



Fernando Ramalho Ney Montenegro Bentes

**O Supremo Tribunal Federal: Trajetória
Institucional e o Jogo da Separação de
Poderes com o Congresso Nacional.**

Tese de Doutorado

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para
obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Adriano Pilatti

Rio de Janeiro
Fevereiro de 2015.



Fernando Ramalho Ney Montenegro Bentes

O Supremo Tribunal Federal: Trajetória Institucional e o Jogo da Separação de Poderes com o Congresso Nacional.

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Adriano Pilatti

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Gisele Guimarães Cittadino

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Fábio Carvalho Leite

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Daniel Antonio de Moraes Sarmento

UERJ

Prof. Conrado Hübner Mendes

USP

Prof^a. Monica Herz

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 12 de fevereiro de 2015.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Fernando Ramalho Ney Montenegro Bentes

Graduado em Direito pela UERJ; Graduado em Ciências Sociais pela UFRJ; Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Puc-Rio; Professor-Assistente da UFRRJ.

Ficha catalográfica

Bentes, Fernando Ramalho Ney Montenegro.

O Supremo Tribunal Federal: Trajetória Institucional e o Jogo da Separação de Poderes com o Congresso Nacional / Fernando Ramalho Ney Montenegro Bentes; orientador: Adriano Pilatti. – Rio de Janeiro PUC, Departamento de Direito, 2015.

2 v 308 f; 29,7 cm

1. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito.

Inclui bibliografia

1. Direito - Teses. 2. Supremo Tribunal Federal 3. Congresso Nacional. 4. Separação de Poderes. 5. Constituição. 6. Jurisdição Constitucional. 7. Institucionalismo; 8. Teoria Institucional. I. Pilatti, Adriano. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Agradecimentos

À PUC-Rio, pelos auxílios concedidos, sem os quais este trabalho não poderia ter sido realizado.

Resumo

Bentes, Fernando Ramalho Ney Montenegro. Pilatti, Adriano **O Supremo Tribunal Federal: Trajetória Institucional e o Jogo da Separação de Poderes com o Congresso Nacional**. Rio de Janeiro, 2015. 308p. Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A Constituição Federal brasileira fixou um desenho estrutural de competências que permite uma ampla atuação do Supremo Tribunal Federal sobre a vida social e os ramos de governo. Desde 1988, houve uma evolução gradativa no exercício efetivo deste poder em relação ao Congresso Nacional, principalmente, nos julgados sobre comissões parlamentares de inquérito, sistema político e omissões inconstitucionais, enquanto as temáticas do “impeachment” presidencial, do processo legislativo e da perda de mandato por quebra de decoro parlamentar apresentaram uma reticência interventiva maior. A experiência do institucionalismo norte-americano e a análise destes seis campos jurisprudenciais por diferentes enfoques da teoria institucional – atitudinal, estratégico, constitutivo e histórico – demonstram que não há um panorama assimétrico entre os departamentos estatais. Na verdade, o jogo entre Poderes pode criar cenários conjunturais que libertam decisões baseadas na preferência individual dos julgadores ou que restringem a autonomia da Corte quando críticas ou retaliações externas ameaçam sua permanência e autoridade.

Palavras-chave

Supremo Tribunal Federal; Congresso Nacional; Separação de Poderes; Constituição; Jurisdição Constitucional; Institucionalismo; Teoria Institucional.

Abstract

Bentes, Fernando Ramalho Ney Montenegro; Pilatti, Adriano (Advisor). **The Brazilian Supreme Court: Institutional Path and the Separation of Powers Game with the National Congress.** Rio de Janeiro, 2015. 308p. Doctoral Thesis – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The Brazilian Federal Constitution established a framework of laws that allow for the Supreme Court to act over the social life and branches of the government. Since 1988 there has been a gradual evolution in the effective enforcing of this power over congress, mainly in judgements on parliamentary inquiry committees, the political system and unconstitutional omissions, while the topics of presidential impeachment, legislative process and removal from office for breach of congressional decorum met with greater reluctance to intervene. The North American experience in institutionalism and analysis of these six jurisprudential fields by different approaches to institutional theory - attitudinal, strategic, constituent and historical - demonstrate that the panorama among state departments is not asymmetric. In fact, the separation of powers game can create groups of scenarios that generate decisions based on the preference of individual judges, or that restrict the autonomy of the court when criticism or external retaliations threaten its authority.

Keywords

Brazilian Federal Supreme Court; National Congress; Separation of Powers; Constitution; Judicial Review; Institutionalism; Institutional Theory.

Sumário

1. Introdução	13
2. A Teoria Institucionalista Aplicada às Cortes Constitucionais	22
2.1. Institucionalismo e Neoinstitucionalismo	22
2.2. O Institucionalismo nos Estudos Judiciais	26
2.3. O Modelo Atitudinal	28
2.4. As Transformações do Neoinstitucionalismo nos Estudos Judiciais	41
2.5. A Abordagem Estratégica	43
2.5.1. Constrangimentos Endógenos: o Jogo Colegial	44
2.5.2. Constrangimentos Exógenos: Jogo do Sistema Político	54
2.6. A Abordagem Constitutiva do Institucionalismo Sociológico	59
2.7. O Enfoque Sociológico da Justiça Estratégica: A Teoria Política Positiva	62
2.8. O Institucionalismo Interpretativo	70
2.8.1 Missão Institucional e Função Social	75
2.9. O Institucionalismo Histórico nos Estudos Judiciais	77
2.9.1. O Institucionalismo Histórico e a Transformação das Instituições	84
2.10. O Jogo de Separação de Poderes	90
2.10.1. O Jogo de Poder entre o Legislativo e as Cortes Constitucionais	92
2.10.2. A Estrutura Institucional no Jogo de Poder entre o Legislativo e as Cortes Constitucionais	97
2.10.2.1. Sistema de Governo, Modelo Partidário e Atividade Legislativa	97
2.10.2.2. Estrutura Sócio-Política de Incentivos, Controle de Constitucionalidade e Competências das Cortes Constitucionais	104

2.10.2.3. A Transparência Decisória	110
2.10.2.4. A Independência dos Juízes Constitucionais	112
2.10.2.5. Estrutura Institucional e Autonomia Decisória	113
2.10.3. Cenários Conjunturais e Tipologia das Cortes Constitucionais	114
2.11. Conclusão	122
3. Teoria Institucional Aplicada à Jurisprudência das Relações entre o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal	124
3.1. A Teoria Institucional Como Instrumento Analítico da Jurisprudência	124
3.2. O Processo de “Impeachment” Presidencial	125
3.2.1. Balanço	137
3.3. O Processo Legislativo	138
3.3.1. Balanço	153
3.4. As Comissões Parlamentares de Inquérito	155
3.4.1. O Prazo do Inquérito Parlamentar	156
3.4.2. O Depoimento de Testemunhas	159
3.4.3. A Atividade Profissional do Advogado	162
3.4.4. O Dever de Fundamentação	163
3.4.5. A Cláusula de Reserva de Jurisdição	164
3.4.6. O Princípio da Colegialidade	172
3.4.7. A Requisição de Dados sob Segredo de Justiça	172
3.4.8. O Direito das Minorias Parlamentares	174
3.4.9. Balanço	192
3.5. A Perda de Mandato por Quebra de Decoro Parlamentar	194
3.5.1. Balanço	212
3.6. O Sistema Político	214
3.6.1. A Limitação de Vereadores por Município	215
3.6.2. A Verticalização das Candidaturas	221
3.6.3. A Cláusula de Barreira	229
3.6.4. A Fidelidade Partidária	234

3.6.5. A Portabilidade Eleitoral	240
3.6.6. O Financiamento Eleitoral	243
3.6.7. Balanço	250
3.7. A Omissão Inconstitucional	253
3.7.1. Balanço	278
3.8. Conclusão	282
4. Conclusão	285
5. Referências Bibliográficas	289

Lista de Abreviaturas e Siglas

CF: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CLT: Consolidação das Leis do Trabalho.

RISTF: Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

RICN: Regimento Interno Comum do Congresso Nacional

RICD: Regimento Interno da Câmara dos Deputados

RISF: Regimento Interno do Senado Federal

STF: Supremo Tribunal Federal

TSE: Tribunal Superior Eleitoral

ADIN: Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

MS: Mandado de Segurança

MI: Mandado de Injunção

HC: *Habeas Corpus*

RE: Recurso Extraordinário

MC: Medida Cautelar

RMS: Recurso em Mandado de Segurança

Ag. Reg.: Agravo Regimental

QO: Questão de Ordem

RCL: Reclamação

Lista de Tabelas e Figuras

Tabela 1 - fluxograma abaixo retrata o conflito institucional entre as cortes constitucionais e o legislativo	116
Tabela 2 - quadro das conjunturas que formam o pano de fundo das relações entre o legislativo e as cortes constitucionais	119

*Essa moça tá diferente
Já não me conhece mais
Está pra lá de pra frente
Está me passando pra trás (...)
Eu cultivo rosas e rimas
Achando que é muito bom
Ela me olha de cima
E vai desinventar o som*

Chico Buarque, *Essa Moça tá Diferente*

Introdução

Vale, no ponto, invocar a lição do “Justice” Hugo Black, da Suprema Corte americana, a dizer que nosso sistema constitucional – lá, como cá, ocorre o mesmo – os Tribunais são fortalezas que resistem a quaisquer tempestades.

Ministro Carlos Velloso¹

A doutrina da separação de poderes pode se adaptar a diferentes desenhos institucionais², o que resulta em seu desdobramento em duas grandes correntes teóricas.

