OSCAR VILHENA VIEIRA

A batalha dos poderes

Da transição democrática ao mal-estar constitucional

COMPANHIA DAS LETRAS

É vedada a reprodução e distribuição

constitucional brasileiro encontra-se num patamar superior de proteção quando comparado aos demais dispositivos da Constituição. Não seria incorreto afirmar, portanto, que temos um bloco constitucional super-rígido, circundado por dispositivos constitucionais mais flexíveis. A facilidade em reformar esses dispositivos mais flexíveis do texto, assegurando a preservação dos princípios basilares da arquitetura constitucional, permitiu uma intensa atualização da Constituição sem que sua identidade fosse alterada.

Diversos outros fatores de natureza política e institucional também contribuíram para a resiliência da Constituição de 1988. A forte participação dos múltiplos setores da sociedade durante o processo de elaboração da Constituição, assim como a estratégia de incorporação de seus interesses ao texto, favoreceu um grau de lealdade constitucional desconhecido na história brasileira. A ideia de "Constituição Cidadã", formulada por Ulysses Guimarães, captura a natureza inclusiva do processo constituinte. Se associarmos a isso o forte corporativismo que permeou os trabalhos, teremos uma multiplicidade de atores engajados em assegurar a sobrevivência da Constituição, ainda que não em sua integralidade. Nesse sentido, temos um processo constituinte que nunca se encerrou, ao menos no que se refere às suas cláusulas periféricas. A incompletude do texto manteve os atores políticos em permanente disputa para determinar o sentido da Constituição, reforçando a sua centralidade como eixo ou agenda sob a qual a política se realizou. A flexibilidade textual, associada ao presidencialismo de coalizão, facilitou, ao menos nas duas primeiras décadas de vida da Constituição, a formação de coalizões supramajoritárias, permitindo que o texto fosse constantemente atualizado sem colocar em risco o seu cerne, protegido pelas cláusulas pétreas.

4. Supremocracia em crise

A Constituição de 1988 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal um papel central no sistema político brasileiro. Nos últimos anos, raros foram os dias em que decisões do Supremo Tribunal Federal não se tornaram manchete dos principais jornais brasileiros, seja nos cadernos de política, economia, legislação, polícia, seja mesmo ciência, educação ou cultura. Todas as questões mais relevantes discutidas na sociedade brasileira parecem, mais dia menos dia, reclamar uma decisão do STF, tornando a sua presença uma constante na nossa vida pública.

Embora o Supremo tenha desempenhado posição relevante nos regimes constitucionais anteriores, com momentos de enorme fertilidade jurisprudencial e proeminência política, como na Primeira República, ou ainda de grande coragem moral, por exemplo, no início do período militar, não há como comparar a atual proeminência do Tribunal com a sua atuação passada.

A ideia de colocar uma corte no centro do sistema político brasileiro para tutelá-lo não é nova. Conforme lembra Leda Boechat Rodrigues,[1] o próprio Pedro II, no final de seu reinado, inda-

É vedada a reprodução e distribuição

gava se a solução para os impasses institucionais do Império não estaria na substituição do Poder Moderador por uma Corte Suprema, como a de Washington. Rui Barbosa, um dos principais arquitetos da primeira Constituição da República, ao escrever que "O Supremo Tribunal Federal está de vela, na cúpula, do Estado", parece ter concretizado essa pretensão de se substituir o poder moderador por um órgão judicial de cúpula. A história institucional da República, no entanto, seguiu rumos mais acidentados. O papel de árbitro último dos grandes conflitos institucionais, que no Império coube ao Poder Moderador, foi exercido na República, como reivindica Alfred Stepan,[2] pelo Exército. Durante o processo de transição para a democracia, o Supremo foi assumindo funções moderadoras, como ao decidir sobre a sucessão de Tancredo.[3] Foi apenas com a Constituição de 1988, no entanto, que o STF foi deslocado para o centro da arena política, assumindo paulatinamente um papel que transcende a função moderadora, que tenho chamado de supremocrático.[4]

Supremocracia é o poder sem precedentes conferido ao Supremo Tribunal Federal para dar a última palavra sobre as decisões tomadas pelos demais poderes em relação a um extenso elenco de temas políticos, econômicos, morais e sociais, inclusive quando essas decisões forem veiculadas por emendas à Constituição. A supremocracia é uma consequência da desconfiança na política e da hiperconstitucionalização da vida brasileira. Sua arquitetura está baseada na concentração de três funções jurisdicionais nas mãos de uma única corte, assim como na criação de canais de acesso direto aos atores políticos para provocar a jurisdição do Tribunal.[5] A supremocracia também tem sido favorecida pela sua ampla discricionariedade, decorrente da ausência de uma cultura consolidada de precedentes no país; da dificuldade do Tribunal de estabelecer standards interpretativos; assim como da indisposição do STF de se submeter apenas àquilo que foi pedido

pelas partes.[6] Importa destacar, por fim, o surgimento de diversas correntes do pensamento constitucional, no contexto da "terceira onda de democratização", preocupadas em maximizar a eficácia das novas constituições, que concedem uma maior amplitude à ação do Judiciário na interpretação e aplicação da Constituição.[7]

Por se tratar de um fenômeno de concentração de poderes na esfera judicial, em detrimento dos poderes representativos, a supremocracia evidentemente cria enormes dificuldades de justificação em face do conceito de democracia, que reivindica que as decisões fundamentais de uma polis devam estar submetidas à vontade da maioria dos cidadãos e não a um grupo não eleito de magistrados. A supremocracia, no entanto, não deve ser confundida com um fenômeno de usurpação de poder, pois decorre, em grande medida, da vontade constitucional. Isso não significa, no entanto, que no exercício de suas atribuições o Supremo, ou os seus ministros, não extrapole as suas funções, exercendo-as de forma abusiva ou usurpadora.

A expansão dos poderes do STF não é um fenômeno sem paralelo em outras partes do mundo, ainda que com graus distintos. Há hoje uma vasta literatura que busca compreender o fenômeno do avanço do direito em detrimento da política e, consequentemente, a ampliação da esfera de autoridade dos tribunais em relação a parlamentos e governos.[8]

Para alguns analistas, o fortalecimento da autoridade dos tribunais tem sido uma consequência imediata da expansão do sistema de mercado em plano global.[9] Aos olhos de investidores, os tribunais constituiriam um meio mais confiável para garantir segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade do que legisladores democráticos, premidos por demandas "populistas" e, de uma perspectiva econômica, necessariamente pouco eficientes. Daí vem o termo juristocracia, utilizado por Hirschl em referência à expansão dos poderes das cortes, e que inspira o termo supremocracia presente no título deste capítulo.[10]

É vedada a reprodução e distribuição

Para uma segunda corrente, a ampliação do papel do direito e do Judiciário é uma decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas.[11] Nesse momento recorre-se ao Judiciário como guardião último dos direitos fundamentais e ideais democráticos incorporados pela constituição, que pode gerar evidentemente uma situação paradoxal. Ao buscar responder às reivindicações não supridas pelo sistema político, o Judiciário não apenas fragiliza a autoridade de governos e parlamentos como atrai para si a crise não resolvida pelo sistema representativo, ampliando ainda mais a desconfiança no sistema como um todo.

Para muitos constitucionalistas, o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o Judiciário é sobretudo uma consequência do avanço das constituições dotadas de sistemas de controle de constitucionalidade, que tiveram origem nos Estados Unidos. Logo, não se trata de algo recente. Esse processo de expansão da autoridade judicial, contudo, torna-se mais agudo com a adoção de constituições cada vez mais ambiciosas da perspectiva da transformação social. Ao contrário das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir que cada geração pudesse fazer as suas próprias escolhas substantivas por intermédio da lei e de políticas públicas, muitas constituições contemporâneas buscam dirigir a atuação do legislador e do administrador, transferindo ao Judiciário a responsabilidade de controlar a atuação dos poderes representativos.[12]

A hipótese fundamental deste capítulo, que não elimina as anteriores, é que a desconfiança na democracia que estava sendo construída em 1988, assim como as incertezas decorrentes da adoção de um texto constitucional tão ambicioso, levou os constituintes a uma dupla estratégia de proteção. De um lado, buscaram

entrincheirar na Constituição o máximo de direitos, interesses, competências institucionais, privilégios corporativos e direitos, de forma a dificultar que maiorias futuras pudessem se contrapor a esses interesses. De outro lado, atribuíram amplos poderes ao Supremo Tribunal Federal para bloquear decisões futuras do sistema representativo que viessem a ameaçar esses mesmos interesses, privilégios ou direitos, ainda que por intermédio de emendas à Constituição; para julgar as principais autoridades, entre as quais os próprios os membros do parlamento; e para resolver os conflitos entre os poderes.

Num contexto político muito conflitivo, fragmentado e de desconfiança recíproca, no qual se estava fortalecendo a independência das agências de aplicação da lei, criando uma nova variável na política brasileira, também era prudente fortalecer o Supremo como instância capaz de estabilizar minimamente as expectativas e modular a implementação da nova Constituição. O STF, por sua trajetória histórica, assim como pela natureza de sua composição, foi depositário dessa função de guardião moderador do pacto de 1988. Ao Tribunal foram atribuídos poderes tanto para controlar a ação das maiorias políticas circunstanciais como para delimitar e modular a nova forma de funcionar dos demais poderes, inclusive do Ministério Público. O Supremo tornou-se assim uma espécie de seguro contra as incertezas trazidas pelo novo contexto constitucional.[13]

A conjugação da função de guarda de uma Constituição tão ambiciosa e detalhista com um extenso rol de atribuições conferiu ao Supremo uma nova posição institucional. Nesse contexto, o STF tem sido convocado a emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza política, moral, econômica e social — ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Embora essa seja uma atribuição comum a outros tribunais constitucio-

É vedada a reprodução e distribuição

nais ao redor do mundo, a distinção do caso brasileiro é de escala e de natureza. De escala pela quantidade de temas que no Brasil têm status constitucional e são reconhecidos pela doutrina como passíveis de judicialização. De natureza pelo fato de não haver nenhum obstáculo para que o Supremo aprecie atos produzidos pelo sistema representativo, inclusive pelo próprio poder constituinte reformador. Assim, suas decisões não podem, em tese, ser derrubadas pelo parlamento, como na maioria das democracias constitucionais. Assim sendo, o Supremo exerce o controle tanto sobre a política ordinária, analisando a constitucionalidade de leis e atos do Executivo, como sobre a política constitucional. Talvez as supremas cortes indiana e colombiana sejam as únicas que partilhem o status supremocrático assumido pelo STF no Brasil a partir de 1988.

CAMINHO INSTITUCIONAL RUMO À SUPREMOCRACIA

Múltiplas foram as escolhas institucionais que levaram a essa exacerbada concentração de poderes nas mãos do STF. A primeira dessas escolhas diz respeito à própria natureza ambiciosa da Constituição de 1988, que, segundo Seabra Fagundes, corretamente desconfiada do legislador, pode deliberar sobre tudo. Assim, a Constituição transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas, numa espécie de compromisso maximizador.[14] Esse processo, chamado por muitos colegas de constitucionalização do direito,[15] criou no entanto uma enorme esfera de tensão constitucional e por consequência gerou uma explosão da litigiosidade constitucional. A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de discricionariedade atribuído ao corpo político para tomar decisões políticas relevantes foi reduzido.

A segunda escolha institucional que pode nos ajudar a compreender a expansão de autoridade do Supremo refere-se à sobreposição das funções atribuídas ao Tribunal. Ao STF foram atribuídas funções que na maioria das democracias contemporâneas estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, tribunais de recursos e tribunais de primeira e última instâncias em casos envolvendo altas autoridades.

