoso para a democracia, não propriamente em razão de decisões contramajoritárias – críticas comumente feitas por constitucionalistas –, senão pelo fato de que, se cooptados pela classe política, os juízes da corte constitucional podem se tornar quase incontroláveis. A questão, então, é muito mais complexa do que apenas buscar qual seria a medida de independência judicial, pois é preciso criar mecanismos para garantir que o tribunal constitucional possa exercer a sua função com autonomia, mas, ao mesmo tempo, permitir que haja algum controle público sobre a sua atividade.

Após as análises quantitativa e qualitativa realizadas nos capítulos anteriores, outros questionamentos surgem sobre a questão: Qual é a medida de independência judicial que se deve garantir? Os resultados produzidos são os esperados? Quais são os riscos reais do uso irresponsável da independência judicial? Como deve ocorrer a prestação de contas? Quais devem ser as ferramentas concretas para isso? Como deve ser o *design* institucional da prestação de contas judicial?

Desse modo, é imprescindível investigar todos os contornos da *accountability* judicial no âmbito do STF, o que se fará a seguir.

FRIEDMAN, Barry (Eds). *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002. p. 9-42. pp. 21/22)

⁹⁵⁹ “It underscores the dangers of strengthening judicial independence without simultaneously enhancing the countervailing mechanisms of accountability within the judiciary itself. In recent years, and for a variety of reasons, the judiciaries have regained strength. Often in the wake of crises of governance or regime transition, they have been able to create a new role for themselves. In Mexico, Colombia, Argentina, and more recently Peru, the courts are actively asserting their new-found authority in order to regain a semblance of popular legitimacy. The judiciary is one of the most discredited political institutions in Latin America.” (SANTISO, Carlos. Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005. p. 117-143. p. 118)

⁹⁶⁰ Como aponta Carlos Santiso, tendo os tribunais brasileiros como exemplo, um Judiciário muito autônomo pode torná-lo desprovido de qualquer responsabilidade e, assim, pode se tornar um poder acima da lei: “Reformers clearly succeeded in restoring the political independence of the judiciary and isolating it from political pressures. The central question is whether reformers went too far and created a judiciary so autonomous that it has become devoid of all accountability, a ‘power above the law’. Unaccountable judicial independence has been widely criticized and both the executive and legislative branches of government have repeatedly stated their support for establishing mechanisms of external control on the judiciary. Public contempt for the judiciary has reached unprecedented levels but there is a high degree of public disinterest and resignation with increasing backlogs and trial delays.” (SANTISO, Carlos. Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005. p. 117-143. p. 128)

6.2.2. *Accountability* judicial e contingências no caminho da democratização do STF

Estudiosos do comportamento judicial consideram que juízes são atores mais complexos e que não há como estabelecer um bom controle sobre o que os motiva no desempenho da função de julgar,⁹⁶¹ de modo que a prestação de contas é algo imprescindível para as cortes constitucionais. Assim, embora a independência judicial seja um requisito necessário, não é uma condição suficiente para a adequada revisão judicial e para a separação de poderes, pois precisa ser contrabalançada por mecanismos de prestação de contas. Com efeito, a *accountability* judicial é imprescindível para que abusos sejam evitados e as garantias de independência não se tornem um instrumento para que os próprios membros do tribunal constitucional decidam a favor de poderosos atores políticos ou do governo.

Como afirmam Stephen Burbank e Barry Friedman, independência e responsabilidade judicial são os diferentes lados da mesma moeda.⁹⁶² Com efeito, independência judicial está intrinsecamente ligada à prestação de contas, pois também significa independência em relação à classe política, o que somente pode se garantir através de relações institucionais mais transparentes e públicas, bem como mediante a necessária prestação de contas à sociedade.

A esse respeito, Carlos Santiso afirma que, diferentemente do que ocorre nos demais países da América Latina, no Brasil, o grande desafio não seria mais estabelecer a independência judicial, senão fortalecer a prestação de contas do Judiciário em relação à sociedade e à política.⁹⁶³ Após pesquisar o papel desempenhado pelo Judiciário brasileiro nas

⁹⁶¹ “Of course, understanding how to make judges independent requires having some sense of what it is that motivates judges, a problem that has proved quite intractable for scholars. The most basicwork in economic modeling and cognitive psychology requires knowledge of the ‘utility function’ of relevant actors. For example, when political scientists study the legislative process, they are able to operate with some simple notion of what motivates legislators. They want to be reelected and to enact laws that comport with their understanding of what is best for society. But students of judicial behavior concede that judges are more complex actors and that we do not have a very good handle on what motivates them in performing the judicial function.” (BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry; GOLDBERG, Deborah. Introduction. In: BURBANK Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Eds). *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002. p. 3-8. p. 5)

⁹⁶² BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry. Reconsidering Judicial Independence. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Eds). *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002. p. 9-42. p. 14 (tradução livre).

⁹⁶³ SANTISO, Carlos. Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005. p. 117-143. p. 118.

políticas econômicas desde a restauração da democracia em 1985, o autor conclui que existe um “paradoxo central” na governança judicial no Brasil: “enquanto o Judiciário constitui uma instituição-chave de prestação de contas, sua eficácia é dificultada precisamente por sua falta de prestação de contas”.⁹⁶⁴

Enquanto os demais Poderes Constituídos estão submetidos a *accountability* horizontal (pelo sistema de freios e contrapesos) e *accountability* vertical (pelas eleições), o Judiciário brasileiro não sofre as restrições pelos mecanismos de *accountability* vertical, ou seja, por eleições democráticas.⁹⁶⁵ Assim, como aponta Santiso, a legitimidade social do Judiciário, como uma instituição de *accountability* horizontal (de controle dos demais Poderes Constituídos), é minada precisamente por sua falta de *accountability* vertical (ausência prestação de contas perante a sociedade).⁹⁶⁶

Desse modo, a falta de prestação de contas do STF à sociedade reduz a sua legitimidade social. Com efeito, a falta de publicidade na escolha de ministros, o uso excessivo de recursos estratégicos por alguns deles para favorecerem determinados atores políticos ou governantes minam a sua legitimidade como órgão de controle dos atos do Executivo e do Legislativo.

A par da importância dessa perspectiva crítica, é mais complexa a tarefa de estabelecer o grau de independência decisória e de prestação de contas necessária e desejável,

⁹⁶⁴ SANTISO, Carlos. Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005. p. 117-143. p. 117 (tradução livre).

⁹⁶⁵ “This study assesses the governance of the judiciary in Brazil since the restoration of democracy in 1985. It focuses on the role of the judiciary in the process of economic reform and evaluates the judiciary’s effectiveness in fulfilling its accountability functions. It argues that democratic governance in Brazil is hampered by excessive judicial independence, anchored in its strict interpretation of the separation of powers enshrined in the 1988 Constitution. It further posits that the challenge of judicial reform in Brazil resides in strengthening the countervailing mechanisms of accountability in order to enhance the judiciary’s social responsiveness and political responsibility. After all, in formally democratic Latin America, the judiciary is the only non-elected branch of government. The paradox of judicial governance in Brazil is that while the judiciary contributes to the ‘horizontal accountability’ of the state, providing checks and balances on executive power, it lacks the restraints provided for by the mechanisms of ‘vertical accountability’ of democratic elections. Moreover, the judiciary’s entrenched independence renders judicial reform particularly difficult.” (SANTISO, Carlos. Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005. p. 117-143. pp. 118/119)

⁹⁶⁶ “The paradoxical conclusion of this essay is that, in Brazil, the social legitimacy of the judiciary as an institution of ‘horizontal accountability’ is undermined precisely by its lack of ‘vertical accountability’. An often-held assumption of judicial reformers is that guaranteeing the independence of the judiciary is paramount to ensuring the effectiveness of the judicial system. The case of Brazil demonstrates that, without the restraining effect of accountability, independence in and of itself is not sufficient to anchor the rule of law.” (SANTISO, Carlos. Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005. p. 117-143. p. 128)

bem como os arranjos formais e informais para tanto.⁹⁶⁷ De qualquer maneira, é preciso estabelecer ferramentas que induzam práticas contra o desvirtuamento da independência e a fetichização do poder judicial,⁹⁶⁸ de modo que não sejam exercidos apenas de forma autorreferente⁹⁶⁹. Os mecanismos de prestação de contas, além de impedirem abusos sob o manto da independência judicial, também devem garantir que não haja interferência indevida ou possibilidade de pressão política inadequada sobre os julgadores.

No Brasil, houve uma promessa de que a prestação de contas pelo Judiciário melhoraria a partir da chamada Reforma do Judiciário. A Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, teve por objetivo dar mais transparência ao Judiciário brasileiro, criar novos requisitos para o ingresso na carreira (ao menos 3 anos de efetivo exercício em carreira jurídica)⁹⁷⁰, estabelecer mecanismos de aperfeiçoamento continuado⁹⁷¹, diminuir o risco de captura (ao se aposentar, o juiz precisa ficar ao menos 3 anos sem exercer a advocacia perante o órgão

⁹⁶⁷ “On this view, rather than, for example, simply dismissing as defective state court systems in which judges are not appointed and do not enjoy life tenure, and before seeking to bring about change in such systems, we need to try to make precise what it is we seek from courts, the degree of decisional independence (and accountability) that is necessary or desirable in order to achieve that end, and the arrangements, formal and informal, that are best calculated to yield that quantum of independence (and accountability).” (BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry. *Reconsidering Judicial Independence*. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Eds). *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002. p. 9-42. p. 17)

⁹⁶⁸ Utiliza-se o termo “fetichização do poder” de acordo com a concepção de Enrique Dussel: “La corrupción originaria de lo político, que denominaremos el *fetichismo del poder*, consiste en que el actor político (los miembros de la comunidad política, sea ciudadano o representante) cree poder afirmar a su propia subjetividad o a la institución en la que cumple alguna función [...] como la *sede* o la *fente* del poder político.” (DUSSEL, Enrique. *20 Tesis de Política*. 2. ed. México: Siglo XXI, 2006. p. 5)

⁹⁶⁹ “De esta manera, por ejemplo, el Estado se afirma como soberano, última instancia del poder; en esto consistiría el fetichismo del poder del Estado y la *corrupción* de todos aquellos que pretendan ejercer el poder estatal así definido. Si los miembros del gobierno, por ejemplo, creen que ejercen el poder desde su autoridad autoreferente (es decir, referida a sí mismos), su poder se ha *corrompido*. [...] La *corrupción* es doble: del gobernante que se cree sede soberana del poder y de la comunidad política que se lo permite, que lo consiente, que se torna *servil* en vez de ser *actora* de la construcción de lo político [...].” (DUSSEL, Enrique. *20 Tesis de Política*. 2. ed. México: Siglo XXI, 2006. pp. 6/7)

⁹⁷⁰ Constituição Federal: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;” (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004).

⁹⁷¹ Constituição Federal: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: II - promoção de entrada para entrada, alternadamente, por antiguidade e merecimento, atendidas as seguintes normas: [...] c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento; [Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004] [...]; IV - previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados [Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004].”

judicial que exerceu a judicatura⁹⁷²). Essa Emenda Constitucional também criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁹⁷³, com o objetivo precípua de reforçar a atividade correicional na magistratura nacional.⁹⁷⁴

Entretanto, a grande maioria das limitações e exigências impostas pela EC n.º 45/2004 (chamada de Reforma do Judiciário) não se aplica aos ministros do STF. Aliás, o CNJ pode exercer a sua atividade correicional e impor diretrizes administrativas a todos os juízes brasileiros, de todas as instâncias, mas não ao Supremo. Assim, o Tribunal Constitucional brasileiro ficou quase que indene à Reforma do Judiciário, de modo que, em relação a ele, muito pouco se incrementou em termos de prestação de contas.

Além disso, o problema do abuso de poder na concessão de medidas liminares ficou mais evidente na última década. Quando o poder individual de cada ministro do STF aumenta, sem que haja o incremento da possibilidade de controle, crescem os problemas democráticos da revisão judicial.⁹⁷⁵

Nesse tocante, é preciso que se faça a diferença entre a independência de um juiz individual e a do tribunal do qual ele é membro.⁹⁷⁶ Isso porque a estrutura do tribunal é desenvolvida para um julgamento colegiado, de modo que decisões monocráticas ocorram somente em situações excepcionais, devidamente justificadas, como a questão urgente, as situações que envolvam matéria de direito já pacificada no tribunal etc.⁹⁷⁷

Os casos já analisados e as práticas de ministros do STF mostram, todavia, que os mecanismos de *accountability* individual têm sido inoperantes.⁹⁷⁸ Desse modo, é preciso

⁹⁷² Constituição Federal: “Art. 95 [...] Parágrafo único. Aos juízes é vedado: [...] V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração” [Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004].

⁹⁷³ Constituição Federal: “Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: [...] I-A - o Conselho Nacional de Justiça” [Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004].

⁹⁷⁴ Constituição Federal: “Art. 103-B [...] § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: [...]” [Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004].

⁹⁷⁵ Isso porque decisões individuais podem, pragmaticamente, definir diversas causas, sobretudo quando existe dificuldade de o próprio colegiado controlar o poder individual de cada ministro. Há, na prática, uma atuação individual que está acima da lei, por que um ministro do STF pode dizer qual é a lei (ou o sentido da lei) sem que pragmaticamente sofra qualquer sanção por eventuais condutas desviantes.

⁹⁷⁶ “Finally, viewing judicial independence and accountability as the joint product of purposive legal and political arrangements helps one to understand the weaknesses of another traditional dichotomy encountered in the literature: that between the independence of an individual judge and the independence of the court or judicial system of which that judge is a member.” (BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry. *Reconsidering Judicial Independence*. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Eds). *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002. p. 9-42. p. 16)

⁹⁷⁷ Desse modo, deve ser coibida a utilização de decisões individuais para afastar a decisão do plenário, ou de decisões individuais que são manifestamente contrárias ao entendimento jurisprudencial pacificado no plenário.

⁹⁷⁸ “Por fim, em qualquer cenário, esse poder individual descontrolado, combinado a mecanismos de *accountability* individual inoperantes na prática, amplifica alguns dos perigos associados a instituições

reduzir o poder individual de cada ministro em nome do Plenário, impedindo, por exemplo, decisões monocráticas que contrariam precedentes da Corte, ou determinar que decisões monocráticas sejam submetidas de imediato ao Pleno. Essas medidas aumentariam o controle das ações de cada ministro pelos seus pares. Além disso, reduziriam o risco de captura⁹⁷⁹, de modo que dificultaria o assédio da classe política em relação aos ministros do STF, individualmente considerados.

Portanto, é preciso reduzir o poder individual em nome do colegiado, pois, em decisões colegiadas, há menor risco de que se haja desvirtuamentos. Essa medida não resolveria todos os problemas, mas reduziria a possibilidade de condutas desviantes de ministros do STF que podem, potencialmente, favorecer um ou outro ator político. Com efeito, as possibilidades de condutas desviantes da Corte – chances de o órgão colegiado favorecer determinado ator político ou partido – são relativamente menores do que a de conduta desviante de um ministro, isoladamente.

Entretanto, se internamente, os mecanismos de prestação de contas (do ministro ao colegiado) não têm funcionado adequadamente, quais seriam os mecanismos externos para exigir prestação de contas?

Nesse contexto, a resposta institucional poderia estar no processo de *impeachment*, que possibilitaria uma espécie de controle externo à atividade dos juízes constitucionais brasileiros. De um lado, representa um mecanismo de controle e que pode impor a prestação de contas à atividade judicial. De outro, pode gerar constrangimentos indevidos ao exercício da atividade judicial pelos ministros do STF.⁹⁸⁰

Nesse tocante, é preciso considerar, ainda, que, se houvesse um efetivo controle do Senado em processos de *impeachment* contra ministros do STF, sempre se teria a discussão

independentes.” (ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan.-abr. 2018. p. 30)

⁹⁷⁹ Também nesse sentido: “Embora no Brasil o tema seja discutido de forma sistemática no caso de agências reguladoras e outras instituições independentes, o risco de captura não recebe atenção devida quando se trata de tribunais, em especial do STF. Não há, porém, nenhuma razão para imaginar que o tribunal está imune. Ao contrário, a alocação individual descentralizada de poderes, característica do STF, torna os ministros alvos mais fáceis e mais vantajosos: qualquer ministro sozinho tem em suas mãos o poder de veto, e o relator é suficiente tanto para o veto quanto, com frequência, para o próprio exercício de controle de constitucionalidade.” (ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan.-abr. 2018. p. 30)

⁹⁸⁰ Quando mais difícil for destituir um ministro do STF do seu cargo, maior independência ele terá. Quanto maior independência, há, em tese, maior autonomia para que o ministro da Corte Constitucional decida sinceramente, sem favorecer determinado ator político ou o governo. No entanto, se o juiz constitucional decidir favorecendo determinado ator político, partido ou o governo, o grau de independência – que pesa favoravelmente para ele decidir sinceramente – dificulta a prestação de contas e o controle social sobre a retidão da sua conduta.

sobre se foi uma interferência indevida de retaliação ou uma intervenção adequada para sancionar conduta incompatível com o cargo, ou seja, uma violação à independência judicial ou um incremento na prestação de contas.⁹⁸¹ Considerando que, no processo de *impeachment*, o julgamento é de natureza político-administrativa, feito por uma Casa política, a aplicação, na prática, da penalidade de impedimento aos ministros do STF geraria, inevitavelmente, a diminuição da independência do Tribunal, com todas as consequências daí decorrentes. E não se pode afirmar que, com o aumento de *impeachments* de juízes constitucionais, se teria como consequência uma redução de condutas desviantes, haja vista que poderia gerar ainda mais ligações políticas entre juízes constitucionais e parlamentares.

Essa consideração, no plano abstrato, já pode gerar diversos questionamentos acerca da efetividade do processo de *impeachment* para impedir abusos por parte de ministros da Corte Constitucional brasileira, mas há, ainda, um outro aspecto que precisa ser abordado. Se a decisão do ministro do STF é desviante exatamente porque é tendencialmente favorável a elites políticas do Senado Federal, como poderá ser exercido esse controle?

Com efeito, ao se cogitar a hipótese em que determinado ministro do STF, em tese, favorece determinado grupo político ou partido, qualquer cidadão poderia propor um pedido de *impeachment* no Senado Federal contra tal ministro. Ocorre que, se o grupo que ele favorece é majoritário na referida Casa Legislativa, os referidos pedidos de *impeachment* nem sequer seriam admitidos pela Mesa do Senado, ou seja, seriam arquivados de plano.

Portanto, a grande dificuldade que se apresenta diz respeito a como controlar a atuação da Corte Constitucional brasileira ou de seus ministros quando favorecem o governo ou determinados atores políticos poderosos. Nesses casos, aumentar o poder de controle da classe política sobre a Corte não soluciona o problema e, inclusive, pode agravá-lo. Com efeito, para melhorar a prestação de contas da atividade do STF, seria inócua aumentar o

⁹⁸¹ “Suppose, for example, that Congress removed (or threatened to remove) a judge by impeachment because the decisions were unpopular, or stripped (or proposed to strip) the district courts of jurisdiction to hear a category of cases the courts have decided in unpopular ways. What if the Senate rejected (or threatened to reject) a judicial nominee because of a refusal to commit to deciding a particular case a particular way? Or if Congress sought to control the outcomes of judicial decisions by manipulating (or at least trying to manipulate) court size, or holding the judiciary’s budget hostage? Would these actions pose an illegitimate threat to judicial independence or represent a legitimate effort to promote accountability? [...] Why? Sometimes the problem lies in a disagreement over factual questions that an empirical research agenda might conceivably address, such as whether (essentially idle?) threats of impeachment impair or otherwise affect judicial decision making. More often, however, such questions are irrelevant, for even if we found that a given kind of threat tended to interfere with judicial decision making, it would only beg the question of whether such interference represented an assault on independence from which judges should be protected, or a simple side effect of ensuring judicial accountability that judges must endure.” (GEYH, Charles Gardner. Customary Independence. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Eds). *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002. p. 160-187. p. 161)

controle político sobre a Corte. Uma medida dessas, apesar de servir para uma retórica de aumento de prestação de contas, em verdade estaria aumentando a influência política na Corte Constitucional brasileira.

A dificuldade que parece insuperável, portanto, é como proteger a sociedade e as minorias parlamentares contra as decisões da Corte Constitucional brasileira que favorecem o governo ou atores políticos com muito poder. Em outras palavras, se o controle político sobre o Tribunal Constitucional brasileiro também é inapto para impedir condutas desviantes, como a sociedade poderia exigir a prestação de contas da atividade judicial? Essa questão remete à complexa questão de como permitir um controle público sobre a atuação do STF.

Nesse tocante, a publicização de julgamentos e a opinião pública são fatores que podem auxiliar no controle da atividade do STF, seja gerando constrangimentos que dificultem condutas desviantes dos seus membros, seja para encorajar a Corte Constitucional a tomar decisões contrárias a elites políticas. Aliás, os próprios ministros do STF têm se utilizado da publicidade dos julgamentos e da opinião pública para constranger seus pares em relação a determinados processos.⁹⁸² Embora a publicidade dos julgamentos possa expor problemas internos da Corte, a possibilidade de constrangimento público em razão de decisões desviantes é um fator positivo, pois constitui mecanismo informal de prestação de contas da atividade judicial.

Apesar de não haver respostas fáceis para a questão, é possível concluir que a independência não é um fim em si mesmo. É necessário ter como paradigma uma independência judicial responsável. Deve-se encontrar um equilíbrio entre independência judicial e prestação de contas. A credibilidade do Judiciário depende, além de independência,

⁹⁸² Em diversos casos, os ministros se utilizam do fato de os julgamentos serem televisionados para, durante os julgamentos, constranger outros ministros quanto tomam decisões contrárias às suas. Além disso, muitos ministros já foram à veículos de imprensa para cobrar dos seus pares determinadas posturas, ou gerar constrangimentos públicos em relação aos seus pares, por determinadas posturas. A esse respeito, observe-se o teor da entrevista do Ministro do STF Luís Roberto Barroso ao Jornal Folha de São Paulo: Ministro Barroso: “– [...] boa parte das elites brasileiras acham que corrupção ruim é a dos adversários. Se for a dos companheiros de pôquer, de mesa e de salões, não tem muito problema. [...] O nível de contágio da corrupção uniu essas pessoas numa aliança entre corruptos, elitistas e progressistas. Eu não vou citar nomes porque não posso. [...] E ainda assim, no Supremo, você tem gabinete distribuindo senha para soltar corrupto. Sem qualquer forma de direito e numa espécie de ação entre amigos”. Folha de São Paulo: “– Que gabinetes, ministro? Ministro Barroso: “(sorri e fica em silêncio)”. Folha de São Paulo: “– O senhor não acha um risco o senhor falar de forma genérica?”. Ministro Barroso: “– Tem gabinetes. [seguindo] Quando a Justiça desvia dos amigos do poder, ela legitima o discurso de que as punições são uma perseguição”. (BERGAMO, Mônica. Quem ganha leva; quem leva respeita as regras e os direitos dos outros, diz Barroso. *Folha de São Paulo*, 26/9/2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/09/quem-ganha-leva-quem-leva-respeita-as-regras-e-os-direitos-dos-outros-diz-barroso.shtml>>. Acesso em: 26/9/2018)

de acesso, responsabilidade, transparência e eficiência.⁹⁸³ No Brasil, o *design* constitucional e a prática judicial garantiram amplamente os dois primeiros, mas os três últimos precisam ser muito desenvolvidos ainda no Judiciário em geral e, especificamente, no STF.

Enfim, é preciso encontrar mecanismos de controle público (não necessariamente político) sobre a atividade dos ministros do STF. Na medida em que o poder judicial cresce, também devem aumentar a publicização da sua atuação e as exigências de prestação de contas perante a opinião pública, sem que se desconheça os riscos de segui-la. É nessa complexa seara que ora se passa a adentrar.

6.3. O STF, a confiabilidade no Judiciário e a opinião pública

Um importante fator que precisa ser considerado no controle da atuação do STF, sobretudo nos processos em que precisa decidir sobre causas que impactam diretamente em interesses do governo ou de atores políticos influentes, é a opinião pública, ainda que tal designação seja carregada de complexidade⁹⁸⁴ e não se adira ao constitucionalismo popular⁹⁸⁵.

⁹⁸³ “Finding the right balance between independence and accountability is the defining challenge of judicial reform in Brazil as elsewhere in Latin America. Adequately balancing the four dimensions of judicial impartiality and credibility (independence, accountability, efficiency and access) is a permanent challenge. Most studies of judicial reform tend to presume the existence of a positive synergy or virtuous circle between these different dimensions. Few reformers have foreseen the existence of potential tensions and trade-offs amongst them. More fundamentally, variables such as judicial independence, accountability or efficiency are necessarily continuous rather than dichotomous variables. The central question is not whether or not the circumstances. How much is enough? How much is too much? Ultimately, achieving ‘the right degree of independence’ is a challenging task for any democracy.” (SANTISO, Carlos. *Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability*. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005. p. 117-143. pp. 128/129)

⁹⁸⁴ “Populism has had ambiguous relationships with democracy. On the one hand, it is a form of protest and resistance to modernization projects that in the name of supposedly universalistic and rationalist projects have excluded the poor and the non-whites, who have been portrayed as the incarnation of barbarism. Against exclusionary projects, populism has vindicated the worth of the poor and the excluded. Instead of being considered obstacles to progress, they are constructed as the essence of the nation. But because ‘the people’ is a discursive elaboration of politicians, it is important to analyze who is included and who is excluded in these constructs. The category of ‘the people’ is constructed by leaders who claim to embody it. This authoritarian appropriation the people and their values has had contradictory meanings. On the one hand populism has restored and valued the cultural worth of common people. But on the other, leaders have appropriated the meanings of the popular and tried to impose their versions of popular authenticity.” (TORRE, Carlos de la. *The Resurgence of Radical Populism in Latin America*. *Constellations*, v. 14, n. 3, p. 384-397, 2007. p. 394)

⁹⁸⁵ “In the legal academy the view critical of judicial review is ascendant, often flying under the banner of ‘popular constitutionalism’. Because the idea of popular constitutionalism is (at least in its recent appearance) a relatively new one, the particulars have not been worked out. Different scholars, whether using the phrase explicitly or not, likely have differing views of what it does or should mean. Most proponents of the idea do not question the legitimacy of judicial review. But what they seem to share is a notion that — at least in specified circumstances — judicial review should mirror popular views about constitutional meaning.” (FRIEDMAN,

O STF e o Judiciário brasileiro em geral convivem com índices baixos de confiança, seja em termos absolutos, seja comparativamente a outras instituições brasileiras. Em pesquisa que mede o índice de confiança nas instituições, verificou-se que, no ano de 2017, entre as 14 instituições consideradas, o STF e o Judiciário ficavam em 9º lugar (ambos com 24%), atrás, por exemplo, das Forças Armadas (56%), da Igreja Católica (53%), das Redes Sociais (37%) e da Imprensa Escrita (35%), mas à frente das instituições políticas. Com efeito, os piores índices de confiança foram constatados em relação ao Congresso Nacional (7%), aos Partidos Políticos (7%) e ao Governo Federal (6%).⁹⁸⁶ A imagem que o STF criou, pelo seu comportamento, é de uma instituição relativamente independente, muito poderosa e relativamente acessível, mas muito sobrecarregada e que demora em seus julgamentos.⁹⁸⁷

Embora o índice de confiança no Judiciário brasileiro seja baixo, ele é maior do que o índice dos demais países latino-americanos.⁹⁸⁸ Isso, por óbvio, não serve de escusa, mas mostra que o problema vivenciado no Brasil é historicamente semelhante do existente em outros países latino-americanos⁹⁸⁹, sobretudo se comparado tal quadro à situação de países

Barry. Mediated popular constitutionalism. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, Michigan, v. 101, n. 8, p. 2595-2632, 2013. p. 2596/2597)

⁹⁸⁶ RELATÓRIO ICJ BRASIL. Brasil: Fundação Getúlio Vargas, 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 3/8/2018. p. 13.