Na separação pura ou absoluta, os ramos de governo ficam adstritos à sua margem de competência, com a reserva de um papel destacado à função parlamentar, que prescreve normas de aplicação obrigatória aos demais departamentos estatais. Mesmo no modelo de separação parcial ou relativa, que admite mecanismos de fiscalização recíproca, o legislativo resguarda a maior parte da legitimidade política, pois se constitui por meio de eleições e representa de modo mais completo a paisagem social heterogênea. Ao judiciário, resta o dever estrito de aplicação do Direito³.

No entanto, as sociedades democráticas contemporâneas testemunham a expansão da autoridade de instituições judiciais, em especial, da jurisdição constitucional, que se investe no papel de proteção dos direitos fundamentais e das minorias políticas contra possíveis arbitrariedades impostas por uma maioria ocasional, geralmente, mobilizadas no legislativo ou no executivo⁴.

¹ MS MC 21.564-0/DF QO, fls. 149.

² MARCUS, Maeva; VAN TASSEL, Emily Field. “Judges and Legislators in the New Federal System”. In: *Towards Institutional Comity*. Washington D. C.: The Brooking Institute, 1988, pp. 33-43, 46, 49 e 52.

³ MONTESQUIEU, Charles Louis de Sécondat, Baron de la. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979, Livro XI, cap. VI, p. 148 e 149; VILE, M. J. C. *Constitutionalism and Separation of Powers*. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, pp. 133, 134, 151-157, 165 e 167; BELLAMY, Richard. “The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy”. In: *Political Studies*, 1996, XLIV, pp. 437 a 438; MANIN, Bernard. “Frontières, freins et contrepoids: la séparation des pouvoirs dans le débat constitutionnel américain de 1787”. In: *Revue Française de Science Politique*, Ano 1994, volume 44, número 2, pp. 260-275.

⁴ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch. The Suprem Court at the Bar of Politics*. New York: The Bobbs-Merril Company, 1962, pp. 16-23; BURGESS, Susan. “Queer New Institutionalism: Notes on the Naked Power Organ in Mainstream Constitutional Theory

Embora estas arenas majoritárias gozem de legitimidade representativa-eleitoral, a atuação destes tribunais tem se revelado com intensidade crescente e de diversas formas, com a construção de novos cânones de interpretação, em fundamentações direcionadas a resultados pré-determinados e na ingerência em competências tradicionais de outros departamentos⁵.

Este fenômeno desperta inúmeras ponderações críticas sobre o alcance e a legitimidade das cortes constitucionais, que podem redefinir completamente a dinâmica de funcionamento e interação dos ramos de governo de um país⁶. O impacto deste processo justifica uma avaliação sobre estas renovadas instituições, uma vez que a tradição democrático-republicana não atribui poder sem problematizar adequadamente sobre os limites e meios necessários para sua operação e fiscalização⁷.

Inserido neste contexto de expansão da jurisdição constitucional, o trabalho busca identificar se o Supremo Tribunal Federal percorreu uma trajetória de transformação institucional que resultou na incorporação de competências do

and Law”. In: CLAYTON, Cornell. GILLMAN, Howard. *The Supreme Court in American Politics*. Lawrence: University Press of Kansas, 1999, pp. 199 e 205; CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

⁵ ACKERMAN, Bruce. “The New Separation of Powers” In: *Harvard Law Review*, Vol. 113, Jan 2000, n° 3, pp. 692 e 697; GINSBURG, Tom. “The Global Spread of Constitutional Review”. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel, CALDEIRA, Gregory A. (ORG.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, 2008, pp. 81-95; SEGAL, Jeffrey A. “Judicial Behavior.” In: WHITTINGTON, Keith E., KELEMEN, R. Daniel, CALDEIRA, Gregory A. (ORG.) *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, 2008, p. 19-32; SUNSTEIN, Cass. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 37 a 47.

⁶ ACKERMAN, Bruce, op. cit., pp. 714, 724 e 725; Ran Hirschl determina que a expansão da jurisdição constitucional incorpora o risco de formação de uma aristocracia judicial que se investe da reserva moral da sociedade. De um ponto de vista mais amplo, este processo se configura em um pacto entre as elites governamentais, jurídicas e econômicas contra o potencial emancipatório e renovador da política democrática. HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 38 et seq.; Id., “The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts.” In: *Annu. Rev. Polt. Sci.*, 2008; POSNER, Richard A. “Democracy and Judiciary: a comment on Aulius Aarnio, ‘The Court System and Democracy’”, IVR, 2003, acesso em 30 de julho de 2011, disponível em <http://www.ivr2003.net/Abstracts/Posner-AarnioComment.pdf>; WHITTINGTON, Keith E. *Political Foundations of Judicial Supremacy*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2007; VILE, M. J. C., op. cit., p. 358 et. seq.. Uma corrente de autores defende o “judicial self-restraint” ou a “autocontenção judicial”, determinando que a jurisdição constitucional deve atuar apenas sobre temas politicamente incontroversos. Atuando contra outros poderes, o judiciário deve se concentrar em impedir a violação do procedimento democrático ou do processo legislativo formal, numa espécie de “weak-form judicial review”. Neste sentido: ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press, 1980; TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away From the Court*. PUP: Princeton, 1999; WALDRON, Jeremy. “On Judicial Review”, in *Dissent Magazine*, vol. 51, n° 3, 2005, p. 81 et. seq.

⁷ DAHL, Robert. *Democracy and its Critics*. New Haven: Yale University Press, 1989, p. 65 et. seq..

Congresso Nacional, um importante ator político, responsável pela produção normativa federal, dentre inúmeras outras atribuições⁸.

Este processo será interpretado por meio da teoria institucional, que aborda a influência de desenhos estruturais no comportamento de agentes coletivos e individuais⁹.

A pesquisa bibliográfica se concentra em fontes do institucionalismo norte-americano, que realizou um frutífero esforço de compreender a conduta decisória da Suprema Corte dos Estados Unidos. Embora haja particularidades, algumas situações evidenciam que esta experiência estrangeira serve de base para reflexão, comparação e criação de hipóteses explicativas da realidade brasileira.

A aplicação das diversas correntes do institucionalismo segue um critério diferencial, na medida de sua pertinência para explicar alvos específicos. Porém, algumas situações exigem um prisma plural, numa tendência típica dos estudos neoinstitucionais contemporâneos, que dotam o mesmo objeto de uma perspectiva heterogênea, para que a opção por uma ótica particularista não turve uma compreensão mais completa de cenários interativos de organizações e de atores com suas estruturas¹⁰.

Os enfoques do jogo colegial, da teoria política positiva e do interpretativismo sociológico servem ao exame da conduta individual ou coletiva

⁸ Arts. 22, 24, 48-52, 58, 60, CF. Para um debate desta expansão da jurisdição constitucional no Brasil: BARCELLOS, Ana Paula. “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático.” In: *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. 1ª ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. 1; CITTADINO, Gisele. “Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes” In: *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Luís Werneck Vianna (ORG.). Belo Horizonte: UFMG, 2002; EISENBERG, José. “Pragmatismo, Direito Reflexivo e Judicialização da Política.” In: VIANNA, Luís Werneck (ORG.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. “Ativismo judicial, autorestrição judicial e o minimalismo”. In: *Diritto & Diritti*, v. 1, 2008; SARMENTO, Daniel. “Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda.” *Revista de Direito do Estado*, v. 2, 2006. SILVA, A. G.; GAMA, F.; VIEIRA, J. R.; MAGALHAES, J. N.; Camargo, M.; STRUCHINER, Noel. “Jurisdição constitucional: entre o respeito ao legislador e o ativismo judicial”. *Revista Jurídica* (Rio de Janeiro. 1933), v. 1, p. 131-169, 2008; VIANNA, Luís Werneck et all. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁹ HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R.. “As Três Versões do Neoinstitucionalismo.” In: *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, nº 58 – 2003, pp. 193, 194, 212 et. seq.; PILDES, Richard H. “The Legal Structure of democracy.” In: WHITTINGTON, Keith E., KELEMEN, R. Daniel, CALDEIRA, Gregory A. (ORG.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, 2008, p. 321-338.

¹⁰ Com ampla referência na literatura neoinstitucional, destaca-se este artigo: SMITH, Rogers M. “Political Jurisprudence, The ‘New Institutionalism,’ and the Future of Public Law.” In: *The American Political Science Review*, Vol. 82, No. 1 (Mar., 1988), pp. 89-108.

de construção dos fundamentos que embasam o grau de intervenção das cortes constitucionais na esfera legislativa.

Embora seja difícil rastrear as verdadeiras intenções de julgadores e instituições, a análise contextual das ações permite extrair explicações que auxiliam o esforço de compreender as dificuldades, motivações e o modo como decisões são construídas.

A abordagem do sistema político e do jogo de poderes investiga o peso de estímulos exógenos no processo deliberativo, além de apontar as consequências dos julgados na margem de ação dos departamentos estatais. Em algumas circunstâncias de fraqueza destes constrangimentos externos, formam-se alguns cenários de autonomia descritos com precisão pelo modelo atitudinal.

Por fim, a perspectiva histórica permite interpretar uma trajetória de alteração institucional, verificada no exame comparativo de julgados do Supremo Tribunal Federal ao longo do tempo.