Na função de tribunal constitucional, o Supremo tem por obrigação julgar por via de ação direta a constitucionalidade de leis e atos normativos produzidos em âmbito tanto federal como estadual. Deve-se destacar, no caso brasileiro, a competência para apreciar a constitucionalidade de emendas, quando ameaçarem a integridade do amplo rol de cláusulas pétreas estabelecido por força do artigo 60, § 4º da Constituição. Tal atribuição conferiu ao Supremo a autoridade para emitir a última palavra sobre temas constitucionais em nosso sistema político, reduzindo a possibilidade de que o Tribunal venha a ser circundado pelo Congresso Nacional, caso este discorde de um dos seus julgados, como acontece em muitos países. Também foi atribuída ao Tribunal a competência para julgar as omissões inconstitucionais do legislador e do Executivo, e, por meio do mandado de injunção, assegurar a imediata e direta implementação de direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 conferiu também ao Supremo a espinhosa missão de foro especializado. Em primeiro lugar, cumpre-lhe julgar criminalmente altas autoridades. Em consequência da excêntrica taxa de criminalidade no escalão superior de nossa República, o Supremo passou a agir como juízo de primeira instância criminal, como vimos no caso do mensalão e agora estamos testemunhando na Operação Lava Jato. O Tribunal não está equipado para analisar em pormenores os fatos e, mesmo que ampliasse sua capacidade institucional para fazê-lo, seu escasso tempo seria consumido em intermináveis instruções criminais,

É vedada a reprodução e distribuição

desviando-o de suas responsabilidades mais propriamente constitucionais. O resultado tem sido a impunidade, quando não a seletividade, de sua jurisdição criminal. A partir do julgamento da ação penal 470, o mensalão, o Supremo experimentou o enorme poder que essa atribuição, até então dormente, lhe conferia, assim como os pesados custos da superexposição e da tensão política decorrente do julgamento de altas autoridades.

Como foro especializado, o Supremo também recebeu a função de apreciar originariamente atos secundários do Congresso ou do Executivo, muitas vezes ligados à governança interna desses dois poderes. Na maioria das vezes, o STF é instado a resolver tais contendas em caráter emergencial, e o faz por intermédio de uma decisão monocrática. O Supremo serve, nessas circunstâncias, como um tribunal arbitral de causas políticas. Absorve, assim, os conflitos internos do parlamento. Desconheço outro tribunal supremo do mundo que faça plantão judiciário para solucionar quizílias que os parlamentares não são capazes de resolver por si mesmos. O mesmo acontece em relação à impugnação, por via de mandado de segurança, de atos do presidente da República, como dar posse a um ministro de Estado.

A sua competência de foro especial confere ao Supremo um enorme poder sobre todo o Congresso Nacional e o governo, mas por outro lado tem lhe imposto despender um boa parte de seu capital reputacional por excesso de envolvimento em questões controvertidas, que poderiam — e deveriam — ser resolvidas em outros âmbitos.[16]

A terceira função jurisdicional acumulada pelo STF é de tribunal de recursos de última instância judicial, revisando centenas de milhares de casos resolvidos pelos tribunais inferiores todos os anos, o que se explica pela coexistência de um sistema difuso de controle de constitucionalidade e um sistema concentrado de controle de constitucionalidade. Na ausência de uma cultura jurídica

que valorize o caráter vinculante das decisões judiciais, inclusive aquelas proferidas por tribunais superiores, o Supremo passou a ser um fiscal da implementação de suas próprias decisões. De 1988 para cá, foram mais de 1 milhão de recursos extraordinários e agravos de instrumento apreciados por onze juízes — isso sem falar nos milhares de habeas corpus, muitos deles com arriscada supressão de instâncias, que chegam ao Tribunal todos os dias. Mais do que desumano com os ministros, é absolutamente irracional fazer com que milhões de jurisdicionados fiquem aguardando uma decisão do STF. É importante destacar que essa aparente disfuncionalidade beneficia litigantes reiterados, que sabem alongar o tempo de duração de seus processos para adiar o cumprimento de suas obrigações. As diferentes instâncias de governo, assim como as empresas prestadoras de serviços públicos, além do setor bancário, são os principais clientes desse sistema.

O fato de as tabelas encontradas na página do Supremo na internet demonstrarem que o Tribunal julga cerca de 70 mil casos por ano não significa que o STF efetivamente aprecie tantos casos. Como demonstrou Marcos Paulo Verissimo já em 2008,[17] as decisões tomadas em plenário não chegam a 0,5% dos casos resolvidos pelo Tribunal, número que vem sendo confirmado pelo projeto Supremo em Números da FGV Direito Rio.[18] A imensa maioria dos casos, portanto, refere-se a decisões monocráticas, em que o "relator tem poderes conferidos pela lei para julgar o mérito ou as condições de admissibilidade da ação ou do recurso, ordinário ou extraordinário".[19]

Isso gera dois problemas gravíssimos. O primeiro se refere ao fato de que, na imensa maioria dos casos, a jurisdição do Supremo é exercida apenas por um de seus membros. Em segundo lugar, ao fato de que a agenda do colegiado é, na prática, definida a partir daquilo que os seus membros decidem que não julgarão monocraticamente. E, em política, o controle sobre a agenda te-

É vedada a reprodução e distribuição

mática, bem como sobre a agenda temporal, tem um enorme significado. Esse poder e os critérios para a sua utilização, como não são expressos, fogem a possíveis tentativas de compreensão, quanto mais de controle público sobre a atividade do Tribunal. Tem-se, assim, uma perigosa seletividade em relação ao que entra na pauta do STF e o que fica eternamente aguardando julgamento.[20]

A emenda constitucional nº 45, de 2004, buscou corrigir alguns desses problemas, inserindo no nosso sistema a ideia de arguição de repercussão geral, segundo a qual o Supremo deveria apenas receber os recursos que tivessem maior impacto sobre a coletividade, podendo assim exercer certa discricionariedade sobre o que irá ou não julgar a cada ano.[21] Também instituiu as súmulas vinculantes, que reforçam a sua autoridade, permitindo que questões recorrentes, sobre as quais haja consenso entre os ministros, possam ser sumuladas, passando a vincular as demais instâncias judiciais e administrativas.[22] Essa reforma foi uma reação à enorme fragmentação do nosso sistema de controle de constitucionalidade. A arguição de repercussão geral e a súmula vinculante, voltadas para ampliar a autoridade das decisões do Supremo, não vêm funcionando a contento pela resistência dos ministros de abrir mão de seus poderes monocráticos em benefício do colegiado.

A politização da jurisdição do STF também é uma consequência direta da expansão do acesso ao Tribunal em relação ao período constitucional anterior. Ao autorizar novos atores políticos relevantes, como partidos e governadores, a propor diversas ações constitucionais — conforme disposto pelo artigo 103 da Constituição Federal —, o Supremo se transformou em muitas circunstâncias numa espécie de câmara de revisão de decisões majoritárias a partir da reclamação daqueles que foram derrotados na arena representativa. Nesse aspecto, é curioso notar que o partido político que mais levou casos ao Supremo no governo do

ex-presidente Fernando Henrique Cardoso foi o PT; na gestão dos ex-presidentes Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff, o DEM passou a ocupar a primeira posição entre os usuários do Tribunal, seguido de perto pelo PSDB. Da mesma forma, os governadores de estado têm sido muito ativos no emprego do Supremo como uma segunda instância política, em que buscam bloquear medidas aprovadas pelos seus antecessores, pelas respectivas Assembleias Legislativas estaduais, ou ainda a legislação federal que lhes atinja os interesses.

Outro fato de extrema importância no fortalecimento da jurisdição do tribunal como arena de embate político foi o estabelecimento da possibilidade de organizações da sociedade civil e outros grupos interporem *amici curiae*[23] em casos de interesses supraindividuais. Com isso, novas vozes passaram a ecoar no Tribunal, aumentando seu caráter pluralista, bem como sua voltagem política, como palco de solução de conflitos anteriormente mediados pelo corpo político. Somadas a isso, surgiram as audiências públicas em casos de grande relevância, que trazem ao STF especialistas, militantes e acadêmicos que não se reportam ao Tribunal em termos necessariamente jurídicos, mas sim técnico-políticos, agregando uma enorme quantidade de argumentos consequencialistas ao processo decisório da corte. Os casos das células-tronco, da ação afirmativa, da distribuição de medicamentos e dos anencefálicos são uma demonstração do potencial politizador desse mecanismo. Essas novas formas de acesso certamente ampliaram o papel do Supremo, expondo o exercício de sua autoridade jurisdicional a um escrutínio não apenas jurídico, mas agora também político.

A hiperconstitucionalização, somada à sobreposição de atribuições e à ampliação do acesso ao Tribunal, levou a uma explosão da litigiosidade constitucional. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera necessaria-

É vedada a reprodução e distribuição

BIBLIOTECA DO SENADO FEDERAL

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE AJUIZADAS POR PARTIDOS POLÍTICOS ENTRE 1988 E 2016[24]

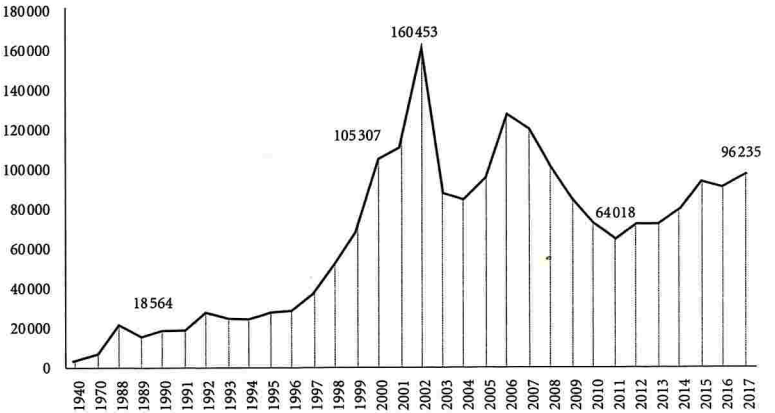
	Sarney (1988--1989)	Collor (1990--1992)	Itamar (1993--1994)	FHC (1995--2002)	Lula (2003--2010)	Dilma (2011--2016)	Temer (2016)	Total
PT	3	26	12	140	5	4	1	191
PDT	3	21	10	51	28	3	2	118
PSL				68	12	9	1	90
PFL/DEM			1	4	51	9	1	66
PSDB	1	5	1	2	48	8		65
PSB		19	5	13	2	4	3	46
PCdoB	1	2	1	34	4	1	1	44
PCB/PPS	1		1	8	12	9	2	33
PHS				25	7		1	33
PL	1			24	6			31
Solidariedade						23	7	30
PMDB		5	2	16	5	1		29
PTB				11	16	1		28
PSOL					10	10	6	26
PPB/PP				10	8	2	2	22
PV			1	1	10		1	13
PSC		1	2	1	7	2		13
PMN				8	2	2		12
Outros (menos de 10 ADIs ajuizadas)	1	10	7	13	9	12	9	61
TOTAL GERAL	11	89	43	429	242	100	37	951

Fonte: Tabela elaborada por Ana Laura Barbosa, pesquisadora do Supremo em Pauta, FGV Direito SP, a partir de banco de dados de Jeferson Mariano Silva, Jurisdição constitucional no Brasil (1988-2016). Harvard Dataverse, 2017, e de informações do TSE.[25]

mente um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo. Os dados são eloquentes.

Em 1940 o Supremo recebeu 2419 processos, número que chegou a 6367 em 1970. Com a adoção da Constituição de 1988, saltamos para 18564 processos recebidos em 1990, 105307 em 2000 e 160453 em 2002, ano em que o Supremo recebeu o maior número de processos em toda a sua história. Após a reforma do Judiciário — levada a cabo pela emenda nº 45, de 2004, que criou as ferramentas da repercussão geral e da súmula vinculante —, esse número começa a declinar. Em 2011 o STF recebeu "apenas" 64018 ações. A partir daí o número voltou a crescer, atingindo 96235 casos em 2017. Esse grande volume de ações é resultante imediato da ampliação de temas entrincheirados na Constituição, do excesso de competências do Supremo, mas também de um defeito congênito do sistema recursal brasileiro, que, mesmo depois da emenda nº 45, não foi capaz de racionalizar o acesso ao Tribunal.

PROCESSOS RECEBIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL POR ANO



Fonte: Gráfico produzido por Ana Laura Barbosa, pesquisadora do Supremo em Pauta, FGV Direito SP, a partir de dados do próprio Supremo Tribunal Federal (movimentação processual) e de Carlos Mário Velloso (dados de 1940 a 1970).[26]

É vedada a reprodução e distribuição

Além das alterações de natureza institucional e normativa, que redundaram no fortalecimento do papel do STF no sistema político brasileiro, é necessário levar em consideração o papel da própria cultura jurídico-constitucional na definição da postura assumida pelo Supremo. Os órgãos de aplicação de lei atuam, ou ao menos deveriam atuar, dentro de parâmetros estabelecidos pela cultura jurídica. O trabalho de racionalização dos conceitos jurídicos, de sistematização de regras e princípios, levado a cabo pela doutrina jurídica, oferece parâmetros a partir dos quais se pode julgar a correção de decisões jurídicas quanto à adequação da conduta mais ou menos ativa das instituições de aplicação da lei. Em síntese, a postura institucional assumida pelos diferentes sistemas de justiça deveria ser uma resultante de pelo menos três elementos: ambição normativa, atribuições conferidas ao Judiciário e parâmetros estabelecidos pela cultura judiciária.