⁹⁸⁷ “Table 3.1 summarizes the analysis of the STF’s external institutions and internal culture. For each external institution, the table highlights whether the institution is formal (written in an official document) or informal (routinized through practice over time). As scholars have noted, formal and informal institutions interact in a variety of ways, including reinforcing, negating or competing with each other (see Helmke and Levitsky 2004, 2006; Lauth 2005; Tsai 2006). While external institutions tend to be formal, when formal and informal institutions act together, they tend to complement each other. For instance, the informal appointment practices elected leaders have adopted essentially served to supplement and extend formal rules, rather than undermine them. The overall image of the STF that emerges on the basis of its external institutions is one of a stable, independent, powerful, and relatively accessible – and consequently overburdened – institution. For the Court’s internal culture, Table 3.1 discriminates between ideational and practical elements of culture, which interact and shape each other. On the inside, justices seem secure in their posts, yet are simultaneously aware that their institution is something greater than themselves. The Court has two meaningful forms of leadership, and justices employ superstar clerks whose stays are increasingly fleeting.” (KAPISZEWSKI, Diana. How Courts Work: Institutions, Culture, and the Brazilian Supremo Tribunal Federal. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 51-77. p. 67)

⁹⁸⁸ “In Ecuador and Peru, only one in five citizens surveyed has any confidence in the judiciary. Argentines, Bolivians, and Paraguayans have only a slightly better impression of their courts. But in Brazil, Costa Rica, Dominican Republic, and Uruguay, between 40 percent and 50 percent of people on average have a positive view of the judiciary. Yet even in those countries, judges are not immune from criticism. In Brazil, judges have come under increasing public scrutiny for political bias in the mensalão corruption plot as a result of their refusal to prosecute Lula.” (HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Introduction. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 1-26. pp. 3/4)

⁹⁸⁹ Nos países da América Latina, os índices de confiança no Judiciário e nas Cortes Constitucionais são historicamente baixos: “Another disturbing fact is how poorly the public regards the judiciary. Latino-barómetro surveys allow us to gauge the evolution of public opinion over time and across countries. Overall, the evidence is

fora da região. Por exemplo, o índice de confiança do povo estadunidense no seu Judiciário é de 69%.⁹⁹⁰

Talvez para melhorar a sua relação com a opinião pública, o STF investiu em transparência⁹⁹¹ e, mediante diversos mecanismos, passou a se comunicar mais diretamente com a população, sobretudo mediante julgamentos televisionados⁹⁹², como os transmitidos através da TV Justiça,⁹⁹³ mas também por outros canais, como a Central do Cidadão,⁹⁹⁴ a Rádio Justiça⁹⁹⁵, o Twitter⁹⁹⁶, o YouTube⁹⁹⁷ e o sítio eletrônico do STF, que disponibiliza as

damning. Figure I.1 shows that on average, the percentage of people reporting that they had ‘a lot’ or ‘some’ confidence in the judiciary has varied between a high of just 38 percent to a low of 20 percent. Moreover, average levels of confidence seem actually to have declined over time. During the late 1990s, around 60 percent of those surveyed had ‘little’ or ‘no’ confidence in the judiciary, but in the new millennium, that percentage has risen to over 70 percent.” (HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Introduction. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 1-26. p. 3)

⁹⁹⁰ “One of the most widely touted facts about the rule of law gap in Latin America is how poorly the public regards the judiciary. Latinobarómetro surveys provide us with an overview of the evolution of public opinion about the judiciary over the last decade and across countries. On average, the percentage of Latin American citizens reporting that they had ‘a lot’ or ‘some’ confidence in the judiciary has hovered in the mid-30% range for most of the period, varying between a high of 38% in 1995, the first year for which we have data, and a low of 20% in 2003. Such figures clearly contrast with the American public’s image of the United States Supreme Court today. Friedman, for instance, cites a recent Gallup poll with 69% of the public reporting trust in the judicial branch. Moreover, whereas the judiciary has emerged as the most trusted branch of government in the United States, in Latin America the judiciary routinely scores only slightly higher than the legislature and slightly lower than the executive branch.” (HELMKE, Gretchen. Public Support and Judicial Crises in Latin America. *Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 2, p. 397-411, 2010. p. 398)

⁹⁹¹ Nas instituições brasileiras, desde a redemocratização, há uma tendência de se dar cada vez mais transparência e publicidade às atividades do setor público, sendo possível constatar que os avanços superam os retrocessos.

⁹⁹² Contudo, a leitura de longos acórdãos, escritos em linguagem técnico-jurídica, tem pouco alcance ao público leigo, que busca em comentaristas alguma explicação para o emaranhado de expressões jurídicas.

⁹⁹³ “Os julgamentos do pleno do STF são televisionados ao vivo. A corte comunica-se institucionalmente com o público pela Rádio Justiça, está presente nas redes sociais, recebe manifestações por meio da central do cidadão, convoca audiências públicas para debater temas de relevo sob a sua apreciação e admite a participação de entidades da sociedade civil nos feitos que aprecia, a fim de ampliar o debate neles travados. As palavras e os atos dos ministros são meticulosamente acompanhados pela mídia. Há enorme interesse a respeito das suas opiniões. Suas ações têm grande visibilidade. Suas declarações e votos geram ondas de comentários nas redes sociais. Seus entendimentos são avaliados pela imprensa e julgados pelo público; a mesma imprensa, os mesmos juízes e o mesmo público que se sujeitam ao contágio informacional, ao contágio reputacional, ao efeito manada. De fato, o processo decisório e a vida dos ministros do Supremo têm sido tratados como um espetáculo. E a espetacularização da vida pode facilmente torná-la prisioneira da mídia, da opinião popular e do populismo judicial.” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 402-423, 2017. p. 420)

⁹⁹⁴ A Central permite que os cidadãos em geral entrassem em contato com o Tribunal por e-mail, telefone ou carta, podendo também encaminhar críticas e sugestões para o aprimoramento de seus serviços (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Central do Cidadão STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=centralDoCidadaoAcessoInformacao&pagina=sobreCentralCidadao>>. Acesso em: 9/7/2018)

⁹⁹⁵ BRASIL. Rádio Justiça. Disponível em: <<http://www.radiojustica.jus.br/radiojustica/exibirHome!init.action;jsessionid=JXUmxOhnKEU1LgXjagykq2Ty>>. Acesso em: 9/7/2018.

⁹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Twitter. Disponível em: <https://twitter.com/stf_oficial>. Acesso em: 9/7/2018.

mais diversas informações sobre a Corte, inclusive as previstas na Lei do Acesso à Informação (Lei n.º 12.527/2011).⁹⁹⁸

Contudo, a par desses dados objetivos, para compreender melhor a relação da Corte Constitucional brasileira com a opinião pública, é preciso saber qual é o influxo desta no comportamento dos ministros.

Em pesquisa realizada a partir de entrevistas com ministros do STF, após serem questionados sobre se entendem que a Corte deveria levar em consideração a “vontade popular” ou os “anseios sociais”,⁹⁹⁹ a maioria deles afirmou que entendia que o Tribunal não pode se curvar ao “clamor das ruas”, mas também não deve ignorar a opinião pública.¹⁰⁰⁰

Na prática, é possível observar que, sobretudo em casos de grande repercussão midiática e social, a influência da opinião pública é bastante forte nos julgamentos.¹⁰⁰¹ Se, de um lado, a opinião pública não pode ser sobrevalorizada, de outro, é preciso reconhecer a sua importância.

Nesse tocante, deve-se considerar que o conhecimento de determinado tema se dá a partir de intermediários da informação, geralmente jornalistas. Todavia, a imprensa não é neutra, nem em relação aos fatos que reporta, tampouco no tocante à valoração desses fatos.¹⁰⁰² Além disso, atualmente, sobretudo em razão da rapidez com que as informações circulam, a maior parte da imprensa está mais preocupada com o impacto da notícia e com a agilidade de sua divulgação do que propriamente com o seu conteúdo e veracidade. A

⁹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal.YouTube. Disponível em: < <https://www.youtube.com/user/STF>>. Acesso em: 9/7/2018.

⁹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Central do Cidadão STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=centralDoCidadaoAcessoInformacao&pagina=sobreCentralCidadao>>. Acesso em: 9/7/2018.

⁹⁹⁹ VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. 415 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Alicante; Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Alicante, Brasília, 2015. p. 322.

¹⁰⁰⁰ “Como se pode constatar na maioria das respostas, parece haver uma consciência bastante inequívoca no sentido de que os magistrados da Corte Constitucional, apesar de não poderem nunca se olvidar de seu dever de guarda da Constituição e de sua função contramajoritária, não podem também deixar de prestar atenção à vontade popular expressada de modo legítimo através de múltiplos canais político-sociais (imprensa, manifestações populares, posições de partidos políticos e organismos da sociedade civil, opiniões especializadas que gozam de ampla aceitação na sociedade, etc.). O Tribunal não deve tomar decisões baseando-se em um difuso ‘clamor das ruas’, mas também não deve fechar os olhos para a opinião pública.” (VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. 415 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Alicante; Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Alicante, Brasília, 2015. pp. 325/326)

¹⁰⁰¹ VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. 415 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Alicante; Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Alicante, Brasília, 2015. p. 326.

¹⁰⁰² MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 402-423, 2017. p. 407.

qualidade cede espaço à quantidade, e o conhecimento cede espaço à informação, num mundo em que cada leitor se torna um “comentarista” e divulga a sua opinião, na grande maioria das vezes sem investigar e refletir o problema – aliás, muitas vezes, sem sequer checar se a informação é verdadeira. Ademais, as pessoas parecem estar mais preocupadas em atribuir rótulos e julgar do que buscar analisar a questão em si.¹⁰⁰³

Além disso, o chamado “efeito manada” costuma ocorrer em temas de grande apelo, sobretudo quando despertam as paixões das pessoas, externalizadas em reações imediatas e momentâneas. Nesse contexto, o Judiciário e, particularmente, o STF, por diversas vezes, têm de lidar com a opinião pública formada e replicada rapidamente, sem qualquer tipo de reflexão.

A título de exemplo, uma imensa quantidade de protestos conduziu o *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff, mas pouca discussão houve sobre quem a sucederia no mais alto cargo do país. Na sequência, assumiu o Presidente Michel Temer, e protestos por *impeachment* contra ele também ocorreram, de forma esparsa no país e em diferentes momentos, mas novamente pouca ou nenhuma discussão houve sobre quem seria o seu sucessor, ou se o *impeachment* poderia resolver os problemas políticos e econômicos do país.¹⁰⁰⁴

Outro exemplo que merece ser citado diz respeito à “greve dos caminhoneiros” (ou das empresas transportadoras) em 2018. A opinião pública apoiou em massa essa “greve”,

¹⁰⁰³ “Com esse objetivo, os fatos e seus sujeitos são relatados e construídos com o recurso a estereótipos, tal como nas novelas. As notícias bombásticas trazem heróis destemidos, anti-heróis torpes, políticos corruptos, cidadãos simples idôneos, minorias humildes e oprimidas. Como consequência, o público passa a se relacionar com os fatos como os espectadores interagem com as novelas. A depender do rótulo que recebe um determinado personagem, de como seu papel se encaixa no enredo, a grande massa o terá por culpado ou inocente, torcerá por seu fracasso ou por seu sucesso. E se a decisão final não corresponder à expectativa construída pressionará pela correção do roteiro ou se indignará com seu desfecho.” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 402-423, 2017. pp. 418/419)

¹⁰⁰⁴ Aliás, há evidências de que impeachments presidenciais não conseguem resolver os problemas mais profundos que originaram a crise institucional. Como afirma Aníbal Pérez-Liñán: “Lo que resulta claro, en mi opinión, es que la remoción del presidente generalmente no consigue resolver las causas más profundas que originaron la crisis institucional. La concentración de poder presidencial facilita la corrupción y el abuso y conduce, en tiempos difíciles, a la protesta generalizada y a la interrupción del mandato presidencial. Pero la destitución de un presidente no es suficiente para acabar con una tradición política en la que el Poder Ejecutivo no rinde cuentas a la ciudadanía. Esa misma coalición social que tomó las calles para deponer al mandatario a menudo respalda la concentración de poder en manos de un nuevo presidente que promete (esta vez sí) acabar con la vieja política y la corrupción. Así, el estilo de gobierno que permite al nuevo presidente arrollar a la oposición en tiempos de prosperidad, debilita las instituciones democráticas y compromete nuevamente su supervivencia en tiempos de crisis.” (PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Instituciones, coaliciones callejeras e inestabilidad política: perspectivas teóricas sobre las crisis presidenciales. América Latina Hoy*, Salamanca, v. 49, p. 105-126, Dic. 2008. pp. 124/125)

que se iniciou em 21/5/2018¹⁰⁰⁵ e que teve como consequência a redução do preço do diesel e do estabelecimento de alguns benefícios para empresas transportadoras e caminhoneiros autônomos, mas que, em contrapartida, durante apenas duas semanas, gerou uma grave crise de abastecimento para a população, um prejuízo de aproximadamente R\$ 16 bilhões aos cofres públicos (quer dizer, para toda a sociedade) e perdas incalculáveis a diversos setores produtivos e ao comércio brasileiro¹⁰⁰⁶. Ou seja, o chamado “efeito manada”, que inicialmente gerou grande apoio à paralisação (com bloqueios das principais rodovias do país e uma crise de abastecimento de grandes proporções), motivado por descontentamento com o governo, causou prejuízo bilionário para toda a sociedade, tendo, em contrapartida, gerado esse benefício para empresas transportadoras e caminhoneiros autônomos. Enfim, ao final da paralisação, observou-se que talvez a população não soubesse muito bem a causa que estava apoiando, nem tivesse dimensionado o tamanho dos prejuízos que ela geraria. O que causava grande perplexidade a analistas era o fato de que o apoio popular à greve teve como principais motivações o descontentamento com o governo, a crise econômica, o grande índice de desemprego e a inflação, mas a greve somente causaria a agravação desses problemas.¹⁰⁰⁷

Embora devam ser reconhecidos seus riscos, também é importante observar que a opinião pública possui uma grande força para auxiliar o Judiciário a coibir problemas de corrupção e outras disfuncionalidades na democracia. Nesse sentido, o apoio popular pode ser um fator importantíssimo para que as cortes constitucionais aumentem as suas chances de melhorar as condições democráticas do seu país quando há disfuncionalidades no próprio Judiciário e nos demais Poderes Constituídos. Ou seja, nas situações em que a decisão da corte desagrade o governo ou interesses de políticos influentes, a opinião pública pode ser determinante para o sucesso da revisão judicial.

Em pesquisa empírica, Gretchen Helmke aponta que há um conjunto de dados que leva a concluir que, na América Latina, os ataques políticos contra os tribunais superiores estavam relacionados ao baixo apoio público aos juízes. Aponta, assim, que os baixos níveis de legitimidade popular têm mais peso do que outros fatores de instabilidade judicial

¹⁰⁰⁵ G1. Cronologia: greve dos caminhoneiros. 25/5/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/cronologia-greve-dos-caminhoneiros.ghtml>>. Acesso em: 14/7/2018.

¹⁰⁰⁶ Calcula-se que a greve dos caminhoneiros tenha gerado um prejuízo de mais de R\$ 100 bilhões ao setor produtivo e ao comércio brasileiro (ARAÚJO, Ricardo. Prejuízos com greve dos caminhoneiros ultrapassam 100 bilhões. *Tribuna do Norte*, 3/6/2018. Disponível em: <<http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/prejua-zos-com-greve-dos-caminhoneiros-ultrapassam-r-100-bilha-es/414638>>. Acesso em: 14/7/2018)

¹⁰⁰⁷ LOPES, Marina. In Brazil, a truckers' strike brings Latin America's largest economy to a halt. *The Washington Post*, 26/5/2018. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/world/the_americas/in-brazil-a-truckers-strike-brings-latin-americas-largest-economy-to-a-halt/2018/05/25/fe3f06e6-6026-11e8-b656-236c6214ef01_story.html?noredirect=on&utm_term=.0caaa934447c>. Acesso em: 14/7/2018.

intuitivamente plausíveis.¹⁰⁰⁸ Helmke também mostra que os tribunais superiores latino-americanos que mais sofreram ataques e tiveram crises foram os que tinham menor índice de aprovação popular, e os que tinham maiores índices de aprovação foram os que menos sofreram ataques políticos.¹⁰⁰⁹

Assim, a opinião pública possui grande importância no combate à corrupção e às outras disfuncionalidades na política, seja como apoio à corte constitucional contra altas autoridades e políticos poderosos, seja como mecanismo de fiscalização de juízes constitucionais, aumentando o custo de decisões com base em favorecimentos pessoais, partidários ou ideológicos.¹⁰¹⁰

Desse modo, as chances de uma corte constitucional sofrer constrangimentos aumentam se ela compactuar ou não reagir contra casos de abuso de poder ou corrupção por parte da classe política. Com efeito, é muito difícil que qualquer dos Poderes Constituídos decida sistematicamente de forma contrária à opinião pública e não sofra qualquer

¹⁰⁰⁸ “Although we lack readily available data on how specific judicial decisions map onto public opinion, the Latinobarômetro gives us some sense of how public support for courts in the region has varied over time and across countries. Paired with a unique, cross-sectional, time series data set on political attacks against high courts in the region, which I constructed, I find that low public support for the judiciary is correlated with political attacks against judges. Indeed, low levels of legitimacy appear to have more explanatory power than several other intuitively plausible causes of judicial instability. I then address more general questions of why support and attacks are linked and why, if public support is so central for judicial power, cultivating it often proves elusive.” (HELMKE, Gretchen. Public Support and Judicial Crises in Latin America. *Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 2, p. 397-411, 2010. pp. 397/398)

¹⁰⁰⁹ “Figure 3 shows the distribution of attacks against Latin American high courts by country, combined with the previous data on public support. Roughly consistent with Friedman's thesis, note that countries with the highest frequency of crises are also those that tend to suffer from the lowest public approval ratings: Ecuador, Argentina, Bolivia, and Paraguay. Likewise, judiciaries with the highest public approval ratings have had the fewest attacks (Costa Rica, Colombia, Brazil, El Salvador, Panama, Uruguay, and Dominican Republic). Chile and Venezuela are the only two countries that do not fit the apparent pattern. In the case of Chile, however, it is worth noting that most of the threats did not come to fruition. The fact that the incidence of attacks throughout the region has tended to increase in the last two decades, while public support has generally decreased, is also roughly in line with the central thesis. Of course, from these descriptive data we cannot tell the direction of the causal arrow—it may be that attacks are lowering public support for the courts, not vice versa. Nor can we control for the influence of other plausible explanations for juridical instability.” (HELMKE, Gretchen. Public Support and Judicial Crises in Latin America. *Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 2, p. 397-411, 2010. pp. 402/403)

¹⁰¹⁰ “Afirma-se, igualmente, que as cortes, ao decidirem, avaliam os impactos que determinado entendimento pode produzir sobre a sua legitimidade e credibilidade perante a comunidade e evitam se submeter a certos desgastes. Isso ocorreria porque o Judiciário, paradoxalmente, dependeria dos demais poderes e/ou do apoio da própria opinião pública para fazer valer suas decisões e sua independência no longo prazo. É que o Judiciário não é dotado de poder de coerção. Depende do Executivo para fazer cumprir seus julgados. Não dá a palavra final sobre o seu orçamento, sobre a remuneração dos juízes ou dos serventuários da justiça. Depende, neste ponto, do Legislativo. Executivo e Legislativo são poderes reativos à opinião pública. Portanto, há ônus institucionais importantes em contrariá-la também para o STF.” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 402-423, 2017. p. 416)

consequência negativa por isso. Há evidências empíricas de que, quando as decisões judiciais se afastam muito daquilo que o povo tolera, as chances de represálias à corte aumentam.¹⁰¹¹

No Brasil, a opinião pública é um importante fator externo, que, a partir de 2013, impulsionou a atuação do Judiciário – e, especialmente, do STF – no combate à corrupção nas instituições políticas. Durante os protestos de 2013 e os que se seguiram nos anos subsequentes, a grande maioria dos manifestantes apoiava a Operação Lava Jato. A crítica da imprensa e as manifestações populares colocaram em evidência os casos dos processos criminais contra políticos poderosos, grandes empresários e altas autoridades da República. Com isso, eventuais condutas desviantes de juízes constitucionais seriam colocadas mais abertamente às críticas da população.

Além disso, é preciso considerar que os ministros do STF podem não agir de forma coesa diante da opinião pública. A maior ou menor sensibilidade a ela varia bastante em relação a cada ministro. A opinião pública pode ser vista como uma ameaça à independência judicial, como um aspecto neutro ou irrelevante ou, ainda, como um fator de legitimação da própria atividade judicial.¹⁰¹² Essa sensibilidade de cada ministro à opinião pública também pode variar de acordo com o tipo de questão (ex.: penal e não penal).

Além disso, durante diversos julgamentos realizados pelo pleno da Corte brasileira, foi possível observar investidas de alguns ministros para constranger outros em razão de determinadas posturas e entendimentos, sobretudo quando envolviam poderosos políticos e altas autoridades da República. A título de exemplo, em discussão pessoal que marcou a sessão plenária do STF de 22/3/2018, o Ministro Gilmar Mendes tentou constranger o Ministro Luiz Fux por este não ter pautado o processo relativo ao questionamento do auxílio-moradia concedido aos juízes¹⁰¹³, tentou constranger a então Presidente do STF, Ministra Cármen Lúcia, por não pautar determinados processos e também o Ministro Luís

¹⁰¹¹ “If preceding history shows anything, it is that when judicial decisions wander far from what the public will tolerate, bad things happen to the Court and the justices.” (HELMKE, Gretchen. Public Support and Judicial Crises in Latin America. *Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 2, p. 397-411, 2010. p. 397)

¹⁰¹² “O juiz, por sua vez, pode ser sensível à opinião pública por múltiplas causas. Pode, pessoalmente, considerá-la um grupo de referência relevante para decidir; pode ter o reconhecimento por parte da população como objeto de desejo ou de vaidade; pode até mesmo nutrir silenciosamente a aspiração a ingressar na política majoritária. Não é incomum a mídia brasileira cogitar da candidatura de magistrados com maior projeção junto ao público para a presidência da República e aqueles rigorosos em matéria penal gozam de especial popularidade junto à mídia e aos cidadãos.” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 402-423, 2017. p. 417)

¹⁰¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Originária n.º 1773/DF. Decisão monocrática. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 21/3/2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314033184&ext=.pdf>>. Acesso em: 31/8/2018

Roberto Barroso por uma decisão da sua Turma que concedeu direito ao aborto¹⁰¹⁴, no que foi retrucado por este, partindo-se para uma discussão pessoal.¹⁰¹⁵

Aliás, após os processos da Operação Lava Jato, tornaram-se comuns tentativas de ministros do STF mais “punitivistas” constranger outros mais “garantistas” diante das decisões destes de conceder liberdade ou anular processos contra políticos e empresários poderosos, buscando utilizar a crítica da opinião pública para garantir a punição de processados por corrupção. Aliás, essas tentativas de se utilizar da opinião pública para gerar constrangimentos, inclusive, já transbordaram as sessões de julgamento. A título de exemplo, o Ministro Luís Roberto Barroso, rebatendo a crítica do Ministro Gilmar Mendes (de que “Barroso não sabe o que é alvará de soltura”) afirmou, em entrevista à imprensa, que “[...] o Direito deve ser igual para ricos e para pobres, e não é feito para proteger amigos e perseguir inimigos. Não frequento palácios, não troco mensagens amistosas com réus e não vivo para ofender as pessoas”.¹⁰¹⁶

Isso mostra que, em temas polêmicos e que envolvem políticos importantes, as divergências entre os ministros do STF se acentuam, bem como ficam salientes as relações entre alguns deles e poderosos políticos, muitas vezes decorrente da própria natureza política da nomeação para o cargo, ou de outras relações familiares, profissionais e pessoais.¹⁰¹⁷

Além disso, quando se fala da importância da opinião pública no apoio ao combate à corrupção, também não se pode sobrevalorizá-la. A visão do público acerca da atividade desenvolvida pelos ministros individualmente e também pela Corte Constitucional brasileira se forma a partir da perspectiva de poucos casos julgados, geralmente dos que possuem maior repercussão. Ademais, na maioria das vezes, a impressão dos cidadãos sobre a

¹⁰¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 124306, Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 9/8/2016, processo eletrônico DJe-052, divulg. 16/3/2017, public. 17/3/2017.

¹⁰¹⁵ G1. Discussão acalorada entre Barroso e Gilmar suspende sessão no Supremo. 22/3/2018. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/03/discussao-acalorada-entre-barroso-e-gilmar-suspende-sessao-no-supremo.html>>. Acesso em: 28/6/2018.