Porém, estes processos judiciais não são objeto de um estudo quantitativo. Embora alcance um universo maior de decisões, esta técnica negligencia a acurácia interpretativa da dinâmica decisória. Por isso, a pesquisa se baseia no método de estudo de caso, que apresenta um potencial maior de elucidar as razões e circunstâncias simbólicas ou estratégicas que envolvem a conduta de julgadores¹¹. Esta opção ganha ainda mais pertinência pelo caráter individual e aberto de manifestação dos votos no Supremo, o que permite um fértil campo de exploração dos meandros do processo deliberativo.

A seleção da jurisprudência se baseou na capacidade de realçar circunstâncias que demonstram o avanço do Supremo Tribunal Federal na esfera interna do Congresso Nacional ou em matérias de competência reservada ou

¹¹ BAUM, Lawrence; HAUSEGGER, Lori. "Inviting Congressional Action: A Study of Supreme Court Motivations in Statutory Interpretation." In: *American Journal of Political Science*, Vol. 43, nº. 1, jan., 1999, pp. 162 e 163; ESKRIDGE, William N. Jr.. "Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions" (1991). In: *The Yale Law Journal* Vol. 101: 331, p. 353; HETTINGER, Virginia A.; ZORN, Christopher J. W.; "Signals, Models, and Congressional Overrides of the Supreme Court." *Annual Meeting of the Midwest Political Science Association*, April 15-17, 1999, Chicago, IL, p. 4; KAPISZEWSKI, Diana. "Arbitro de Conflictos, Creador de Políticas Públicas o Proctetor de Derechos? El Supremo Tribunal Federal de Brasil em Transición." In: FIGUEROA, Julio Ríos; HELMKE, Gretchen (Coord.) *Tribunales Constitucionales en América Latina*. Mexico: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, p. 266; VANBERG, Georg. "Establishing Judicial Review Independence in West Germany – The Impact of Opinion Leadership and the Separation of Powers." In: *Comparative Politics*, Abril, 2000, p. 334;

preservada pelos legisladores, o que resultou numa divisão em seis campos temáticos: o “impeachment” presidencial, o processo legislativo, as comissões parlamentares de inquérito, a cassação de mandato por quebra de decoro parlamentar, o sistema político e as omissões inconstitucionais.

Diante da grande quantidade de casos em cada um destes tópicos, somente os mais importantes foram abordados, pois fixaram parâmetros estáveis e amplamente referenciados em julgamentos posteriores.

Os processos de natureza eminentemente municipal, estadual ou que envolviam interesse exclusivo do Poder Executivo foram desprezados. Este critério cedeu em apenas uma vez, devido à importância de se inserir a análise da Ação Direta 3.276-3/CE, no contexto evolutivo dos julgados do Supremo Tribunal sobre as omissões inconstitucionais.

Devido ao peso de alguns precedentes, duas ocasiões exigiram uma investigação retroativa mais aguda: no Mandado de Segurança 20.257/DF, de 1980, que estabeleceu um “leading case” sobre a intervenção do Tribunal no processo legislativo e no Mandado de Segurança 1.959/DF, de 1953, amplamente referenciado como uma previsão de controle judicial sobre as comissões parlamentares de inquérito.

A despeito destas duas exceções, a seleção de julgados ficou adstrita ao momento posterior à Constituição Federal de 1988. Esta demarcação cronológica respeita a relevância que a jurisprudência política atribui ao cenário normativo-estrutural em que se desenvolvem os estudos das dinâmicas interinstitucionais. Atores individuais e organizações nunca se relacionam no vácuo, mas a partir de limites normativos que condicionam o jogo de poder no tempo. Portanto, a periodização da pesquisa não poderia escapar da quadra inaugurada na promulgação do texto constitucional vigente.

Toda a consulta jurisprudencial foi realizada por meio dos acórdãos decisórios, que reúnem o relatório de todo o processo, o debate dos ministros em Plenário, o voto de cada um deles e a ementa, que sintetiza os argumentos utilizados, o critério de aprovação – por maioria ou unanimidade – e a deliberação final¹².

¹² Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: “Art. 93. As conclusões do Plenário e das Turmas, em suas decisões, constarão de acórdão, do qual fará parte a transcrição do áudio do julgamento. Art. 94. Nos processos julgados no Pleno e nas Turmas, o Relator subscreverá o

O acesso aos julgados foi franqueado pelas páginas de consulta processual¹³ e de inteiro teor dos acórdãos¹⁴, disponibilizados no endereço eletrônico oficial do Supremo Tribunal Federal. Os processos mais antigos foram citados de acordo com os carimbos de sua folha específica, “fls.”, disposto na própria imagem de visualização. Já a referência aos processos eletrônicos reproduziu a numeração automática das páginas, “p.”.

Em todos os casos analisados no corpo do texto foram fornecidos o número identificador da ação, sua data de julgamento e alguns elementos informativos que permitissem uma contextualização elementar dos fatos. Toda a transcrição de votos, apartes e debates reproduziu fielmente as palavras e grifos apresentados nos documentos de consulta¹⁵.

Tendo em vista que a pesquisa enfoca aspectos institucionais, apenas alguns debates jurídico-doutrinários mais importantes foram citados, geralmente, em nota, na companhia de detalhes não essenciais, referências a outros julgados correlacionados e dispositivos constitucionais e legais, cujo texto normativo foi conferido nas páginas eletrônicas oficiais da Presidência da República¹⁶, do Senado Federal¹⁷, da Câmara dos Deputados¹⁸, do Supremo Tribunal Federal¹⁹, do Tribunal Superior Eleitoral²⁰ e da Constituição dos Estados Unidos²¹.

acórdão, registrando o nome do Presidente. (...) Art. 96. Em cada julgamento a transcrição do áudio registrará o relatório, a discussão, os votos fundamentados, bem como as perguntas feitas aos advogados e suas respostas, e será juntada aos autos com o acórdão, depois de revista e rubricada. § 1º Após a sessão de julgamento, a Secretaria das Sessões procederá à transcrição da discussão, dos votos orais, bem como das perguntas feitas aos advogados e suas respostas. § 2º Os Gabinetes dos Ministros liberarão o relatório, os votos escritos e a transcrição da discussão, no prazo de vinte dias contados da sessão de julgamento. (...) Art. 97. Também se juntará aos autos, como parte integrante do acórdão, um extrato da ata que conterá: I – a decisão proclamada pelo Presidente; II – os nomes do Presidente, do Relator, ou, quando vencido, do que for designado, dos demais Ministros que tiverem participado do julgamento, e do Procurador-Geral ou Subprocurador-Geral, quando presente;”

¹³ <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>

¹⁴ <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>

¹⁵ Na transcrição de debates em Plenário, os processos apresentaram diferentes formas de identificação dos ministros, como alterações entre a letra maiúscula e minúscula ou a presença e a ausência de negrito. Para que esta distinção não turvasse a leitura, os interlocutores destes momentos de diálogo foram padronizados em negrito e letra minúscula: “**O Senhor Ministro...**”.

¹⁶ Na página oficial da Presidência da República foram consultadas: a Constituição da República Federativa do Brasil (doravante CF), em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm; o texto da Constituição de 1967, em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm; as leis complementares, em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-complementares-1#content>; as leis ordinárias, em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias#content>; e as medidas provisórias, em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/medidas-provisorias#content>

¹⁷ Na página oficial do Senado Federal foram consultados o Regimento Interno do Senado Federal (RISF), em http://www.senado.gov.br/legislacao/regs/RegimentoInternoSF_alt_2014_versao_PLE.pdf, o Regimento Interno Comum do Congresso Nacional (doravante RICN), em

Nas ocasiões em que os ministros discriminaram um preceito específico da Constituição Federal, houve citação ou transcrição em nota. Porém, quando o comando constitucional foi objeto de alusão abstrata, genérica ou indeterminada, esta prática não se repetiu e ainda foi analisada à luz da teoria institucionalista.

Após esta introdução, o segundo capítulo traça um panorama do pensamento institucional e de suas diversas correntes.

No item 2.1., é realizada a distinção entre o nascedouro do institucionalismo e sua versão contemporânea, o neoinstitucionalismo. Em seguida, o tópico 2.2. traz as particularidades da aplicação da teoria institucional na esfera judicial. O tema do subcapítulo 2.3. é o modelo atitudinal, que fixa a busca de preferências como o eixo norteador da previsibilidade de conduta dos juízes constitucionais.

As inovações incorporadas pelo neoinstitucionalismo nos estudos judiciais estão presentes no item 2.4., sucedido pelo tópico 2.5., referente aos constrangimentos endógenos e exógenos que permeiam uma abordagem estratégica sobre julgadores e tribunais. Numa perspectiva interna, o jogo colegial valoriza a forma como os arranjos institucionais limitam o agir estratégico dos atores institucionais²². Numa dimensão externa, as instituições que compõem o sistema político são consideradas na medida de sua importância para condicionar a dinâmica decisória das cortes constitucionais.

O institucionalismo sociológico é o objeto do subcapítulo 2.6., que descreve as crenças, rotinas, modelos morais, esquemas cognitivos e expectativas de comportamento dos julgadores.

http://www.senado.gov.br/legislacao/regs/RegComum_Normas_Conexas.pdf e a normativa interna desta Casa legislativa, em <http://www.senado.gov.br/legislacao/>

¹⁸ Na página oficial da Câmara dos Deputados foram consultados o Regimento Interno da Câmara dos Deputados (doravante RICD), em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/Regimento%20Interno%20ate%20RCD%2054-2014.pdf> e a normativa interna desta Casa legislativa, em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao>

¹⁹ Na página oficial do Supremo Tribunal Federal (doravante STF) foi consultado o Regimento Interno do STF (doravante RISTF), em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacao/RegimentoInterno/anexo/RISTF_Junho_2014_versao_eletronica.pdf

²⁰ Na página oficial do Tribunal Superior Eleitoral (doravante TSE) foi consultada toda a normativa eleitoral, em <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumarios/resolucoes> e <http://www.tse.jus.br/legislacao/pesquisa-a-legislacao-eleitoral>

²¹ A Constituição dos Estados Unidos foi consultada em http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html, http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights.html; http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html

²² HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R., op. cit., p. 221.