Duas podem ser as posturas institucionais essenciais do Judiciário na determinação dos conteúdos das normas constitucionais: deferência e responsividade. A essas posturas clássicas correspondem duas formas correlatas de comportamento judicial degenerado: omissão e usurpação. Entre esses quatro tipos ideais de comportamento há uma zona de penumbra, que confere enorme discricionariedade aos tribunais constitucionais.

Por deferência, em sentido mais estrito, entende-se a postura institucional pela qual os tribunais demonstram um alto grau de respeito pela decisão do legislador que definiu o conteúdo de um direito ou regulamentou o seu exercício ao complementar ou regular a constituição. Trata-se de uma postura institucional fundada numa concepção doutrinária robusta de democracia majoritária, em que impera uma rígida separação de poderes, na qual cumpre ao Judiciário demonstrar o maior acatamento possível às

decisões dos órgãos representativos. Isso porque, além de representarem a vontade da população, os poderes Legislativo e Executivo podem ser sancionados por essa mesma população, o que não ocorre com o Judiciário. A deferência é, portanto, uma postura de acatamento ou respeito a priori à vontade dos representantes da maioria.

Num sistema jurídico dotado de uma constituição rígida, em que instituições judiciais são autorizadas a realizar o controle de constitucionalidade das leis e outros atos normativos, não se pode falar em deferência em sentido absoluto. Se a deferência ao legislador ordinário fosse absoluta, não estaríamos nos referindo a uma democracia constitucional, e sim a um regime puramente majoritário. Também não seria um regime que trata os direitos fundamentais como uma categoria especial de status superior graças ao seu reconhecimento e proteção pela constituição, e sim como direitos ordinários.

A deferência não deve ser confundida com a omissão, que significa a incapacidade de cumprir com a obrigação fundamental de "guardar a constituição". Essa postura omissiva pode ser uma decorrência de falta de autoridade, integridade, tradição ou autonomia do campo jurídico diante da esfera política, mas sempre indicará que o Judiciário está deixando de cumprir uma obrigação que lhe foi claramente conferida pela constituição.

A responsividade, por sua vez, está associada à ideia de que o Judiciário deve estar ativamente envolvido em prover respostas para que a constituição e os direitos fundamentais, em especial, sejam efetivados na maior extensão possível. A proposição de que o Judiciário deva ter uma postura institucional mais responsiva deriva do desenho da constituição, em associação com a existência de doutrinas jurídicas que legitimem essa posição.

A responsividade não deve ser confundida com usurpação, em que o Judiciário avança, sem a devida justificativa normativa,

É vedada a reprodução e distribuição

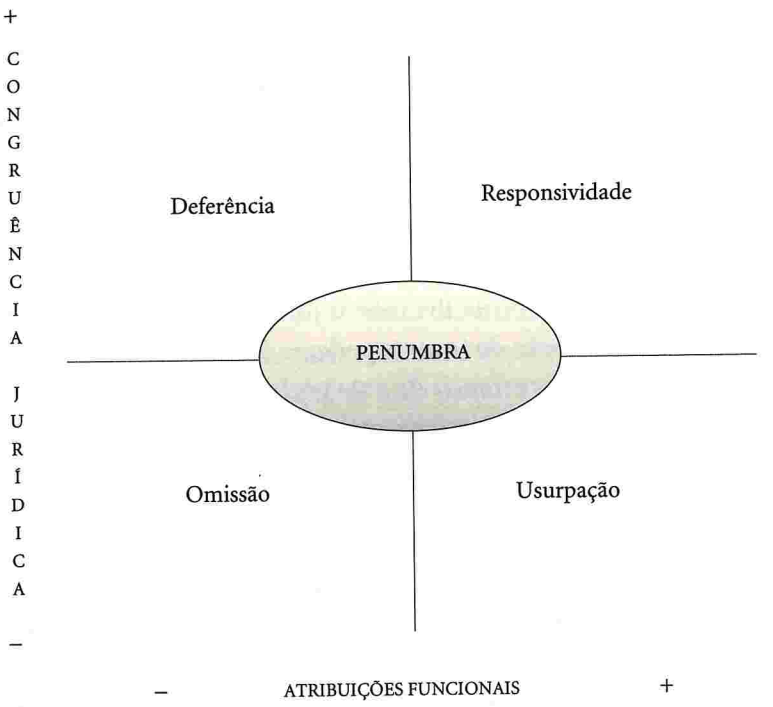
sobre as funções de outros poderes, e não com a finalidade de emitir um juízo normativo sobre a validade de determinados atos e normas em relação à constituição, mas com o objetivo de substituir decisões políticas ou técnicas tomadas pelos demais poderes por seus próprios juízos técnicos ou políticos. Daí a percepção de que o ativismo, quando exercido de forma extremada, consiste numa verdadeira usurpação de competência por parte do Judiciário.[27]

Tanto a deferência como a responsividade são posturas judiciais legítimas. A prevalência de uma ou outra deveria estar associada ao modo como o constituinte atribuiu competência aos órgãos de justiça, desenhou as diversas normas que compõem a constituição, assim como à existência de doutrinas jurídico-políticas que legitimem numa determinada comunidade cada uma dessas posturas. A omissão e a usurpação, por sua vez, são posturas degeneradas, por se distanciarem daquilo que determina a norma constitucional, assim como os padrões doutrinários dominantes num determinado contexto. São posturas marcadas por um baixo grau de congruência entre aquilo que estabelece a norma e o que é de fato decidido pelos magistrados. O quadro a seguir busca expressar graficamente a relação entre congruência jurídica e atribuições funcionais na determinação da postura institucional das cortes de natureza constitucional. O eixo vertical representa uma atuação mais ou menos congruente do tribunal na interpretação e aplicação das normas. O eixo horizontal representa uma maior ou menor proeminência do tribunal no exercício de suas funções.

Como instituições criadas para dirimir conflitos a partir de normas preestabelecidas, a legitimidade da justiça está diretamente associada à sua capacidade de decidir de forma congruente com o direito. Quanto mais congruente melhor. Por outro lado, a justiça recebe atribuições funcionais mais ou menos amplas.

Essa é uma decisão política feita pela constituição, que determina se a justiça deve ser mais ou menos proeminente dentro de um sistema constitucional.

POSTURAS INSTITUCIONAIS



Ao criar uma constituição tão ambiciosa, com uma carta de direitos tão ampla; ao estabelecer que os direitos fundamentais têm aplicação imediata; ao estabelecer inúmeros remédios para lhe assegurar a eficácia, inclusive contra a omissão dos demais poderes; ao estabelecer que uma lei não poderá excluir da apreciação do Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito; e ao impedir que os direitos possam ser abolidos, mesmo por emendas; por tudo isso, não resta dúvida de que o constituinte conferiu ao

É vedada a reprodução e distribuição

Judiciário, a começar pelo STF, o dever de assumir uma postura responsiva, ao menos no que se refere à proteção dos direitos fundamentais. Ao Supremo foi atribuída a função, em última instância, de resolver problemas decorrentes da falta de clareza do conteúdo das normas constitucionais, assim como arbitrar a eventual tensão existente entre essas normas, inclusive colaborando na construção de alternativas para a solução de problemas relacionados à sua efetividade.

Se o espaço primário para a definição do conteúdo jurídico de normas abertas da constituição, entre as quais os direitos fundamentais, foi atribuído ao legislador, assim como a promoção de políticas públicas incumbe ao Poder Executivo, ao Judiciário cumprirá aferir se essas respostas são válidas em face das normas constitucionais. Somente lhe cabe o juízo de validade, inclusive em relação à omissão dos outros poderes. Ser responsivo, portanto, não pode ser decorrência de uma postura voluntarista de uma corte, mas sim de uma decisão institucional à qual está submetida. E, assim como a deferência, a responsividade tem limites, que quando ultrapassados transforma-se em usurpação.

O fato de a Constituição de 1988 determinar que o Judiciário deve manter uma postura institucional mais responsiva na proteção dos direitos fundamentais não significa que o mesmo grau de responsividade deva se impor nas demais áreas reguladas pelo texto constitucional. A definição das circunstâncias em que o STF deve se comportar de uma ou outra maneira e as nuances desse comportamento exigem a construção de padrões racionais para a tomada de decisões.

Esses padrões devem ser elaborados pelos tribunais, em forte diálogo com a academia, por intermédio de seus precedentes. O estabelecimento de padrões racionais e consistentes é indispensável para que a sociedade (e a comunidade jurídica) possa estabilizar suas expectativas em relação ao comportamento do Judiciário, assim como para o próprio controle social da atuação do Judiciário. O STF tem tido muita dificuldade de estabelecer padrões claros e consistentes que possam estabilizar sua jurisprudência.

O EXERCÍCIO DA SUPREMOCRACIA

O STF não respondeu imediatamente aos incentivos institucionais que lhe foram dados pela Constituição de 1988. Diferentemente dos processos de redemocratização ocorridos na Alemanha, Itália, Índia, Portugal, Espanha, Hungria ou África do Sul, onde a adoção de novas constituições foi acompanhada pela criação de cortes constitucionais também novas, no Brasil não só o Supremo foi mantido como órgão de cúpula do sistema constitucional como sua composição ficou intocada. Esse fato pode ajudar a compreender por que o Tribunal demorou mais tempo do que outras cortes para assumir uma postura mais ativa e proeminente para a qual o sistema constitucional o convidava.

Examinando essas três décadas, não seria incorreto afirmar que o STF partiu de uma postura mais omissa, passando para um comportamento deferente, avançando para uma postura mais responsiva. Ao longo desse período, especialmente a partir da crise política que se instaurou a partir de 2013, o Supremo também tomou decisões que poderiam ser consideradas usurpadoras.

PERÍODO COLLOR

A atuação do Supremo no governo Collor foi marcada pelo grande desafio de analisar a legalidade das inúmeras medidas econômicas implementadas de maneira temerária pelo governo, assim como de supervisionar nosso primeiro processo de impeachment.

Uma postura inicialmente omissa e reticente em relação ao potencial transformador inserido na Constituição de 1988 pode

É vedada a reprodução e distribuição

ser observada no julgamento do mandado de injunção nº 107, que teve como relator o ministro José Carlos Moreira Alves. O mandado de injunção foi um remédio inovador concebido pelo constituinte com o objetivo de suprir norma regulamentadora que "torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais" (artigo 5, LXXI).[28] Ironicamente, o próprio dispositivo da Constituição que instituiu o mandado de injunção dependia de lei que estipulasse seu procedimento e, principalmente, objeto e alcance, a qual tardava em ser editada. O parecer oferecido pela Procuradoria-Geral da República, escrito pelo subprocurador-geral Inocêncio Martins Coelho, propunha que, enquanto o próprio mandado de injunção não fosse regulamentado, não poderia ser utilizado. Essa posição neutralizava por completo um instrumento processual voltado a assegurar a eficácia dos direitos fundamentais quando houvesse omissão do legislador, e foi rechaçada pela unanimidade dos ministros do Tribunal.[29] Mesmo assim, a solução proposta pelo ministro Moreira Alves, de que o efeito do julgamento seria apenas informar o Legislativo de sua mora (omissão), sem mais nada poder fazer, reduziu imensamente a eficácia do instrumento.[30] O próprio ministro Moreira Alves teria dito, numa conferência na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, anos depois, que seu objetivo era de fato "matar o mandado de injunção". Essa postura originalmente omissiva em relação ao mandado de injunção evoluiria ao longo das décadas até chegarmos à situação em que o Supremo não se vê constrangido a adotar uma norma regulamentadora do direito para suprir a ausência de edição de lei específica, como ocorreu no caso do direito de greve dos funcionários públicos (MI 670-9-ES, julgado em 2007).[31]

A principal omissão do Supremo nesse período se deu, no entanto, com o julgamento da medida provisória nº 151 e suas sucessivas reedições, que entre outras coisas congelava os ativos financeiros de pessoas físicas e jurídicas a partir de um determinado montante com o objetivo de reduzir a moeda circulante na economia e com isso conseguir a redução da hiperinflação — principal instrumento do chamado Plano Collor. A medida provisória, posteriormente convertida na lei nº 8029/90, teve a sua constitucionalidade questionada pelo PDT junto ao Supremo. O Tribunal, por oito votos a três, decidiu pela não concessão da liminar. Para os ministros Paulo Brossard, José Néri da Silveira e Celso de Mello, o Plano Collor afrontava diretamente o direito à propriedade, por impedir que os correntistas acessassem seus próprios recursos financeiros. Os demais ministros, no entanto, preferiram uma postura omissiva, alegando que uma eventual invalidação do plano poderia resultar em enormes transtornos financeiros e no retorno da hiperinflação.