¹⁰¹⁶ SADI, Andreia. “Jamais antecipei julgamento”, diz Barroso em resposta a Gilmar Mendes. *G1*, 28/2/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/blog/andreia-sadi/post/2018/02/28/jamais-antecipei-julgamento-diz-barroso-em-resposta-a-gilmar-mendes.ghtml>>. Acesso em: 28/6/2018.

¹⁰¹⁷ SOUZA, Nivaldo de. 6 relações de Gilmar Mendes que expõem sua atuação como juiz. *Nexo*, 18/8/2017. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/08/18/6-rela%C3%A7%C3%B5es-de-Gilmar-Mendes-que-exp%C3%B5em-sua-atua%C3%A7%C3%A3o-como-juiz>>. Acesso em: 6/7/2018. Vide também: UOL NOTÍCIAS. Lava Jato lista relações de Gilmar Mendes com empresários presos e pede suspeição do ministro. *UOL*, 18/8/2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/08/18/lava-jato-recorre-a-pgr-para-impedir-gilmar-mendes-de-decidir-prisao-de-empresarios-do-rio.htm>>. Acesso em: 6/7/2018.

atuação da Corte é formada a partir dos resultados gerados pelos julgamentos, e não propriamente pelos fundamentos jurídicos da decisão.¹⁰¹⁸

De outro lado, a pressão do público não pode ser vista necessariamente como violadora da independência, tampouco como salvaguarda para o controle da Suprema Corte. Mas é preciso considerar que, ao se ajustar às preferências do povo, talvez a própria Corte Constitucional brasileira esteja promovendo a legitimidade de sua atuação, desde que não perca a necessária independência.¹⁰¹⁹

De qualquer forma, o apoio da opinião pública é um importante instrumento para aumentar a capacidade de a Corte Constitucional brasileira melhorar as condições democráticas do país, combater a corrupção no alto escalão das autoridades públicas e também para corrigir outras disfuncionalidades nas instituições, sobretudo quando há fortes ameaças de represálias ou de descumprimento.

Entretanto, é preciso considerar que, ao mesmo tempo em que os tribunais são capazes de construir uma base popular de apoio, eles também seriam capazes de se utilizar da opinião pública para desviar eventuais críticas e possibilidades de controle do poder.¹⁰²⁰ Nesse ponto, deve-se tomar cuidado com a questão da manipulação da opinião pública, seja por atores externos¹⁰²¹, seja pelo próprio tribunal constitucional.¹⁰²² Ainda que se reconheça a importância da opinião pública para que o STF possa eficazmente corrigir problemas de

¹⁰¹⁸ “The evidence to date is that the public pays little attention to judicial decisions, but this may be a good thing. Studies suggest that popular approval of courts may rest on the public’s impressions remote from judicial decisions (Caldeira, 1986; Caldeira&Gibson, 1992). The more the public knows about individual decisions, the more public opinion comes to depend on specific outcomes (Franklin & Kosaki, 1995). On the other hand, as matters now stand, a small number of salient cases tend to have a large impact on public opinion. Perhaps mechanisms for enhancing public understanding of the judicial process would influence attitudes unrelated to specific outcomes.” (BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry. Reconsidering Judicial Independence. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Eds). *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002. p. 9-42. pp. 33/34)

¹⁰¹⁹ “This responsiveness means that judges do change their behavior and that this necessarily influences their decisions on the cases they hear. To the extent these changes in views of the law are applied equally across all cases, we do not view them as unacceptable instances of ‘telephone justice’, even though they do represent judicial responsiveness to broad shifts of public opinion. In adjusting to public preferences, the judiciary maintains its legitimacy without losing its independence in particular cases.” (FRANKLIN, Charles H.. Behavioral Factors Affecting Judicial Independence. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Eds.). *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002. p. 148-159. p. 150)

¹⁰²⁰ “To the extent that courts are able to build a supportive constituency, they will be able to deflect potential challenges to their power.” (HELMKE, Gretchen. Public Support and Judicial Crises in Latin America. *Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 2, p. 397-411, 2010. p. 397)

¹⁰²¹ FRIEDMAN, Barry. Mediated popular constitutionalism. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, Michigan, v. 101, n. 8, p. 2595-2632, 2013. p. 2598/2599.

¹⁰²² SHERRY, Suzanna. Issue Manipulation by the Burger Court: Saving the Community from Itself. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, Minnesota, v. 70, n. 3, p. 611-664, Mar. 1986. pp. 611/612.

disfuncionalidades democráticas, é preciso considerar os riscos de que ele próprio se utilize dela desvirtuadamente.

Assim, deve-se ter cuidado para que o Tribunal Constitucional brasileiro não recaia num populismo constitucional judicial, consistente na utilização de uma retórica populista como instrumento para legitimação de decisões judiciais controversas.¹⁰²³ Em momentos de graves crises na política e baixa sensação de representatividade nos Poderes eleitos, tem sido comum que a população busque “heróis nacionais” ou “salvadores da pátria” em algumas figuras no Judiciário, de modo que qualquer discordância em relação a eles implica “grave heresia”.

A título de exemplo, nos casos dos processos relacionados ao chamado “Mensalão”¹⁰²⁴, ocorrido durante o governo Lula, a figura do “herói nacional” ou do “salvador da pátria” contra a corrupção foi personificada no então Ministro do STF Joaquim Barbosa¹⁰²⁵; nos processos criminais relacionados à Operação Lava Jato, relacionados aos governos Lula, Dilma e Temer, essa figura foi personificada no Juiz Sérgio Moro¹⁰²⁶. Aliás, o

¹⁰²³ Segundo Juan Pablo Sarmiento, o populismo constitucional é a prática política que se apropria progressivamente da Constituição para a converter em um instrumento a serviço de interesses eleitorais e conjunturais de curto prazo, deixando de lado a sua capacidade fundadora e integradora da comunidade política. Assim, de acordo com o autor, o populismo constitucional resulta útil para se construir agendas políticas individuais, responde a conjunturas específicas e a períodos eleitorais, se funda em apropriações simbólicas que deslumbram o eleitorado e permitem uma importante acumulação de capital político, mas edifica uma enganosa capacidade transformadora por intermédio da reforma legislativa ou constitucional (SARMIENTO E., Juan Pablo. El populismo constitucional en Colombia, hacia la instrumentalización simbólica de la Constitución por medio de proyectos de actos legislativos fallidos. *Estudios socio-jurídicos*, Universidad del Rosário, Bogotá, v. 15, n. 2, p. 75-109, dec. 2013. pp. 79/80). Embora o autor, ao definir esse populismo constitucional, se refira aos políticos, ele não é exclusivo da classe política. É possível observar um populismo constitucional judicial. Assim, a utilização de uma retórica populista é utilizada comumente como instrumento para validação de decisões judiciais que invadem a competência dos órgãos políticos. Observa-se que também membros do Judiciário passam a falar para população, pedindo apoio popular, reivindicando legitimidade para determinadas decisões ou afirmando que são mais capazes de captar o sentimento popular em detrimento da classe política, mais preocupada com interesses escusos, egoísticos ou eleitoreiros.

¹⁰²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n.º 470 (Mensalão). Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Acompanhamento Processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11541>>. Acesso em: 20/8/2018.

¹⁰²⁵ “O relator do processo do mensalão no Supremo Tribunal Federal (STF), Joaquim Barbosa, teve uma aparição rápida na cerimônia de posse do novo presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Felix Fischer, nesta sexta-feira. Barbosa foi assediado pela imprensa, mas não quis falar sobre o julgamento. Porém, reagiu bem-humorado quando algumas mulheres presentes no evento disseram que ele era o herói delas. ‘- Que é isso gente. Eu sou um barnabé desse processo’ - respondeu ele. Aos jornalistas, ele se limitou a dizer que espera que o julgamento seja rápido.” (SOUZA, André de. Joaquim Barbosa é chamado de ‘herói’ e diz ser ‘barnabé’. O Globo, 31/8/2012. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/joaquim-barbosa-chamado-de-heroi-diz-ser-barnabe-5969822>>. Acesso em: 23/7/2018)

¹⁰²⁶ “Em mais uma etapa de sua turnê pelos Estados Unidos nesta semana, Sergio Moro foi apresentado como ‘herói nacional’ e ‘celebridade’ em jantar em sua homenagem na maior metrópole americana. [...] Durante o evento, foram exibidas imagens do juiz no telão, de montagens como a que mostra a cara do juiz federal no corpo de um Super-Homem a imagens das passeatas pelo impeachment da ex-presidente petista Dilma Rousseff.” (MARTÍ, Silas. Moro é apresentado como “herói nacional” em evento nos EUA. *Folha de São Paulo*,

próprio Juiz Moro já reconheceu que “o forte apoio da opinião pública brasileira foi crucial”, a qual foi utilizada por ele como “ferramenta” nos processos relacionados à Operação Lava Jato.¹⁰²⁷ Isso talvez possa ser corroborado pelo fato de que, nos casos dos processos criminais relacionados à Operação Lava Jato, o índice de reforma das decisões do Juiz Sérgio Moro é baixíssimo. Com efeito, segundo pesquisa realizada, apenas 3,8% das suas decisões foram modificadas.¹⁰²⁸

Se, de um lado, a opinião pública é um fator importante para que o Judiciário possa implementar as suas decisões contra interesses governistas e de atores políticos influentes, de outro, é preciso considerar que esse é o ambiente em que crescem os riscos do populismo constitucional judicial, pois membros do Judiciário passam a falar diretamente para a população, pedindo apoio popular, reivindicando legitimidade para determinadas decisões ou afirmando que são mais capazes de captar o sentimento popular em detrimento da classe política, mais preocupada com interesses escusos, egoísticos ou eleitoreiros.¹⁰²⁹

17/5/2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/05/moro-e-apresentado-como-heroi-nacional-em-evento-nos-eua.shtml>>. Acesso em: 23/7/2018)

¹⁰²⁷ “Moro reconheceu que o peso da opinião pública foi fundamental para seus julgamentos ao longo da Operação Lava Jato. ‘O forte apoio da opinião pública brasileira foi crucial, como mostrou o vídeo’, disse o juiz, diante da plateia vestindo black-tie. ‘Isso nos deu a força necessária para seguir adiante. Sempre há um risco que políticos e empresários importantes vão tentar obstruir a justiça e nossas ferramentas são a transparência e o apoio da opinião pública’.” (MARTÍ, Silas. Moro é apresentado como “herói nacional” em evento nos EUA. *Folha de São Paulo*, 17/5/2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/05/moro-e-apresentado-como-heroi-nacional-em-evento-nos-eua.shtml>>. Acesso em: 23/7/2018)

¹⁰²⁸ KATTAH, Eduardo; MACEDO, Fausto; BRANDT, Ricardo; CHAPOLA, Ricardo. Cortes superiores revisaram menos de 4% das decisões do juiz Sérgio Moro. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/cortes-superiores-revisaram-menos-de-4-das-decisoes-do-juiz-sergio-moro/>>. Acesso em: 17/10/2017.

¹⁰²⁹ A esse respeito, Diego Arguelhes: “We typically think of courts as victims or targets of populist politics, however we define the latter. Staffed by elites appointed by previous governments, high courts are indeed obvious targets for populist leaders on the rise. To preserve their authority against such threats, courts might adjust their decisions to trends in public opinion, or perhaps “go public” and speak out to the people, adopting public relations strategies to make it harder for politicians to ignore or retaliate against their decisions. In this post, however, I want to sketch an alternative scenario. As general dissatisfaction with representative institutions increases, instead of simply reacting, courts might actively pursue a populist path themselves and claim to speak for the people. General disillusionment with the political establishment is a key ingredient fueling populist leaders and movements. To some extent, going against the establishment and making claims to (better) represent the people is part of electoral politics. Amidst general disillusionment, however, courts can take the lead, beyond publicly defending judicial authority against political attacks. Adopting the populist vocabulary, they can claim to represent and vindicate current majority sentiment against corrupt establishment politicians.” (ARGUELHES, Diego Werneck. *Judges Speaking for the People: Judicial Populism Beyond Judicial Decisions*. Blog of the International Journal of Constitutional Law and ConstitutionMaking.org. May, 2017. Disponível em: <<http://www.icconnectblog.com/2017/05/judges-speaking-for-the-people-judicial-populism-beyond-judicial-decisions/>>. Acesso em: 24/10/2017)

Além disso, ao se preconizar que o STF deve prestar contas à opinião pública, também é preciso se ter cuidado para que a Corte não recaia num constitucionalismo popular.¹⁰³⁰

Portanto, a questão central é encontrar um equilíbrio entre a pouca e a demasiada capacidade de resposta judicial à opinião pública.¹⁰³¹ De um lado, a aproximação entre a opinião pública e o STF poderia ser um importante fator para suprir o seu déficit de legitimidade.¹⁰³² De outro, é preciso considerar os riscos e ter o necessário cuidado para não a seguir cegamente, sob pena de desvirtuar a própria missão constitucional da Corte.

6.4. A atuação do STF na política e os seus impactos para a democracia brasileira

Diversos estudos mostram que a proteção das condições democráticas é uma prioridade para o Judiciário nas democracias contemporâneas e, especialmente, nas em desenvolvimento.¹⁰³³ No Brasil, não é diferente, como se pôde observar acima. Contudo, isso remete de imediato a alguns questionamentos: Quais são os impactos da atuação do STF na democracia, considerando a clássica noção de tripartição de poderes? Qual é o ambiente político em que atua? Como os ministros do STF buscam melhorar a democracia? Eles têm atuado para melhorar o ambiente político, ou, na prática, contribuem para a manutenção das elites políticas existentes e da velha forma de fazer política?

¹⁰³⁰ Aqueles que defendem o constitucionalismo popular, em geral, preconizam que o próprio povo (“people themselves”), e não juízes, devem ter a autoridade democrática para interpretar a Constituição. Esses teóricos consideram a revisão judicial por juízes não eleitos como sendo “contra-majoritária” ou não democrática. Como observa Corey Brettschneider: “Theorists of ‘popular constitutionalism’ seek to ground constitutional interpretation in the democratic value of selfgovernment. They claim that the ‘people themselves’, and not judges, should have the democratic authority to interpret the Constitution. These theorists regard judicial review by elite, unelected judges as being ‘counter-majoritarian’ or undemocratic.” (BRETTSCHEIDER, Corey. Popular constitutionalism contra populism. *Constitutional Commentary*, v. 30, n. 1, p. 81-88, Winter 2015. p. 81)

¹⁰³¹ FRIEDMAN, Barry. Mediated popular constitutionalism. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, Michigan, v. 101, n. 8, p. 2595-2632, 2013. p. 2598.

¹⁰³² Analisando a realidade brasileira, Juliano Zaiden Benvindo constata que o constitucionalismo brasileiro está se incrementando em termos de racionalidade jurídica, mas se enfraquecendo em termos de legitimidade. O autor conclui que, “sem limites, há o contínuo risco do monólogo e da construção arbitrária do conteúdo decisório, o que é um sério ataque à democracia constitucional” (BENVINDO, Juliano Zaiden. Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: um debate sobre os limites da racionalidade. In: GUERRA, Luiz. (Org.). *Temas contemporâneos do direito: homenagem ao bicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Guerra, 2011. p. 560-582).

¹⁰³³ “The protection of democracy is, I believe, a priority for many judges in modern democracies. Judicial protection of democracy in general and of human rights in particular is a characteristic of most developing democracies.” (BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006)

6.4.1. O STF, o ambiente político e a democracia brasileira: a tripartição de poderes revisitada

No Brasil, há diversas pesquisas e trabalhos acadêmicos sobre revisão judicial e democracia, na sua inter-relação. As problematizações geralmente giram em torno da judicialização excessiva, do ativismo do STF, da legitimidade judicial e da politização da Corte Constitucional brasileira. Entretanto, como afirma William Partlett, teóricos constitucionais, estudiosos e juízes talvez estejam fazendo as perguntas erradas quando buscam entender se a revisão judicial é democrática em abstrato. A experiência de direito constitucional comparado mostra que investigar os contextos é fundamental para determinar se tribunais desempenham ou não um papel de melhoramento da democracia. Nesse tocante, como aponta Partlett, alguns tribunais foram bem-sucedidos na melhoria dos processos constitucionais, mas outros não. Desse modo, é preciso analisar, inclusive, as condições para que haja tribunais bem-intencionados e promotores da democracia.¹⁰³⁴

Assim, inicialmente, é necessário investigar como, no Brasil, as instituições políticas trabalham e como os Poderes Constituídos interagem na prática, dentro de determinados contextos, para, somente após, se analisar qual tem sido e qual deve ser o papel do STF na democracia brasileira.

A visão madisoniana de democracia dependia fortemente de que cada um dos Poderes Constituídos fiscalizasse e contrabalanceasse os outros, e de que Estados-membros fiscalizassem e contrabalanceassem o poder federal. Nesse modelo, com instituições ideais, haveria salvaguardas estruturais pelas quais o federalismo e a separação de poderes estabelecidos na constituição poderiam ser autoaplicados. Ocorre que, como afirma David Landau, essa formatação pode funcionar bem se os membros de cada uma dessas instituições possuírem uma forte perspectiva institucionalista e buscarem preservar as prerrogativas institucionais, mas, na prática, essa sistemática pode ser prejudicada por elementos do sistema

¹⁰³⁴ “This survey of comparative experience demonstrates that scholars, judges, and constitutional designers are asking the wrong questions when they seek to understand if unamendability clauses or judicial review in constitution-making are democratic in the abstract. Instead, this experience tells us that context is critical in determining whether courts play a democracy promoting role or not; some courts were successful in improving constitution-making and many others were not. Thus, the important conceptual questions of courts and constitution-making necessarily involve the conditions most likely to forge well-intentioned, democracy promoting courts and the reasons for compliance with these courts’ decisions.” (PARTLETT, William. *Courts and Constitution-Making*. *Wake Forest Law Review*, Wake Forest University School of Law, Winston-Salem, CN, v. 50, p. 921-949, 2015. p. 948)

partidário contemporâneo, que tornam o parlamento indevidamente cooperativo sob condições de governo unificado, ou, ainda, pelos “incentivos” existentes para que legisladores individuais busquem outros objetivos além da elaboração da política nacional. Assim, os mecanismos de separação de poderes e de *checks and balances* podem não funcionar se não houver incentivos para que os atores individualmente os mantenham, ou se os atores que deveriam representar os interesses do Estado não tiverem, na prática, incentivos para fazê-lo.¹⁰³⁵

Além disso, na visão clássica de separação de poderes e de freios e contrapesos, a forma como as instituições exercem seu poder e se controlam baseia-se na falsa percepção de que instituições políticas são atores unitários. Essa até deveria ser a regra e o objetivo a ser perseguido pela classe política. Todavia, a forma como essas instituições políticas funcionam costuma se afastar muito do plano ideal. Como observa David Landau, essas instituições representativas, na prática, são agregados de atores individuais, de modo que deve se prestar mais atenção aos incentivos que movem esses indivíduos e à forma como as suas ações individuais, em conjunto, impactam nas instituições.¹⁰³⁶

No Congresso Nacional brasileiro, pragmaticamente, os interesses partidários e individuais são colocados acima dos institucionais. É comum que as votações ocorram após um acordo de líderes de cada partido nas respectivas Casas Legislativas, em que eles indicam para a sua bancada qual deve ser o sentido da votação em relação a cada matéria. É claro que, por vezes, o líder da bancada libera os parlamentares do respectivo partido para votarem como quiserem, mas comumente existe o direcionamento das lideranças. Ocorre que o governo, em temas de maior interesse e impacto, captura o apoio das lideranças partidárias através de acordos que muitas vezes envolvem barganhas de cargos, emendas parlamentares liberando

¹⁰³⁵ “U.S. constitutional theorists have long argued about whether the constitutional structure is self-enforcing; that is, whether institutions will fend for themselves even absent judicial intervention. Madison's vision relied heavily on a conception that each branch of government would check the others, while the states would check federal power. Some modern theorists have suggested ‘structural safeguards’ whereby either the federalism or separation of powers dimensions of the structural U.S. Constitution might be self-enforcing. Others have critiqued this literature by finding that the proposed mechanisms are unlikely to work. For example, the founders’ vision of an ambitious Congress checking presidential overreaching might work well if members of each branch hold a strongly institutionalist perspective and seek to preserve the prerogatives of their institutions. However, it might be undermined by elements of the modern party system, which make Congress unduly cooperative under conditions of unified government. Or it might be undercut by the incentives of individual legislators to seek goals other than the making of national policy. Similarly, a conception of states defending their interests effectively against an aggressive federal government may be based on mechanisms like political representation in national institutions or influence over national-level parties. Yet those mechanisms may break down if the relevant pathways of influence are weakened, or if the actors who are supposed to represent state interests in fact do not have the incentives to do so.” (LANDAU, David. Political support and structural constitutional law. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, n. 4, p. 1069-1124, 2016. p. 1111)

¹⁰³⁶ LANDAU, David. Political support and structural constitutional law. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, n. 4, p. 1069-1124, 2016. p. 1081.

verbas para congressistas aplicarem em seus Estados, bem como mediante outros benefícios. Desse modo, como os congressistas agem por incentivos – por vezes, não tão republicanos –, a forma de fazer política comumente leva os parlamentares a colocar os seus interesses próprios, de seus partidos e dos Estados que representam¹⁰³⁷ acima dos interesses institucionais e nacionais.¹⁰³⁸ Com efeito, no Brasil, deputados federais e senadores são eleitos pela população de seu respectivo Estado, embora sejam membros de órgão legislativo nacional. Assim, na sua tomada de decisão e na sua participação política, estão mais atentos aos impactos das suas ações e manifestações ao eleitorado local do que em relação aos interesses nacionais.¹⁰³⁹ Isso justifica, inclusive, por que o parlamento brasileiro abdica de legislar quando é alto o custo eleitoral para o congressista votar determinadas matérias.¹⁰⁴⁰

Na clássica noção de tripartição de funções ou poderes, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário buscarão sistematicamente violar a separação dos poderes ao tentarem sobrepor a sua vontade aos demais, de modo que as instituições são criadas para que umas neutralizem

¹⁰³⁷ “Problems of political abdication, however, are not peculiar to the United States. Legislatures in many contexts around the world seem to abdicate their power over national policy making rather than choosing to exercise it, often in exchange for the pursuit of other goals, like local pork. Courts may refuse to exercise power unless the interests of individual judges move in favor of activism. Subnational institutions, finally, often seem to acquiesce in the power grabs of national governments rather than resisting them, in exchange for transfers or other benefits.” (LANDAU, David. Political support and structural constitutional law. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, n. 4, p. 1069-1124, 2016. p. 1081)

¹⁰³⁸ “Yet even in strong party systems like the modern United States, the willingness of a legislature to promote institutional interests seems to depend heavily on whether government is unified or divided. Here, the problem is that partisan interests are promoted above institutional ones. Finally, multimember institutions like legislatures create problems of aggregation: even if all or most members of a legislature are seriously interested in policy, there is no guarantee that the institution as a whole will be a serious policy maker. This might be easiest to see with an extremely fragmented legislature, which contains a large number of parties. Even if all individual legislators in the legislature care deeply about policy, at the institutional level the institution may be incapable of producing coherent policy because the transaction costs of actually producing workable coalitions may be too high.” (LANDAU, David. Political support and structural constitutional law. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, n. 4, p. 1069-1124, 2016. p. 1081)

¹⁰³⁹ “Legislative politics offers an intuitive example. Individual legislators in many places seem to have incentives other than a focus on national policy or the increase in the power of the legislature as a whole. Some party systems (particularly weak party systems) produce incentives for individual legislators to cultivate local followings rather than national ones.” (LANDAU, David. Political support and structural constitutional law. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, n. 4, p. 1069-1124, 2016. p. 1081)

¹⁰⁴⁰ Em relação à separação de poderes, é mais comum que se preste atenção quando uma das instituições avança sobre o espaço que seria da outra. Logo, a abdicação do exercício da função em determinadas questões é, de certa forma, negligenciada. No entanto, essa abdicação das responsabilidades não é um fenômeno inofensivo, pois, pelo contrário, é algo tão preocupante quanto o avanço nas funções da outra instituição. Assim, por exemplo, quando o Legislativo abdica de suas responsabilidades em determinadas questões – comumente quando envolve questões sensíveis, em que o custo eleitoral pode ser elevado –, é comum que a corte constitucional ocupe este espaço e tome a decisão. Isso é problemático, pois, apesar de o tribunal constitucional aparentar a sua força, na verdade revela uma grande fraqueza em termos de capacidade de melhora das condições democráticas, pois denota que a corte constitucional não possui ferramentas eficazes para obrigar o parlamento a legislar. Forçar uma instituição que abdica de seu poder a desempenhar melhor suas funções é bem mais difícil do que impedir uma outra instituição de ultrapassar seus limites e atuar nessa omissão. E o maior problema será gerenciar isso. Por exemplo, uma vez que o Legislativo abdique, em dado caso concreto, de legislar – provavelmente em razão da sensibilidade da questão – e o Judiciário use de ativismo para tomar a decisão que seria do parlamento, será muito difícil gerenciar em quais casos o Judiciário poderá ou não atuar.

as ambições das outras, ou seja, haveria salvaguardas políticas que promoveriam esse equilíbrio entre os poderes. Contudo, é muito simplista essa imagem de que essas três instituições estariam sempre em tensão. Diante disso, como aponta Landau, essas “salvaguardas políticas” não podem ser vistas como um substituto, senão como um mecanismo complementar à revisão judicial.¹⁰⁴¹

Nesse ínterim, um importante papel da corte constitucional é mudar a cultura jurídica, de modo a internalizar a prática de respeito a direitos constitucionais nas instituições e na vida das pessoas, ainda que não se desconsiderem seus riscos e consequências negativas. Dentro de um contexto em que há ampla judicialização da política, como no caso brasileiro, o discurso constitucional entra nos debates legislativos com grande peso. Os legisladores passam a tomar decisões que não tomariam se não houvesse a possibilidade de revisão constitucional. As maiorias legislativas aprovam textos legais levando em consideração uma possível decisão da corte constitucional sobre a matéria. Assim, os legisladores absorvem as normas de comportamento da adjudicação constitucional, bem como o vocabulário, a gramática e os discursos do direito constitucional, dentro dos próprios raciocínios sobre a política.¹⁰⁴²

Em razão disso, as técnicas de julgamento constitucional tenderão a se difundir para além do discurso judicial. Os outros lugares de governança pública passam também a pautar seu trabalho por regras, ferramentas discursivas e modos de raciocínio jurídicos, a fim de que evitem que a política seja censurada posteriormente pela jurisdição constitucional. Desse modo, como bem observa Alec Stone Sweet, passa-se a “governar com juízes”.