Este referencial simbólico introduz o estudo de duas reflexões. No item 2.7., a teoria política positiva apura a manipulação estratégica desta malha de regras e padrões de conduta para a satisfação de interesses ou assunção de posturas inovadoras²³. No tópico 2.8., o interpretativismo sociológico constata o grau de condicionamento dos juízes constitucionais à cultura institucional, o que se desdobra na análise da missão e da função social das cortes.

Tema do subcapítulo 2.9., o institucionalismo histórico explica o acúmulo ou decréscimo de poder das organizações por meio da trajetória que percorreram, no contexto de seu relacionamento com outros atores coletivos²⁴.

O jogo entre os poderes é objeto do tópico 2.10., que aponta a estrutura institucional e os diferentes cenários que envolvem a interação estratégica do legislativo com as cortes constitucionais. O capítulo é finalizado com o item 2.11., que retoma e compara a perspectiva de diferentes escolas institucionalistas.

Todo este referencial da teoria institucionalista é aplicado na análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no capítulo terceiro.

No item 3.1., alguns esclarecimentos são fixados para introduzir o exame dos julgados, o que se inicia no tópico 3.2., que demonstra a reticência da Corte em intervir nos casos relativos ao “impeachment” presidencial.

O Tribunal se comporta de maneira semelhante ao abordar a temática do processo legislativo, verificada no subcapítulo 3.3.. Em seguida, o item 3.4. versa sobre a jurisprudência relativa às comissões parlamentares de inquérito, para quem o Supremo fixou uma espécie de regramento mínimo de conduta.

Esta postura mais ousada não se repetiu nos julgados sobre a cassação de mandato por quebra de decoro parlamentar, no tópico 3.5.

Já no o subcapítulo 3.6., a Corte também tomou agudas decisões que promoveram alterações impactantes no sistema político, um comportamento que se repete no item 3.7., responsável por apontar a perspectiva evolutiva de intervenção do Supremo nas hipóteses de omissões inconstitucionais.

Ao final destes subcapítulos, foi necessário fazer um balanço para delinear um cenário institucional específico e sintetizar a perspectiva geral de atuação da Corte em cada campo temático.

²³ Ibid., pp. 198, 216 et. seq.

²⁴ Ibid., pp. 196, 200 et. seq.

O capítulo terceiro termina no tópico 3.8., com a comparação dos seis espectros jurisprudenciais analisados.

No capítulo quarto o trabalho se conclui com uma reflexão institucionalista sobre a trajetória de transformação do Supremo Tribunal Federal, além de questionar a hipótese de um cenário de assimetria de poder desta Corte com o Congresso Nacional.

A Teoria Institucionalista Aplicada às Cortes Constitucionais

2.1

Institucionalismo e Neoinstitucionalismo

Há uma série de normas constitucionais garantidoras de realidades institucionais.

Ministro Gilmar Mendes²⁵

De modo genérico, toda abordagem que estuda arranjos formais e informais de agregação e regulação do comportamento de indivíduos ou organizações pode ser descrita como institucionalista²⁶.

Utilizado em diversos campos do saber, como a Economia, a Administração, a Sociologia, a Ciência Política e o Direito, o institucionalismo pode ser empregado sem ser expressamente citado, seja pelo desconhecimento de seus pressupostos, seja porque a essência de vários estudos ainda não havia sido aproximada para que fossem qualificados nesta mesma perspectiva teórica²⁷.

Platão, Aristóteles, Políbio e Maquiavel empreenderam um estudo institucionalista ao perceberem como uma constituição mista pode impedir o ciclo da morte das formas de governo numa estrutura republicana que vocalize os diferentes interesses da realeza, da nobreza e do povo²⁸.

²⁵ MS 32.033/DF, processo eletrônico, p. 73.

²⁶ Embora alguns estudos definam “organizações” como o elemento subjetivo de instituições (agentes que interagem sob regras), este trabalho permanece perfilhado à maior parte do léxico institucionalista que utiliza os termos “organizações” e “corporações” como sinônimas de “instituições”. LEVITSKY, Steven; MURILLO, María Victoria. “Variation in Institutional Strength.” In: *Annu. Rev. Polit. Sci.* 2009. 12: 115–33, p. 117.

²⁷ STEINMO, Sven. “What is Historical Institutionalism?” *Forthcoming in Approaches in the Social Sciences*, PORTA, Donatella D.; KEATING, Michael.(ORG.). Cambridge UK: Cambridge University Press, 2008, pp. 151-152.

²⁸ PLATÃO. *A República*. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997; ARISTÓTELES, *A Política*. 7ª ed.. São Paulo: Atena, 1965; POLÍBIOS, *História*. Brasília: UNB, 1985; MACHIAVELLI, Niccolò Di Bernardo Dei. *O Príncipe*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1985.

Numa sociedade que rompia com estas segmentações estamentais e exigia uma representação mais igualitária e indiferenciada, Montesquieu contextualizou instituições monárquicas, aristocráticas e democráticas em um novo sistema de funções executivas, judiciais e legislativas. Esta divisão evitaria a concentração de poder por meio de controles mútuos à disposição de cada departamento estatal²⁹.

Importante personagem do período de fundação constitucional dos Estados Unidos, James Madison foi influenciado por esta doutrina de freios e contrapesos e também se preocupou em construir uma engenharia institucional que encorajasse ações políticas livres, mas sem radicalismos³⁰.

Assim como a experiência norte-americana, todo o constitucionalismo se aproxima da questão central abordada pela teoria institucionalista: como uma estrutura de poder deve ser desenhada para garantir a construção de uma sociedade mais estável³¹.

Esta foi a intenção da Constituição de Weimar, em 1919, que culminou na ascensão do nazismo e na perenização do estado de exceção. Este desfecho trágico abalou a confiança na capacidade de as instituições manterem um sistema de direitos e a democracia. No plano teórico, o ocaso do institucionalismo afastou as ciências sociais dos estudos sobre a dinâmica relacional das organizações governamentais³².

Tal cenário se modificou nos anos 1970, quando alguns estudos de análise comparativa começaram a apontar que problemas econômicos, sociais e culturais eram solucionados diferentemente por diversos países de acordo com a sua peculiar estrutura institucional. A partir deste momento, reproduziram-se vários tipos de abordagens, numa perspectiva que se convencionou denominar como neoinstitucionalista. Esta designação pode ser explicada como um meio de diferenciação temporal com os estudos pregressos ou pelo fato de seus autores

²⁹ MONTESQUIEU, op. cit., Livro XI, cap. VI; POCOCK, J. G. A. *The Maquiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republic Tradition*. New Jersey: Princeton University Press, 1975, p. 517.

³⁰ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. Brasília: UNB, 1984, artigos nº 10 e nº 51; SPURLIN, Paul Merrill. *Montesquieu in America. 1769 – 1801*. New York: Octagon Books, 1969. Para um estudo do projeto constitucional de James Madison: BENTES, Fernando. *A Separação de Poderes da Revolução Americana à Constituição dos Estados Unidos: O Debate entre os Projetos Constitucionais de Jefferson, Madison e Hamilton*. Rio de Janeiro, 2006. Dissertação (Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional) – Programa de Pós-graduação em Direito, Departamento de Direito, Puc-Rio, disponível em <http://www.dominionpublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077014.pdf>, acesso em 15 de janeiro de 2012.

³¹ STEINMO, Sven, op. cit., pp. 150-153.

³² Ibid., pp. 152-153.

terem um selo distintivo próprio, um caráter mais realista que seus predecessores³³.

Com a queda de ditaduras e o fim do comunismo, num período que se estendeu desde o final dos anos 1970 até a década de 1990, o neoinstitucionalismo encontrou uma grande oportunidade teórica de analisar o esforço de criação ou reconstrução de instituições que garantissem o respeito à democracia constitucional³⁴.

Neste campo fértil, o neoinstitucionalismo destacou a transição de regimes autoritários para uma nova ordem, com enfoque sobre o potencial reformador e estrutural de constituições, atores estatais e grupos de interesse que se organizam em torno de um novo sistema político³⁵.

Renovado pela perspectiva de explicar estes processos de mudança, o neoinstitucionalismo retornou com mais ênfase aos estudos de democracias consolidadas, o que contribuiu para a reprodução de diversos estudos que podem ser sistematizados em três abordagens distintas e complementares: a racional, a sociológica e a histórica.

O institucionalismo da escolha racional determina que os arranjos institucionais criam um limite estratégico-legal de comportamento de seus atores, compreendidos como agentes utilitários e calculadores, que almejam maximizar seus ganhos e minimizar suas perdas. As instituições só permanecem se atingem um equilíbrio de interesse entre seus agentes, ou seja, se tornam possíveis os ganhos resultantes de trocas internas. Como exemplo paradigmático destes estudos, destaca-se a análise da dinâmica das decisões legislativas³⁶.

Segundo o institucionalismo sociológico, os procedimentos organizacionais fornecem esquemas cognitivos, ou seja, padrões de comportamento e de interpretação que servem de base para ação de seus operadores, que cultivam e compartilham de uma cultura institucional. No

³³ Ibid., pp. 158 et. seq..