A postura do Supremo começou a ser alterada para os padrões atuais, ainda que timidamente, quando o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da reedição de medidas provisórias expressamente rejeitadas pelo Congresso Nacional, pondo pela primeira vez limites à atuação de Collor. De acordo com o regime das medidas provisórias estabelecido originalmente pela Constituição de 1988, em situações de relevância e urgência, o presidente poderia editar medidas provisórias, que entrariam em vigor de forma imediata, devendo ser submetidas ao Congresso, que teria de aprová-las ou rejeitá-las no prazo de trinta dias. Caso o Congresso sequer as analisasse nesse período, elas também perderiam sua eficácia. Desde o governo Sarney, no entanto, foi se estabelecendo a prática de que, não havendo o Congresso Nacional apreciado uma medida provisória, prevalecendo a relevância e urgência, o presidente poderia reeditá-la. Fernando Collor, no entanto, foi além. Começou a reeditar medidas provisórias expressamente rejeitadas pelo parlamento, introduzindo apenas pequenas modificações formais para tentar driblar a decisão do Congresso Nacional. Com isso, passou a governar à margem de qualquer con-

É vedada a reprodução e distribuição

trole por parte do Legislativo. A decisão de invalidar a medida provisória 190, que apenas reeditava o conteúdo da medida provisória 185, expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional, foi a primeira manifestação clara de restrição ao poder de Collor imposta pelo STF. Cumpre destacar que a decisão da ADI 239-7, relatada pelo ministro Celso de Mello e considerada histórica pelo ministro Sepúlveda Pertence, não impedia que o presidente da República reeditasse medidas provisórias que tivessem perdido sua validade por não terem sido apreciadas pelo Congresso Nacional. Apenas quando houvessem sido expressamente derrubadas, o presidente seria impedido de reeditá-las.

Um caso ainda mais curioso, mas muito representativo desse período de timidez e ambiguidade do Supremo no exercício de sua função de guarda da Constituição, deu-se com o julgamento da ADI 223-6, também interposta pelo PDT, questionando a constitucionalidade da medida provisória 173.[32] O bloqueio criou um caos econômico, pois pessoas e empresas não tinham como quitar suas dívidas, pagar funcionários ou adquirir bens. O resultado foi uma avalanche de ações judiciais com o objetivo de desbloquear o acesso das pessoas e empresas aos seus recursos. Em reação ao grande número de ações judiciais reivindicando o desbloqueio que vinham sendo concedidas por juízes e tribunais de primeira instância, o governo decidiu editar uma medida provisória restringindo a concessão de medidas liminares e cautelares contra o Plano Collor. O ministro Paulo Brossard, relator da ação, alertou o Tribunal para a gravidade do caso, indagando: "a Constituição ontem promulgada solenemente [...] está em vigor e a todos obriga ou é mero ornamento, a ser observada *si et in quantum*, conforme as conveniências e oportunidades?". O seu contundente voto, demonstrando que a medida violava frontalmente o direito de acesso à Justiça (artigo 5, XXXV), não foi capaz de convencer a maioria de seus colegas de Tribunal, que mais uma vez expressaram o temor com as eventuais consequências de sua

decisão. Prevaleceu, então, uma engenhosa e compromissária posição apresentada pelo ministro Sepúlveda Pertence. Para o ministro, muito embora a restrição do acesso a liminares não pudesse ser considerada inconstitucional em abstrato, poderia sê-lo em casos concretos, em que juízes de primeira instância entendessem que a não concessão de uma medida acauteladora poderia colocar em risco os direitos fundamentais que se pretendia defender pela tutela do Judiciário. Dessa forma, o Supremo não afrontou diretamente o governo, mas permitiu que milhares de liminares e cautelares fossem concedidas por juízes de primeira instância. Esse caso deixou claro que a convivência entre o controle difuso da constitucionalidade, exercido por todos os juízes brasileiros, e o controle concentrado, de competência exclusiva do STF, não seria tão harmônica como se poderia imaginar. O que se viu nesse período do governo Collor foi uma rebelião do "baixo clero" judicial que fulminou o plano econômico, ainda que não houvesse sido declarado inconstitucional pelo Supremo. De toda forma, a solução apresentada pelo ministro Pertence foi um passo relevante para conter os arroubos autoritários de Collor.

O agravamento da crise econômica, associado a diversas denúncias de corrupção contra o presidente da República e seus assessores mais próximos, abriu espaço para que a Associação Brasileira de Imprensa e a Ordem dos Advogados do Brasil, representadas respectivamente por Barbosa Lima Sobrinho e Marcelo Lavanère Machado, protocolassem um pedido de impeachment contra Fernando Collor de Mello. Recebida a denúncia, o presidente da Câmara dos Deputados, Ibsen Pinheiro, se deparou com o primeiro obstáculo. A lei nº 1079/50, elaborada sob a vigência da Constituição de 1946, não havia sido adaptada aos dispositivos relativos ao processo de impeachment estabelecidos pela Constituição de 1988. A principal dificuldade referia-se ao fato de que o afastamento do presidente da República ocorreria, de

É vedada a reprodução e distribuição

acordo com a Constituição de 1946, após a votação por dois terços na Câmara dos Deputados. De acordo com a Constituição de 1988, o afastamento apenas ocorreria depois do recebimento da denúncia pelo Senado Federal. Em face dessa e de outras dificuldades, como os prazos de defesa e a forma de votação, o presidente da Câmara dos Deputados decidiu criar um novo procedimento para o impeachment — a partir da fusão de regras constitucionais, regimentais e da própria lei de 1950 —, que ficou conhecido como "Lei Ibsen". Isso abriu o flanco da Câmara dos Deputados para que o processo do impeachment pudesse ser atacado pelos advogados do presidente junto ao Supremo.

Para o ministro Paulo Brossard, o STF não deveria nem ao menos conhecer o mandado de segurança interposto pelo presidente da República, ou seja, o Tribunal sequer deveria se dispor a discutir a questão do impeachment. Para ele, a responsabilidade de resolver o impeachment havia sido conferida exclusivamente ao Congresso Nacional, não havendo qualquer papel a ser cumprido pelo Supremo Tribunal Federal. De maneira irônica e saborosa, numa das passagens mais representativas de uma postura judicial deferente, pergunta:

> Por que o Judiciário não interfere em processo de impeachment? Por tratar-se de questão exclusivamente política? Seguramente não. Por cuidar-se de questão *interna corporis*? Também não. Mas por estar em face de uma jurisdição extraordinária que a Constituição dele retirou, expressamente, para conferi-la, explicitamente, ao Congresso Nacional. Na área, pela Constituição, reservada ao Congresso pode ocorrer erro, abuso ou excesso? É claro que pode. [...] Em verdade, nenhum poder tem o monopólio do saber e da virtude; os poderes acertam e erram. Acertam mais do que erram, felizmente, mas também erram. É da natureza humana. E o que decide em último lugar erra ou acerta. Irremediavelmente, sem recurso a quem quer que seja. [...] Nem os homens, nem as suas instituições, são perfeitos e infalíveis.[33]

A demanda do ministro por um comportamento absolutamente deferente ao Congresso Nacional foi rechaçada por todos os seus colegas do Tribunal. Para a maioria do Supremo, no entanto, a intervenção no processo do impeachment deveria se limitar ao controle do devido processo legal, zelando para que fosse assegurado ao presidente Collor o direito de ampla defesa. Para a unanimidade dos ministros, o julgamento do mérito ficaria com o Congresso Nacional. Foi assim que o STF, no primeiro julgamento televisionado de sua história, concedeu parcialmente o mandado de segurança interposto por Collor, determinando ajustes no procedimento adotado pelo presidente da Câmara dos Deputados, de forma a que o processo corresse de acordo com a Constituição de 1988.

O resultado do processo de impeachment foi a condenação de Collor pelo Senado Federal em 30 de dezembro de 1992, desconsiderando a sua renúncia, que antecedeu o julgamento no Senado. Em 1993 o ex-presidente viria a ser absolvido pelo STF, por falta de provas, da acusação do crime de corrupção. O argumento de sua defesa de que esse resultado invalidaria o processo de impeachment jamais foi acolhido pelo Supremo. Collor teve os seus direitos políticos cassados por oito anos pelo Senado. Em 2007 retornou à Casa que o havia afastado da Presidência, agora como senador eleito pelo estado de Alagoas.

GOVERNOS ITAMAR E FHC

Nos governos Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso, o Supremo manteve, em termos gerais, uma postura deferente ao governo e ao Congresso Nacional, ratificando grande parte das

É vedada a reprodução e distribuição

medidas econômicas, assim como as reformas constitucionais que permitiram o processo de desnacionalização e privatização da economia, além da primeira etapa da reforma do sistema de previdência social, na qual era necessário decidir se a taxação sobre os benefícios dos aposentados do setor público consistia ou não em uma violação ao direito adquirido à aposentadoria integral.

A experiência do Plano Collor, em que as ações do governo foram extensamente contestadas pela magistratura de primeiro grau, deixou claro ao governo e ao próprio Supremo que era necessário criar mecanismos que reforçassem sua jurisdição. Isso foi feito por intermédio da emenda constitucional nº 3, que, entre outras medidas, criou a ação direta de constitucionalidade, conferindo força vinculante à decisão do STF que declarasse constitucional um ato normativo. Dessa forma, o Supremo ampliou a capacidade de impor sua jurisprudência sobre as demais esferas da Justiça, reduzindo o risco de que viesse a ocorrer uma nova rebelião do baixo clero judicial, como havia acontecido por ocasião do Plano Collor, quando os juízes e tribunais inferiores ousaram discordar da decisão do Supremo, que não havia orginalmente declarado inconstitucional o bloqueio dos cruzados.

Com o objetivo de reduzir a participação do Estado na atividade econômica, desnacionalizar a economia brasileira, flexibilizar a administração pública, reduzir o déficit previdenciário e, finalmente, alcançar o equilíbrio fiscal, o governo Fernando Henrique Cardoso, ao contrário de Collor, optou pela aprovação de um vasto conjunto de emendas à Constituição. As emendas de nºs 5 a 9 permitiram ao governo levar a cabo um amplo projeto de privatização. O STF negou-se a contestar esse largo processo de reforma de nosso sistema econômico. Nesse caso, com sua deferência aos poderes políticos, contribuiu para que as reformas, mesmo a previdenciária, pudessem ser levadas a cabo sem maiores dificuldades.

Apesar dessa tendência deferente, ainda no governo Itamar Franco o Supremo surpreendeu ao declarar pela primeira vez a inconstitucionalidade de alguns dispositivos de uma emenda à Constituição. Com o objetivo de aumentar a arrecadação, o Congresso Nacional aprovou a criação do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF). Como sabia que o tributo encontraria obstáculos de natureza constitucional, o governo o fez por intermédio de uma emenda, dando a entender que dessa forma os obstáculos estariam superados. Não foi o que considerou o Supremo (ADI 926). Para o STF, a cobrança do imposto confrontava o princípio da anterioridade tributária, além da proibição de tributar templos e papel para a publicação de livros e jornais, todos estabelecidos pelo artigo 150 e incisos da Constituição Federal. Para o Supremo, apesar de essas "limitações ao poder de tributar" não se encontrarem no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, não poderiam ser desconsideradas como cláusulas pétreas da Constituição. O ministro Sepúlveda Pertence foi o único a dissentir, pois entendia que uma leitura tão ampla das cláusulas pétreas certamente iria engessar o processo de adaptação da Constituição. O Tribunal também entendeu, agora por unanimidade, que a tributação pela União de operações financeiras praticadas por estados e municípios criada pelo IPMF poderia constituir uma ameaça à federação, razão pela qual a emenda também deveria ser declarada inconstitucional por ofender uma cláusula pétrea.