¹⁰⁴¹ “U.S. constitutional theorists have usually identified self-enforcement mechanisms as a substitute for judicial review. That is, in the structure of the arguments, they are seen as reasons why the Court need not worry about a robust judicial enforcement of structural elements of constitutional law. But at least in certain contexts, the ‘political safeguards’ literature might have the relationship exactly wrong: rather than ‘political safeguards’ rendering judicial review unnecessary, they might exist in the only situations where judicial review of structural issues might be successful. Rather than being substitutes, then, political safeguards and judicial review may be complements, and structural judicial review in the absence of strong political safeguards will usually fail.” (LANDAU, David. Political support and structural constitutional law. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, n. 4, p. 1069-1124, 2016. p. 1112/1113)

¹⁰⁴² “This is, indeed, what has happened. Legislators today routinely take decisions that they would not have taken in the absence of review, and governing majorities anticipate likely decisions of the court and constrain their behaviour accordingly. In addition, governments and parliaments have developed new practices designed to accommodate the constitutional law, as it is progressively elaborated by the court. Judicialization provokes the emergence and institutionalization of a new kind of legislative politics. It serves to construct and then to perpetuate an expansive discourse about the relationship of constitutional rules to law-making. In this mode of governance, legislators define, express, and pursue their political interests by means of constitutional interpretation and deliberation. Considered in this way, Judicialization is the process by which legislators absorb the behaviour norms of constitutional adjudication, and the grammar and vocabulary of constitutional law, into those repertoires of reasoning and action that constitute political agency. In judicialized politics, legal discourse mediates partisan debate and structures the exercise of legislative power.” (SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000. pp. 202/203)

Portanto, a questão que precisa ser problematizada não é somente o fato de que a judicialização da política gera problemas pela restrição judicial a políticas públicas, mas também o conseqüente de que “governar com os juizes também significa governar como juizes”.¹⁰⁴³

Além disso, é preciso considerar que a revisão judicial poderia, ao menos em tese, reequilibrar as forças políticas dentro do parlamento a favor da oposição e das minorias parlamentares.¹⁰⁴⁴ No parlamento, prevalece a regra da maioria, ou seja, a minoria, em tese, sempre sucumbirá no processo político-deliberativo; no tribunal constitucional, a oposição e a minoria possuem legitimidade de provocar a jurisdição constitucional, razão pela qual, considerando o jogo político, o processo de revisão judicial poderia, ao menos potencialmente, estabelecer maior equilíbrio entre as forças do governo e da oposição, entre maiorias e minorias parlamentares, já que teriam paridade de armas nesta seara. Além disso, a revisão judicial obrigaria o governo e a sua base a participar de um processo cujo resultado não podem – ao menos em tese – controlar.¹⁰⁴⁵

Um outro problema sempre recorrente diz respeito à legitimidade da Corte Constitucional brasileira para, através da revisão judicial, corrigir as disfuncionalidades da democracia e os problemas de corrupção no ambiente da política. Nesse tocante, como aponta Samuel Freeman, se a democracia for compreendida não apenas como uma forma de governo, mas também como uma forma de soberania popular, é possível conceber a revisão judicial, prevista constitucionalmente, como uma instituição democrática legítima, pois pessoas livres e iguais escolheram a revisão judicial como um dos mecanismos constitucionais para proteger seus direitos básicos.¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴³ SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 204 (tradução livre).

¹⁰⁴⁴ De outro lado, se o partido da oposição chegar ao governo, estará preso no mesmo conjunto de restrições que antes se beneficiara, bem como estará sujeito a um tribunal constitucional cujos membros foram nomeados pelos seus antecessores (SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000. pp. 198/199).

¹⁰⁴⁵ No mesmo sentido: “The rules governing the exercise of constitutional review differ radically from the rules governing parliamentary decision-making. This difference is exactly what attracts the opposition to the court, since under majority decision rules, the opposition always loses. Because the court is not a parliamentary chamber, but a judge of the constitution, the move to the constitutional review stage recasts the strategic environment in which legislators find themselves. [...] At this point, it is enough to note that the referral instantaneously redistributes political initiative in the opposition’s favour, and reduces the influence of the government and the parliamentary majority over legislative outcomes. The government and its majority are placed on the defensive, forced to participate, as a co-equal party, in processes that they can neither block nor control.” (SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 198)

¹⁰⁴⁶ “It has long been argued that the institution of judicial review is incompatible with democratic institutions. This criticism usually relies on a procedural conception of democracy, according to which democracy is essentially a form of government defined by equal political rights and majority rule. I argue that if we see

Além disso, é preciso considerar que a legitimidade de um agente político não advém somente do voto popular, mas da própria forma como o mandatário exerce a sua função. Se o poder for exercido de forma contrária aos interesses do povo e da nação, não será legítimo. A legitimidade não deve ser analisada apenas sob a sua concepção formal, como algo inerente às decisões dos Poderes eleitos, pelo simples fato de terem sido eleitos. É necessário analisar, na prática, se as instâncias político-deliberativas estão cumprindo a sua missão constitucional, ou seja, se estão sendo efetivamente representativas.¹⁰⁴⁷

Entretanto, também é preciso considerar as contingências e as limitações da Corte Constitucional brasileira, na medida em que o índice de confiança da população no Judiciário é baixo,¹⁰⁴⁸ que o STF não é indene à política, que há relações de ministros da Corte – ao

democracy not just as a form of government, but more basically as a form of sovereignty, then there is a way to conceive of judicial review as a legitimate democratic institution. The conception of democracy that stems from the social contract tradition of Locke, Rousseau, Kant and Rawls, is based in an ideal of the equality, independence, and original political jurisdiction of all citizens. Certain equal basic rights, in addition to equal political rights, are a part of democratic sovereignty. In exercising their constituent power at the level of constitutional choice, free and equal persons could choose judicial review as one of the constitutional mechanisms for protecting their equal basic rights. As such, judicial review can be seen as a kind of shared precommitment by sovereign citizens to maintaining their equal status in the exercise of their political rights in ordinary legislative procedures.” (FREEMAN, Samuel. *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review*. *Law and Philosophy*, New York, v. 9, n. 4, p. 327-370, nov. 1990. p. 327)

¹⁰⁴⁷ “Pretende-se demonstrar, por meio deste ensaio, que a interação entre os diferentes poderes do Estado e a sociedade que pretendem normatizar é mais complexa do que o esquema tradicional de separação de poderes que habita o imaginário de tais críticos. A mera eleição pelo voto popular não assegura uma atuação efetivamente representativa e, portanto, legítima (segundo o critério acima), por parte das instâncias majoritárias. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal pode servir de espaço à expressão de pleitos majoritários, a despeito de não se compor de ministros eleitos. Como se verificará ao longo deste ensaio, é inadequado definir um critério estático e, sobretudo, formal —consistente na eleição pelo voto popular ou em uma concepção ortodoxa de separação dos poderes - para aferir a legitimidade de uma decisão. Todos os poderes falham, todos os poderes respondem perante a opinião pública e segui-la também envolve seus riscos.” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 402-423, 2017. p. 404)

¹⁰⁴⁸ Em pesquisa que mede o índice de confiança nas instituições, verificou-se que, dentre as 13 instituições consideradas, o Judiciário ficava em 7º lugar (com 29%), atrás das Forças Armadas (59%), da Igreja Católica (57%), da Imprensa (37%), mas à frente das instituições políticas. Com efeito, os piores índices de confiança foram constatados em relação à Presidência da República (11%), ao Congresso Nacional (10%) e aos Partidos Políticos (7%). (RELATÓRIO ICJ BRASIL. Brasil: Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11220/Relat%3%b3rio%20ICJBrasil%20-%201%2%ba%20Semestre%20-%202013.pdf?sequence=1>>. Acesso em 5.10.2017. p. 15)

menos, de alguns – com atores políticos¹⁰⁴⁹ e que alguns membros do Supremo possuem impopularidade comparável à classe política¹⁰⁵⁰.

De maneira geral, estudiosos que analisam a questão do ponto de vista do direito comparado afirmam que a revisão judicial mais ampla se justifica em certos países e em determinados contextos e matérias, mas não em outros. E há evidências empíricas de que, em alguns países, tribunais constitucionais foram bem-sucedidos no sentido de melhorar a qualidade de suas democracias e, inclusive, aumentar a deliberação pública.¹⁰⁵¹ Como já se expôs, em contextos de democracias menos maduras, como a brasileira, uma maior atuação da corte constitucional talvez se faça necessária, no sentido de corrigir as disfuncionalidades democráticas e combater a corrupção na política.

E é nessa perspectiva que se deve investigar se a Corte Constitucional brasileira conseguiria melhorar as condições democráticas em situações em que a decisão contraria interesses do governo, da classe política ou de atores políticos relevantes¹⁰⁵², quando o poder jurídico e a independência da Corte são colocados em xeque.

¹⁰⁴⁹ “A Polícia Federal apresentou registros de uma conversa telefônica entre o senador afastado Aécio Neves (PSDB-MG) e o ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF) combinando supostas articulações para a tramitação do projeto de lei que endurece as punições para autoridades que cometem abuso. A gravação foram feitas, segundo a PF, dentro das investigações da Operação Patmos, que tem como foco endereços e pessoas ligadas a Aécio no Rio, em Brasília e em Belo Horizonte.” (G1. Em transcrição de áudio da PF, Aécio pede ajuda a Gilmar Mendes sobre Lei de Abuso de Autoridade. 19/5/2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/em-transcricao-de-audio-da-pf-aecio-pede-ajuda-a-gilmar-mendes-sobre-lei-de-abuso-de-autoridade.ghtml>>. Acesso em: 30/10/2017).

¹⁰⁵⁰ “Depois de ser hostilizado pelo colega de Supremo Tribunal Federal, Luiz Roberto Barroso, o Ministro Gilmar Mendes foi xingado de ladrão e outros adjetivos no Pacaembu, onde assistia partida entre Santos e São Paulo, no último sábado. O vídeo, assim como o da briga institucional, foi parar nas redes sociais.” (CIPRIANI, Juliana. Gilmar Mendes é xingado de ‘ladrão’ e ‘corrupto’ no Pacaembu; veja vídeo. *Correio Braziliense*. 30/10/2017. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2017/10/30/internas_polbraeco,637427/gilmar-mendes-e-xingado-de-ladrao-e-corrupto-no-pacaembu-veja-vid.shtml>. Acesso em: 30/10/2017)

¹⁰⁵¹ “Moreover, there is reason to think that something similar seems to be taking place in other systems that have introduced systems of constitutional adjudication. Since the Second World War, a growing number of countries have adopted such systems throughout the world. Some of these courts may not have been very effective, of course, and it is too early to say precisely which ones will ‘succeed’ in Friedman’s sense in enhancing the quality of their democracies. But we have argued that at least in Germany, Italy, and France, the CC’s have been involved in generating dialogue with other governmental departments and sometimes with the people themselves. [...] Having made these qualifications, it appears plausible that Friedman’s hypothesis - that a countermajoritarian power can increase public deliberation - has much to be said in its support.” (FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. The Countermajoritarian Opportunity. *Journal of Constitutional Law*, Philadelphia, v. 13, n. 2, p. 353-396, December 2010. pp. 394/395)

¹⁰⁵² Esse é um fator que determina o próprio grau de desenvolvimento do Estado de Direito e da Democracia. Nesse sentido: “‘Public authorities’ compliance with judicial decisions is a topic of empirical concern and theoretical importance. If courts’ rulings are not adhered to, they cannot constrain public authorities effectively, compromising courts’ contributions to politics and policy making. More broadly, compliance by political leaders is a central aspect of the rule of law, undergirding and reinforcing the institutional framework for legality and constitutionality. Further, compliance is often considered to be vital to democracy and the democratic process.” (KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew M.. Compliance: Conceptualizing, Measuring, and Explaining Adherence to Judicial Rulings. *Law & Social Inquiry*, v. 38, n. 4, p. 803-835, Fall 2013. p. 803)

6.4.2. A atuação do STF na política e na democracia: problemas e desafios

A crise política que se iniciou em 2013 mostrou que havia um grande déficit de legitimidade nos Poderes eleitos, diante de graves problemas de representação. Aliás, há bastante tempo são constatados baixos índices de identificação dos brasileiros com partidos políticos.¹⁰⁵³ Além disso, em diversas pesquisas realizadas no contexto da crise política, a maioria das pessoas dizia não se sentir representada por partido nem pela classe política brasileira.¹⁰⁵⁴ Ademais, em diversas das manifestações populares no período, os principais motivos para as pessoas irem às ruas protestar foram o apoio ao combate à corrupção e o descontentamento contra os políticos em geral.¹⁰⁵⁵ Ter manifestações populares pedindo a saída dos chefes do Executivo e dos presidentes das duas Casas Legislativas a partir de 2013 não é algo que acontecesse rotineiramente no Brasil. Da mesma forma, apesar das diversas crises políticas, não é corriqueiro ter, como ocorreu em 2015, o mandato de uma Presidenta da República cassado pelo Congresso Nacional, um Presidente da Câmara dos Deputados

¹⁰⁵³ Em pesquisa comparada, Mauricio Morales Quiroga mostra que, no Brasil, há um baixo índice de identificação partidária das pessoas, bem como partidos com poucas raízes sociais: “Por otro lado, hay países con bajos niveles de volatilidad y bajos porcentajes de identificación partidaria como Chile y Brasil. Esto plantea un desafío teórico no menor que ha sido enfrentado por Zucco (2009), definiendo como sistemas de partidos ‘hidropónicos’ aquellos caracterizados por baja volatilidad y baja identificación. Es decir, sistemas estables en términos de competencia electoral, pero con partidos de débiles raíces societales.” (QUIROGA, Mauricio Morales. Identificación partidaria y crisis de representación: América Latina en perspectiva comparada. *Revista de Ciencias Sociales*, Maracaibo, Venezuela, v. 17, n. 4, p. 583-597, octubre-diciembre 2011. p. 584)

¹⁰⁵⁴ Quando indagados sobre quais as reivindicações que os levavam às ruas, 38% dos entrevistados apontaram a questão do transporte público como *primeiro motivo* de mobilização, sendo que, na sequência, aparecem as reivindicações por mudanças no ambiente político (30%). Quando considerada a soma de todas as questões mencionadas pelos manifestantes, 65% reivindicavam mudanças no atual ambiente político, 54% no transporte público e 37% na área da saúde. Na pesquisa de campo, o IBOPE Inteligência ouviu 2002 manifestantes em oito capitais brasileiras (São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Fortaleza, Salvador e Distrito Federal), no dia 20 de junho. Segundo a pesquisa, a margem de erro é dois pontos percentuais e o intervalo de confiança é 95%. (IBOPE. 89% dos manifestantes não se sentem representados por partidos. 25/06/2013. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/89-dos-manifestantes-nao-se-sentem-representados-por-partidos.aspx>>. Acesso em 25/7/2018)

¹⁰⁵⁵ O IBOPE realizou pesquisa de campo, nos dias 19 e 20 de junho de 2013, com 1008 pessoas. Indagados sobre se sabiam ou ouviram falar dos motivos das manifestações, 59% afirmou que um dos fundamentos era o aumento das passagens do transporte público; 32% que era um movimento contra a corrupção; 31% que as reivindicações tinham na pauta maiores investimentos na educação; 18% disseram que as manifestações eram contra os políticos em geral; 18% contra as empresas de ônibus; e 18% contra a inflação. Dos entrevistados, apenas 6% haviam participado das manifestações. Tal pesquisa foi realizada com 1008 pessoas e não foi induzida, ou seja, não havia respostas prontas, sendo colhidas as respostas dadas espontaneamente pelos entrevistados. (IBOPE. Pesquisa de opinião pública sobre as manifestações. Junho de 2013. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/JOB_0948_BRASIL%20-%20Relatorio%20de%20tabelas.pdf>. Acesso em 25.7.2018. p. 55)

afastado, cassado e, depois, preso e um Presidente do Senado investigado.¹⁰⁵⁶ Nesse contexto, parece se justificar uma intervenção maior da Corte Constitucional, no sentido de coibir o mau uso do poder, ainda que se considere que, no Judiciário, a fetichização do poder também pode ocorrer.¹⁰⁵⁷

Além disso, o problema da capacidade institucional do STF de melhorar a democracia também precisa ser analisado a partir da análise da sua atuação em dois aspectos básicos da jurisdição constitucional, quais sejam, na proteção de direitos fundamentais e no arbitramento de conflitos políticos.

No Brasil, o argumento de legitimação do STF pela proteção de direitos fundamentais dos cidadãos, é, pragmaticamente, supervalorizado, na medida em que, do ponto de vista empírico, não se observa grande atuação nesta seara. Essa realidade, aliás, não é peculiaridade da Corte Constitucional brasileira. Até mesmo tribunais constitucionais conhecidos pelo sucesso da revisão judicial, como o dos EUA, enfrentam mais dificuldades ou têm menos estímulos para a adjudicação de direitos do que para atuar em questões relativas ao arbitramento de conflitos políticos entre os Poderes Constituídos e entre os diferentes níveis de governo.¹⁰⁵⁸

Além disso, é preciso observar que diversas questões importantes para a sociedade e que estão cercadas de muita divergência – como as que envolvem questões de gênero, direitos do público LGBT, aborto etc. – deixam de ser discutidas no Legislativo, mas encontram espaço para serem reivindicadas no Judiciário, o que não implica necessariamente que este seja o fórum mais adequado para discuti-las ou que a sua decisão seja melhor que a do Legislativo.

¹⁰⁵⁶ “Afirmar que as instâncias majoritárias podem não ser efetivamente representativas não constitui propriamente uma revelação no momento atual de nossa história constitucional. O ano de 2015 foi marcado por uma Presidente da República impedida pelo Congresso Nacional, por um Presidente da Câmara dos Deputados afastado e posteriormente cassado, por notícias de investigações criminais envolvendo o Presidente do Senado e pela descrença generalizada nas instituições majoritárias. Sem qualquer pretensão de exaurir as múltiplas causas responsáveis pelas disfunções do nosso sistema democrático, algumas dessas causas são de fácil identificação.” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 402-423, 2017. p. 405)

¹⁰⁵⁷ É possível observar que, em democracias menos maduras – como as da América Latina e, particularmente, a do Brasil –, problemas de corrupção não são incomuns. Entretanto, ao mesmo tempo que se observa a importância do Judiciário como mecanismo de controle e de combate à corrupção, é preciso levar em consideração que, no Judiciário, o mau uso do poder também pode ocorrer, o que pode agravar o seu problema de legitimidade das instituições.

¹⁰⁵⁸ SHAPIRO, Martin. Judicial Review in Developed Democracies. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005. p. 5-18. p. 14.

De outro lado, a revisão judicial é, sem dúvida, um dos grandes mecanismos de controle do Executivo e do Legislativo. Em relação ao arbitramento de conflitos políticos, há evidências empíricas de que a revisão judicial produz resultados, podendo ser neutra, ser utilizada para apoiar o regime ou mesmo para derrubá-lo.¹⁰⁵⁹ Dentro de uma métrica internacional, comparativamente aos demais países da América Latina¹⁰⁶⁰, é possível dizer que a Corte Constitucional brasileira foi mais atuante no controle do Poder Executivo – considerando a tendência dos presidentes de centralizar poder e de governar editando atos normativos.¹⁰⁶¹

A esse respeito, nos anos de 1992 e 2016, a Corte brasileira garantiu os processos de *impeachment* de dois Presidentes da República e, no meio da crise que se instaurou em 2013, suspendeu mandatos parlamentares e decretou a prisão de diversos políticos por crimes relacionados à corrupção – ainda que a sua atuação não tenha sido uniforme para todos os casos.

Nesse tocante, outro fator que merece ser considerado diz respeito à sua atuação quando envolve direitos e prerrogativas de partidos minoritários e de oposição, em contraposição a partidos majoritários ou que compõem a base governista. É possível observar que os partidos da oposição representam o percentual de 90% das ADIs propostas por partidos políticos.¹⁰⁶² No entanto, o índice de sucesso de partidos políticos em ADIs é baixíssimo.

¹⁰⁵⁹ Tom Ginsburg afirma que a revisão judicial é um produto da democratização e que, sem democracia, a revisão judicial teria pouco sentido do ponto de vista das autoridades políticas (GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies*. New York: Cambridge University Press, 2003. pp. 261/262). Contudo, analisando a realidade dos países da América Latina, talvez fosse mais correto dizer que, mesmo em regimes autoritários ou menos democráticos, a revisão judicial produz resultados.

¹⁰⁶⁰ Na América Latina, no entanto, a necessidade de diversas reformas no plano econômico que se seguiram ao período pós-ditadura passaram a ser feitas por decretos dos Presidentes, o que corroe em grande medida o papel do Legislativo e também a função de controle que deveria ser exercido pelo Judiciário. Com efeito, o Judiciário, e particularmente o tribunal constitucional, teria de fazer um controle após já implementada determinada política-econômica, o que dificultou em grande medida que o Judiciário desempenhasse o seu papel. Além disso, os Presidentes procuraram, pelo processo de nomeação, formar aliados políticos nos tribunais constitucionais, que não obstaculizassem as reformas econômicas (SANTISO, Carlos. *Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability*. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005. p. 117-143. p. 118).

¹⁰⁶¹ Após a redemocratização, a maioria das democracias da América Latina optaram por sistemas presidencialistas de governo, bem como estabeleceram os decretos executivos como um mecanismo para governar. Ocorre que os Decretos Executivos são mecanismos que ampliam muito os poderes do Presidente da República em detrimento do Legislativo, dando uma certa autonomia para o Executivo governar e elaborar políticas públicas. Desse modo, na América Latina, os poderes de revisão judicial desses instrumentos são indicadores importantes na medição do desempenho judicial. Por exemplo, na sua função de corrigir disfunções democráticas, o impacto da atuação do Judiciário sobre o processo político também pode ser medido, nos sistemas presidencialistas dos países da América Latina, pelo impacto da revisão judicial sobre decretos do Executivo.

¹⁰⁶² “Political parties file more than one-third of all federal ADINs, and of these, 90 percent are filed by opposition parties. Professional associations file another one-fifth of ADINs: of these, 60 percent are filed by

Isso poderia ser explicado pela tendência da Corte Constitucional brasileira de beneficiar as maiorias políticas e os interesses do governo, havendo algumas evidências empíricas disso, como já demonstrado. Contudo, também é preciso considerar outro fator que influencia sobremaneira esse dado estatístico, qual seja, o fato de que a oposição e as minorias políticas, em várias oportunidades, ajuízam ações no STF sabendo, de antemão, que possuem pouca ou quase nenhuma chance de sucesso, mas mesmo assim o fazem para ganhar exposição midiática e mostrar à sua base eleitoral que foram até a última instância defendendo a questão.¹⁰⁶³

De outro lado, é importante analisar a real capacidade de o STF melhorar as condições democráticas quando tem de enfrentar elites políticas ou interesses governistas, sobretudo diante da crise política que se iniciou em 2013, a qual realçou os poderes, os limites e as deficiências da Corte. Embora a teoria dos diálogos interinstitucionais tenha um papel importante como paradigma, a deliberação interinstitucional, na prática, parece não ter ocorrido inteiramente às claras, de modo que as motivações verdadeiras nem sempre foram externalizadas nas decisões.¹⁰⁶⁴

A esse respeito, sobretudo em questões estruturais ou que geram impacto na classe política, o STF – assim como os tribunais constitucionais em geral – costuma fazer um cálculo estratégico de como suas decisões serão recebidas, analisando o intervalo de tolerância em que ficará mais fácil o seu cumprimento. Ao confrontar os interesses de maiorias concertadas, será bastante provável que os prejudicados por essa decisão tentem descumpri-la diretamente, contorná-la ou buscar alguma forma de retaliação ao Tribunal. Por isso, observa-se a utilização de certo pragmatismo envolvendo o cálculo estratégico pela Corte Constitucional brasileira quando as suas decisões podem contrariar interesses governistas ou de elites políticas.

professional unions with public sector ties, who were frequently allied with opposition parties during the period analyzed (1988–2002).” (TAYLOR, Matthew M. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014. pp. 84/85)

¹⁰⁶³ Com efeito, a oposição, derrotada no processo político deliberativo, pode recorrer ao tribunal constitucional apenas com o objetivo de aumentar a sua exposição e marcar sua posição para o seu eleitorado. Nesse sentido, também Ran Hirschl: “Conversely, political oppositions may seek to judicialize politics (for example, through petitions and injunctions against government policies) in order to harass and obstruct governments. ‘At times, opposition politicians may resort to litigation in an attempt to enhance their media exposure, regardless of the actual outcome of litigation’. A political quest for legitimacy often stands behind the transfer of certain regime-change questions to courts.” (HIRSCHL, Ran. *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*. *Fordham Law Review*, New York, v. 75, n. 2, p. 721-753, nov. 2006. pp. 744/745)

¹⁰⁶⁴ Como afirmam Juliano Zaiden Benvindo e Rafael Estorilio, a interação entre poderes é “trabalhada nos bastidores”, o que permite que “o STF possa barganhar seus interesses corporativos, enquanto busca legitimar decisões dos outros poderes por meio de técnicas argumentativas que ofuscam sua verdadeira motivação”. (BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. *O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo*. *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017. p. 176)

Se, de um lado, pode ser altamente criticável a atuação do STF nas situações em que se curvou às elites políticas e ao governo, de outro, em determinados casos, talvez tenha atuado de maneira realista, para evitar desgastes desnecessários que pudessem colocar em xeque a autoridade das suas decisões. Aliás, esse cálculo estratégico é utilizado mesmo em tribunais constitucionais que têm ocasionado melhorias nas condições democráticas confrontando elites políticas.¹⁰⁶⁵ Com efeito, os exemplos de tribunais constitucionais bem-sucedidos, que conseguiram melhorar as condições democráticas de seus países, demonstram que é preciso ser realista e avaliar quais as opções políticas que são viáveis, a fim de que a própria autoridade da corte constitucional não seja desnecessariamente fragilizada.¹⁰⁶⁶

Entretanto, se o Tribunal Constitucional brasileiro simplesmente se curvar às elites políticas e deixar de implementar melhorias no sistema político e na democracia, o seu próprio papel constitucional pode perder sentido. Além disso, embora, a curto prazo, possa ser até justificável, para evitar retaliações e desgastes, a longo prazo a Corte restará enfraquecida, pelo seu baixo desempenho na sua função de melhorar as condições democráticas e corrigir disfuncionalidades. Ademais, como afirma Willian Partlett, o papel ativo da corte constitucional na melhoria da política ajuda a tornar mais provável que os atores políticos respeitem a revisão judicial.¹⁰⁶⁷

No Brasil, fazendo-se um balanço geral da atuação do STF para melhorar a democracia e o ambiente político, são inegáveis alguns avanços, sobretudo no combate à

¹⁰⁶⁵ “This strategic element is clearly important in the judicial review of constitutional amendment. In these cases, courts are taking on concerted majorities; thus, courts must be very careful to ensure that they do so pragmatically by engaging in ‘strategic calculations about how their decisions are likely to be received’. We can see pragmatism emerge in the three courts under investigation here. For instance, in one of the landmark basic structure cases, the Indian Supreme Court struck down a key jurisdiction-stripping amendment but made sure to avoid a head-on confrontation with the current Prime Minister, Indira Gandhi. Furthermore, the basic structure doctrine itself in India is notoriously unclear-this lack of clarity helps to ensure that the court can apply it flexibly. The Colombian Constitutional Court has developed a five-factor test to determine if a constitutional amendment is constitutional. This is another example of a ‘context-sensitive, multifactor test’ that allows courts to balance flexibility and principle in the review of constitution-making. Finally, the Colombian Constitutional Court has also been careful to intervene before popular action has been taken-such as through a referendum vote-in order to reduce collisions with the expressions of popular will.” (PARTLETT, William. Courts and Constitution-Making. *Wake Forest Law Review*, Wake Forest University School of Law, Winston-Salem, CN, v. 50, p. 921-949, 2015. p. 946)

¹⁰⁶⁶ “Political instinct is not a purely irrational act or, in Bickel's words, a 'craftsman's inarticulate feet'. Empirical evidence about the level of public support the court enjoys and the historical record of the court's political interactions can help the court to gauge what political choices are viable. But this is not an issue that a court can engage in public. A constitutional court needs, in sum, enough political ammunition to make itself respected. If that is not the case, it should back off, to an acceptable measure, from its ideal conclusions of principle. Such considerations do not only explain the successful political role played by the South African Constitutional Court, but should inspire more realistic normative theory.” (MENDES, Conrado Hübner. Fighting for Their Place: Constitutional Courts as Political Actors. A Reply to Heinz Klug. *Constitutional Court Review*, Claremont, Cape Town, South Africa, v. 3, p. 33-44, 2010. p. 40)

¹⁰⁶⁷ PARTLETT, William. Courts and Constitution-Making. *Wake Forest Law Review*, Wake Forest University School of Law, Winston-Salem, CN, v. 50, p. 921-949, 2015. p. 948.

corrupção na política. Todavia, embora pudesse ter se firmado, sobretudo a partir de 2013, como garantidor da democracia e de uma nova política, menos corrupta e mais republicana, a imagem que passou para a população foi a de um Tribunal poderoso, mas vulnerável; capaz de combater a corrupção, mas com leniência em relação a alguns políticos. Além disso, mostrou ser um Tribunal altamente dependente da discricionariedade de cada ministro, isoladamente considerado, o que deixou o destino de algumas ações e réus praticamente ao acaso (sorteio do relator).