³⁴ LEVITSKY, Steven; MURILLO, María Victoria, op. cit., pp. 116-120.

³⁵ Ibid., pp. 120 et. seq.

³⁶ FEREJOHN, John A.; KRAMER, Larry. "Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint" In: 77 *N.Y.U. Law Review Rev.* 962, 2002, p. 994 et. seq.; HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R., op. cit., p. 202 et. seq.. WEINGAST, B.; MARSHALL, W. "The Industrial Organization of Congress." In: *Journal of Political Economy*, 96, 1988, 1, pp. 132-163. No Brasil: PILATTI, Adriano. "A perspectiva institucionalista e a análise da dinâmica das decisões legislativas." In: *Direito, Estado e Sociedade*. Nº 29 jul./dez. 2006; Id., *A Constituinte de 1987-1988 - Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

entanto, esta estrutura simbólica é formada tanto internamente, quanto fomentada por estímulos exógenos, nas suas relações com a sociedade. Uma instituição permanece se houver um reconhecimento externo de que cumpre determinadas funções sociais³⁷.

Tanto o institucionalismo da escolha racional como o sociológico se assemelham ao focar constrangimentos institucionais sobre o mecanismo decisório. A diferença é que o primeiro entende as normas institucionais como limites estratégicos e o segundo, como uma força constitutiva que cria padrões de conduta.

O institucionalismo histórico possui um enfoque mais amplo da realidade social e privilegia o processo que originou um cenário de assimetria de poder entre as instituições e grupos de interesse que as apoiam. Organizações não tendem ao equilíbrio e muito menos são cristalizadas em funções culturais específicas – elas permanecem porque existiu uma causalidade social em sua trajetória histórica que construiu um cenário de acumulação de poder – “path dependence”. Sem apego a nenhuma teoria universal, esta corrente aponta forças políticas e instituições como atores da história, buscando sempre um amplo arsenal de fundamentos para explicação de um desenho institucional específico. Tanto enfoques calculadores ou sociológicos podem ser utilizados para estudar conjunturas consolidadas ou situações críticas, com grande potencial revelador, como crises econômicas, processos de reconstitucionalização e revoluções³⁸.

Aproxima-se do institucionalismo sociológico pelo caráter constitutivo da abordagem e ao valorizar amplos espectros de análise interinstitucional, mas distancia-se ao desconfiar de explicações funcionais para fundamentar processos de acumulação de poder. O caráter fortemente realista aproxima a perspectiva histórica dos estudos racionalistas, com quais se diferencia, porém, por não focar ações isoladas de indivíduos ou instituições.

Após este panorama geral sobre o pensamento institucional contemporâneo, serão enfocadas diferentes aplicações desta teoria sobre os

³⁷ THÉRET, Bruno. “As Instituições entre as Estruturas e as Ações” In: Lua Nova: n° 58, 2003, p. 236 et. seq.

³⁸ HALL, Peter; TAYLOR, Rosemary., op. cit., p. 194 et. seq.; SMITH, Rogers M. “Historical Institutionalism and the Study of Law.” In: WHITTINGTON, Keith E., KELEMEN, R. Daniel, CALDEIRA, Gregory A. (ORG.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, 2008, p. 46 et. seq..

estudos judiciais, com destaque para a literatura norte-americana, onde estas pesquisas mais vicejaram.

2.2

O Institucionalismo nos Estudos Judiciais

Repetindo o Justice Charles Hugges, a Constituição é o que a Suprema Corte diz que é.

Ministro Carlos Velloso³⁹

No início do século XX, três movimentos teóricos criaram as condições para o desenvolvimento do institucionalismo aplicado aos estudos judiciais: o realismo jurídico, o behaviorismo e o empirismo.

O realismo defendia uma tradição mais pragmática nas ciências histórico-hermenêuticas, menos idealizada do que os estudos feitos sobre as instituições e relações sociais até aquele momento. No campo jurídico, a perspectiva realista constatou a atividade criadora do Direito pelos juízes, despido do caráter de neutralidade e de mera interpretação técnica de normas. Aproveitando o aporte teórico de outras ciências, o Direito deveria sofrer uma renovação epistemológica e o sistema judicial não poderia ser compreendido isoladamente, mas dentro do concerto de outras instituições sócio-políticas, com as quais mantem uma autonomia relativa. Autores como Edward Corwin determinavam que a jurisdição era um exercício de aplicação de poder político e o constitucionalismo deveria ser investigado à luz das intenções situadas no contexto histórico de seu desenvolvimento⁴⁰.

Um ponto de vista estritamente jurídico não consegue enxergar que as decisões judiciais de alto impacto são precedidas por escolhas ideológicas e beneficiam interesses específicos, o que geralmente ocorre quando a Suprema Corte dos Estados Unidos exerce sua competência⁴¹. Este pressuposto da

³⁹ ADIN 3.345/DF, fls. 193.

⁴⁰ CORWIN, Edward. *The Twilight of the Supreme Court*. New Haven: Yale University Press, 1934.

⁴¹ CLAYTON, Cornell W. "The Supreme Court and Political Jurisprudence: New and Old Institutionalisms". In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.) *Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches*. Chicago: University of Chicago Press, 1999, pp. 16-22.

jurisprudência política perpassa várias correntes de análise institucionalista, com especial destaque para as abordagens estratégicas e históricas.

Também na primeira metade do século XX, o behaviorismo influenciou fortemente os estudos sociais. Assumindo que o ser humano era determinado e condicionado por características sociopsicológicas, esta escola teórica desejava criar leis gerais de comportamento, decifráveis somente na observação das ações humanas numa relação social específica. Relegava as instituições a um papel secundário, vazio, consideradas mero *locus* onde atuavam forças individuais guiadas pelo autointeresse. A política era considerada uma agregação de polos de vontade isolados e egoístas⁴².

Com a tendência cética do realismo jurídico e o foco individual-utilitário do behaviorismo, desenvolveram-se os primeiros trabalhos do institucionalismo da escolha racional, que ainda recebeu forte influência das pesquisas empíricas das ciências sociais. A confiança em dados quantitativos gerou uma expectativa, supostamente, mais científica da análise judicial⁴³.

Autores como Robert Dahl (“Decision Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker”, em 1957) e Walter Murphy (“The Elements of Judicial Strategy”, em 1964) enfocaram o comportamento dos juízes numa perspectiva agonística. Com a herança típica do realismo pretérito, a Suprema Corte foi definida como uma arena estrutural de disputa política, que condicionava a conduta dos agentes decisórios. Estes estudos questionavam como o juiz da mais alta Corte dos EUA – “justice” – poderia mais eficientemente maximizar seus objetivos políticos utilizando seus recursos oficiais e pessoais. Era a adoção de um modelo de escolha racional sobre o processo deliberativo judicial⁴⁴.

⁴² Ibid., p.29.

⁴³ PRITCHETT, C. Herman Pritchett, “Divisions of Opinions Among Justices of the U.S. Supreme Court, 1939-1941,” In: *American Political Science Review*. 1941, Vol. 35, p. 890.

⁴⁴ Cornell Clayton ainda cita outros autores e obras desta perspectiva, como Herman Pritchett (“The Roosevelt Court”, em 1949) e Glendon Schubert (“Judicial Decision-Making”, em 1963, e “The Judicial Mind”, em 1965). CLAYTON, Cornell W., op. cit., pp.22-30.

2.3

O Modelo Atitudinal

Num país em que os juízes não têm coragem, suas decisões valem tanto quanto esses homens.

Ministro Luiz Fux⁴⁵

Importa, Senhor Presidente, é que, errada ou não, a decisão seja fruto da convicção de cada um de nós, sem temer juízos críticos antecipados.

Ministro Sepúlveda Pertence⁴⁶

Não me sinto esmagado, ainda que voz única, já que devo atuar segundo apenas ciência e consciência possuídas, e não disputo coisa alguma neste Colegiado, muito menos a supremacia intelectual sob o ângulo do Direito.

Ministro Marco Aurélio Mello⁴⁷

As primeiras análises institucionalistas sobre o processo deliberativo dos tribunais assumia os atores decisórios como indivíduos isolados, seguindo a tendência behaviorista. Diferentemente dos estudos sobre a dinâmica legislativa, a inter-relação não enfocava grupos maiores – comissões parlamentares, partidos, bancadas defensoras de um interesse ou de uma região – mas apenas os próprios juízes singularmente considerados⁴⁸.

Embora atrelada à perspectiva realista e à capacidade elucidativa do empirismo, a partir da década de 1970, a teoria da escolha racional se distanciou do behaviorismo ao desprezar diretrizes analíticas deterministas. Ao invés de valorizar condicionamentos comportamentais, esta nova concepção se concentrou no pressuposto realista de que os julgadores são maximizadores de preferências ideológicas e valorativas e toda sua conduta deve ser compreendida como um esforço de concretizar estes interesses sinceros e individuais⁴⁹.

⁴⁵ MS MC Ag. Reg. 31.816/DF, processo eletrônico, p. 80.

⁴⁶ MS 21.623-9/DF, fls. 341.

⁴⁷ MS MC Ag. Reg. 31.816/DF, processo eletrônico, p. 93.

⁴⁸ CLAYTON, Cornell; GILLMAN, Howard. "Beyond Judicial Attitudes: Institutional Approaches to Supreme Court Decision Making." In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.). *Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches*. Chicago: University of Chicago Press, 1999, pp. 1-3.