Embora a declaração de inconstitucionalidade desses dispositivos não tenha colocado em risco grande parte da arrecadação pretendida com o IPMF, ficou claro que, a partir daquele momento, o Supremo não hesitaria em exercer o enorme poder de controlar a constitucionalidade de emendas que a Constituição lhe havia conferido, ao estabelecer, no artigo 60, parágrafo 4º, que "não será

É vedada a reprodução e distribuição

objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; [e] os direitos e garantias individuais". Em síntese, o STF não abdicaria da competência supremocrática de controlar o poder constituinte reformador.

É importante lembrar que naquele mesmo ano começava a se discutir no Congresso Nacional uma proposta mais ampla de reforma do Judiciário, que incluía, entre outras coisas, a criação de alguma forma de controle externo da atividade judicial. Não se deve descartar a hipótese de que o Supremo, ao explicitar a sua disposição de decidir sobre a constitucionalidade de uma emenda à Constituição num caso bastante sutil como o do IPMF, estava determinado a sinalizar ao sistema político que, daquele momento em diante, a última palavra sobre a validade de emendas constitucionais seria sua.

Por fim, ainda no período Fernando Henrique Cardoso, cumpre chamar a atenção para o início de uma atuação bastante ativa e responsiva do STF no campo dos direitos sociais, em especial do direito à saúde. A partir dos anos 2000, o Supremo enfrentou uma série de casos relativos à distribuição de medicamentos, internações diferenciadas ou direito à creche. Muitos desses casos chegaram ao Tribunal por via de recursos interpostos por órgãos da administração pública que se viram obrigados a atender decisões judiciais que se contrapunham às políticas públicas desenhadas pela administração.

Esses casos reivindicavam uma clara alteração na forma tradicional como se dividiam as atribuições entre os poderes. A elaboração e a implementação de políticas públicas sempre foram reconhecidas como incumbências dos poderes representativos, devendo o Judiciário ser deferente às escolhas dos demais poderes. A partir do julgamento do caso relativo à distribuição do coquetel anti-HIV (AgRg/RE 271.286-8-RS), o Supremo deixou claro que o Estado não poderia se esquivar de suas obrigações decorrentes dos direitos fundamentais — no caso o direito à saúde, reconhecido no artigo 196 da Constituição — por restrições orçamentárias. Essa postura altamente responsiva do Supremo tem sido criticada não apenas por aqueles que se contrapõem aos direitos sociais, mas também por muitos igualitaristas, como Octavio Ferraz, por detectarem que muitas vezes a intervenção judicial gera impactos regressivos na política pública.[34]

O que começou a ficar claro nos períodos Itamar e FHC foi que o Supremo não mais se limitaria ao papel de um tribunal omisso e deferente. Ao julgar sem grande cerimônia inconstitucional uma emenda à Constituição, deu um sólido passo em direção ao exercício da supremocracia. Também ao assumir uma postura mais responsiva, se declarando competente para interferir nas políticas públicas decorrentes de direitos fundamentais, o STF se demonstrou cada vez mais confortável em ocupar sua nova posição no sistema de separação de poderes criado pela Constituição de 1988.

PERÍODO LULA

Com a estabilização econômica e a tranquila transição do governo de Fernando Henrique Cardoso para o de Luiz Inácio Lula da Silva, o Supremo também passou por uma transformação na sua composição e postura. Lula teve a oportunidade de nomear nada menos que sete ministros (Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ayres Britto, Cármen Lúcia, Carlos Alberto Direito e Dias Toffoli), muitos deles com uma visão mais afinada com as ambições da Constituição de 1988, em especial no campo dos direitos fundamentais. Carlos Ayres Britto talvez seja um bom exemplo

É vedada a reprodução e distribuição

desse compromisso com a gramática de direitos fundamentais inscrita na Constituição de 1988. Isso iria repercutir numa postura institucional ainda mais responsiva do STF.

A formação da agenda do Supremo depende da propositura de ações, mas também da disposição dos ministros e presidentes do Tribunal de pautá-las. Nesse período a agenda legislativa do governo, no campo dos direitos fundamentais, fez vários avanços, que geraram a reação de minorias mais conservadoras, derrotadas no Congresso Nacional. O resultado foi a judicialização de inúmeros casos contra as ações afirmativas relativas ao estabelecimento de cotas raciais pelo ProUni e posteriormente quotas de ingresso pela Universidade de Brasília (ADI 3197 e ADPF 186); o controle do porte de armas de fogo estabelecido pelo Estatuto do Desarmamento (ADI 3137); a validade da utilização, para fins de pesquisa científica, de células-tronco embrionárias congeladas não mais adequadas para fertilização (ADPF 54); os limites da liberdade de expressão (HC 82 424 e ADI 4815); os limites da liberdade de manifestação definidos nos casos da manifestação na Praça dos Três Poderes (ADI 1969-4); a demarcação de terras indígenas da Raposa-Serra do Sol, em face de interesses como produção agrícola e mesmo proteção das fronteiras (PET 3388).

Trata-se de apenas uma amostra de casos que indicam que o Supremo não se esquivou de julgar questões difíceis e muitas vezes pouco populares. Importa destacar que, em grande parte dessas matérias — como ação afirmativa, porte de armas, pesquisa com células-tronco e mesmo demarcação das terras indígenas —, o Supremo apenas ratificou a atuação dos poderes representativos. Em todos esses casos havia uma lei aprovada pela maioria ou um ato administrativo emitido pelo presidente, como no caso da Raposa-Serra do Sol. Mesmo que tenha apenas ratificado decisões majoritárias, a retórica do Supremo não foi a da mera deferência aos órgãos de representação. Em todas as ações, as minorias derrotadas no processo político foram atuantes nas suas tentativas de buscar derrubar as decisões majoritárias que instituíram essas leis e políticas, com argumentos substantivos. O Supremo não se furtou a analisar o mérito de cada uma dessas ações, reafirmando que as medidas estavam em conformidade com as exigências estabelecidas pelos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição.

O saldo da atuação do STF no campo da proteção dos direitos fundamentais, nesse período, foi bastante positivo, inclusive quando comparado a outras cortes consideradas progressistas ao redor do mundo.[35] Evidente que esse tipo de juízo pode ser questionado em razão das preferências ideológicas de cada um. Nos dois mandatos de Lula, o Supremo assumiu uma postura bastante ativa no que se refere à implementação da ambiciosa carta de direitos incorporada pela Constituição de 1988. É importante destacar, de toda forma, que na maioria dos casos essa ação referendou as decisões do legislador e do Executivo, contra os questionamentos realizados pelos setores derrotados no campo político.

No entanto, a postura assumida pelo STF no redesenho de nosso sistema representativo pode ser objeto de muitas críticas — não de uma perspectiva ideológica ou mesmo em relação aos objetivos almejados pelos ministros, mas sim pela interferência sistêmica que o Tribunal se permitiu no campo de competência do Legislativo, como tem alertado de maneira muito arguta Adriana Ancona de Faria.[36] Como já mencionado, o estabelecimento do sistema proporcional, associado a distritos eleitorais muito extensos, pois coincidem com os estados da federação, contribui para a multiplicação de legendas, aumentando o custo para a formação das bases de apoio parlamentar aos governos. Com o objetivo de limitar a proliferação de partidos, o então presidente

É vedada a reprodução e distribuição

Fernando Henrique Cardoso sancionou a lei nº 9096/95, estabelecendo que, em dez anos, para que um partido pudesse ter o pleno funcionamento parlamentar, assim como acesso ao Fundo Partidário e tempo de rádio e televisão, deveria ser capaz de alcançar um patamar mínimo de votos nas eleições para a Câmara dos Deputados.

Embora já houvesse um consenso sobre as dificuldades de coordenação do sistema político brasileiro, decorrente do grande número de partidos com assento na Câmara dos Deputados, o Supremo, por decisão unânime, fulminou em dezembro de 2006 a lei que estabelecia a cláusula de desempenho, considerada pelo relator, ministro Marco Aurélio Mello, um "massacre das minorias" e, consequentemente, uma afronta ao princípio do pluralismo político (ADIs 1351 e 1354). Nesse momento o escândalo do mensalão, que estava diretamente relacionado ao problema da manutenção de uma base de apoio parlamentar num ambiente de alta fragmentação partidária, já tinha vindo à tona.

A decisão unânime dos ministros não deixa dúvida de que a lei, tal como sancionada, impunha sérias limitações à sobrevivência de pequenas legendas e, portanto, poderia ser considerada inconstitucional. O Supremo, no entanto, não se utilizou de seus poderes de modulação para afastar os exageros da legislação, preservando o objetivo da lei, que era estabelecer um mínimo de ordem no sistema representativo. Ao fazer uma leitura tão ampla do princípio do pluralismo, vetando a decisão tomada pelo próprio sistema representativo para assegurar a operacionalidade do presidencialismo de coalizão, o STF passou a ser protagonista no redesenho do sistema eleitoral brasileiro.

Menos de um ano após o julgamento que derrubou a cláusula de desempenho, frustrando um forte freio de arrumação em nosso presidencialismo de coalizão, o Supremo estabeleceu que os deputados que trocassem de legenda perderiam os seus mandatos. Dessa forma, aduziram à Constituição mais uma hipótese de perda de mandato parlamentar (MS 26602, 26603 e 26604). Aqui o Tribunal não exerceu apenas uma conduta contramajoritária, fundada no direito das minorias políticas de formar partidos, mas decidiu reformar a Constituição com o objetivo de moralizar o sistema partidário. É evidente que a promiscuidade dos parlamentares que trocavam — e ainda trocam — de partidos por interesses pragmáticos ou meramente financeiros prejudica a integridade do sistema representativo. O fato, porém, é que, ao tentar interromper esse ciclo vicioso por intermédio de uma sentença judicial, o Supremo criou uma nova categoria de perda de mandato parlamentar, distinta daquelas hipóteses previstas no artigo 55 da Constituição Federal, que, como o ministro Celso de Mello reconheceu, constituem *numerus clausus*, portanto, um conjunto de hipóteses que não pode ser expandido. Para o ministro, a decisão do Supremo não deve ser considerada um ato de usurpação por parte do Judiciário, pois ao STF caberia "o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental". Mais do que isso, citando Francisco Campos, o ministro Celso de Mello afirmou que: "A Constituição está em elaboração permanente nos tribunais incumbidos de aplicá-la [...]. Nos tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte". Certamente foi um importante passo na consolidação da supremocracia brasileira, pois aqui não apenas o Supremo altera o sentido da Constituição como também seu decano explicita que o Tribunal detém o poder legítimo de reformá-la.

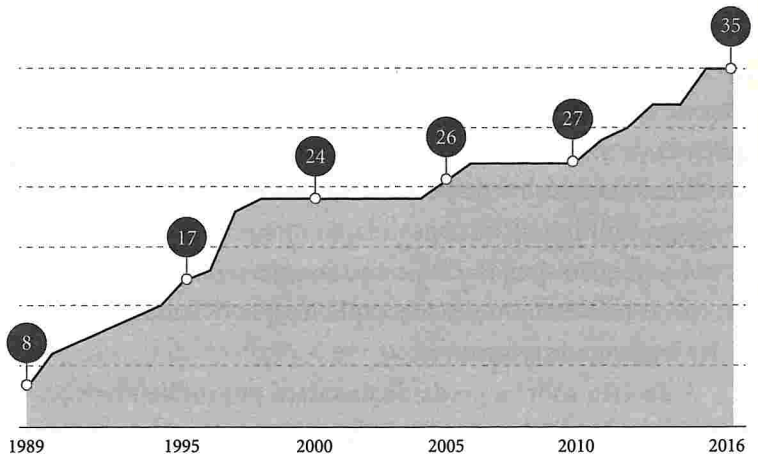
A decisão sobre a perda de mandato por infidelidade partidária, além de problemática da perspectiva da teoria democrática e do princípio da separação de poderes, trouxe graves consequências para o quadro partidário nacional. Como não havia impedimento para que os deputados migrassem para uma nova legenda

É vedada a reprodução e distribuição

ou para um partido formado a partir da fusão de outros já existentes, o Supremo terminou por contribuir de maneira decisiva para que tivesse início uma corrida para a formação de novos partidos políticos. Sem cláusula de barreira e com o estabelecimento de uma regra mais restritiva de fidelidade partidária, sem falar nos diversos incentivos financeiros e políticos criados pelo legislador, como o Fundo Partidário, o Brasil assistiu passivamente ao surgimento de uma avalanche de novas legendas.