Nesse tocante, é preciso avançar muito no controle do poder individual de cada ministro do STF. Os riscos de se ter como juízes da Suprema Corte indivíduos irresponsáveis, incompetentes ou aventureiros não é exclusividade do sistema brasileiro. O que é surpreendente no caso da Suprema Corte brasileira é que ainda não tenham sido encontrados mecanismos para mitigar os danos que seus ministros podem individualmente causar.¹⁰⁶⁸ Assim, fica evidente a necessidade de se criar instrumentos para que, se uma decisão individual controversa for dada, seja possível haver a imediata deliberação pelo colegiado, de modo a corrigir de plano o ato individual ou, então, insistir na decisão, mas com a deliberação judicial colegiada.

Ao se colocar como guardião da Constituição, o STF gera nos cidadãos expectativas de que contribuirá para uma nova política, isenta de corrupção. Todavia, na realidade, o seu comportamento e as suas decisões parecem contribuir, em diversos casos, para a perpetuação da *velha política*.¹⁰⁶⁹ Embora a tentativa de alguns ministros de contribuir para a mudança na forma de fazer política, grande parte das decisões da Suprema Corte brasileira parece ir no sentido da preservação do *status quo*.

¹⁰⁶⁸ “This system of independent judges within a dependent judiciary, whatever its merits, creates certain kinds of characteristic tensions within the constitutional order. For example, individual judges are quite free to decide cases without fear of negative personal consequences, even if the predictable result of such decisions is quite negative for the judiciary as a whole, and, indeed, for the exercise of the judicial power. In a sense, politically controversial decisions—whether they are internally welljustified or not—are collective bads from the point of view of the judiciary. Given the threat to all judges of having irresponsible, incompetent, or adventurous individuals sitting on the bench as judges, it is probably no surprise that the judiciary has found ways to mitigate the damage that any individual judge can do, and to make sure that if a controversial step is to be taken, it is taken with adequate judicial deliberation.” (FEREJOHN, John. Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 72, n. 2 & 3, p. 353-384, January & March 1999. p. 362/363)

¹⁰⁶⁹ “O STF apresentou-se, nesse contexto, como o *novo*, embora *velho*; como promotor da *nova política*, embora ainda garantidor da *velha política*; como o *guardião da democracia*, embora também atuando como um dos *artífices da preservação do status quo*. É nesse paradoxo de expectativas e realidades que o STF, apesar de suas profundas disfuncionalidades, ganha notoriedade como um agente da política e se apresenta como um forte estrategista nas disputas constantes por poder na jovem democracia brasileira.” (BENVINDO, Juliano Zaiden; ACUNHA, Fernando José Gonçalves. O papel da política na atuação das Cortes Supremas. *Novos estudos*, CEBRAP, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 57-79, jan.–abr. 2018. p. 76)

Esse comportamento se assemelha mais ao que José Rodrigo Rodriguez denomina de “zonas de autarquia”¹⁰⁷⁰, que permitem “manobras levadas adiante pelos detentores de posições de poder que visam congelar instituições postas”.¹⁰⁷¹ Embora com alguns avanços, ainda existe um longo caminho para que o STF se torne um “tribunal de boa governança”, no sentido de se impor com “compromissos de atitude”.¹⁰⁷²

Desse modo, parece haver, em torno do STF, um poder simbólico hipertrófico¹⁰⁷³, na medida em que existe uma grande tensão entre as aspirações permanentemente crescentes e inconclusas daquilo que se quer que a Corte realmente faça e aquilo que ela representa e é capaz de fazer. O STF mostrou ser um órgão importante, mas com uma capacidade ainda limitada para implementar um ganho substancial em termos de melhoria das condições democráticas ou de impedir que elites políticas abusem do seu poder.¹⁰⁷⁴

Enfim, as promessas constitucionais de que a Corte Constitucional brasileira seja a guardiã da Constituição ainda estão longe de ser cumpridas.

¹⁰⁷⁰ “No Brasil, a criação de zonas de autoarquia está ligada a uma falsa justificação das decisões judiciais (e de poder em geral) com fundamento em argumentos exclusivamente personalistas e em conceitos ou raciocínios naturealizados. Ambos os procedimentos têm o potencial de retirar da esfera pública a possibilidade de debater as razões para decidir e a justificativa do desenho do Estado, tornando ambas completamente imunes ao debate racional e pública. Além disso, eles parecem guardar semelhanças com manobras parecidas, noticiadas pela teoria social em outras realidades e contextos.” (RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 21)

¹⁰⁷¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 21.

¹⁰⁷² PARTLETT, William. Courts and Constitution-Making. *Wake Forest Law Review*, Wake Forest University School of Law, Winston-Salem, CN, v. 50, p. 921-949, 2015. p. 941.

¹⁰⁷³ A expressão é utilizada por Juan Pablo Sarmiento quando analisa o ordenamento constitucional colombiano: “En este artículo se argumenta, a la luz de tres proyectos de acto legislativo que se han planteado en el último período legislativo en Colombia, que el ordenamiento constitucional estaría siendo cargado de un poder simbólico hipertrófico que provoca, en realidad, una tensión entre la eficacia directa de las normas constitucionales y las aspiraciones programáticas permanentemente inconclusas.” (SARMIENTO E., Juan Pablo. El populismo constitucional en Colombia, hacia la instrumentalización simbólica de la Constitución por medio de proyectos de actos legislativos fallidos. *Estudios socio-jurídicos*, Universidad del Rosário, Bogotá, v. 15, n. 2, p. 75-109, dec. 2013. p. 75)

¹⁰⁷⁴ No mesmo sentido: “Broader comparative experience, however, demonstrates that courts are much more frequently unable to improve constitution-making politics and may actually further enable abuse by the elite of formal constitutional change. This means that scholars interested in courts and constitution-making must now ask two questions: Why do courts seek to ‘improve’ constitution-making? And how do they gain compliance with their decisions?” (PARTLETT, William. Courts and Constitution-Making. *Wake Forest Law Review*, Wake Forest University School of Law, Winston-Salem, CN, v. 50, p. 921-949, 2015. p. 922)

CONCLUSÃO

Ao se propor investigar a capacidade institucional de o STF melhorar as condições democráticas do país, é necessário ultrapassar as discussões convencionais sobre judicialização da política e ativismo judicial. Do ponto de vista dinâmico e contextualizado, as questões constitucionais que envolvem a atuação da Corte Constitucional brasileira possuem maior complexidade, muito além da clássica dicotomia ativismo *versus* autocontenção.

Diversos outros estudos contemporâneos sugerem que não haveria, como regra, uma oposição verdadeira da classe política em relação aos tribunais constitucionais. Nesse contexto, é possível observar que, desde a “terceira onda” de democratização que ocorreu nos países latino-americanos, aumentaram os estudos sobre o papel das cortes constitucionais na política, de modo que a tese relativa à dificuldade contramajoritária tem perdido espaço nas pesquisas da região. Aliás, pelas análises quantitativas e qualitativas desenvolvidas nesta tese, observa-se que há boas razões para que o governo, o parlamento e as elites políticas fortaleçam e fomentem o poder de revisão judicial da Corte Constitucional brasileira.

Nesse contexto, para investigar o problema da real capacidade institucional do STF para melhorar as condições democráticas, é necessário considerar um conjunto bastante amplo de fatores, tais como a inserção da Corte brasileira numa métrica internacional, sobretudo em comparação com os tribunais constitucionais dos demais países latino-americanos; as questões institucionais, principalmente a partir da Constituição de 1988; a estrutura de oportunidades constitucionais e os incentivos sociopolíticos para a judicialização de questões políticas; as mudanças na cultura jurídica; e o comportamento do STF e de seus ministros.

Nesse tocante, foi possível observar que a problemática não é apenas doméstica, pois diversas outras cortes constitucionais enfrentam questões semelhantes, relacionadas ao seu contexto e à sua realidade institucional, que podem dificultar ou impedi-las de melhorar as condições democráticas do seu país. Com essa perspectiva comparada, não se pretende colocar todos os problemas vivenciados pelos tribunais constitucionais num mesmo plano, tampouco trazer à investigação soluções simplistas ou descontextualizadas. Entretanto, é possível observar que muitos problemas semelhantes também são enfrentados por outras cortes constitucionais, além do que cada uma delas possui seus problemas específicos, comumente ligados ao seu contexto, seus institutos, instituições, funções e sistemas jurídicos.

Considerando a questão institucional, a estrutura de oportunidades constitucionais, os incentivos sociopolíticos, as questões afetas à cultura jurídica, o comportamento dos

ministros e o conjunto de estratégias que envolvem os diversos atores no cenário político, buscou-se investigar o novo papel assumido pelo Tribunal Constitucional brasileiro na revisão judicial da política, bem como quais são as causas do fenômeno, seus limites e os principais problemas enfrentados no tocante à sua capacidade institucional de melhorar as condições democráticas no país.

O aspecto institucional possui grande relevância na consideração do novo papel desempenhado pelo STF. A Constituição de 1988 estabeleceu uma ampla estrutura de oportunidades para a constitucionalização, judicialização e tribunalização de conflitos políticos e sociais. Com efeito, é possível observar que ela: a) distribuiu poder entre os diversos ramos e níveis de governo, e entre Estado e sociedade; b) estabeleceu pré-compromissos ideológicos; c) enumerou diversos direitos fundamentais; d) além de ser abrangente, foi bastante específica, mas, ao mesmo tempo, imprecisa; e e) estabeleceu diversos mecanismos para acessar a Corte Constitucional brasileira, com instrumentos de revisão concreta e abstrata, bem como ampliou seus legitimados.

Entretanto, não são somente as questões institucionais que importam. A par da extrema relevância da análise desses instrumentos de controle de constitucionalidade previstos legalmente e dos elementos acima analisados, é preciso também investigar se eles são efetivamente utilizados pela Corte Constitucional brasileira. Vale dizer, a disponibilidade dos instrumentos para a revisão judicial não implica necessariamente a sua efetiva utilização. Além de não existir um modelo institucional infalível, os contextos político e econômico, a cultura jurídica, o apoio popular, o poder político dividido entre diversos partidos, coligações e atores são, por exemplo, fatores que influenciam sobremaneira as decisões da Suprema Corte brasileira, o seu cumprimento e a existência ou não de represálias a ela.

De acordo com o *design* institucional do Tribunal Constitucional brasileiro, existem garantias formais que, consideradas em seu conjunto, geram incentivos para que os seus ministros julguem sinceramente, de acordo com a ortodoxia constitucional e legal, preocupando-se em mostrar aparência de imparcialidade. Comparando-se a Corte Constitucional brasileira com as dos demais países latino-americanos, observa-se que aquela possui um alto grau de independência, mas está abaixo do nível médio de poder jurídico.

Esse *design* institucional criou muitos incentivos para que a Suprema Corte brasileira desempenhasse amplamente o papel de distribuição de poder entre os diversos órgãos e níveis de governo. A combinação entre texto constitucional específico e impreciso, um sistema judicial fortalecido institucionalmente e a previsão de diversas ações constitucionais cria incentivos para que os conflitos de natureza política possam facilmente

ganhar roupagem constitucional para chegarem à Suprema Corte brasileira. Nesse ínterim, a decisão política final sobre determinada lei, com a sua aprovação ou rejeição pelo Congresso Nacional, não costuma ser a decisão final sobre a matéria. Aqueles que são derrotados na deliberação do parlamento podem facilmente transmutar a discussão política para uma demanda de natureza constitucional e acessar a Corte Constitucional brasileira.

A cultura jurídica também é um fator determinante. O recrudescimento da cultura constitucional e da cultura da judicialização leva diversas questões da arena política à Suprema Corte brasileira. Além disso, a mudança da cultura jurídica interna do STF permitiu que as mais diversas ações fossem analisadas pela Corte. De outro lado, as práticas internas ampliaram a competência e os poderes jurídicos de cada ministro, inclusive em detrimento do plenário da Corte. Assim, ao mesmo tempo em que se ampliou a cultura jurídica de transparência institucional no Supremo, contraditoriamente, há diversas situações em que a interação entre Poderes é “trabalhada nos bastidores”, permitindo que os atores políticos possam barganhar seus interesses com ministros do STF. Ainda que esse padrão de conduta amplie a atuação política da Corte, empoderando-a, enfraquece o Estado de Direito e a democracia. De qualquer forma, é possível observar que a cultura jurídica possui grande impacto no atual papel da Corte Constitucional brasileira.

De outro lado, os aspectos institucionais, a estrutura de oportunidades constitucionais e de incentivos sociopolíticos não indicam, necessariamente, que a Corte Constitucional terá uma postura ativa no arbitramento de conflitos políticos ou na adjudicação de direitos. Desse modo, para analisar melhor essa questão, é imprescindível investigar o comportamento judicial dos ministros do STF.

Nesse tocante, constata-se que o Tribunal Constitucional brasileiro foi permissivo em relação à sua competência para arbitrar conflitos políticos e distribuir poder. Com efeito, após a Constituição de 1988, a Corte Constitucional brasileira passou a atuar amplamente no arbitramento de conflitos intergovernamentais, distribuindo poder e fixando competências entre órgãos políticos, nos diversos níveis (federal, estadual e municipal). Além disso, verificou-se, por pesquisas empíricas, que existe tendência de o Supremo arbitrar os conflitos intergovernamentais a favor do Poder Executivo e do Governo Federal.

De outro lado, estudos empíricos apontam que o STF não teve o mesmo empenho na proteção de direitos fundamentais, sobretudo em relação a direitos de segunda e terceira geração, ao menos em termos quantitativos. Talvez essa postura mais tímida em relação à proteção desses direitos seja justificada por uma atuação proficiente das instâncias judiciais inferiores em relação a direitos fundamentais. De qualquer modo, o que não se pode admitir é

que o discurso de proteção de direitos fundamentais seja utilizado retoricamente para legitimar interesses de determinadas elites políticas.

Diante dos incentivos irresistíveis para que o governo e as elites políticas intervenham no poder judicial, é preciso se atentar para os riscos da judicialização da política, a fim de que não se torne simples politização da justiça e o Judiciário não seja transformado em apenas mais uma arena política. A judicialização da política passou a ser uma realidade no Brasil, o que possui impactos significativos para o Estado de Direito e para a democracia. Contudo, em diversas situações, quando contraria interesses do governo federal ou de elites políticas, o próprio papel do STF em manter e aprimorar a ordem democrática passou a ser desafiado.

Desse modo, análises puramente normativas não conseguem dar respostas satisfatórias para o problema. É preciso considerar a atuação da Corte Constitucional brasileira na política de forma mais global, internalizando problematizações além do paradigma jurídico, a fim de que seja analisado como os diversos *players* se comportam, como ocorre a atuação do STF frente a elites políticas e interesses governistas, quais os riscos e as dificuldades da Corte quando enfrenta esses interesses, bem como quais são as respostas das instituições e dos atores políticos.

Considerando a complexidade das questões em que a Corte Constitucional brasileira intervém e as grandes dificuldades pragmáticas que enfrenta frequentemente quando a causa envolve interesses do governo ou de elites políticas, a sua real capacidade de melhorar as condições democráticas é muito mais limitada do que a doutrina tradicional de direito constitucional e as teorias constitucionais *standard* sugerem. É possível observar que algumas absolutizações como “supremocracia” e “ditadura do Judiciário” não se sustentam em todas as situações, bem como que análises teóricas sobre revisão judicial forte ou fraca são subcomplexas.

Desse modo, é mais produtivo analisar a questão de forma dinâmica, considerando o contexto político em que o STF se insere; as estratégias das elites políticas para descumprirem, direta ou indiretamente, as suas decisões judiciais; as estratégias políticas de que se utiliza a Corte Constitucional brasileira para aumentar as probabilidades de sucesso no exercício da revisão judicial e no cumprimento de suas decisões. Enfim, é preciso investigar como, na seara do direito constitucional comparado e no âmbito doméstico, o STF acumula capital político para tomar decisões contrárias às elites políticas e como estas, na prática, buscarão se evadir das decisões judiciais.

Se fosse possível definir o comportamento judicial do STF numa única palavra quando atua para arbitrar conflitos políticos, essa palavra seria prudência. Ao distribuir poder, o Supremo costuma ser bastante cauteloso. Comumente, aloca poder em relação ao órgão ou ente mais forte, a não ser que tal medida seja de inconstitucionalidade manifesta. Todavia, ainda que se possa defender que seja algo contingencial, esse tipo de “prudência” pode gerar consequências extremamente negativas a médio e a longo prazo. Com efeito, esse comportamento pode passar a impressão, para o público em geral e para os futuros litigantes, de que o Tribunal Constitucional brasileiro seria fraco, partidário ou que não teria aptidão para defender direitos.

Em meio à crise política que se iniciou em 2013, foi possível observar uma classe política acuada e uma Corte Constitucional que, na prática, intervém analisando os seus próprios limites e as possibilidades de efetivação das suas decisões. Considerando casos emblemáticos de intervenção do STF na política, verificou-se diversos problemas, como decisões monocráticas que mudaram os rumos do país, bem como situações em que a Corte Constitucional brasileira se curvou às elites políticas.

Além disso, análises do desempenho do STF antes da crise política que se iniciou em 2013 talvez tenham de ser revistas, ou, ao menos, não se apliquem inteiramente à sua atuação após o início da crise. Alguns casos mostraram que o Tribunal Constitucional brasileiro se revelou como um Poder mais fraco e muito dependente de capital político para impor as suas decisões. Além disso, a Corte Constitucional brasileira foi desafiada em alguns casos e acabou cedendo diante de poderosos políticos. Nessas situações, optou por não atuar de forma completamente independente, considerando as forças externas que circundam as suas decisões, incluindo as chances de que elas não fossem cumpridas ou fossem contornadas. Outras vezes, no entanto, alguns ministros da Corte brasileira podem ter entrado no jogo político e abusado do poder individual.

Em diversas situações, o direito constitucional foi utilizado pelo STF apenas para justificar ou dar aparência de legitimidade a uma decisão, que, em verdade, tinha natureza eminentemente política. Nesses casos, houve o abuso do direito constitucional, quando ele apenas foi utilizado para justificar uma decisão tomada a partir de outras bases não jurídicas. Trata-se de uma prática que constitui constitucionalismo abusivo, a qual se pretendeu descortinar.

Além disso, diversos casos envolvendo altas autoridades da República e poderosos políticos deixaram transparecer aquilo que denomino de “fulanização dos julgamentos”. Em idêntica situação jurídica, os julgamentos do STF foram diferentes a

depende da parte e do interesse envolvido no processo. O Senador Delcídio do Amaral (PT-MS), o Deputado Federal e Presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha (MDB-RJ), o Senador e Presidente do Senado Renan Calheiros (MDB-AL) e o Senador Aécio Neves (PSDB-MG), com idênticas prerrogativas parlamentares, na forma da Constituição, tiveram tratamento completamente distinto pelo Supremo Tribunal Federal. A decisão sobre o caso da nomeação do ex-Presidente Lula para o cargo de Ministro de Estado no Governo Dilma foi diferente da dada para o caso da nomeação do Ministro Moreira Franco pelo Presidente interino Michel Temer. Nessas situações, as decisões sobre situações jurídicas semelhantes foram distintas, a depender do contexto político, das pressões populares, do ministro relator e de outras variáveis que têm envolvido o intrincado jogo estratégico praticado atualmente no STF. A Corte Constitucional brasileira atuou circunstancialmente, fulanizando os julgamentos, desrespeitando a integridade e a coerência do sistema jurídico pela inobservância dos próprios precedentes. Contudo, é preciso considerar que a “fulanização de julgamentos” não é apenas um problema particularizado, pois pode gerar graves consequências para o Estado de Direito e para a democracia.

Além disso, é possível observar que, em diversos casos, o STF parece ter assumido o papel de um verdadeiro *player* dentro da arena política. Nesse aspecto, pode, inclusive, ter mudado os rumos políticos do país em 2016. Ao se evidenciar a afeição de alguns ministros em relação a determinadas ideologias, partidos e políticos, a Corte brasileira pode ter contribuído para o aprofundamento da crise de governabilidade e para a instabilidade política no país. A desigualdade gerada pela maior ou menor potencialidade de influência de atores específicos no STF pode minar a própria razão democrática da atuação judicial em matéria de política. Além disso, em tese, pode corroer a própria expectativa de que o Tribunal Constitucional brasileiro seja o guardião da ordem constitucional, do Estado de Direito e da democracia.

Nesse intrincado jogo político, as manifestações públicas de ministros do STF sobre casos em julgamento podem ter impactos relevantes para a formulação de determinadas políticas pelo Executivo e pelo Congresso. Ainda que alguém possa defender o exercício do direito de crítica por parte de um magistrado do Tribunal Constitucional brasileiro, fato é que essas manifestações parecem representar o exercício abusivo da posição de juiz constitucional. Em razão da grande independência outorgada para o exercício da função, e das dificuldades de controle e de prestação de contas, um ministro do STF pode abusar da sua posição sem que sofra qualquer tipo de constrangimento ou punição. Enfim, essas manifestações públicas têm se revelado uma forma incontrolável de abuso das prerrogativas

constitucionais outorgadas aos ministros da Corte Constitucional brasileira e, num sentido mais amplo, do próprio constitucionalismo.

Mas não é só. Instrumentos formais de revisão judicial também foram desvirtuados, para favorecer determinados atores. O instituto da repercussão geral, que deveria constituir um filtro para que somente recursos extraordinários com matéria constitucional fossem admitidos pela Corte, passou a ser um mecanismo utilizado para negar direitos constitucionais. A suspensão dos processos pelo reconhecimento da repercussão geral tem gerado, na prática, a negativa de justiça àqueles que possuem o direito. O direito de natureza constitucional, garantido pelas demais instâncias ordinárias, pode ser suspenso pela Corte por tempo indeterminado, com esse mecanismo. Nesta seara, o STF, que deveria ser guardião da Constituição, tem atuado, em diversas causas de interesse do governo, para impedir que esses direitos constitucionais sejam efetivados, gerando um estado permanente de *non liquet*.

Outro desvirtuamento que merece ser considerado está relacionado às audiências públicas. Trata-se de um importante instrumento formal para conferir maior legitimidade à revisão judicial, mediante a participação de diversos atores em questões sensíveis para o Estado e a sociedade, tendente a possibilitar um julgamento mais dialógico, a partir da ampliação e da qualificação dos debates. Entretanto, esse instrumento novo tem sido utilizado para velhas práticas. O baixo grau de comparecimento dos ministros às audiências e a pouca referência a elas em seus votos revelam que a Corte desperdiça o seu potencial, mas, mesmo assim, as utiliza como instrumento pseudo legitimador da sua atuação. A prática do STF torna as audiências públicas um mecanismo de constitucionalismo de camuflagem, pois, com retóricas democráticas ou de legitimação, encobre jogos de interesses sub-reptícios. Isso mostra que ainda há um longo caminho a percorrer a fim de que se possa cumprir a promessa constitucional de aumentar o compromisso dos juízes constitucionais com o constitucionalismo democrático.