⁴⁹ SEGAL, Jeffrey; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. New York: Cambridge University Press, 2002, p. 86 et seq.; SEGAL, Jeffrey. "Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts." In: *The American Political Science Review*, vol. 91, nº 1, Mar., 1997, p. 28; MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James; WAHLBECK, Paul J. "Strategy and Judicial choice: New Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making." In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.) *Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches*. Chicago: University of Chicago Press, 1999, pp. 43-46.

No estudo da Suprema Corte, esta abordagem assumiu o contorno teórico de um institucionalismo baseado na atitude, que tomava o comportamento utilitário de cada juiz constitucional como um meio de antecipação fidedigna de sua conduta decisória.

Porém, a viabilidade deste modelo atitudinal dependeria da possibilidade de afirmação das preferências pessoais sem o constrangimento de fatores exógenos, o que motivou uma série de pesquisas norte-americanas a apurar as circunstâncias de liberdade de julgamento, como o processo de escolha dos “justices”.

Embora haja diferentes caminhos para ser recrutado, é sempre regular uma tendência de engajamento em questões públicas, sem um trabalho político-partidário flagrante. O caminho mais normal seria a advocacia privada, o destaque acadêmico e a magistratura em tribunais superiores. Apesar da carreira pregressa do candidato, o fato de o Executivo ter que submeter sua opção à sabatina senatorial exige que a escolha recaia sobre renomados membros da comunidade jurídica, o que pode diminuir a resistência de alguns parlamentares à indicação.

Esta sólida carreira pregressa condiciona os pretendentes a manterem a fidelidade aos seus princípios, inclusive nas oportunidades em que prestam esclarecimentos sobre seu comportamento futuro ao presidente e ao Senado⁵⁰.

Além de o processo indicativo não ser eleitoralmente condicionado a nenhum grupo com quem se mantivesse compromisso⁵¹, após a investidura, o vínculo às preferências pessoais é ainda mais reforçado pelo fato de os “justices” exercerem suas funções por toda a vida⁵² e não terem ambição por outro cargo.

⁵⁰ BAUM, Lawrence. “Recruitment and Motivations of Supreme Court Justices”. In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.) In: *Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches*. Chicago: University of Chicago Press, 1999, pp. 205-211.

⁵¹ Ibid., p. 212.

⁵² Constituição dos Estados Unidos, art. II, seção 2. Contrariamente à vitaliciedade norte-americana, na Alemanha, a eleição dos juízes da Corte Constitucional Federal é feita por dois órgãos legislativos: o Conselho Federal que representa os Estados, e o Parlamento Federal, que representa o voto popular majoritário. O Presidente da República tem um papel meramente formal-declaratório, ao final do processo, e os juízes constitucionais possuem um mandato de doze anos. Na França, o Conselho Constitucional é renovado em um terço a cada três anos e sua composição obedece a um critério tripartite entre as instituições do Executivo e do Legislativo: os Presidentes do Senado, da Assembleia Nacional e da República indicam três membros cada um. Seu mandato é de nove anos. BENTES, Fernando R. N. M. “Uma Alternativa à Jurisdição Constitucional Clássica: a teoria democrática de John Hart Ely.” In: *Transdições*. Nº 1, vol. 1. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2006, p. 75 e 76; DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição. Do controle de*

Uma vez nomeados, não precisam fazer concessões em suas convicções para agradar estrategicamente outros membros do colegiado ou interesses externos que poderiam apoiá-los em pretensões por uma posição superior⁵³.

Esta conjuntura de liberdade decisória também se verifica no Brasil. Reproduzindo o mesmo critério de seleção dos ministros do Supremo Tribunal Federal, com indicação presidencial e sabatina senatorial⁵⁴, a natureza fragmentada e pluripartidária de seu sistema político conspira para a indicação habitual de moderados, que possam preencher chancelas parlamentares de vários matizes⁵⁵. Este caráter heterogêneo do Senado Federal reforça a preferência por concorrentes sem posicionamentos radicais ou atividade partidária comprometedora e com algum renome público na academia ou em profissões jurídicas, o que garante a transparência de seu perfil aos senadores. A nomeação destes candidatos em seu apogeu profissional diminui a possibilidade de que abdicuem de seus princípios e valores em nome de projetos políticos de atores exógenos⁵⁶.

Além destas circunstâncias existem outros incentivos estruturais que contribuem para esta atmosfera de liberdade decisória, como a ausência de mandato fixo, com aposentadoria obrigatória em idade avançada, aos setenta

constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 42; MENDES, Gilmar. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 5 e 6.

⁵³ SEGAL, Jeffrey; SPAETH, Harold J., op. cit., p. 86 et seq.; MALTZMAN, Forrest. SPRIGGS II, Lames. WAHLBECK, Paul J., op. cit., pp. 43-46. Neste sentido, o ministro Marco Aurélio Mello sempre fez questão de enfatizar sua falta de constrangimento em ser o voto divergente ou compor a minoria do STF. Em resposta ao ministro Ricardo Lewandowski, no MI 712-8/PA, em fls. 582, afirmou: “Não ministro, não fique preocupado com minha posição. Não faço questão de formar corrente majoritária, faço questão apenas que o Presidente consigne - para que fique nos anais da Corte - como votei e é só.” Na ADIN 1.635-1, em fls. 239, o ministro Marco Aurélio Mello ressaltou que devia revelar sua posição divergente da maioria “não para que haja conhecimento de meus Pares, mas para que fique documentado nos anais da Corte - e estes têm uma importância histórica muito grande - como votei no caso concreto.”

⁵⁴ Art. 101, parágrafo único, CF.

⁵⁵ BRINKS, Daniel. “Files Servidores del Regimen. El Papel de la Corte Constitucional de Brasil bajo a la Constitución de 1988.” In: Coord. FIGUEROA, Julio Ríos; HELMKE, Gretchen. *Tribunales Constitucionales en América Latina*. Mexico: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, p. 239-242.

⁵⁶ Daniel Brinks ainda cita o respeito da opinião pública é outro fator que reforça a autonomia decisória dos ministros do STF. Segundo uma pesquisa encomendada Associação dos Magistrados Brasileiros, realizada pela Opinião Consultoria e divulgada no relatório “A Imagem das Instituições Públicas Brasileiras”, em agosto de 2007, 53% dos entrevistados declararam apoio ao STF, contra 45% aos juízes em geral. BRINKS, Daniel, op. cit., pp. 236 e 248.

anos⁵⁷, e garantias judiciais de vedam a redução salarial e a remoção compulsória do cargo⁵⁸.

Outro elemento que contribui para a autonomia dos juízes constitucionais tanto nos Estados Unidos, quanto no Brasil, é a impossibilidade de recurso de suas decisões⁵⁹, uma percepção que pode ser constatada nas palavras do ministro Sepúlveda Pertence: “Juiz, pelo sistema brasileiro, simultaneamente do TSE e do Supremo, cabe-me, hoje, vestir a capa de Juiz do Supremo Tribunal e assumir a responsabilidade, que ela traz, de errar por último, embora, a essa altura, sem consequências.”⁶⁰

Em outra ocasião, o ministro repetiu suas expressões, com referência a outro colega de Corte:

“Mas o Supremo Tribunal é o intérprete derradeiro; na elegante expressão do Ministro Celso de Mello detém o ‘monopólio da última palavra’. Prefiro enfatizar, como tenho enfatizado várias vezes, que esse monopólio da última palavra corresponde a uma triste responsabilidade, se for o caso, de errar por último. Mas alguém há de dar a última palavra. E, dada pelo órgão competente, que é o Supremo, ela tem de ser eficaz.”⁶¹

A despeito de todas estas circunstâncias que favorecem a autonomia decisória, uma discussão fundamental em todo o institucionalismo atitudinal é o grau de influência que o legislativo pode exercer nas cortes constitucionais, um fator minorado pelo extenso rol de atividades ordinárias dos parlamentares, que envolvem a participação em uma ou várias comissões; a elaboração, revisão ou

⁵⁷ Art. 40, §1º, inciso II, CF.

⁵⁸ Art. 95, incisos II e II, CF. Todas estas circunstâncias que favorecem a autonomia dos ministros do Supremo Tribunal Federal são abordadas por Daniel Brinks como um reforço da autonomia decisória dada Corte. BRINKS, Daniel, op. cit., pp. 238-241 e 247.

⁵⁹ Em estudo realizado nas Supremas Cortes estaduais dos EUA, Melinda Gann Hall constatou que os juízes de instâncias inferiores têm ambição de ascender na carreira e, por isso, tendem a concordar mais com posicionamentos jurisprudenciais e doutrinas jurídicas de juízes mais velhos e instâncias superiores. Quanto menor o grau de jurisdição, maiores são os incentivos institucionais de subserviência decisória com vistas à ascensão profissional. Esta constatação, obviamente, reforça a tese atitudinal da autonomia dos juízes da Suprema Corte, que não precisariam ceder em suas preferências para agradar tribunais superiores, posto que já ocupam a mais alta Corte do país. HALL, Melinda Gann. BRACE, Paul. “State Supreme Court and Their Environments: Avenues to General Theories of Judicial Choice”. In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.) In: *Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches*. Chicago: University of Chicago Press, 1999, pp. 281 et seq.

⁶⁰ ADIN 2626-7/DF, fls. 508. Para um debate entre as “teorias da última palavra” e do “diálogo institucional”: MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo, 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) Departamento de Ciência Política, FFLCH, USP. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>, acesso em 10 de dezembro de 2012.