Com a maior fragmentação do Congresso Nacional, em especial da Câmara dos Deputados, os custos de manutenção da base de sustentação do governo, cada vez mais heterogênea e sem maior alinhamento programático, foram ampliados. Sob a pretensão de corrigir falhas no sistema político, o STF contribuiu para torná-lo mais ininteligível e de difícil coordenação.

EVOLUÇÃO NO NÚMERO TOTAL DE PARTIDOS ENTRE 1989 E 2016



Fonte: "Partido do 'você não me representa'". *O Globo*. Disponível em: <https://infograficos.oglobo.globo.com/brasil/partido-do-voce-nao-me-representa.html>.

Durante o governo Dilma, o Supremo manteve uma postura bastante responsiva no campo dos direitos fundamentais. Julgou casos importantes, como a união homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277); a liberdade de manifestação, através dos casos relativos à "Marcha da Maconha" (ADPF 187 e ADI 4274); o aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54) e um primeiro passo na descriminalização do aborto consentido, no início da gestação (HC 124 306, julgado pela Primeira Turma); ou ainda a autorização para publicação de biografias não autorizadas (ADI 4815).

O tema em que o Supremo mais desafiou a vontade da maioria foi no caso da união civil homoafetiva, já que tanto o Código Civil como a Constituição expressamente citam que a união civil deve se dar entre homens e mulheres. Para a maioria do Supremo, no entanto, essa leitura da Constituição acarretaria uma grave violação dos princípios da dignidade humana e da igualdade, pois impediria que casais formados por pessoas do mesmo sexo fruíssem dos mesmos direitos e prerrogativas que os formados por pessoas de sexos distintos. De fato, nesse caso, através de uma decisão judicial, os ministros retificaram o sentido de um dispositivo da Constituição sem alteração de seu texto, de forma a colocá-lo em linha com os princípios da dignidade humana e da igualdade.

No caso da união civil de pessoas do mesmo sexo, o Supremo teve que se deparar com uma tensão entre normas da Constituição. De um lado, dispositivos determinando que todas as pessoas devem ser tratadas com igual respeito e consideração; de outro, que apenas os casais formados por homens e mulheres têm a prerrogativa de se unirem civilmente. Assumir uma posição deferente resultaria em aceitar que a cláusula específica excepcionaria a cláusula geral. Essa posição, no entanto, implicaria violação

É vedada a reprodução e distribuição

de direitos de um grupo minoritário e tradicionalmente discriminado — um resultado inaceitável da perspectiva dos direitos fundamentais. Dado que o sistema político, que responde a uma lógica majoritária, não protegeria uma minoria tradicionalmente discriminada, coube ao STF fazê-lo, afastando uma forma excludente de interpretação. Um tribunal que tem por missão assegurar a máxima efetividade das normas de direitos fundamentais (artigo 5º, XXXV, e parágrafo 1º) não pode abdicar da proteção de um grupo minoritário e historicamente discriminado de forma a equipará-lo aos demais setores da sociedade. A decisão desse caso deu-se, claramente, naquela esfera de penumbra, sendo assim passível de um amplo debate sobre a adequação da atuação do Supremo. Enquanto para os críticos da decisão houve um claro caso de usurpação por parte do Supremo, para os que apoiam a decisão o Tribunal foi altamente responsivo ao dar a interpretação que favorece, na maior medida possível, o exercício dos direitos fundamentais.

No caso do aborto, em que o Supremo ampliou as hipóteses de exclusão da punibilidade previstas no Código Penal, a Primeira Turma do Tribunal também foi acusada de usurpadora. A distinção em relação ao caso das uniões homoafetivas, no entanto, é que, ao tratar do tema do aborto, o Supremo não teve que enfrentar uma tensão ou uma colisão entre normas de estatura constitucional. Sua decisão limitou-se a determinar que o Código Penal passasse a ser interpretado em conformidade com a Constituição.

No campo da reforma política, o Tribunal definiu ainda que a Lei da Ficha Limpa não viola o princípio da presunção de inocência ao proibir a candidatura de quem houver sido condenado por crimes contra a administração pública por um órgão colegiado (ADC 29 e 30 e ADI 4578). O Supremo também decidiu proibir as doações eleitorais por parte de empresas privadas, com o objetivo de reduzir o impacto dos grandes doadores sobre o sistema político. Ambas as decisões tiveram um grande impacto sobre as eleições de 2018. No caso da Lei da Ficha Limpa, impediu a participação do ex-presidente Lula no pleito eleitoral. A decisão de proibir doações empresariais levou o Congresso Nacional a aprovar uma ampliação dos recursos públicos a serem transferidos para os partidos, aumentando o peso dos líderes e caciques partidários, responsáveis pela distribuição dos recursos, na formação das chapas.

A partir de 2013, o Supremo seria tragado pela crise política do governo da ex-presidente Dilma, que culminou com seu impeachment. Entre os casos mais relevantes relacionados à crise e às investigações da Operação Lava Jato, temos a prisão do senador Delcídio do Amaral (AC 4039); o afastamento do deputado Eduardo Cunha da presidência da Câmara (AC 4070), após o término do processo de impeachment; o afastamento dos senadores Aécio Neves e Renan Calheiros, sendo que este último se negou a atender à ordem do Supremo (ADI 5526 e ADPF 402); decisões contraditórias, uma impedindo a posse do ex-presidente Lula como ministro-chefe da Casa Civil do governo Dilma, outra autorizando a posse de Moreira Franco como ministro do governo Temer em circunstâncias muito semelhantes (MS 34070 e MS 34609); além da batalha que se instaurou no STF em torno de diversas questões centrais à Operação Lava Jato, como a discussão sobre a constitucionalidade da execução provisória da sentença criminal condenatória, com direto impacto sobre a manutenção da prisão do ex-presidente Lula (ADC 43 e 44); ou ainda das conduções coercitivas, posteriormente declaradas inconstitucionais pelo Supremo.

Ainda que as investigações do escândalo do mensalão, como ficou conhecido o esquema de repasse de recursos para a obtenção de apoio da base aliada, tenham se iniciado no primeiro go-

É vedada a reprodução e distribuição

verno de Luiz Inácio Lula da Silva e a denúncia contra quarenta indiciados tenha ocorrido em 2007, o julgamento da ação penal 470 somente teve início em agosto de 2012, mais de sete anos após o deputado Roberto Jefferson ter tornado público o esquema numa bombástica entrevista à jornalista Renata Lo Prete. Até aquele momento, o STF não havia exercitado sua jurisdição penal em casos relevantes envolvendo altas autoridades, com exceção do julgamento penal do ex-presidente Fernando Collor de Mello, que terminou absolvido das acusações de corrupção durante o seu governo, por ausência de provas.

Dentre as muitas explicações para a inércia do Supremo no controle de condutas criminais de parlamentares, destaca-se o fato de que até a emenda nº 35, de 2001, o Supremo deveria solicitar autorização prévia à Câmara ou ao Senado para dar início ao processo. A mudança foi uma consequência das dificuldades de processar o deputado federal Hildebrando Pascoal Nogueira Neto, ex-coronel da Polícia Militar, conhecido como "deputado da motosserra", que viria a ser condenado posteriormente por liderar grupos de extermínio no Acre. Somente a partir da emenda nº 35 o Supremo passou a poder apreciar diretamente as denúncias apresentadas pelo Ministério Público sem ter que pedir autorização prévia ao parlamento.

O julgamento da ação penal 470 teve um grande impacto na visibilidade do STF junto à opinião pública. Foram ao todo 69 sessões televisionadas, que transcorreram ao longo de um ano e meio de julgamento. Entre os 24 condenados estavam líderes políticos da dimensão de José Dirceu e José Genoino, do PT, além de uma sócia e executivos do Banco Rural e membros da base de sustentação do governo, condenados por receber recursos financeiros periódicos em troca de apoio nas votações de interesse do governo. Muitas foram as decisões de natureza jurídica que fizeram com que esse julgamento se tornasse um divisor de águas na

construção da supremocracia brasileira, entre elas a de afastar o pleito dos advogados de que se tratava de uma mera infração às regras eleitorais. Essa decisão — que foi central para que aos réus fossem imputados os crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha — foi futuramente revista tanto pelo Tribunal Superior Eleitoral, quando do julgamento da chapa Dilma-Temer, em junho de 2017, como pelo Superior Tribunal de Justiça, no caso envolvendo o ex-governador Geraldo Alckmin, em abril de 2018. Em ambos os casos, as imputações ficaram restritas a recursos não contabilizados na Justiça Eleitoral. Para o Supremo, o mensalão consistiu em um amplo esquema de corrupção, que envolvia lavagem de dinheiro e formação de quadrilha. Também teve um efeito disruptivo sobre o direito penal brasileiro a aceitação da teoria do "domínio do fato" pelo Tribunal. A premissa central dessa teoria é que aqueles que ocupam posição de comando dentro de uma estrutura hierarquizada na qual ocorrem os crimes podem ser presumidos como criminalmente responsáveis pelas condutas de seus subordinados. A utilização dessa teoria, na forma como aceita pelo Supremo, relativiza o primado da responsabilidade penal subjetiva, segundo a qual seria necessário individualizar cada conduta para que se pudesse imputar a alguém um fato criminoso. Por fim, o STF também decidiu que o processo não seria desmembrado, mantendo sob sua jurisdição todos os réus envolvidos — o que seria alterado para o julgamento dos indiciados na Operação Lava Jato.[37] O caso consumiu tempo e energia do Tribunal, mas também projetou seus ministros para um novo patamar na vida pública brasileira.

Com o mensalão, o Supremo deu um passo definitivo na afirmação de seu poder de controlar a conduta das mais altas autoridades do país. O processo também deixou claro como o exercício dessa função de tribunal criminal de primeira e única instância é dificilmente conciliável com o exercício das outras atribuições

É vedada a reprodução e distribuição

do STF — não apenas porque lhe rouba muito tempo, mas também porque aumenta imensamente o seu campo de tensão com o corpo político.

Com o agravamento da crise política, os escândalos de corrupção trazidos a público pela Operação Lava Jato, que teve início em 2014, e a deterioração do ambiente econômico, o governo Dilma perdeu rapidamente o controle de sua base de sustentação no Congresso Nacional, abrindo caminho para que Eduardo Cunha, então presidente da Câmara dos Deputados, com amplo apoio da oposição, recebesse um dos diversos pedidos de impeachment propostos contra a presidente. A crise política aberta pela instauração do processo de impeachment mais uma vez trouxe o Supremo para o centro da arena política. Na tentativa de recuperar apoio popular e capacidade de articulação junto ao Congresso Nacional, a presidente Dilma decidiu nomear o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva como ministro. Com a nomeação, o ex-presidente voltaria a gozar das prerrogativas de foro, devendo ser transferidos para o Supremo os procedimentos que tramitavam na Justiça Federal em Curitiba. Com o objetivo de impedir a posse, o PPS interpôs mandado de segurança coletivo contra o ato de nomeação do ex-presidente Lula para o cargo de ministro-chefe da Casa Civil. Por decisão monocrática, o ministro Gilmar Mendes concedeu a medida cautelar, por entender que havia ocorrido desvio de finalidade no ato de nomeação (MS/MC 34070). Muito embora a Constituição seja clara ao conferir ao presidente a competência para escolher os seus ministros (artigo 84, I), e não haja nenhuma objeção à nomeação de pessoa que estiver sendo objeto de processo ou investigação, Mendes entendeu que houve um caso de "ilícito atípico" — ou seja, uma ilegalidade não prevista na lei. Caracterizou o ato da ex-presidente Dilma como uma tentativa de "obstrução" do progresso das atividades judiciais. Quanto à gravação realizada sem autorização judicial, logo ilegal, que foi divulgada publicamente, em que Dilma e Lula conversam sobre a nomeação, o ministro a desqualificou como prova, afirmando ter baseado sua decisão em confissão da então presidente, ocorrida no discurso de posse e na nota oficial emitida em 16 de março de 2016. Esse caso também é paradigmático quando contraposto à decisão tomada pelo ministro Celso de Mello, já no governo Michel Temer, que não obstou a nomeação do ex-governador Moreira Franco (MS/MC 34609) como ministro do governo Temer, por entender que a competência para escolher seus auxiliares é privativa do presidente. Embora os casos sejam jurídica e politicamente muito parecidos, as respostas dadas pelos distintos ministros do Supremo confirmaram não apenas a fragmentação do Tribunal, mas também o efeito loteria hoje existente dentro do STF.