Além disso, é possível observar práticas autoritárias por ministros da Corte, individualmente considerados. Entretanto, não se trata do autoritarismo clássico, senão de um autoritarismo velado, que é mais difícil de ser identificado, porque encoberto por práticas, interpretações, culturas e outras circunstâncias. Ele se arvora em premissas de legitimidade e legalidade, mas esconde algo que não é possível perceber senão a partir do jogo político ou dos interesses que estão por trás da ação. Nesta forma de autoritarismo velado, que se pretendeu denunciar, a atuação do STF é marcada pela ação autoritária individual e pelo fator tempo, ou seja, como mecanismo que permite uma decisão individual e que subtrai do órgão

colegiado o julgamento. Pela análise de diversos casos, foi possível observar como cada ministro da Corte age monocraticamente nas decisões liminares e não leva a questão ao plenário; como o relator possui o poder supremo de submeter ou não o processo a julgamento pelo colegiado, impedindo que questões constitucionais sensíveis sejam julgadas, quando o entendimento do plenário é possivelmente contrário à sua posição individual; como existe um poder discricionário ou arbitrário de pautar os processos; como ministros do STF, quando observam que o pleno já atingiu maioria em sentido contrário, usam abusivamente da prerrogativa de pedir vista, apenas para impedir o término do julgamento pelo pleno.

Enfim, em diversas situações, os ministros do STF agiram autoritariamente de forma a evitar um julgamento colegiado. O voluntarismo prevaleceu sobre a razão. Contudo, a utilização abusiva e autoritária das regras procedimentais para impedir que a decisão colegiada prevaleça viola o cerne da Constituição, pois, quando esta prevê a competência do Supremo, pressupõe um julgamento institucional, pelo seu órgão colegiado, e não a conduta voluntarista de um ministro, que impede o julgamento colegiado.

Embora a revisão judicial possa ser um instrumento importante para a democracia e para o constitucionalismo, no Brasil, a prática do STF, que hipertrofiou o poder individual de seus ministros, se aproxima de um verdadeiro desmembramento constitucional judicial, sobretudo pela forma como cada ministro, individualmente, se arvora na competência do colegiado e inova na ordem jurídica, muitas vezes divergindo da própria jurisprudência da Corte, de forma contrária à Constituição e à ordem democrática.

Quando os juízes constitucionais brasileiros agem de forma isolada e autoritária, tomando para si o poder constitucionalmente atribuído ao colegiado, o critério aleatório de distribuição (o fator sorte) acaba sendo fator determinante para o sucesso ou o insucesso de determinado pleito. Desse modo, os ministros da Corte brasileira passam a ser considerados como mais um ator ou *player* num complexo e intrincado processo político, tornando tênue ou fragilizando, de forma perigosa, a fronteira entres os sistemas do direito e da política.

Além disso, os ministros do STF, ao aumentarem o seu próprio poder, fragmentaram o poder da Corte e alteraram a regra de reconhecimento e a norma básica, para fazer valer uma decisão monocrática que modifica o direito constitucional objetivo, violando a Constituição. Isso pode interessar a cada ministro individualmente, mas não à instituição do STF, tampouco à sociedade. Esse empoderamento individual, por essa prática de sistemática violação à Constituição e às leis, constitui verdadeiro golpe de Estado jurídico.

Assim, a forma autoritária como são invertidos os papéis do órgão e de seus membros acaba por desvirtuar a função da Suprema Corte brasileira como verdadeiro tribunal

constitucional. Isso tudo traz sérios questionamentos sobre a real capacidade de o STF melhorar as condições democráticas do país.

Diante da imensa crise política vivenciada a partir de 2013, o Judiciário deveria se apresentar como uma instituição capaz de corrigir as disfuncionalidades nas instituições democráticas. Entretanto, seja porque o STF é uma corte política, ou porque as instituições jurídicas são falíveis, a Corte Constitucional brasileira também se mostrou imperfeita e com grande fragilidade diante de outras instituições e atores políticos.

Nesse tocante, uma questão importante diz respeito ao processo político de nomeação dos ministros da Corte Constitucional brasileira. Ele influencia não apenas a sua independência, mas também o tipo e o perfil de juízes que comporão o Tribunal, com impactos diretos no comportamento deste.

No Brasil, o problema da politização da nomeação é ainda mais grave quando se leva em conta o poder individual hipertrófico dos ministros do STF. Considerando esse poder, o ministro recém nomeado pode, por exemplo, paralisar todos os julgamentos contra a autoridade nomeante, mediante diversos artifícios, como o deferimento de liminares, a não liberação do caso para julgamento, o artifício do pedido de vista, entre outros. Esses poderes individuais hipertróficos tornam cada nomeação ao cargo de ministro do Supremo algo extremamente estratégico para o governo e a classe política.

De outro lado, como a natureza política da nomeação parece ser inevitável, é preciso tornar o Tribunal Constitucional brasileiro mais imparcial e menos sujeito ao poder arbitrário de agentes políticos. Assim, a aspiração não deve ser propriamente de isolar o processo de nomeação da política, senão de torná-lo mais aberto, público, submetido ao crivo de toda a sociedade, impedindo que o poder e a influência de atores políticos sejam mascarados. Nesse sentido, deve-se ampliar a participação da sociedade civil, não necessariamente no sentido de que organizações ou pessoas fora do Estado possam nomear representantes, mas para que a escolha dos juízes constitucionais seja pública e passe pelo crivo da sociedade, a fim de que eles sejam vinculados com as questões constitucionais, sobretudo de direitos humanos, bem como que tenham maior independência em relação ao governo e às elites políticas. Mesmo não sendo capaz de livrar a escolha da política, isso ao menos pode fazer com que as campanhas ao cargo de ministro do STF sejam mais públicas do que políticas.

A sobrecarga e a morosidade processual no STF são fatores que também apresentam muitos custos para toda a sociedade. Apesar disso, observa-se que não há nenhuma sinalização de que a Corte brasileira buscará reduzir significativamente as suas

competências. Ademais, a alta distribuição de processos e a sobrecarga de trabalho são fatores comumente utilizados para justificar o tempo do processo. Permitem, por exemplo, que possam servir de escusa “legítima” para o fato de um processo demorar anos – às vezes, décadas – para ser julgado. Assim, em verdade, o tempo do processo no STF – justificado pela alta distribuição e sobrecarga de trabalho – se torna um importante recurso estratégico para diversos *players*, bem como empodera muito os ministros da Corte, individualmente considerados, mas com um alto custo, qual seja, de colocar em questionamento a própria função judicial e a real necessidade de um tribunal constitucional.

Outro fator que coloca em questão a capacidade de o STF melhorar a democracia brasileira diz respeito às condições para fazer cumprir as suas decisões, quando o processo envolve interesse de poderosos atores políticos ou de altas autoridades da República. O cumprimento, o descumprimento (direto ou indireto), a retaliação e a reversão possuem implicações para a autoridade da Corte, com reflexos para o Estado de Direito e a democracia. Nas situações em que o STF está diante de interesses do governo ou de políticos influentes, evidencia-se uma Corte Constitucional bem mais dependente, no sentido de que depende da interferência de outras instituições, órgãos, atores e circunstâncias para fazer cumprir as suas decisões. Além disso, nessas circunstâncias, os riscos de descumprimento, direto e indireto, de retaliações e de reversão aumentam consideravelmente. É nesse contexto em que o poder e a independência do Supremo são testados que o Estado de Direito e a democracia podem ser colocados em xeque.

A capacidade do STF de melhorar as condições democráticas das instituições brasileiras também é testada quando envolve a investigação e a punição da corrupção nos altos escalões da República – o que foi colocado em evidência sobretudo a partir da crise política de 2013, ocasionada, sobretudo, por escândalos de corrupção. Em primeiro lugar, porque a classe política, sentindo-se acuada, pode se unir, ainda que circunstancialmente, para retaliar a Corte e afrontar a sua autoridade. Mas não é só. As relações pessoais entre ministros da Corte e políticos também podem dificultar o enfrentamento da corrupção. Enquanto todo o aparato do Estado pode trabalhar para a investigação e a punição de corruptos, apenas um telefonema a um ministro da Corte Constitucional pode derrubar todo esse trabalho.

Num contexto em que a crise política se agrava e cada vez mais são descortinados esquemas de corrupção nos mais altos cargos da República, o acesso direto de autoridades públicas e políticos investigados criminalmente a ministros do STF é algo que retira a própria credibilidade da Justiça brasileira e coloca dúvidas sobre a sua capacidade de corrigir as disfunções e combater a corrupção nas instituições representativas brasileiras. Enfim, a

mazela da “justiça telefônica” é algo que precisa ser combatido na Corte Constitucional brasileira.

A independência judicial e o poder jurídico do STF precisam ser contrabalanceados por mecanismos de prestação de contas. É necessário se ter como paradigma uma independência judicial responsável. Uma atuação adequada do Judiciário necessita de independência, mas também de responsabilidade, transparência e eficiência. Entretanto, os três últimos precisam ser muito desenvolvidos ainda no Judiciário brasileiro em geral e, especificamente, no STF.

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

Desse modo, um STF independente, transparente e responsável ainda é um paradigma a ser perseguido. Ao se colocar como guardião da Constituição, o Supremo gera nos cidadãos expectativas de que pode contribuir para uma nova forma de fazer política. Contudo, o seu comportamento e as suas decisões, em grande parte dos casos, ainda parecem estar ligados à “velha política”. Embora a tentativa de alguns ministros de contribuir para a mudança na forma de fazer política, grande parte das decisões da Corte Constitucional brasileira ainda estão no sentido de preservação das mesmas elites que dominam a política brasileira há bastante tempo.

Portanto, há uma grande frustração diante daquilo que se pretendia que o STF fizesse e aquilo que, na prática, representa e é capaz de fazer. A promessa constitucional de que o Supremo seria o guardião da Constituição ainda não foi cumprida. Embora seja um órgão importante na estrutura das instituições brasileiras, o STF ainda possui uma capacidade bastante limitada para melhorar as condições democráticas do país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERT, Richard. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, Boston College Law School, v. 43, Research Paper 424, p. 1-117, Nov. 2016.
- _____; BENVINDO, Juliano Zaiden; RADO, Klodian; ZHILLA, Fabian. Constitutional reform in Brazil: lessons from Albania?. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 3, p. 11-34, set./dez. 2017.
- _____. Counterconstitutionalism. *Dalhousie Law Journal*, v. 31, n. 1, p. 1-54, Spring 2008.
- _____. The Cult of Constitutionalism. *Florida State University Law Review*, Florida State University College of Law, Tallahassee, Florida, v. 39, p. 373-416, 2012.
- ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, Andre Martins. “Nos termos do voto do relator”: considerações acerca da fundamentação coletiva dos acórdãos do STF. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 263-297, jul. 2016.
- ARGUELHES, Diego Werneck. Judges Speaking for the People: Judicial Populism Beyond Judicial Decisions. Blog of the International Journal of Constitutional Law and ConstitutionMaking.org. May, 2017. Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2017/05/judges-speaking-for-the-people-judicial-populism-beyond-judicial-decisions/>>. Acesso em: 24/10/2017.
- _____; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan.-abr. 2018.
- _____; PEREIRA, Thomaz. O Supremo das estratégias e o STF de Rosa Weber. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/o-supremo-das-estrategias-rosa-weber-lula-06042018>>. Acesso em: 12/4/2018.
- _____; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 46, p. 121-155, jan./jun. 2015.
- _____; LIMA, João Marcelo da Costa e Silva. Políticas públicas, interpretação judicial e as intenções do legislador: o ProUni e o “cripto-ativismo” do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 163-192, mai.-ago. 2017.
- _____; RIBEIRO, Leandro Molhano. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, n. 7, p. 85-121, 2013.
- _____. Supremo: porto seguro para ministros políticos. *Jota*, 7/2/2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/disfuncao-stf-encoraja-escolha-de-alexandre-de-moraes-07022017>>. Acesso em: 25/7/2018.

- _____; HARTMANN, Ivar A.. Timing Control without Docket Control: How Individual Justices Shape the Brazilian Supreme Court's Agenda. *Journal of Law and Courts*, Chicago, v. 5, n. 1, p. 105-140, Spring 2017.
- ASHENFELTER, Orley; EISENBERG, Theodore; SCHWAB, Stewart J.. Politics and the Judiciary: The Influence of Judicial Background on Case Outcomes. *University of Chicago Press*, Chicago, v. 24, p. 257-281, jun. 1995.
- BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo (trad. Juliana Salvetti, Marcelo Lamy e Luiz Carlos de Souza Auricchio). *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 7, v. 1, pp. 18-30, jan.-jun. 2006.
- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. 2. reimpr. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 16, p. 3-42, out.-dez. 2009.
- _____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____; BENVINDO, Juliano Zaiden; OSORIO, Aline. Developments in Brazilian Constitutional Law: The Year 2016 in Review. Blog of the International Journal of Constitutional Law and ConstitutionMaking.org. October 2017. Disponível em: <http://www.icconnectblog.com/2017/10/developments-in-brazilian-constitutional-law-the-year-2016-in-review/#_edn3>. Acesso em: 13/8/2018.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 51, n. 201, jan.-mar. 2014.
- _____. Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: um debate sobre os limites da racionalidade. In: GUERRA, Luiz. (Org.). *Temas contemporâneos do direito: homenagem ao bicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Guerra, 2011. p. 560-582.
- _____. Brazil's Increasingly Politicized Supreme Court. *International Journal of Constitutional Law*, February 2017. Disponível em: <<http://www.icconnectblog.com/2017/02/brazils-increasingly-politicized-supreme-court/>>. Acesso em: 7/8/2018.
- _____. Corporate Campaign Contributions in Brazil: Of Courts, Congresses, and the Agendas of Individual Justices. *International Journal of Constitutional Law Blog*, July 2015. Disponível em: <<http://www.icconnectblog.com/2015/07/corporate-campaign-contributions-in-brazil-of-courts-congresses-and-the-agendas-of-individual-justices/>>. Acesso em: 7/8/2018.

- _____; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. Do Solipsismo Supremo à Deliberação Racional. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 50, p. 149-178, jan.-jun. 2017.
- _____; ACUNHA, Fernando José Gonçalves. O papel da política na atuação das Cortes Supremas. *Novos estudos*, CEBRAP, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 57-79, jan.-abr. 2018.
- _____; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017.
- _____. *On The Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Berlim: Springer, 2010.
- _____. Parliamentarism in Brazil: Stability for Whom?. *International Journal of Constitutional Law Blog*, August 2017. Disponível em: <<http://www.icconnectblog.com/2017/08/parliamentarism-in-brazil-stability-for-whom/>>. Acesso em: 7/8/2018.
- _____. The Forgotten People in Brazilian Constitutionalism: Revisiting Behavior Strategic Analyses of Regime Transitions. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 332-357, April 2017.
- _____. The Rule of Law in Brazil: A Conceptual Challenge. *International Journal of Constitutional Law Blog*, May 2018. Disponível em: <<http://www.icconnectblog.com/2018/05/the-rule-of-law-in-brazil-a-conceptual-challenge/>>. Acesso em: 7/8/2018.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004.
- _____. O Poder Constituinte do Povo no Brasil: Um Roteiro de Pesquisa sobre a Crise Constituinte. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 305-325, 2013.
- BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRETTSCHNEIDER, Corey. Popular constitutionalism contra populism. *Constitutional Commentary*, v. 30, n. 1, p. 81-88, Winter 2015.
- BROUARD, Sylvain; HÖNNIGE, Christoph. Constitutional courts as veto players: Lessons from the United States, France and Germany. *European Journal of Political Research*, v. 56, n. 3, p. 529-552, August 2017.

- BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry; GOLDBERG, Deborah. Introduction. In: BURBANK Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Eds). *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002. p. 3-8.
- _____; _____. Reconsidering Judicial Independence. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Eds). *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002. p. 9-42.
- BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153.
- CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa*, Alicante, 21, n. 1, p. 209-220, 1998.
- CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Coord.). *20 anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 197-208.
- CHADA, Daniel; HARTMANN, Ivar A. A distribuição de processos no Supremo é realmente aleatória?. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELLES, Diego Wernerck; RECONDO, Felipe. *Onze Supremos: o Supremo em 2016*. Belo Horizonte: FGV Rio, 2017.
- CHÁVEZ, Rebecca Bill; FERREJOHN, John A.; WEINGAST, Barry R. A Theory of the Politically Independent Judiciary: A Comparative Study of the United States and Argentina. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 219-247.
- COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden; ALVES, André Gomes; MEDEIROS FILHO, João Telésforo N. de. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? Um perfil das decisões de procedência em ADIs. In: *Anais do 7º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP)*. São Paulo: ABCP, 2010.
- COUSO, Javier. Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política. *Revista de Ciencia Política*, Santiago, v. 24, n. 2, p. 29-48, 2004.
- _____; HILBINK, Lisa. From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideological Roots of Rights Adjudication in Chile. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 99-127.
- _____. The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2010.
- DELMANTO, Roberto. A ditadura do Judiciário. *Migalhas*, 15/3/2018. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI276327,101048-A+ditadura+do+Judiciario>>. Acesso em: 18/8/2018.

- DENNING, Brannon P.; KENT, Michael B. Jr. Anti-Anti-Evasion in Constitutional Law. *Florida State University Law Review*, v. 41, n. 2, p. 397-434, Winter 2014.
- DUSSEL, Enrique. *20 Tesis de Política*. 2. ed. México: Siglo XXI, 2006.
- DOMINGO, Pilar. Novel Appropriations of the Law in the Pursuit of Political and Social Change in Latin America. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 254-278.
- ELSTER, Jon. Forces and mechanisms in the constitution-making process. *Duke Law Journal*, v. 45, p. 364-396, 1995-1996.
- ENGELMANN, Fabiano; PENNA, Luciana. Política na forma da lei: o espaço dos constitucionalistas no Brasil democrático. *Lua Nova*, São Paulo, n. 92, p. 177-206, abr./mai. 2014.
- EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. The Best for Last: The Timing of U.S. Supreme Court Decisions. *Duke Law Journal*, Durham, v. 64, n. 6, p. 991-1022, March 2015.
- ESTEVEZ, Luiz Fernando Gomes. Supremo: um tribunal aparentemente eficiente? In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELLES, Diego Wernerck; RECONDO, Felipe. *Onze supremos: o supremo em 2016*. Belo Horizonte: FGV Rio, 2017.
- FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a Supremo protagonista?. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 429-469, 2013.
- _____; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12055/III%20Relat%C3%BArio%20Supremo%20em%20N%C3%BAmeros%20-%20O%20Supremo%20e%20o%20Tempo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>>. Acesso em: 3/10/2017.
- FEREJOHN, John. Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 72, n. 2 & 3, p. 353-384, January & March 1999.
- FEREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. *Law and Contemporary Problems*, Durham, North Carolina, v. 65, n. 3, p. 41-68, Summer 2002.
- _____; PASQUINO, Pasquale. The Countermajoritarian Opportunity. *Journal of Constitutional Law*, Philadelphia, v. 13, n. 2, p. 353-396, December 2010.
- FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1988.

- FONTANA, David. Docket Control and the Success of Constitutional Courts. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (eds.). *Comparative Constitutional Law*. Northampton, MA: Elgar Publishing, 2011. p. 624-641.
- FRANKLIN, Charles H.. Behavioral Factors Affecting Judicial Independence. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Eds). *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002. p. 148-159.
- FREEMAN, Samuel. Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review. *Law and Philosophy*, New York, v. 9, n. 4, p. 327-370, nov. 1990.
- FREITAS, Vladimir Passos de. A Justiça Estadual nos Estados Unidos. *Revista On-line Administração da Justiça*, Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=159>>. Acesso em: 13/8/2018.
- FRIEDMAN, Barry. Mediated popular constitutionalism. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, Michigan, v. 101, n. 8, p. 2595-2632, 2013.
- GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, v. 14, n. 2, p. 1-30, Diciembre 2013.
- GEYH, Charles Gardner. Customary Independence. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Eds). *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002. p. 160-187.
- GICO JÚNIOR, Ivo. Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário. *Revista de Direito Empresarial*, Belo Horizonte, a. 15, n. 2, p. 55-84, mai.-ago. 2018.
- GINSBURG, Tom; GAROUPA, Nuno. Building Reputation in Constitutional Courts: Political and Judicial Audiences. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, v. 28, n. 3, p. 539-568, 2011.
- _____. Courts and New Democracies: Recent Works. *Law & Social Inquiry*, v. 37, n. 3, p. 720-742, Summer 2012.
- _____; SIMPSON, Alberto. Introduction. In: GINSBURG, Tom; SIMPSON, Alberto (eds.). *Constitutions in Authoritarian Regimes*. Chicago: Cambridge University Press, 2014. pp. 1-20.
- _____; MOUSTAFA, Tamir. Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Politics. In: GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir (eds.). *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. Cambridge University Press, 2008.
- _____. *Judicial Review in New Democracies*. New York: Cambridge University Press, 2003.
- _____. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York: Oxford University Press, 2008.

- GRABER, Mark A. Constructing judicial review. *Annual review of political Science*, Maryland, Baltimore, v. 8, n. 1, p. 425-451, mar. 2005.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição* (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Fabris, 1977.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. (trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara). São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Introduction. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 1-26.
- _____. Public Support and Judicial Crises in Latin America. *Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 2, p. 397-411, 2010.
- _____. The Origins of Institutional Crises in Latin America. *American Journal of Political Science*, Washington, v. 54, n. 3, p. 737-750, jul. 2010.
- _____; STATON, Jeffrey K. The Puzzling Judicial Politics of Latin America: A Theory of Litigation, Judicial Decisions, and Interbranch Conflict. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 306-331.
- HERDY, Rachel. Quando a ciência está em jogo, a democracia não importa. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELLES, Diego Wernerck; RECONDO, Felipe. *Onze supremos: o supremo em 2016*. Belo Horizonte: FGV Rio, 2017.
- HIRSCHL, Ran. Looking Sideways, Looking Backwards, Looking Forwards: Judicial Review vs. Democracy in Comparative Perspective. *University of Richmond Law Review*, Richmond, Virginia, v. 34, n. 2, p. 415-441, 2000.
- _____. Politics and the Constitution: The Ties That Bind. *Review of Constitutional Studies*, New York, v. 21, n. 1, p. 3-11, 2016.
- _____. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *The Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 93-118, 2008.
- _____. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*, New York, v. 75, n. 2, p. 721-753, nov. 2006.
- _____. The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions. *Law & Social Inquiry*, Chicago, v. 25, n. 1, p. 91-149, jan. 2000.
- _____. *Toward Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004; HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *The Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 93-118, 2008.

- HOCHSTETLER, Kathryn; EDWARDS, Margaret E.. Failed Presidencies: Identifying and Explaining a South American Anomaly. *Journal of Politics in Latin America*, Hamburg, v. 1, n. 2, p. 31-57, 2009.
- _____. Repensando el presidencialismo: desafíos y caídas presidenciales en el Cono Sur. *América Latina Hoy*, Salamanca, v. 49, p. 105-126, Dic. 2008.
- HUNEEUS, Alexandra; COUSO, Javier; SIEDER, Rachel. Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 3-21.
- HUNTINGTON, Samuel P. *A Terceira Onda*. São Paulo: Ática, 1994.
- ISSACHAROFF, Samuel. Constitutional Courts and Consolidated Power. *The American Journal of Comparative Law*, Oxford University Press, v. 62, n. 3, p. 585-612, jul. 2014.
- KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew M.. Compliance: Conceptualizing, Measuring, and Explaining Adherence to Judicial Rulings. *Law & Social Inquiry*, v. 38, n. 4, p. 803-835, Fall 2013.
- _____. How Courts Work: Institutions, Culture, and the Brazilian Supremo Tribunal Federal. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 51-77.
- _____. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 154-186.
- _____. Tactical Balancing: High Court Decision Making on Politically Crucial Cases. *Law & Society Review*, New York, v. 45, n. 2, p. 471-506, 2011.
- KECK, Thomas. *The Most Activist Supreme Court in History: The Road to Modern Judicial Conservatism*. Chicago: University Chicago Press, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. (trad. João Baptista Machado). 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KIM, Young Hun. Impeachment and presidential politics in new democracies. *Democratization*, v. 21, n. 3, p. 519-553, 2014.
- KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 141-184, 2013.
- KORNHAUSER, Lewis A.. Is Judicial Independence a Useful Concept?. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Eds.). *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002. p. 45-55.

- _____; SAGER, Lawrence G.. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review*, Berkeley, v. 81, n. 1, p. 1-59, jan. 1993.
- LANDAU, David. A dynamic theory of judicial role. *Boston College Law Review*, Boston College Law School, Boston, v. 55, n. 5, p. 1501-1562, 2014.
- _____. Abusive Constitutionalism. *U. C. Davis Law Review*, University of California, Davis, v. 47, p. 189-260, 2014.
- _____. Political support and structural constitutional law. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, Alabama, v. 67, n. 4, p. 1069-1124, 2016.
- LEAL, Fernando. A dança da pauta no Supremo. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELLES, Diego Wernerck; RECONDO, Felipe. *Onze supremos: o supremo em 2016*. Belo Horizonte: FGV Rio, 2017.
- LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A.. Elections Without Democracy: The Rise of Competitive Authoritarianism. *Journal of Democracy*, Washington, v. 13, n. 2, p. 51-65, April 2002.
- _____; _____. The Myth of Democratic Recession. *Journal of Democracy*, Washington, v. 26, n. 1, p. 45-58, jan. 2015.
- LOVELL, George. *Legislative Deferrals: Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. New York: Cambridge, 2003.
- LUTZ, Donald S.. *Principles of Constitutional Design*. Cambridge University Press. New York, 2006.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. (trad. Conrado Hübner Mends). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MAINWARING, Scott. Presidentialism, multipartism, and democracy: the difficult combination. *Comparative Political Studies*, v. 26, n. 2, p. 198-228, jul. 1993.
- MALDONADO, Daniel Bonilla. Introduction: Toward a Constitutionalism of the Global South. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). *Constitutionalism of the global South: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia*. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 1-37.
- MARTÍNEZ, Christopher A.. Presidential survival in South America: Rethinking the role of democracy. *International Political Science Review*, v. 38, n. 1, p. 40-55, 2017.
- MARTINS, Argemiro. A escolha dos ministros do STF como uma questão pública. *Jota*, 6/2/2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/escolha-dos-ministros-stf-como-uma-questao-publica-06022017>>. Acesso em: 29/6/2018.
- _____; CARVALHO NETTO, Menelick de. O sentido da imparcialidade e o guardião da Constituição. *Jota*, 19/6/2016. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/o-sentido-da-imparcialidade-e-o-guardiao-da-constituicao-19072016>>. Acesso em: 26/9/2018

- MCMAHON, Kevin. *Reconsidering Roosevelt on Race: How the Presidency Paved the Road to Brown*. Chicago: University Chicago Press, 2004.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Comportamento ideológico e estratégico no Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 273-310.
- _____. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- _____. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 402-423, 2017.
- MENDES, Conrado Hübner. Fighting for Their Place: Constitutional Courts as Political Actors. A Reply to Heinz Klug. *Constitutional Court Review*, v. 3, p. 33-44, 2010.
- _____. Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP. *Folha de São Paulo*, 28/1/2018. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>. Acesso em: 19/2/2018.
- _____. Neither Dialogue Nor Last Word: Deliberative Separation of Powers III. *Legisprudence*, v. 5, n. 1, p. 1-40, June 2011.
- _____. Onze ilhas. *Folha de São Paulo*, 1º/2/2010. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>>. Acesso em: 5/10/2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MILLIGAN, Luke M. Congressional End-Run: The Ignored Constraint on Judicial Review. *Georgia Law Review*, v. 45, n. 1, p. 211-274, Fall 2010.
- NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. (trad. Adriano Pilatti). Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- NIELSEN, Laura Beth. Social movements, social process: a response to Gerald Rosenberg. *The John Marshall Law Review*, Chicago, n. 42, p. 671-683, 2009.
- OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. *Jurisdição, racionalidade e a construção do sentido dos direitos fundamentais: riscos e possibilidades no uso da repercussão geral dos recursos extraordinários*. 2011. 198 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2011.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 20, n. 44, p. 139-153, nov. 2012.
- PARTLETT, William. Courts and Constitution-Making. *Wake Forest Law Review*, Wake Forest University School of Law, Winston-Salem, CN, v. 50, p. 921-949, 2015.