⁶¹ ADIN 3.345/DF, fls. 230. O ministro se referenciou no trecho do voto do ministro Celso de Mello na mesma ação, a ADIN 3.345/DF, em fls. 187.

emenda a projetos de lei; reuniões de seu partido ou de bancadas específicas de um grupo de interesse ou de congressistas de seu estado; viagens oficiais e visitas à base eleitoral; discursos e votações na casa legislativa; administração de seu gabinete de assessores; atividade em órgãos internos de gestão, como mesas diretoras ou secretarias; e preocupações periódicas com sua reeleição⁶².

Em comparação às peculiaridades legislativas, uma série de autores da teoria institucional se empenha em descrever o crescimento da estrutura judicial, como uma consequência natural do aumento do número de processos e da proporcional capacidade de resposta às demandas sociais. Além de avaliar e decidir uma quantidade enorme de casos, o judiciário deve administrar uma série de questões atípicas, atreladas às questões burocráticas. Há uma quantidade enorme de trabalho a ser feito em tempo escasso, com a necessária delegação e consequente diluição de responsabilidade da magistratura com sua assessoria técnica⁶³.

Esta circunstância de acúmulo de demandas combinada com uma grande burocracia também afeta o Supremo Tribunal Federal. Sua estrutura atual comporta um gabinete para cada ministro e a administração de oito assessorias, doze secretarias, vinte e oito coordenadorias e noventa e sete seções, que realizam tarefas diversas como auditoria interna, gestão de pessoas e sistematização da jurisprudência⁶⁴.

Além disso, a Corte ainda recebe mais de trinta mil processos por ano, o que significa cerca de dez processos por dia útil de cada ministro⁶⁵. A despeito da

⁶² DAVIDSON, Roger H. "What Judges Ought to Know about Congress." In: *Towards Institutional Comity*. Washington D. C.: The Brooking Institute, 1988, pp. 96-102 e 110. No MI 95-6/RR, em fls. 88, o ministro Francisco Rezek reconheceu a pluralidade de afazeres legislativos para defender sua posição de não interferência do STF em matérias de competência do Congresso Nacional.

⁶³ KASTENMEIER, Robert W.; REMINGTON, Michael J. "Legislator's Lexicon to the Federal Judiciary." In: *Towards Institutional Comity*. Washington D. C.: The Brooking Institute, 1988, p. 79.

⁶⁴ A maior parte destes órgãos está ligada à presidência do STF e outros departamentos, como centrais de atendimento e comissões de ministros não foram computados nestes números. O organograma completo de funcionamento da Corte está disponível em sua página oficial, http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfOrganograma/anexo/AR_15.12_Completo.pdf, acesso em 21 de abril de 2013.

⁶⁵ *I Relatório Supremo em Números – O Múltiplo Supremo*, disponível em http://supremoemnumeros.fgv.br/sites/supremoemnumeros.fgv.br/files/attachment/i_relatorio_do_supremo_em_numeros_0.pdf, pp. 56 e 57, acesso em 15 de março de 2013. Além de gerir um volume enorme de trabalho, alguns ministros ainda possuem outros compromissos profissionais e institucionais que lhe retiram parte da dedicação ao Tribunal. Na ADIN 3.345/DF, em fls. 192, o ministro Carlos Velloso justificou que votaria de modo sucinto, porque possuía um compromisso acadêmico e precisava se ausentar em poucos minutos para ir ao aeroporto. No julgamento do MS

evidência quantitativa, este acúmulo de trabalho chegou a ser expresso por ministros em alguns julgados. No Mandado de Segurança 22.494-1/DF, o ministro Maurício Corrêa reclamou da vastidão de casos que recaem sobre cada julgador⁶⁶. Na Ação Direta 1.635-1, o ministro Carlos Velloso referiu-se às causas repetitivas como uma “massa inútil”, que poderia ser sanada pela adoção de mecanismos específicos, como a súmula vinculante⁶⁷. O ministro Marco Aurélio Mello citou o absurdo de decidir três mil e quinhentos processos por ano e lembrou a frase de outro ministro da Casa, Oscar Corrêa, afirmando que “estamos chegando ao ponto de simplesmente decidir, e não julgar.”⁶⁸

Esta conjuntura de complexidade transforma tanto o legislativo quanto o judiciário em instituições autocentradas, diminuindo-se a possibilidade que mantenham canais factíveis e viáveis de comunicação⁶⁹.

Além de um enorme rol de tarefas que conspira para que cada poder se concentre apenas em suas próprias rotinas de trabalho, o institucionalismo atitudinal considera que a sintonia com a vontade parlamentar se baseia na falsa premissa de que as cortes constitucionais possuem uma informação completa e perfeita sobre a motivação e capacidade operacional do legislativo⁷⁰. Se isto fosse verdadeiro, os juízes constitucionais poderiam ajustar ou mudar suas preferências sinceras para que não sofressem ameaças de retaliação congressual.

32.033/DF, processo eletrônico, p. 135 e 136, a ministra Carmem Lúcia esteve ausente por visita à Corte Constitucional Italiana e por representação do Supremo Tribunal Federal em outros eventos internacionais.

⁶⁶ MS 22.494-1/DF, fls. 429.

⁶⁷ A súmula vinculante será abordada no item 2.10.2., no contexto da estrutura institucional que envolve o controle de constitucionalidade.

⁶⁸ ADIN 1.635-1, fls. 185-191. No mesmo sentido foi a lástima do ministro Maurício Corrêa, no MS 22.494-1/DF, fls. 429.

⁶⁹ KASTENMEIER, Robert W.; REMINGTON, Michael J., op. cit., p. 80. Maeva Marcus e Emily Van Tassel afirmam que a Constituição meramente previa a proibição de acumulação de cargos nas esferas legislativas e judiciais, mas não oferecia entraves à comunicação entre os poderes. Com relações pessoais e influência política, vários *justices* eminentes chegaram a influenciar presidentes e legisladores em suas atividades. No entanto, este aconselhamento era sempre de caráter pessoal, nunca institucional, como representantes do poder judiciário. Na verdade, a própria comunicação informal e pessoal já era perigosa e deveria ser evitada, pois poderia ser interpretada como uma imiscuição que retiraria a neutralidade e legitimidade da Suprema Corte na decisão de questões políticas. MARCUS, Maeva. VAN TASSEL, Emily Field, op. cit., pp. 33-43, 46, 49-53. No mesmo sentido de uma contribuição pontual, na ADIN 3.345/DF, o ministro Sepúlveda Pertence narrou seu comparecimento à Câmara dos Deputados para participar dos debates sobre a autonomia municipal na flexibilização do critério de definição de vereadores para cada população municipal. ADIN 3.345/DF, fls. 234.

⁷⁰ SEGAL, Jeffrey. “Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts”, p. 31.

No entanto, os vetores que influenciam a vontade legislativa são tão variados que dificultam a credibilidade e a confiança na solidez de qualquer elemento informativo: o grau de pressão do executivo; a capacidade de liderança dos partidos, do bloco majoritário, da oposição e de cada uma das casas; as diferenças intrainstitucionais decorrentes do sistema bicameral; a existência de inúmeras comissões, bem como o engajamento de seus presidentes – “gatekeepers” – em permitir ou não o encaminhamento de projetos de lei à votação do Plenário; a força de um ator pivô, responsável por defender propostas e a correspondente margem de aderência ou indiferença de seus pares; a agenda legislativa própria; a rotatividade parlamentar; a miríade de agremiações políticas e bancadas com ideologias e interesses regionais e socioeconômicos distintos; os mecanismos variados de negociação e cooptação de votos; e as questões regimentais ligadas ao quórum de instalação, votação e urgência. Tendo em vista esta complexidade de fatores determinantes, vários estudos atitudinais desprezam a importância do legislativo na tomada de decisão judicial porque seria simplesmente inviável antecipar suas ações⁷¹.

Apurando este panorama difuso de informações no sistema norte-americano, Mark Silverstein afirma que Senado sempre possuía muitas competências, com um número reduzido de parlamentares, o que favorecia a delegação a assessores e a proteção de interesses mais genéricos, de vários grupos de pressão que formavam a própria base de apoio de cada senador. Com uma rotatividade menor e mandatos mais longos, a Câmara Alta era estável e privilegiava grandes lideranças, que se consolidavam ao longo do tempo⁷².

Esta tendência permaneceu durante grande parte do século XX, com a obediência a sistema hierárquico, comandado por líderes partidários, membros renomados ou mais antigos e estruturados em blocos de interesses. Estes parlamentares fomentavam debates mais identificáveis e sólidos, funcionando

⁷¹ MALTZMAN, Forrest. SPRIGGS II, Lames. WAHLBECK, Paul J., op. cit., p. 49; FRIEDMAN, Barry; HARVEY, Anna. “Pulling Punches: Congressional Constraints on the Supreme Court’s Constitutional Rulings, 1987–2000” In: *Legislative Studies Quarterly*, XXXI, 4, November 2006, p. 536; SEGAL, Jeffrey. “Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts”, pp. 30-32; SEGAL, Jeffrey; LINDQUIST Stefanie A.. “Congress, the Supreme Court, and Judicial Review: Testing a Constitutional Separation of Powers Model.” In: *American Journal of Political Science*, nº 480, September, 2010, pp. 5-8;

⁷² SILVERSTEIN, Mark. “Bill Clinton’s Excellent Adventure: Political Development and the Modern Confirmation Process.” In: CLAYTON, Cornell. GILLMAN, Howard. *The Supreme Court in American Politics*. Lawrence: University Press of Kansas, 1999, pp. 142-145.

segundo um conjunto de regras costumeiras e amplamente aceitas, como se a Câmara Alta formasse um microcosmo político de uma pequena cidade. Sendo assim, a composição do Executivo com grupos e líderes senatoriais garantia grande adesão as suas escolhas. A partir da década de 1970, no entanto, este caráter se alterou radicalmente, com o papel cada vez mais próximo e influente que a imprensa assumiu ao acompanhar e fiscalizar cada um dos legisladores, tanto na esfera federal quanto em implicações estaduais de discussões nacionais. Os vínculos de cada senador com a dinâmica política interna se esvaziaram e enfocaram-se na repercussão midiática de suas escolhas com sua população eleitoral e grupos de pressão que o apoiam. Como consequência, houve uma perda da unidade da instituição, que passou a ser mais anárquica e individualista, com negociações caso a caso com cada um de seus membros⁷³.