Diego Werneck Arguelhes e Leandro Ribeiro,[38] em instigante artigo, denominam o crescimento do exercício monocrático da jurisdição do Supremo de "ministrocracia". Trata-se de uma versão radical da "supremocracia", em que parte importante do poder entregue pelo constituinte ao STF foi sendo assumida individualmente por seus membros. O que impressiona, quando olhamos os dados do próprio STF, é o crescimento no número de decisões monocráticas a partir de 2013, o que não corresponde a um igual crescimento no número geral de demandas, caracterizando o processo de fragmentação da jurisdição do Supremo.

Com o agravamento da crise econômica, o aumento da tensão entre o governo Dilma e setores do PMDB que vinham sendo alijados de suas esferas de interesse, especialmente na Petrobras, e a crescente pressão de setores da sociedade contra o governo, impulsionada pelas informações oriundas da Operação Lava Jato, ofereceram a oportunidade para que o presidente da Câmara

É vedada a reprodução e distribuição

EVOLUÇÃO DAS DECISÕES MONOCRÁTICAS DO STF

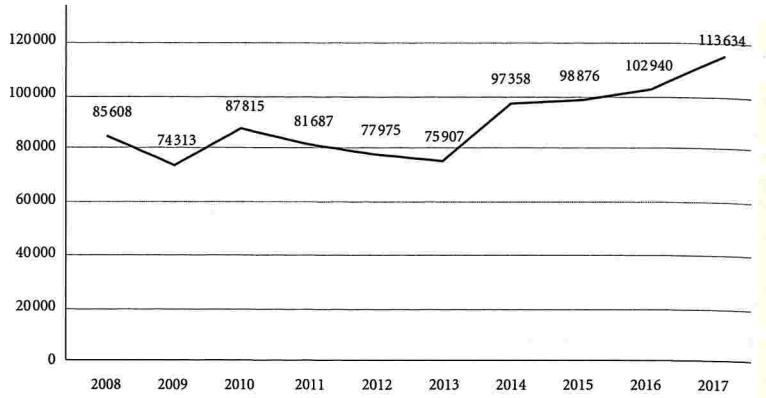


Gráfico produzido por Ana Laura Barbosa, pesquisadora do Supremo em Pauta, FGV Direito SP, a partir de dados do próprio STF.

Eduardo Cunha autorizasse, em 2 de dezembro de 2015, o processamento de um dos 63 pedidos de impeachment protocolados contra Dilma Rousseff.

A denúncia apresentada por Hélio Bicudo, Miguel Reale Jr. e Janaína Paschoal alegava que a ex-presidente havia contraído empréstimos ilegais junto a instituições financeiras públicas para cobrir o déficit orçamentário, no que se convencionou chamar de "pedaladas fiscais"; que editara, entre 2014 e 2015, decretos de créditos suplementares sem a autorização do Congresso Nacional; por fim, a denúncia acusava a ex-presidente de ter se omitido em relação às diversas denúncias de corrupção no âmbito da Petrobras. Eduardo Cunha, no entanto, recebeu a denúncia apenas em relação às "pedaladas fiscais" e à abertura de créditos extraordinários por intermédio dos decretos não autorizados pelo Congresso. Argumentou que os fatos relativos à corrupção diziam respeito ao mandato anterior, não podendo ser objeto de apreciação por via de impeachment.

Como no caso Collor, o Supremo foi imediatamente convocado a interferir no processo de impeachment (ADPF 378). Apoiadores de Dilma questionaram não apenas falhas procedimentais na condução do processo, mas também a inexistência de justa causa que permitisse a responsabilização da ex-presidente. Já no dia 8 de dezembro, o ministro Fachin determinou a suspensão do processo até que fosse definido o procedimento a ser seguido pela Câmara e pelo Senado. Apesar das diversas celeumas ocorridas durante o processo de impeachment de Collor, o Congresso não se dera ao trabalho de adaptar a velha Lei de Crimes de Responsabilidade, de 1950, aos dispositivos da Constituição de 1988. O ministro também invalidou a eleição dos membros da Comissão Especial conforme os interesses de Eduardo Cunha.[39] Em 17 de dezembro o Tribunal terminou o julgamento da ADPF 378, proposta pelo Partido Comunista do Brasil, que referendou parte das decisões do ministro Fachin e estabeleceu uma série de diretrizes procedimentais, como já havia feito no caso Collor, para adequar a lei nº 1079, de 1950, assim como os regimentos internos das duas Casas do Congresso Nacional, às diretrizes estabelecidas pela Constituição de 1988. Ficou claro nesse julgamento que a interferência do STF se limitaria a garantir que o processo do impeachment transcorresse dentro dos limites do devido processo legal formal. A discussão sobre a "justa causa" não seria enfrentada pelo Tribunal, pelo entendimento dos ministros, na esteira do que havia proposto o ministro Paulo Brossard durante o julgamento do caso Collor, de que a competência para determinar a ocorrência do crime de responsabilidade foi conferida exclusivamente ao Senado Federal pela Constituição de 1988.

No dia 17 de março de 2016 foi instalada a nova Comissão Especial do Impeachment na Câmara do Deputados, atendendo agora às determinações estabelecidas pelo STF, como a votação aberta. Em 17 de abril de 2016, o plenário da Câmara dos Depu-

É vedada a reprodução e distribuição

tados autorizou o prosseguimento do processo de impeachment contra a presidente Dilma. No dia 12 de maio, o Senado aprovou o relatório elaborado pelo senador Antonio Anastasia admitindo o recebimento da denúncia, o que teve por consequência o afastamento provisório de Dilma até o término de seu julgamento pelo Senado, presidido pelo ministro Ricardo Lewandowski, que veio a ocorrer em 31 de agosto de 2016. Na sessão de julgamento, foi apresentado um destaque para que as questões de perda do cargo e suspensão dos direitos políticos fossem votadas em separado. Como consequência, a ex-presidente foi condenada à perda do cargo, mas não à suspensão de seus direitos políticos.

PERÍODO TEMER

A atuação supremocrática persistiu avançando mesmo depois da conclusão do processo de impeachment da ex-presidente Dilma. Depois que o processo já estava sob a jurisdição do Senado Federal o ministro Teori Zavascki determinou, por medida cautelar, o afastamento do deputado Eduardo Cunha do cargo de presidente da Câmara em 2016 (AC 4070). Muito embora o artigo 55 da Constituição não estabeleça a previsão de afastamento de parlamentar em função de medida cautelar em processo penal, o STF entendeu que o então presidente da Câmara estava utilizando de suas prerrogativas para interferir indevidamente em investigação criminal, além de obstaculizar o devido processamento de uma denúncia por quebra de decoro que tramitava contra ele no Conselho de Ética da Câmara dos Deputados.[40] Embora tenha sido descrita pelos próprios ministros como uma medida "excepcional", em circunstâncias também excepcionais, a decisão reforçou a posição do Supremo como uma instância capaz de reescrever a Constituição. O caso de Eduardo Cunha trazia, evidentemente, enorme complexidade política e jurídica. Se, por um lado, o texto constitucional não autoriza a hipótese de afastamento de parlamentar por medida cautelar proferida pelo Judiciário, o Supremo argumentou que seria contrário à Constituição admitir que um deputado pudesse se utilizar de suas prerrogativas para obstruir a atuação da Justiça. Mais uma vez o Supremo irá decidir numa zona de penumbra, visto que regras e princípios constitucionais apontam em direções conflitantes.

O afastamento do deputado Eduardo Cunha serviu de precedente para decisões cautelares monocráticas do Supremo determinando o afastamento dos senadores Renan Calheiros e Aécio Neves, ambos envolvidos em investigações criminais. Dessa vez, no entanto, a classe política resistiu à intervenção do Supremo na esfera do Congresso Nacional. O senador Renan Calheiros simplesmente se negou a tomar conhecimento da ordem judicial emitida pelo ministro Marco Aurélio, confrontando a autoridade do STF, num gesto incomum nesses últimos trinta anos. O imbróglio terminaria com um constrangido voto da ministra Cármen Lúcia reconhecendo que o Supremo não poderia determinar o afastamento de membro do parlamento sem consultar previamente a respectiva Casa (ADI 5526).

Em agosto de 2016, o STF reafirmou a sua disposição de enrijecer o sistema penal. Ao julgar um habeas corpus comum (HC 126292), o Supremo derrubou sua jurisprudência, de 2009, que impedia a execução provisória da sentença penal após a condenação em segunda instância (HC 84078). A controvérsia em torno dessa decisão tem raiz na redação do artigo 5º, LVII da Constituição Federal, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Por "trânsito em julgado" entende-se sentença da qual não caiba mais recurso.

Por mais de vinte anos, a jurisprudência do Supremo compreendeu que esse dispositivo não impedia a execução provisória

É vedada a reprodução e distribuição

da pena, quando houvesse sido determinada por decisão de segunda instância. O fato de um réu condenado em segunda instância ter o direito de recorrer ao STJ e ao STF, por intermédio de recurso especial e recurso extraordinário, não impediria a execução provisória da pena, já que esses recursos não têm o efeito de suspender a sentença objeto do recurso, como salientou o ministro Néri da Silveira, em acórdão de 1991 (HC 68726). Essa jurisprudência foi, no entanto, derrubada em 2009, por uma maioria apertada de seis votos a cinco. Para a maioria, liderada pelo ministro Eros Grau, o texto da Constituição era claro, não podendo o Supremo ignorá-lo. Se a culpa só poderia ser formada depois que tivesse sido esgotada toda a possibilidade de recurso, não faria sentido determinar a prisão de alguém que ainda não tivesse sido considerado culpado (HC 84078).

Foi contra esse entendimento que se insurgiu, em 2016, um Supremo com composição razoavelmente alterada. Para o ministro Teori Zavascki, relator do habeas corpus (HC 126292), não se deveria confundir formação de culpa com a possibilidade de execução provisória da sentença. Para a nova maioria, a Constituição jamais impediu diversas formas de prisão antes da formação definitiva da culpa, como as prisões em flagrante, as prisões cautelares e as prisões decorrentes de execução provisória da sentença. De acordo com o ministro Barroso, o que regula a prisão é o inciso LXI do mesmo artigo 5º, e este se refere a "ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente", não a sentença transitada em julgado. Reenfatizou a maioria, ainda, que a decisão de 2009 tinha gerado diversos efeitos negativos sobre o sistema criminal, em especial o incentivo à interposição de recursos protelatórios, o descrédito do sistema, bem como a sua maior seletividade. Como os réus mais afluentes conseguiriam se utilizar desses recursos em maior medida, alongando o término do processo, receberiam um tratamento diferenciado do sistema de Justiça.

Esse caso tem, evidentemente, uma enorme importância para o funcionamento do sistema criminal, em especial para as operações de combate à corrupção e ao crime organizado. Ao reduzir o horizonte temporal da impunidade, o Supremo criou incentivos para que os réus colaborem com as autoridades, de forma a reduzir as suas penas. Na conjuntura específica em que foi julgado, esse habeas corpus foi visto como resposta do STF aos que buscavam desestabilizar a Operação Lava Jato. Não se deve desprezar o fato de que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em Porto Alegre, vinha reafirmando grande parte das sentenças proferidas pelo juiz Sérgio Moro.