- PEREIRA, Thomaz. Lula ministro e o silêncio do Supremo. Jota, 22/12/2016. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/supra/lula-ministro-e-o-silencio-supremo-22122016>>. Acesso em: 13/8/2018
- PERETTI, Terri. *In Defense of a Political Court*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. Democratization and constitutional crises in presidential regimes: toward congressional supremacy?. *Comparative Political Studies*, v. 38, n. 1, p. 51-74, feb. 2005.
- _____. Instituciones, coaliciones callejeras e inestabilidad política: perspectivas teóricas sobre las crisis presidenciales. *América Latina Hoy*, Salamanca, v. 49, p. 105-126, Dic. 2008.
- _____. The Conditions for Effective Constitutional Adjudication: Lessons from Latin America. *Duquesne Law Review*, Pittsburgh, v. 49, n. 2, p. 133-144, Spring 2011.
- PÉREZ-PERDOMO, Rogelio; FRIEDMAN, Lawrence. Latin Legal Cultures in the Age of Globalization. In: PÉREZ-PERDOMO, Rogelio; FRIEDMAN, Lawrence (eds.). *Legal Culture in the Age of Globalization: Latin America and Latin Europe*. Stanford: Stanford University Press, 2003.
- PERISSINOTTO, Renato. *As elites políticas: questões de teoria e método*. Curitiba: IBPEX, 2009.
- POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da constituição? (trad. Juliana Salvetti, Marcelo Lamy e Luiz Carlos de Souza Auricchio). *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 7, v. 1, pp. 231-253, jan.-jun. 2006.
- PRZEWORSKI, Adam. Democracy as an equilibrium. *Public Choice*, v. 123, n. 3-4, p. 253-273, June 2005.
- _____. *Qué esperar de la democracia: límites y posibilidades del autogobierno*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2010.
- QUIROGA, Mauricio Morales. Identificación partidaria y crisis de representación: América Latina en perspectiva comparada. *Revista de Ciencias Sociales*, Maracaibo, Venezuela, v. 17, n. 4, p. 583-597, octubre-diciembre 2011.
- RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54.
- _____. Justice System Institutions and Corruption Control: Evidence from Latin America. *The Justice System Journal*, v. 33, n. 2, p. 195-214, 2012.
- ROBERTSON, David. *The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review*. Princeton: Princeton University Press, 2010.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

- RODRÍGUEZ-RAGA, Juan Carlos. Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992–2006. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 81-98.
- ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.
- ROSENN, Keith S.. The Protection of Judicial Independence in Latin America. *Inter-American Law Review*, Miami, v. 19, n. 1, p. 1-35, 1987.
- RUSSEL, Peter H.. Conclusion. In: MALLESON, Kate; RUSSEL, Peter H.. *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from around the World*. Toronto, Buffalo and London: University of Toronto Press, 2006. p. 420-435.
- SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- SÁNCHEZ, Arianna; MAGALONI, Beatriz; MAGAR, Eric. Legalist versus Interpretivist: The Supreme Court and the Democratic Transition in Mexico. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 187-218.
- SANTISO, Carlos. Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005. p. 117-143.
- SARMIENTO E., Juan Pablo. El populismo constitucional en Colombia, hacia la instrumentalización simbólica de la Constitución por medio de proyectos de actos legislativos fallidos. *Estudios socio-jurídicos*, Universidad del Rosario, Bogotá, v. 15, n. 2, p. 75-109, dec. 2013.
- SCRIBNER, Druscilla. Courts, Power, and Rights in Argentina and Chile. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 248-277.
- SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.. *The Supreme Court and the attitudinal model*. New York: Cambridge University Press, 1993.
- SHAPIRO, Martin. Judicial Review in Developed Democracies. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005. p. 5-18.
- SHERRY, Suzanna. Issue Manipulation by the Burger Court: Saving the Community from Itself. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, Minnesota, v. 70, n. 3, p. 611-664, Mar. 1986.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding Without Deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, New York, v. 11, n. 3, p. 557–584, jul. 2013.
- _____. O relator dá voz ao STF?: Uma réplica a Almeida e Bogossian. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, dez. 2016.

- _____. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 180-200, 2015.
- SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 236-273, jan.-abr. 2017.
- _____. Why should public hearings in the Brazilian Supreme Court be understood as an innovative democratic tool in constitutional adjudication?. *German Law Journal*, Frankfurt, v. 17, n. 4, p. 657-690, August 2016.
- STOPPINO, Mario. Autoritarismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). *Dicionário de política* (trad. Carmen C. Varriale et al.). v. 1. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 94-104.
- STOTZKY, Irwin P. Lessons Learned and the Way Forward. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge, 2005. p. 144-146.
- SUNSTEIN, Cass R. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.
- SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- _____. The Juridical Coup d’État and the Problem of Authority. *German Law Journal*, v. 8, n. 10, p. 915-928, October 2007.
- TAYLOR, Matthew M.. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Redwood City: Stanford University Press, 2014.
- TORRE, Carlos de la. The Resurgence of Radical Populism in Latin America. *Constellations*, v. 14, n. 3, p. 384-397, 2007.
- TRIBE, Laurence H. In: TRIBE, Laurence H; WALDRON, Jeremy; TUSHNET, Mark. On Judicial Review: Laurence H. Tribe, Jeremy Waldron, and Mark Tushnet debate. *Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 3, p. 81-86, Summer 2005.
- TSEBELIS, George. *Veto Players: how political institutions work*. Princeton: Princeton University Press, 2002.
- TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitutionalism. *Cornell Law Review*, v. 100, n. 2, p. 391-462, jan. 2015.
- _____. Democracy versus Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution?. *Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 2, p. 59-63, Spring 2005.
- _____. New institutional mechanisms for making Constitutional Law. *Harvard Public Law Working Paper*, New York, n. 15-08, p. 1-18, abr. 2015. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2589178>. Acesso em: 13/7/2018.

- _____. Preserving Judicial Independence in Dominant Party States. *New York Law School Law Review*, v. 60, n. 1, p. 107-124, 2016.
- _____. *Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. 415 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Alicante; Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Alicante, Brasília, 2015.
- VALLINDER, Torbjörn. The Judicialization of Politics. A Worldwide Phenomenon: Introduction. *International Political Science Review*, v. 4, n. 2, p. 91-99, April 1994.
- VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, University of Iowa College of Law, Iowa City, v. 100, n. 4, p. 1673-1742, May 2015.
- VAROL, Ozan O. Structural Rights. *Georgetown Law Journal*, v. 105, n. 4, p. 1001-1054, April 2017.
- VASCONCELOS, Frederico. No STF só 20% dos pedidos de vista são devolvidos no prazo. Folha da São Paulo, São Paulo, 8/6/2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/06/1638875-no-stf-so-20-dos-pedidos-de-vista-sao-devolvidos-no-prazo.shtml>>. Acesso em: 24/10/2017.
- VILHENA, Oscar. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 12, p. 55-75, out.-dez. 2008.
- WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. (trad. Luís Carlos Borges; Maria Appenzeller). São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- _____. In: TRIBE, Laurence H; WALDRON, Jeremy; TUSHNET, Mark. On Judicial Review: Laurence H. Tribe, Jeremy Waldron, and Mark Tushnet debate. *Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 3, p. 81-86, Summer 2005.
- _____. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, p. 1346-1407, 2006.
- WANG, Daniel W. L.. Courts and Health Care Rationing: The Case of the Brazilian Federal Supreme Court. *Health Economics, Policy and Law*, v. 8, n. 1, p. 75-93, Jan. 2013.
- WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, p. 583-596, nov. 2005.

REFERÊNCIAS A PROCESSOS, DOCUMENTOS, ESTATÍSTICAS, ANDAMENTOS PROCESSUAIS, DECISÕES E ACÓRDÃOS

ARGENTINA. Constitución de la Nación Argentina. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>>. Acesso em: 1º/8/2018.

_____. Decreto n.º 222/2003. Disponível em: <<http://poderciudadano.org/decreto-222-procedimiento-participativo-para-el-nombramiento-de-los-magistrados-de-la-corte-suprema-de-justicia-de-la-nacion/>>. Acesso em: 1º/8/2018.

BRASIL. Advocacia-Geral do Senado Federal. Manifestação na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5526. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4982736>>. Acesso em: 30/7/2018.

_____. Câmara dos Deputados. Manifestação na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5526. 17/6/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4982736>>. Acesso em: 30/7/2018.

_____. _____. Manifestação na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5526. 5/10/2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13754232&prcID=4982736&ad=s#>>. Acesso em: 30/7/2018.

_____. _____. Projeto de Lei n.º 4.850/2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>>. Acesso em: 18/8/2018.

_____. Presidente da República. Decreto n.º 9.382, de 25 de maio de 2018. Autoriza o emprego das Forças Armadas para a Garantia da Lei e da Ordem na desobstrução de vias públicas. Disponível em: <http://www.impresanacional.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/15966745/do1e-2018-05-25-decreto-n-9-382-de-25-de-maio-de-2018-15966741>. Acesso em: 17/7/2018.

_____. Senado Federal. Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Projeto de Lei da Câmara n.º 168, de 2015. Relator Senador Blairo Maggi. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3994950&disposition=inline>>. Acesso em: 12/7/2018.

_____. _____. Proposta de Emenda à Constituição n.º 35/2015. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=1401366&ts=1529331745871&disposition=inline&ts=1529331745871>>. Acesso em: 1º/8/2018.

_____. _____. Proposta de Emenda à Constituição n.º 52/2015. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg->

getter/documento?dm=1400535&ts=1529331751406&disposition=inline&ts=1529331751406>. Acesso em: 1º/8/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n.º 4070. Referendo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 5/5/2016. Acórdão eletrônico. DJe-225, divulg 20-10-2016, public 21-10-2016.

_____. Ação Cautelar n.º 4327. Agravo regimental. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 26/09/2017. DJe-247, divulg. 26/10/2017, public. 27/10/2017.

_____. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 12/4/2012. DJE nº 77, 20/4/2012.

_____. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 165. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgado em 1º/3/2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313680186&ext=.pdf>>. Acesso em: 17/7/2018.

_____. Ação de Descumprimento Fundamental n.º 186. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 26/4/2012, DJe nº 86, 4/5/2012.

_____. Ação de Descumprimento Fundamental n.º 402. Medida Cautelar. Decisão monocrática. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 5/12/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4975492>> . Acesso em: 20/8/2018.

_____. Ação de Descumprimento Fundamental n.º 402. Medida Cautelar. Referendo. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 22/6/2017. Dje-140, divulg. 26/6/2017, public. 27/6/2017.

_____. Ação de Descumprimento Fundamental n.º 402. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4975492>> . Acesso em: 20/8/2018.

_____. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43. Medida Cautelar. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Decisão monocrática. Julgado em 25/4/2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314221822&ext=.pdf>>. Acesso em: 31/8/2018

_____. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43, pleno, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 5/10/2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4162924&ext=RTF>>. Acesso em: 11/7/2018.

_____. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 20/8/2018.

- _____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1351. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 7/12/2006. DJ 3/3/2007. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 207-01, p. 116.
- _____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3510. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 29/5/2008. DJe-096, 28/5/2010. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 214. p. 43.
- _____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 5/5/2011. DJe-198, 14/10/2011; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 5/5/2011. DJe-198, 14/10/2011.
- _____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4650. Acompanhamento Processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4650&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 24/10/2017.
- _____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4650. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em 17/09/2015. DJe-034, divulg. 23/2/2016, public. 24/2/2016.
- _____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4983. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 6/10/2016. DJe-087, divulg. 26/4/2017, public. 27/4/2017.
- _____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5526. Acompanhamento processual. Petições eletrônicas. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4982736>>. Acesso em: 13/8/2018.
- _____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5526, Relator p/ acórdão: Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 11/10/2017.
- _____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5728. Acompanhamento Processual. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5728&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10/7/2018.
- _____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5772. Acompanhamento Processual. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5259991>>. Acesso em: 18/9/2018.
- _____. _____. Ação Originária n.º 1773/DF. Decisão monocrática. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 15/9/2014, publ. 18/9/2014.
- _____. _____. Ação Originária n.º 1773/DF. Decisão monocrática. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 21/3/2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314033184&ext=.pdf>>. Acesso em: 31/8/2018.

- _____. _____. Ação Penal n.º 470 (Mensalão). Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Acompanhamento Processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11541>>. Acesso em: 20/8/2018.
- _____. _____. Ação Penal n.º 937, Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>>. Acesso em: 11/7/2018.
- _____. _____. Agravo em Recurso Especial n.º 964246 RG, Relator(a): Min. Teori Zavascki, julgado em 10/11/2016, processo eletrônico repercussão geral - mérito DJe-251 divulg 24-11-2016 public 25-11-2016.
- _____. _____. Agravo Regimental 6381, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 11/5/2018, processo eletrônico DJe-096, divulg. 16/5/2018, public. 17/5/2018.
- _____. _____. *Habeas Corpus* n.º 118533. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado em 23/6/2016. DJe-199, divulg. 16/9/2016, public. 19/9/2016.
- _____. _____. *Habeas Corpus* n.º 124306, Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 9/8/2016, processo eletrônico DJe-052, divulg. 16/3/2017, public. 17/3/2017.
- _____. _____. *Habeas Corpus* n.º 143480. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 10/5/2017. DJe-099, divulg. 11/5/2017, public. 12/5/2017.
- _____. _____. *Habeas Corpus* n.º 152752. Relator: Ministro Edson Fachin. Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=152752&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20/8/2018.
- _____. _____. *Habeas Corpus* n.º 152752. Relator: Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, Medida Liminar, julgado em 22/6/2018.
- _____. _____. *Habeas Corpus* n.º 152752. Relator: Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 4/4/2018, processo eletrônico DJe-127, divulg. 26/6/2018, public. 27/6/2018.
- _____. _____. Mandado de Injunção n.º 670. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Relator p/ Acórdão: Ministro Gilmar Mende. Tribunal Pleno. Julgado em 25/10/2007. DJe-206, 31/10/2008. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 207-01, p. 11.
- _____. _____. Mandado de Injunção n.º 708. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 25/10/2007. DJe-206, 31/10/2008. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 207-02, p. 471.
- _____. _____. Mandado de Injunção n.º 712. Relator: Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 25/10/2007. DJe-206, 31/10/2008, v. 2339-03, p. 384.

- _____. _____. Mandado de Segurança n.º 26602. Relator: Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 4/10/2007. DJe-197, 17/10/2008. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 208-01, p. 72.
- _____. _____. Mandado de Segurança n.º 26603. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 4/10/2007. DJe-241, 19/12/2008. *Ementário da Jurisprudência do STF*, Brasília, v. 2346-02, p. 318.
- _____. _____. Mandado de Segurança n.º 26604. Relator: Ministra Carmen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado em 4/10/2007. DJe-187, 3/10/2008. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 206-02, p. 626.
- _____. _____. Mandado de Segurança n.º 32033, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 20/6/2013, processo eletrônico, DJe-33, public 18/2/2014, RTJ, v. 227, p. 330.
- _____. _____. Mandado de Segurança n.º 34070. Medida Cautelar. Decisão Monocrática. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 16/5/2016. Dje 102, divulg. em 18/5/2016, publ. em 19/5/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=34070&classe=MS-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 13/8/2018.
- _____. _____. Mandado de Segurança n.º 34070, Medida Cautelar. Liminar. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 18/3/2016. DJe-054, divulg. 22/3/2016, public. 28/3/2016.
- _____. _____. Mandado de Segurança n.º 34609, Rel. Min. Celso de Melo, Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=34609&classe=MS&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 11/7/2018.
- _____. _____. Mandado de Segurança n.º 34609, decisão liminar, Rel. Min. Celso de Melo, j. 14/2/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34609.pdf>>. Acesso em: 11/7/2018.
- _____. _____. Mandado de Segurança n.º 34615, Rel. Min. Celso de Melo, Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5127429>>. Acesso em: 11/7/2018.
- _____. _____. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n.º 34.087. Relator Ministro Marco Aurélio Melo. Decisão monocrática. Julgado em 5/4/2016.
- _____. _____. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n.º 34.530. Relator Ministro Luiz Fux. Decisão monocrática. Julgado em 14/12/2016.
- _____. _____. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 519. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Decisão monocrática. Medida liminar. Julgado em 25/5/2018.

- _____. _____. Questão de Ordem na Ação Penal n.º 937. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Julgado em 3/5/2018.
- _____. _____. Reclamação n.º 23.457. Relator Ministro Teori Zavascki. Decisão monocrática. Julgado em 13/6/2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/teori-audio-dilma-lula.pdf>>. Acesso em: 30/7/2018.
- _____. _____. Recurso Extraordinário n.º RE 576155, Questão de Ordem, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 11/6/2008, *DJe-172* divulg. 11/9/2008, public. 12/9/2008, ement. vol.-02332-05, p-01048, *LEXSTF* v. 30, n. 360, 2008, p. 246-255.
- _____. _____. Repercussão Geral. Informações Consolidadas. Processos sobrestados em razão da repercussão geral. Dados consolidados em 26/6/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=sobrestadosrg>>. Acesso em: 12/7/2018.
- _____. _____. Repercussão Geral, Suspensão Nacional. Temas em repercussão geral nos quais determinada a suspensão nacional dos processos tramitando sobre a mesma matéria, nos termos do art. 1.035, § 5º, do CPC. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=repercussaoTemasSuspensao&pagina=principal>>. Acesso em: 12/7/2018.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime n.º 70005037072, Terceira Câmara Criminal, Relator Desembargador José Antônio Hirt Preiss, julgado em 12/09/2002.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 598362655, Oitava Câmara Cível, Relator Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 1º/03/2000.
- _____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal n.º 5046512-94.2016.4.04.7000. Relator: Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto. Acompanhamento processual. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50465129420164047000&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&to dasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=fab903ac995803f9d346f85f5663c3ec&txtPalavraGerada=zamh&txtChave=&numPagina=3>. Acesso em: 30/8/2018.
- _____. _____. Embargos de Declaração na Apelação Criminal n.º 5046512-94.2016.4.04.7000. Relator: Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto. Julgado em 26/3/2018. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41522159732707152021561401967&evento=490&key=eb2763ad9df7a6aa7673cc0acb1a68181dd5ea249d517f02668725b1371d949a&hash=bfcaffde9927dd8d4737169efafdf386>. Acesso em: 30/8/2018.
- _____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Seção Judiciária de Curitiba. 13ª Vara Federal. Ação Penal n.º 5046512-94.2016.4.04.7000/PR. Juiz Sérgio Moro. Decisão. 5/4/2018. Disponível em: <https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&

doc=701522941232906930074096771897&evento=99678&key=8b096c3b897d1e93da8959f62e1a54b653cc0c6032852e9e36ba2ccd6e576425&hash=9c1b9b08b3f8d11985d60b217d7b1a5d>. Acesso em: 11/7/2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018.

DATAFOLHA INSTITUTO DE PESQUISAS. *Democracia e Ditadura PO813734*: 19 e 20/2/2014. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2014/03/31/democracia-x-ditadura-versao-2.pdf>>. Acesso em: 17/7/2018.

_____. *Eleições 2018*: Intenção de voto para presidente da República, 03 e 04/10. 5/10/2018. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/10/05/8243d5308d78b278a50aee22acd0c018DD.pdf>>. Acesso em: 5/10/2018.

IBOPE. 89% dos manifestantes não se sentem representados por partidos. 25/6/2013. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/89-dos-manifestantes-nao-se-sentem-representados-por-partidos.aspx>>. Acesso em 25/7/2018.

_____. Pesquisa de opinião pública sobre as manifestações. Junho de 2013. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/JOB_0948_BRASIL%20-%20Relatorio%20de%20tabelas.pdf>. Acesso em: 25/7/2018.

RÁDIO JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.radiojustica.jus.br/radiojustica/exibirHome!init.action;jsessionid=JXUmxOhnKEU1LgXjagykq2T>>. Acesso em: 9/7/2018.

RELATÓRIO ICJ BRASIL. Brasil: Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11220/Relat%c3%b3rio%20ICJBrasil%20-%201%c2%ba%20Semestre%20-%202013.pdf?sequence=1>>. Acesso em 5/10/2017.

_____. Brasil: Fundação Getúlio Vargas, 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 3/8/2018.

SENADO FEDERAL. Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre os Projetos de Lei do Senado nº 280, de 2016, do Senador Renan Calheiros, e nº 85, de 2017, do Senador Randolfe Rodrigues, que definem os crimes de abuso de autoridade e dão outras providências. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5239240&disposition=inline>>. Acesso em: 13/8/2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Institucional: História. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Hist%C3%B3ria>. Acesso em: 2/8/2018.

_____. Institucional: História – A Constituinte: O TSF vira STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Hist%C3%B3ria/A-crie-do-Supremo>. Acesso em: 2/8/2018.

_____. Institucional: História – A Crise do Supremo. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Hist%C3%B3ria/A-crise-do-Supremo>. Acesso em: 2/8/2018.

_____. Ofício. Assunto: PCL n.º 168/2015, Admissibilidade do recurso especial e extraordinário. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Min. Isabel Gallotti, Min. Marco Buzzi, Min. Paulo Dias de Moura Ribeiro. 14/12/2015. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3995013&disposition=inline>>. Acesso em: 12/7/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Central do Cidadão STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=centralDoCidadaoAcessoInfor-macao&pagina=sobreCentralCidadao>>. Acesso em: 9/7/2018.

_____. Controle Concentrado: estatísticas de ações do controle concentrado. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 26/6/2018.

_____. Estatística. Acervo atual. Acervo atual - Listagem completa de processos. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>>. Acesso em: 20/7/2018.

_____. Estatística. Acervo atual. Listagem de processos recebidos este ano. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>>. Acesso em: 20/7/2018.

_____. Estatística. Estatística de decisões (a partir de 2010). Decisões - geral. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesgeral>>. Acesso em: 20/7/2018.

_____. Estatísticas do STF. ADC. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>>. Acesso em: 4/11/2017.

_____. Estatísticas do STF. ADI. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>>. Acesso em: 4/11/2017.

_____. Estatísticas do STF. Controle Concentrado – Dados Estatísticos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=CC_Geral>. Acesso em: 18/4/2018.

_____. Processos. Audiências Públicas Previstas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=prevista>>. Acesso em: 13/7/2018.

_____. Processos. Audiências Públicas Realizadas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?paginaAtual=1&tipo=realizada>>. Acesso em: 13/7/2018.

_____. Processos. Pedidos de Vista do Plenário. Planilha atualizada até 13/7/2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=processoPedidoVistaDevolvido>>. Acesso em: 1º/8/2018.

_____. Pronunciamento da Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia, em 30/5/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/pronunciamentoCL30maio.pdf>>. Acesso em: 17/7/2018.

_____. Twitter. Disponível em: <https://twitter.com/stf_oficial>. Acesso em: 9/7/2018.

_____. YouTube. Disponível em: < <https://www.youtube.com/user/STF>>. Acesso em: 9/7/2018.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Brasil tem 73 partidos em processo de formação. 24/1/2018. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Janeiro/brasil-tem-73-partidos-em-processo-de-formacao>>. Acesso em: 22/9/2018.

_____. Partidos políticos registrados no TSE. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>>. Acesso em: 22/9/2018.

REFERÊNCIAS A TEXTOS DE JORNAIS E REVISTAS

AGÊNCIA SENADO. Plenário rejeita medidas cautelares contra Aécio Neves e senador retoma mandato. Senado notícias, 17/10/2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/10/17/senado-devolve-mandato-a-aecio-neves>>. Acesso em: 13/8/2018.

_____. Senado aprova projeto que altera Lei de Abuso de Autoridade. Senado Notícias, 28/4/2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/04/26/senado-aprova-projeto-que-altera-lei-de-abuso-de-autoridade>>. Acesso em: 17/10/2017.

ALMEIDA, Marco Rodrigo. Grupo atira tomates em protesto contra Gilmar Mendes em São Paulo. *Folha de São Paulo*, 9/10/2017. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/10/1925546-grupo-atira-tomates-em-protesto-contr-gilmar-mendes-em-sao-paulo.shtml>>. Acesso em: 21/8/2018.

ARAÚJO, Ricardo. Prejuízos com greve dos caminhoneiros ultrapassam 100 bilhões. *Tribuna do Norte*, 3/6/2018. Disponível em: <<http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/prejuizos-com-greve-dos-caminhoneiros-ultrapassam-r-100-bilha-es/414638>>. Acesso em: 14/7/2018.

BBC BRASIL. Entenda o novo fundo público para campanhas eleitorais aprovado na Câmara. 4/10/2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-41507850>>. Acesso em: 13/8/2018.

BERGAMO, Mônica. Em campanha para o STF, Fux procurou Dirceu. *Folha de São Paulo*, 2/12/2012. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/81379-em-campanha-para-o-stf-fux-procurou-dirceu.shtml?loggedpaywall#>>. Acesso em: 16/7/2018.