O tema, que já era juridicamente controvertido, tornou-se ainda mais polêmico à medida que se avizinhou a possibilidade concreta de que a condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva pelo TRF4 viesse a ser confirmada. Para agravar a situação, o ministro Gilmar Mendes, que votou com a maioria em 2016, manifestou publicamente que havia mudado de posição. Isso levaria a uma inversão do placar, impedindo que as sentenças penais de segundo grau pudessem vir a ser executadas em caráter provisório. Apesar da insistência dos diversos ministros que não se conformaram com a decisão de 2016 de que o plenário deveria revisitar o tema, a partir da mudança do posicionamento do ministro Gilmar Mendes a presidente do Supremo, ministra Cármen Lúcia, negou-se a colocar a questão em pauta,[41] sob o argumento de que não seria adequado ao STF rediscutir uma matéria decidida havia tão pouco tempo.

Numa das mais controvertidas sessões nas últimas décadas, o Supremo denegou o habeas corpus em favor do ex-presidente, que argumentava que o paciente não poderia ser preso antes do trânsito em julgado da sentença penal. A peculiaridade da sessão deu-se, sobretudo, pelo fato de a ministra Rosa Weber, que havia votado contra a possibilidade de execução provisória da sentença

É vedada a reprodução e distribuição

e aparentemente não mudara de posição, ter se negado a conceder o habeas corpus, com o argumento de que, desde o início de sua judicatura, prima por respeitar as decisões colegiadas. Assim, em nome da segurança jurídica, vinha denegando os habeas corpus em sua turma, não vendo razão para mudar de postura naquele caso. Como o que se estava julgando era um caso concreto e havia um precedente do Tribunal, ainda que em sede de liminar, que autorizava a prisão após a condenação em segunda instância, Rosa Weber manteve sua posição e denegou o habeas corpus de Lula. Esse caso aponta não apenas a flexibilidade com que o Supremo tem interpretado a Constituição como também um posicionamento cada vez mais estratégico por parte dos ministros.

No auge do embate político resultante do processo de impeachment, o STF tem ainda encontrado espaço — seja por intermédio da ação individual de seus ministros ou da ação das turmas — para resolver questões de enorme repercussão no campo dos direitos fundamentais. O primeiro desses casos, que envolve o poder de controlar a constitucionalidade de emenda à Constituição, refere-se a uma decisão monocrática proferida pelo ministro Ricardo Lewandowski, por intermédio de uma medida cautelar, suspendendo a eficácia dos artigos 2º e 3º da emenda constitucional nº 86/2015. Essa emenda estabelecia um teto de recursos destinados à saúde. Para o ministro, por implicar redução nominal de receita para a área, a emenda deveria ser considerada inconstitucional. Conforme seu argumento, ao estabelecer, por intermédio do artigo 196, o direito subjetivo à saúde, a Constituição impôs ao poder público a obrigação de estabelecer "políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". Essas políticas deveriam ser progressivas, não podendo ficar vulneráveis às decisões alocativas que reduzam os recursos financeiros necessários à sua implementação.

A Constituição de 1988, por força da emenda constitucional nº 29/2000, estabeleceu para a saúde um sistema de vinculação orçamentária mínima, como já ocorria na área da educação. Ao determinar a redução dos valores a serem despendidos no setor da saúde, a emenda constitucional nº 86/2015 estaria diminuindo a esfera de proteção ao direito à saúde. Esse caso tem enorme importância, porque abre um precedente para a discussão da constitucionalidade da emenda constitucional nº 95/2016, aprovada na gestão do presidente Temer, que cria um novo regime fiscal para vigorar até o ano de 2036. Por esse regime, fica criado um teto para as despesas públicas, o que significa que os gastos sociais em geral deverão sofrer contenção, caso não haja cortes nas demais despesas ou um aumento da capacidade de arrecadação. Da perspectiva constitucional, no entanto, o problema reside no fato de que, tanto para a área de educação como para a de saúde, a Constituição de 1988 determina um piso de investimentos. Qual será a consequência se o novo teto estabelecido pela emenda impedir que se despenda o piso mínimo estipulado pela Constituição? A resposta apresentada pelo ministro Ricardo Lewandowski é que, por impor um retrocesso na proteção e promoção desses direitos sociais básicos, a emenda deve ser considerada inconstitucional.

A supremocracia — assim como a sua versão extremada, a ministrocracia, em que os ministros individualmente passam a exercer competências conferidas constitucionalmente ao colegiado do Tribunal — decorre da associação entre o modelo constitucional adotado em 1988, a arquitetura institucional da corte, mas

É vedada a reprodução e distribuição

também da postura assumida pelos próprios ministros do STF. A supremocracia encontra-se em evidente tensão com concepções majoritárias da democracia, em que a última palavra sobre temas relevantes à sociedade deve ficar reservada à vontade da maioria. Nosso regime, assim como o de grande parte das democracias hoje existentes, é mais consensual do que majoritário. Ao adotar uma Constituição rígida, com uma ampla carta de direitos, e conferir a um tribunal a competência para protegê-la de eventuais ataques oriundos do campo político, o Brasil optou por um modelo robusto e consensual de democracia, em que a vontade da maioria nem sempre triunfa e as decisões da maioria não podem impactar negativamente as próprias regras do jogo democrático, seus pressupostos nem os direitos fundamentais. Mesmo assumindo que a Constituição explicitamente transferiu muitas atribuições ao Supremo, há enorme dificuldade em se justificar, da perspectiva da teoria democrática, o exercício dessas competências. Além disso, o baixo grau de institucionalização de seu processo decisório, a falta de transparência na elaboração da agenda ou a fragilidade de seu compromisso com os próprios precedentes têm colocado em risco a autoridade do Tribunal. A superação da supremocracia pela ministrocracia — o que, como vimos, tem ocorrido com muita frequência — agrava substancialmente as dificuldades de justificação dos poderes do Supremo.

Se, por um lado, a grande desenvoltura apresentada pelo Supremo ao resolver questões da máxima importância demonstra um fortalecimento das instituições jurídicas — o que é positivo num país que historicamente nunca levou o direito a sério —, por outro, aponta uma perigosa fragilização do sistema representativo em responder às expectativas sobre ele colocadas. Num sistema em que os poderes políticos parecem ter perdido a cerimônia com a Constituição, nada poderia parecer mais positivo do que o seu legítimo guardião exercer a sua função precípua de preservá-

É vedada a reprodução e distribuição

-la. A questão, porém, guarda suas contradições. Ainda que isso possa ser visto como desejável, sabemos todos que é uma tarefa cheia de percalços. Não há consenso entre os juristas sobre como melhor interpretar a Constituição, nem tampouco em como solucionar as inúmeras colisões entre seus princípios. Isso não significa que a tarefa não deva ser feita da forma mais racional e controlável possível, como nos sugere o ex-juiz do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha Konrad Hesse.[42] Há, no entanto, dificuldades que transcendem os problemas estritamente hermenêuticos derivados da aplicação de uma Constituição. Essas dificuldades referem-se à própria dimensão da autoridade que se entende adequada a ser exercida por um tribunal dentro de um regime que se pretenda democrático. Como aponta o próprio ministro Celso de Mello, em uma república nenhuma esfera de poder pode ficar imune a controles. Há que se lutar assim pela "progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder" (ADI 239-7). É evidente que não se trata de propor controle de ordem eleitoral para o Supremo, mas sim uma racionalização de sua jurisdição e uma lapidação de seu processo deliberativo, de forma a restringir as tensões entre constitucionalismo e democracia inerentes ao exercício de uma jurisdição constitucional tão ubíqua como a brasileira.

Algumas mudanças de natureza institucional são indispensáveis e urgentes para que possamos eliminar a ministrocracia e reduzir o mal-estar supremocrático. Em primeiro lugar seria essencial redistribuir as competências do Supremo. O STF não pode continuar atuando como corte constitucional, tribunal de última instância e foro especializado. Esse acúmulo de tarefas somente se tornou factível em função da ampliação das decisões monocráticas. A transferência e eventual usurpação das atribuições do Tribunal pelos seus ministros, por intermédio do exercício exacerbado da jurisdição monocrática, têm causado uma forte redução

na confiança da sociedade em relação à instituição (ICJ-FGV).[43] Para que possa exercer a sua função precípua de corte constitucional, é fundamental que o Supremo seja liberado de um grande número de tarefas secundárias.

Com uma agenda bem mais restrita de casos, o Supremo poderia melhorar o seu modo de funcionamento. Em primeiríssimo lugar deveriam ser eliminadas, ou ao menos restringidas ao máximo, as competências de natureza monocrática. A autoridade do STF não pode ser exercida de forma fragmentada por cada um de seus ministros. O fato de ser um tribunal irrecorrível, e, portanto, aquele que corre o risco de errar em último lugar, impõe que as suas decisões sejam de natureza colegiada, o que só será possível se o número de casos julgados cair brutalmente.

Com a concentração de suas atividades no campo da jurisdição constitucional, o STF, além de passar a decidir de forma apenas colegiada, também poderia vir a qualificar melhor o seu processo deliberativo. Hoje, sem dúvida, há muito debate entre os ministros, o que é positivo. No entanto, esse debate poderia ser mais qualificado se o número de processos fosse menor, se houvesse mais tempo de preparação e com um maior comedimento por parte de alguns ministros. O exercício da colegialidade é fundamental tanto para salvaguardar a integridade do Tribunal como para conferir maior autoridade à sua jurisprudência. O resultado dessa maior colegialidade deveria ser a produção de decisões escritas que representassem a vontade da maioria do Tribunal, deixando claros quais eram os fatos, a questão jurídica discutida, os critérios para a tomada de decisão, além de qual a regra que se pode extrair da decisão. Sem isso não há um precedente a ser seguido, e o STF não contribui para a estabilização das expectativas.

Quando nos perguntamos qual a decisão do Supremo no caso das células-tronco, por exemplo, fica evidente que há uma multiplicidade de opiniões. Mesmo se pegarmos o voto do relator, o que dali foi aceito pela maioria e o que não foi aceito? Quais são os efeitos precisos do que foi decidido? As decisões precisam deixar de ser vistas como uma somatória aritmética de votos díspares. O sistema jurídico necessita de decisões que correspondam a um maior consenso decorrente de um intenso processo de discussão e deliberação da corte. Sempre deverá haver espaço para votos discordantes e opiniões complementares, claro, mas a maioria deveria ser capaz de produzir uma decisão acordada, um acórdão, que representasse a opinião do Tribunal. Isso daria mais consistência a decisões judiciais de grande impacto político.

Ainda nesse quesito, talvez fosse positivo que o STF começasse a deliberar em pelo menos três etapas. Num primeiro momento deveriam ser selecionados poucos casos da jurisdição difusa a serem julgados no ano judiciário — os de jurisdição concentrada dariam entrada na ordem de chegada. A transparência na construção da agenda é urgente. Num segundo momento seria aberto espaço para as audiências públicas e para as sustentações orais, com a presença obrigatória dos ministros. Posteriormente teríamos as sessões de discussão e julgamento. Após tomada a decisão, aquele que liderou a maioria deveria ser incumbido de redigir o acórdão. É desnecessário que haja onze votos apostados, muitos deles pouco acrescentando, quando não confundindo os jurisdicionados. Com um processo de deliberação mais consistente, o Supremo poderia ter tempo para o estabelecimento de padrões interpretativos mais claros, o que permitiria estabilizar sua própria jurisprudência, bem como a dos tribunais e juízes de primeiro grau.

Por fim, os ministros precisariam se submeter a uma espécie de protocolo mais rigoroso, o que é imperativo para o bom desempenho da função de julgar dentro da mais alta corte de justiça de uma democracia constitucional. A constante interferência no debate público e a ausência de uma postura rígida em relação a

É vedada a reprodução e distribuição

conflitos de interesses têm contribuído para a erosão da autoridade do Supremo. Se os ministros estiverem dispostos a buscar reconstruir o capital reputacional do STF, têm que se empenhar em agir de forma mais colegiada, imparcial e com certa discrição.

A redução das competências, a qualificação do processo de deliberação e do modo de confecção de seus acórdãos não irão, por si, resolver a crise pela qual passa o Supremo, mas poderão assegurar uma maior integridade às suas decisões, reduzindo arestas que, em última instância, esgarçaram a própria autoridade do STF nos últimos anos. Isso tem permitido um deslocamento do papel moderador assumido pelo Supremo nas últimas décadas em direção, novamente, aos militares. É essencial que o Supremo recupere sua capacidade e sua autoridade, especialmente num momento em que a Constituição está sendo objeto de constantes ataques.

É vedada a reprodução e distribuição