_____. Quem ganha leva; quem leva respeita as regras e os direitos dos outros, diz Barroso. *Folha de São Paulo*, 26/9/2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/09/quem-ganha-leva-quem-leva-respeita-as-regras-e-os-direitos-dos-outros-diz-barroso.shtml>>. Acesso em: 26/9/2018.

BILENKY, Thais. Anistia a caixa dois é inconstitucional, afirma ex-ministro do STF. *Folha de São Paulo*, 27/11/2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/11/1835946-anistia-a-caixa-dois-e-inconstitucional-afirma-ex-ministro-do-stf.shtml>>. Acesso em: 29/5/2018.

BLUME, Bruno André. Como um projeto anticorrupção abriu brecha para anistia ao caixa dois?. *Politize!*, 25/11/2016. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/anistia-ao-caixa-dois/>>. Acesso em: 25/5/2018.

BRANDINO, Géssica. Favorável à mudança no STF, Gilmar defendia prisão em 2ª instância; veja vídeo. *Folha de São Paulo*, 22/3/2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/03/favoravel-a-mudanca-no-stf-gilmar-defendia-prisao-em-2a-instancia-veja-video.shtml?loggedpaywall?loggedpaywall>>. Acesso em: 11/7/2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Gilmar Mendes diz que STF errou em decisão sobre cláusula de barreira. 21/3/2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/526598-GILMAR-MENDES-DIZ-QUE-STF-ERROU-EM-DECISAO-SOBRE-CLAUSULA-DE-BARREIRA.html>>. Acesso em: 19/9/2018.

CAMAROTTI, Gerson. Volta de Cármen Lúcia para Segunda Turma do STF já preocupa defesa de acusados. *GI*, 22/4/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/blog/gerson-camarotti/post/2018/04/22/volta-de-carmen-lucia-para-segunda-turma-do-stf-ja-preocupa-defesa-de-acusados.ghtml>>. Acesso em: 19/7/2018.

CARTA CAPITAL. Temer cede, mas caminhoneiros não voltam ao trabalho. 28/5/2018. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/economia/temer-cede-mas-caminhoneiros-nao-voltam-ao-trabalho>> Acesso em: 17/7/2018.

CASADO, Letícia; FERNANDES, Talita. Cármen Lúcia se reúne com presidente do Senado para tratar caso Aécio. *Folha de São Paulo*, 2/10/2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/10/1923541-carmen-lucia-se-reune-com-presidente-do-senado-para-tratar-caso-aecio.shtml>>. Acesso em: 13/8/2018.

CIPRIANI, Juliana. Gilmar Mendes é xingado de ‘ladrão’ e ‘corrupto’ no Pacaembu; veja vídeo. *Correio Braziliense*. 30/10/2017. Disponível em:

<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2017/10/30/internas_polbraeco,637427/gilmar-mendes-e-xingado-de-ladrao-e-corrupto-no-pacaembu-veja-vid.shtml>. Acesso em: 30/10/2017.

CLARÍN. Derechos Humanos: Confirman una medida que ya habian tomado jueces y camaras: La Corte anula hoy los indultos que Menem otorgó a militares. *Buenos Aires*, 13/7/2007. Disponível em: <https://www.clarin.com/ediciones-antiores/corte-anula-hoy-indultos-menem-otorgo-militares_0_r1rgF8eJRtg.html>. Acesso em: 20/8/2018.

CONGRESSO EM FOCO. Gilmar Mendes ataca Marco Aurélio Mello: “De velho a velhaco”. 11/5/2017. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/gilmar-mendes-ataca-marco-aurelio-mello-%E2%80%9Cde-velho-a-velhaco%E2%80%9D/>>. Acesso em: 10/7/2018.

_____. Ministros do STF contrariam entendimento sobre prisão em segunda instância. 4/3/2018. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/ministros-do-stf-contrariam-entendimento-sobre-prisao-em-segunda-instancia/>>. Acesso em: 19/7/2018.

_____. STF ainda pode julgar mérito de impeachment, diz Lewandowski. Agência Brasil, 9/5/2016. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/stf-ainda-pode-julgar-merito-de-impeachment-diz-lewandowski/>>. Acesso em: 12/7/2018.

CONJUR. Toffoli defende criação de cláusula de barreira e fim de coligações partidárias. 20/4/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-20/toffoli-defende-criacao-clausula-barreira-fim-coligacoes>>. Acesso em: 19/9/2018

CORREIO DO BRASIL. Ministros do STF já admitem que Lula pode ser solto e se candidatar. 24/4/2018. Disponível em: <<http://www.correiodobrasil.com.br/ministros-stf-admitem-lula-solto-candidatar/>> Acesso em: 12/7/2018.

COUTINHO, Filipe. PF intercepta ligação de Gilmar Mendes para investigado no STF. 6/2/2015. *Época*, 6/2/2015. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/02/pf-intercepta-ligacao-de-bgilmar-mendes-para-investigadob-no-stf.html>>. Acesso em: 14/7/2018

CRUZ, Valdo. Fachin deve evitar temas polêmicos na Segunda Turma, avaliam procuradores da Lava Jato. *G1*, 26/4/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/blog/valdo-cruz/post/2018/04/26/fachin-deve-evitar-temas-polemicos-na-segunda-turma-avaliam-procuradores-da-lava-jato.ghtml>>. Acesso em: 19/7/2018.

ESTADÃO. Para Gilmar Mendes, decisão de Fux é o “AI-5 do Judiciário”. 15/12/2016. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/noticias/geral,para-gilmar-mendes-decisao-de-fux-e-o-ai-5-do-judiciario,10000094690>>. Acesso em: 10/7/2018.

EUGÊNIA, Maria; CAVALCANTE, Juliana. PGR pede prisão de Aécio Neves, mas ministro Fachin nega. *Metrópoles*, 18/5/2017. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/politica-br/pgr-pede-prisao-de-aecio-neves-mas-ministro-fachin-nega>>. Acesso em: 12/7/2018.

EXAME. Vem pra Rua protesta no Rio e pede saída de Gilmar Mendes. 27/8/2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/vem-pra-rua-faz-manifestacao-no-rio-pedindo-saida-de-gilmar-mendes/>>. Acesso em: 10/7/2018.

FALCÃO, Márcio. PEN desiste de liminar para impedir prisão em segunda instância. *Jota*, 25/4/2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/pen-liminar-prisao-em-segunda-instancia-25042018>>. Acesso em: 11/5/2018.

FERNANDES, Adriana; NAKAGAWA, Fernando; RIBEIRO, Luci. Para bancar “bolsa caminhoneiro”, governo corta até gastos sociais. *Estadão*, 31/5/2018. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,para-bolsa-caminhoneiro-governo-corta-orcamento-de-estatais-e-tira-beneficios-de-exportadores,70002332467>>. Acesso em: 17/7/2018

FOLHA DE SÃO PAULO. Barroso diz que Gilmar tem “pitadas de psicopatia” e sessão do STF é suspensa. 21/3/2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/03/barroso-diz-que-gilmar-tem-pitadas-de-psicopatia-e-sessao-do-stf-e-suspensa.shtml>>. Acesso em: 10/7/2018.

_____. Entenda a prisão do senador Delcídio do Amaral em 11 perguntas e respostas. 26/11/2015. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1711360-entenda-a-prisao-do-senador-delcidio-do-amaral-em-11-perguntas-e-respostas.shtml>>. Acesso em: 12/7/2018.

_____. Líder diz que caminhoneiros são forçados a manter a greve: governo disse hoje que grupo de infiltrados está atrapalhando o fim da paralisação. *São Paulo*, 28/5/2018. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/lder-grevista-diz-que-caminhoneiros-sao-forcados-a-manter-greve/>>. Acesso em: 29/5/2018.

FRAZÃO, Felipe; HUPSEL FILHO, Valmar; PUPO, Amanda, CURY, Teo; MOURA, Rafael Moraes. PEN tenta retirar liminar que poderá livrar Lula. *Estadão*, 9/4/2018. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/para-nao-beneficiar-lula-pen-decide-desistir-de-liminar-contr-prisao-em-2a-instancia/>>. Acesso em: 11/5/2018

G1. Áudio: Aécio e Joesley Batista acertam pagamento de R\$ 2 milhões. 19/5/2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/audio-aecio-e-joesley-batista-acertam-pagamento-de-r-2-milhoes.ghtml>>. Acesso em: 12/7/2017.

_____. Cronologia: greve dos caminhoneiros. 25/5/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/cronologia-greve-dos-caminhoneiros.ghtml>>. Acesso em: 14/7/2018.

_____. Discussão acalorada entre Barroso e Gilmar suspende sessão no Supremo. 22/3/2018. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/03/discussao-acalorada-entre-barroso-e-gilmar-suspende-sessao-no-supremo.html>>. Acesso em: 28/6/2018.

_____. Em transcrição de áudio da PF, Aécio pede ajuda a Gilmar Mendes sobre Lei de Abuso de Autoridade. 19/5/2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/em-transcricao-de-audio-da-pf-aecio-pede-ajuda-a-gilmar-mendes-sobre-lei-de-abuso-de-autoridade.ghtml>>. Acesso em: 30/10/2017

- _____. Gilmar Mendes chama Tribunal Superior do Trabalho de 'laboratório do PT'. 3/4/2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/gilmar-mendes-chama-tribunal-superior-do-trabalho-de-laboratorio-do-pt.ghtml>>. Acesso em: 10/7/2018.
- _____. Governo reserva quase R\$ 900 milhões para fundo partidário. 4/9/2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/09/governo-reserva-quase-r-900-milhoes-para-fundo-partidario.html>>. Acesso em: 13/8/2018.
- _____. Lewandowski aponta 'tropeço na democracia'; Gilmar Mendes critica. 29/6/2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/09/lewandowski-aponta-tropeco-na-democracia-gilmar-mendes-critica.html>>. Acesso em: 16/7/2018.
- _____. Libertado pela Segunda Turma do STF, José Dirceu já está em casa. 27/6/2018. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/06/libertado-pela-segunda-turma-do-stf-jose-dirceu-ja-esta-em-casa.html>>. Acesso em: 10/7/2018.
- _____. Lula se entrega à PF e é preso para cumprir pena por corrupção e lavagem de dinheiro. 7/4/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/lula-se-entrega-a-pf-para-cumprir-pena-por-corrupcao-e-lavagem-de-dinheiro.ghtml>>. Acesso em: 11/7/2018.
- _____. Moro divulga grampo de Lula e Dilma; Planalto fala em Constituição violada São Paulo, 16/03/2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/moro-divulga-grampo-de-lula-e-dilma-planalto-fala-em-constituicao-violada.html>>. Acesso em: 13/8/2018.
- _____. “Não há razões para isso”, diz Cármen Lúcia sobre STF voltar a julgar prisão após condenação em 2ª instância. 19/3/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/nao-ha-razoes-para-isso-diz-carmen-lucia-sobre-stf-voltar-a-julgar-prisao-apos-2-instancia.ghtml>>. Acesso em: 11/7/2018.
- GALHARDO, Ricardo. Análise: Preso, Lula mantém influência em jogo político. *Estadão*, 1º/8/2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,analise-presos-lula-mantem-influencia-em-jogo-politico,70002426055>>. Acesso em: 31/8/2018.
- GARCIA, Gustavo; RAMALHO, Renan. Senado decide descumprir liminar para afastar Renan e aguardar plenário do STF. *GI*, 6/12/2016. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/renan-senado-decide-nao-cumprir-liminar-e-aguardar-decisao-do-plenario-do-stf.ghtml>>. Acesso em: 13/8/2018.
- GARCIA, Daniela; ALMEIDA, Paula. Relatório da PF indica 46 ligações por Whatsapp entre Aécio e Gilmar entre fevereiro e maio. *UOL Notícias*, 19/10/2017 Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/10/19/relatorio-da-pf-diz-que-aecio-e-gilmar-mendes-fizeram-38-ligacoes-por-whatsapp-em-dois-meses.htm>>. Acesso em: 14/7/2018.
- GAÚCHA ZH. Artistas, juízes e procuradores protestam contra Gilmar Mendes. 25/8/2017. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2017/08/artistas-juizes-e-procuradores-protestam-contra-gilmar-mendes-9879471.html>>. Acesso em: 10/7/2018.

_____. Ordem de prisão de Lula é ato de “despotismo judicial”, diz Gilmar Mendes. 6/4/2018. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2018/04/ordem-de-prisao-de-lula-e-ato-de-despotismo-judicial-diz-gilmar-mendes-cjfo5wdp607z101ph1c1m5u00.html>>. Acesso em: 10/7/2018.

_____. Pesquisa mostra que Gilmar Mendes é líder em desaprovação popular entre ministros do STF. 27/8/2017. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2017/08/pesquisa-mostra-que-gilmar-mendes-e-lider-em-desaprovacao-popular-entre-ministros-do-stf-9880651.html>>. Acesso em: 2/8/2018.

GIELOW, Igor; VETTORAZZO, Lucas. Greve dos caminhoneiros: Reação de militares a protesto causa preocupação na cúpula do governo: Oficiais superiores descartam intervenção, mas temem por simpatia da tropa a manifestantes. *Folha de São Paulo*, 29/5/2018. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/05/reacao-de-militares-a-protesto-causa-preocupacao-na-cupula-do-governo.shtml>>. Acesso em: 29/5/2018.

KATTAH, Eduardo; MACEDO, Fausto; BRANDT, Ricardo; CHAPOLA, Ricardo. Cortes superiores revisaram menos de 4% das decisões do juiz Sérgio Moro. *Estadão*, 24/1/2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/cortes-superiores-revisaram-menos-de-4-das-decisoes-do-juiz-sergio-moro/>>. Acesso em: 17/10/2017.

LEITÃO, Matheus. ÁUDIO: ouça a gravação que embasou a prisão do senador Delcídio do Amaral. *GI*, 25/11/2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/blog/matheus-leitao/post/audio-ouca-gravacao-que-embasou-prisao-do-senador-delcidio-do-amaral.html>>. Acesso em: 12/7/2018.

LIMA, Maurício. Liminar que garante auxílio-moradia a juízes completa dois anos e provoca rombo de bilhão. *Revista Veja*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/radar/liminar-que-garante-auxilio-moradia-a-juizes-completa-dois-anos-e-provoca-rombo-de-bilhao/>>. Acesso em: 3/10/2017.

LOPES, Marina. In Brazil, a truckers’ strike brings Latin America’s largest economy to a halt. *The Washington Post*, 26/5/2018. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/world/the_americas/in-brazil-a-truckers-strike-brings-latin-americas-largest-economy-to-a-halt/2018/05/25/fe3f06e6-6026-11e8-b656-236c6214ef01_story.html?noredirect=on&utm_term=.0caaa934447c>. Acesso em: 14/7/2018.

MAGRO, Maíra. STF deixa de debater 2ª instância após desencontro de Celso e Cármen. *Valor Econômico*, 20/3/2018. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/politica/5397541/stf-deixa-de-debater-2-instancia-apos-desencontro-de-celso-e-carmen>>. Acesso em: 11/7/2018.

MARCHESINI, Lucas; RESENDE, Thiago; CUNTO, Raphael Di. Planalto confirma Lula como ministro da Casa Civil; posse será terça. *Valor Econômico*, 16/3/2016. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/politica/4484478/planalto-confirma-lula-como-ministro-da-casa-civil-posse-sera-terca>>. Acesso em: 24/7/2018.

- MARTÍ, Silas. Moro é apresentado como “herói nacional” em evento nos EUA. *Folha de São Paulo*, 17/5/2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/05/moro-e-apresentado-como-heroi-nacional-em-evento-nos-eua.shtml>>. Acesso em: 23/7/2018.
- MASCARENHAS, Gabriel. Gilmar Mendes diz que proposta defendida por Moro é coisa de “cretino”. *Folha de São Paulo*, 23/8/2016. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/08/1806132-gilmar-mendes-diz-que-proposta-defendida-por-moro-e-coisa-de-cretino.shtml>>. Acesso em: 10/7/2017.
- MATOSO, Filipe. Dupla votação do Senado foi 'estranhíssima', afirma Dilma. *GI*, 2/9/2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/09/dupla-votacao-do-senado-foi-estranhissima-afirma-dilma.html>>. Acesso em: 16/7/2018.
- MONTEIRO, Tânia; ARAÚJO, Carla. Citado na Lava Jato, Moreira Franco ganha foro privilegiado como novo ministro. *Estadão*, 2/7/2017. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,citado-na-lava-jato-moreira-franco-ganha-foro-privilegiado-como-novo-ministro,70001651098>>. Acesso em: 11/7/2018.
- MOURA, Rafael Moraes; PIRES, Breno; BULLA, Beatriz; GADELHA, Igor. Lava Jato não vai parar, diz Cármen Lúcia. *Estadão*, 13/9/2017. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lava-jato-nao-vai-parar-diz-carmen-lucia/>>. Acesso em: 2/8/2018.
- _____; BONFIM, Isabela. TJs veem retaliação em comissão de supersalários. *Estadão*, 16/11/2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,tjs-veem-retaliacao-em-comissao-de-supersalarios,10000088443>>. Acesso em: 1º/11/2017.
- O GLOBO. Ações contra nomeação de Lula como ministro serão julgadas em Brasília: STJ decidiu que as mais de 110 ações apresentadas em 2016 ainda são pertinentes. 17/6/2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/acoes-contranomeacao-de-lula-como-ministro-serao-julgadas-em-brasilia-21352678>>. Acesso em: 13/4/2018.
- _____. Marco Aurélio critica ‘manipulação da pauta’ no STF: ‘tempos estranhos’. 27/6/2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/marco-aurelio-critica-manipulacao-da-pauta-no-stf-tempos-estranhos-22827300>>. Acesso em: 1º/8/2018.
- PEREIRA, Joelma. Aécio não tem autoridade moral e merece desprezo, mas decisão do STF é “esdrúxula”, diz PT. *Congresso em Foco*, 27/9/2017. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/aecio-nao-tem-autoridade-moral-e-merece-desprezo-mas-decisao-do-stf-e-esdruxula-diz-pt/>>. Acesso em: 17/7/2018
- PEREIRA, Thomaz. Lula ministro e o silêncio do Supremo. *Jota*, 22/12/2016. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/supra/lula-ministro-e-o-silencio-supremo-22122016>>. Acesso em: 13/8/2018.
- PEREGIL, F. Venezuela dice “no” a la Constitución de Chávez. *El país*, 3/12/2017. Disponível em: <https://elpais.com/internacional/2007/12/03/actualidad/1196636401_850215.html>. Acesso em: 5/10/2018.

PONTES, Felipe. Cármen Lúcia diz que dará urgência à análise da liminar que afastou Renan. Brasília: *EBC Agência Brasil*, 6/12/2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-12/carmen-lucia-diz-que-dara-urgencia-analise-da-liminar-que-afastou-renan>>. Acesso em: 13/8/2018.

PRESSE, France. Parlamento venezuelano respalda sentença de tribunal no exílio contra Maduro. *GI*, 22/8/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/08/22/parlamento-venezuelano-respalda-sentenca-de-tribunal-no-exilio-contramaduro.ghtml>>. Acesso em: 5/10/2018.

_____. Tribunal Supremo venezuelano valida convocação de Constituinte sem referendo. *GI*, 31/05/2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/tribunal-supremo-venezuelano-valida-convocacao-de-constituente-sem-referendo.ghtml>>. Acesso em: 5/10/2018.

PUTTI, Alexandre. Nomeação de Lula como ministro divide opinião de juristas. *Justificando*, 16/3/2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/03/16/nomeacao-de-lula-como-ministro-divide-opiniao-de-juristas/>>. Acesso em: 29/8/2018.

R7. “Vossa excelência, por favor, me esqueça”, bate-boca é mais um capítulo de divergência entre ministros do STF. 17/11/2016. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/brasil/vossa-excelencia-por-favor-me-esqueca-bate-boca-e-mais-um-capitulo-de-divergencia-entre-ministros-do-stf-17112016>>. Acesso em: 10/7/2018.

RAMALHO, Renan. Cármen Lúcia ouve ministros e marca para esta quarta decisão sobre Renan. Brasília: *GI*, 06/12/2016. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/carmen-lucia-ouve-ministros-e-marca-para-esta-quarta-decisao-sobre-renan.ghtml>>. Acesso em: 13/8/2018.

_____. Fachin nega pedido de Lula para evitar prisão e submete decisão final ao plenário. *GI*, 9/2/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/fachin-nega-pedido-de-lula-para-evitar-prisao-e-submete-decisao-final-ao-plenario.ghtml>>. Acesso em: 11/7/2018.

_____. Gilmar Mendes manda soltar pela terceira vez empresário Jacob Barata Filho. *GI*, 01/12/2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/gilmar-mendes-manda-soltar-jacob-barata-filho-e-lelis-teixeira.ghtml>>. Acesso em: 8/8/2018.

_____. Toffoli pede vista e adia decisão do STF sobre restrição ao foro privilegiado de parlamentares. *GI*, 23/11/2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/toffoli-pede-vista-e-adia-decisao-do-stf-sobre-restricao-ao-foro-privilegiado-de-parlamentares.ghtml>>. Acesso em: 11/7/2018.

RECONDO, Felipe. Gilmar Mendes defende adiamento do novo CPC. *Jota*, 23/6/2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/gilmar-mendes-defende-adiamento-do-novo-cpc-23062015>>. Acesso em: 12/7/2018.

_____. Ministros do STF cobram julgamento de auxílio-moradia para juízes. *Jota*, 10/9/2015. Disponível em: <<https://jota.info/justica/ministros-do-stf-cobram-julgamento-de-auxilio-moradia-para-juizes-10092015>>. Acesso em: 3/10/2017.

RODRIGUES, Fernando. Gilmar chama Janot de “delinquente” e diz que procurador fez “chantagem”. *PODER* 360, 5/9/2017. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/lava-jato/delinquente-janot-agora-faz-chantagem-com-o-supremo-diz-gilmar-mendes/>>. Acesso em: 10/7/2018.

ROVER, Tadeu; MARTINES, Fernando. Juiz suspende nomeação de Lula como ministro da Casa Civil. *CONJUR*. 17/3/2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-17/juiz-suspende-nomeacao-lula-ministro-casa-civil>>. Acesso em: 13/4/2018.

_____. Pelo menos nove ações no STF contestam nomeação de Lula como ministro. *CONJUR*. 17/3/2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-17/cinco-acoes-supremo-contestam-nomeacao-lula>>. Acesso em: 13/4/2018.

SADI, Andreia. “Jamais antecipei julgamento”, diz Barroso em resposta a Gilmar Mendes. *G1*, 28/2/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/blog/andreaia-sadi/post/2018/02/28/jamais-antecipei-julgamento-diz-barroso-em-resposta-a-gilmar-mendes.ghtml>>. Acesso em: 28/6/2018.

SARDINHA, Edson. De olho no Judiciário, Renan instala comissão para frear supersalários. *Congresso em Foco*, 10/11/2016. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/de-olho-no-judiciario-renan-instala-comissao-para-frear-supersalarios/>>. Acesso em: 1º/11/2017.

SCHREIBER, Mariana. Gilmar Mendes, o polêmico ministro no caminho de Dilma e do PT. Brasília: *BBC Brasil*, 6/10/2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/10/150921_perfil_gilmar_ms_ab>. Acesso em: 13/8/2018.

SENADO FEDERAL. Agência Senado. Plenário rejeita medidas cautelares contra Aécio Neves e senador retoma mandato. *Senado Notícias*, 17/10/2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/10/17/senado-devolve-mandato-a-aecio-neves>>. Acesso em: 1º/11/2017.

_____. Consulta Pública. Projeto de Lei do Senado nº 280, de 2016. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126377>>. Acesso em: 17/10/2017.

_____. Senado Notícias. Moraes: STF “substituiu legislador” ao derrubar cláusula de barreira para partidos. 21/2/2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/02/21/moraes-stf-substituiu-legislador2019-ao-derrubar-clausula-de-barreira-para-partidos>>. Acesso em: 19/9/2018.

_____. Senado Notícias. Senado mantém prisão de Delcídio do Amaral. 25/11/2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/11/25/senado-mantem-prisao-de-delcidio-do-amaral>>. Acesso em: 12/7/2018.

SOUZA, André de. Joaquim Barbosa é chamado de ‘herói’ e diz ser ‘barnabé’. *O Globo*, 31/8/2012. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/joaquim-barbosa-chamado-de-heroi-diz-ser-barnabe-5969822>>. Acesso em: 23/7/2018.

SOUZA, Nivaldo de. 6 relações de Gilmar Mendes que expõem sua atuação como juiz. *Nexo*, 18/8/2017. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/08/18/6->

rela%C3%A7%C3%B5es-de-Gilmar-Mendes-que-exp%C3%B5em-sua-atua%C3%A7%C3%A3o-como-juiz>. Acesso em: 6/7/2018.

SOUZA, Josias de. No caso Renan, Cármen Lúcia foi mais ‘articuladora política’ que magistrada. *Uol Notícias*, 08/12/2016. Disponível em: <<https://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2016/12/08/no-caso-renan-carmen-lucia-foi-mais-articuladora-politica-que-magistrada/>>. Acesso em: 13/8/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI questiona emenda constitucional que permite a prática de vaquejada. *Notícias STF*, 3/7/2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=348571>>. Acesso em: 8/8/2018.

_____. Ministra Cármen Lúcia faz balanço de atividades do STF e encerra Ano Judiciário 2016. *Notícias STF*, 19/12/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=332571>>. Acesso em: 13/8/2018.

TELES, Giovana. Áudio revela como Delcídio tentou impedir a investigação da Lava Jato. *GI*, 25/11/2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2015/11/audio-revela-como-delcidio-tentou-impedir-investigacao-da-lava-jato.html>>. Acesso em: 12/7/2018.

UOL NOTÍCIAS. Lava Jato lista relações de Gilmar Mendes com empresários presos e pede suspeição do ministro. *UOL*, 18/8/2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/08/18/lava-jato-recorre-a-pgr-para-impedir-gilmar-mendes-de-decidir-prisao-de-empresarios-do-rio.htm>>. Acesso em: 6/7/2018.

VASCONCELOS, Frederico. No STF só 20% dos pedidos de vista são devolvidos no prazo. *Folha da São Paulo*, São Paulo, 8/6/2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/06/1638875-no-stf-so-20-dos-pedidos-de-vista-sao-devolvidos-no-prazo.shtml>>. Acesso em: 24/10/2017.