Esta transformação do Senado o aproximou ao perfil varejista da Casa dos Representantes, que é mais numerosa, possui mandatários de vários espectros e tem um caráter muito segmentado, restritivo e específico na proteção a grupos de interesses. Dada esta fragmentação e descentralização, assume uma feição muito ambígua, incerta e imprevisível, decidindo questões com base na votação e não nas grandes lideranças⁷⁴.

Do mesmo modo, vários estudos descrevem o Congresso Nacional brasileiro como uma instituição extremamente fragmentada e instável, que funciona ao sabor de plúrimos interesses sociais, regionais e partidários⁷⁵.

A cacofonia da dinâmica decisória parlamentar gera grande incerteza sobre o seu desfecho. Diante desta imprevisibilidade, o atitudinalismo despreza que a vontade legislativa possa ser um fator estratégico relevante para o comportamento

⁷³ Esta transformação institucional do Senado mudou também a dinâmica de indicação à Suprema Corte. Se antes havia blocos homogêneos de intenso debate, que defendiam interesses e discutiam ideologias do candidato, a nova personalidade da casa legislativa forçou o Executivo a adotar uma estratégia de simples influência e troca política com cada senador para garantir o sucesso de sua escolha. SILVERSTEIN, Mark, op. cit., pp. 144-146.

⁷⁴ KATZMANN, Robert. "The Underlying Concerns." In: *Judges and Legislators. Towards Institutional Comity*. Washington D. C.: The Brooking Institute, 1988, pp. 7-11 e 17.

⁷⁵ AMES, Barry. "Electoral Rules, Constituency Pressures, and Pork Barrel: Bases of Voting in the Brazilian Congress". In: *The Journal of Politics*, 1995, vol. 57, nº 2, pp. 324-343; BRINKS, Daniel, op. cit., pp. 239, 241-252; LAMOUNIER, Bolívar. "Parlamentarismo, Sistema Eleitoral e Governabilidade". In: *Nova Economia*, 1991, vol. 2, nº 2, UFMG, pp. 9-25. No item 2.10.2., este caráter congressual fragmentário será contraposto a outra linha de estudos, que aponta um unidade bem maior no comportamento do Legislativo brasileiro.

de uma corte constitucional. Embora não sejam “míopes irracionais”⁷⁶, seria despropositado afirmar que os juízes constitucionais mudariam integralmente suas decisões diante de uma improvável possibilidade de corte de verbas orçamentárias, privilégios ou rejeição de aumento salarial⁷⁷.

Em pesquisa empírica, Jeffrey Segal constatou esta autonomia na Suprema Corte ao confrontar seu posicionamento sobre direitos individuais e intervenção estatal na economia em comparação à composição ideológica dos três ramos de governo. Como resultado, concluiu que as decisões dependiam apenas do perfil majoritário da Corte, não havendo nenhuma influência do sistema de princípios e ideias dos outros Poderes⁷⁸.

Sob outra abordagem, Ronald Kahn comprovou a independência dos “justices” em relação a quem os indicou ao cargo. Como objeto de análise, escolheu a sucessiva administração Ronald Reagan e George Bush, que embora tenha apontado uma maioria de julgadores na Suprema Corte, não obteve sucesso em tentar derrubar decisões protetivas ao direito de escolha do aborto⁷⁹. Este estudo comprova a tese atitudinal de que apenas as circunstâncias do caso e as atitudes pregressas dos juízes podem predizer seu julgamento. Eventuais mudanças jurisprudenciais não ocorrem por forças exógenas, mas pela alteração

⁷⁶ SEGAL, Jeffrey. “Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts”, p. 42.

⁷⁷ KASTENMEIER, Robert W.; REMINGTON, Michael J., op. cit., p. 72-74.

⁷⁸ SEGAL, Jeffrey. “Supreme Court Deference to Congress: An Examination of the Marksist Model.” In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.). *Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches*. Chicago: University of Chicago Press, 1999. p. 244; Id., “Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts”, p. 35 et. seq. Neste sentido, Cornell Clayton aponta o esforço atitudinal de mapear o comportamento individual de cada “justice” nas decisões, o que resultou na definição de quatro blocos ideológicos na Suprema Corte desde o início dos anos 1990: o textualismo-originalismo, que prega a interpretação literal e/ou a vinculada à mesma compreensão axiológica daqueles que elaboraram a constituição original; a deferência e a autocontenção, determinando que a Suprema Corte deve respeito às decisões substanciais tomadas por poderes eleitoralmente constituídos, ainda que sejam equivocadas; a autonomia interpretativista, determinando que existe uma papel e uma função à Suprema Corte e, portanto, ela deve segui-lo com independência em relação a qualquer outra ética institucional ou vontade majoritária; o reforço da democracia, que estabelece que o papel da Suprema Corte é proteger o processo político democrático. CLAYTON, Cornell. “Law, Politics, and the Rehnquist Court. Structural Influences on Supreme Court Decision Making.” In: CLAYTON, Cornell; GILLMAN, Howard. *The Supreme Court in American Politics*. Lawrence: University Press of Kansas, 1999, p.154.

⁷⁹ KAHN, Ronald. “Supreme Court Decision Making: The Rehnquist Court on Privacy and Religion.” In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.). *Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches*. Chicago: University of Chicago Press, 1999, p. 179.

da composição colegial. Apenas as novas indicações podem alterar o perfil de uma Corte e influenciar seu comportamento⁸⁰.

No Supremo Tribunal Federal, alguns julgados também apontaram o reconhecimento pelos próprios ministros de que a deliberação coletiva era um reflexo do somatório de preferências isoladas que compunham o colegiado⁸¹.

Este vínculo exclusivo aos interesses individuais é comprovado por algumas pesquisas atitudinais que comprovam o baixo índice de reforma das decisões da Suprema Corte. Tendo em vista que este comportamento é raro, as retaliações legislativas não podem ser consideradas como um dado estratégico relevante que limita a ação dos “justices”⁸².

No entanto, alguns estudos demonstram que os países que sincronizam a indicação de juízes constitucionais pelo executivo com a sua sabatina parlamentar, como o Brasil e os Estados Unidos, amenizariam esta atmosfera de autonomia decisória⁸³. O envolvimento de dois poderes para a formação da corte constitucional garantiria a mesma identidade ideológica entre os ramos de governo.

Contrariamente, Segal afirma que as circunstâncias do caso concreto têm um peso tão grande que muitos julgadores podem alterar seu posicionamento habitual. Embora a estabilidade das atitudes seja a regra, estas exceções tornariam totalmente incerta a coextensividade entre as indicações executivas e o julgamento da Suprema Corte⁸⁴.

⁸⁰ SEGAL, Jeffrey. “Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts”, p. 33 e 34.

⁸¹ Neste sentido, no MS 26.441-1/DF, os ministros Celso de Mello, em fls. 353 e Marco Aurélio Mello, em fls. 423, expressaram que a mudança da composição do colegiado seria a responsável pela alteração da jurisprudência sobre a intervenção da Corte em questões *interna corporis* do legislador. No MS 22.494-1/DF, em fls. 399 e 406, diante da ausência de alguns ministros do Plenário, o ministro Celso de Mello pediu vista do processo por considerar que a presença de outros pares poderia reforçar sua preferência, um fato que comprova a tese atitudinal de que as decisões de uma corte constitucional não dependem da resposta institucional coletiva a estímulos exógenos, mas do somatório de vontades e interesses pessoais.

⁸² SEGAL, Jeffrey. “Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts”, op. cit., p. 42; ROGERS, James. “Information and Judicial Review: A Signaling Game of Legislative-Judicial Interpretation.” In: *American Journal of Political Science*. Vol. 45, nº 1, jan., 2001, p. 97; FEREJOHN, John A.; KRAMER, Larry. “Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint” in 77 *N.Y.U. Law Review Rev.* 962, 2002.

⁸³ DAHL, Robert. “Decision Making in a Democracy: the Supreme Court as A National Policy-Maker” In: 6 *Journal of Public Law*, 279, 1957; TUSHNET, Mark. *Why the Constitution Matters?* London, New Haven: University of Yale Press, 2010, p. 106 et. seq..

⁸⁴ SEGAL, Jeffrey. “Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts”, p. 33-36.

De modo semelhante, Cornell Clayton critica a premissa de unidade do sistema político e destaca que a voz das urnas não é uniforme e homogênea na escolha de representantes políticos, o que compromete o próprio conceito de ramos majoritários de governo⁸⁵. No mesmo sentido, John Gates determina que tanto o processo de indicação, como de aderência às decisões da Corte não podem ser compreendidos como se os departamentos estatais fossem dotados de uma personalidade unívoca. Os interesses de cada poder e dos partidos que o compõem são tão multifacetados que inviabilizam a consideração de que componham uma instituição harmônica⁸⁶.

Além da dificuldade em se estabelecer a coerência da vontade extrainstitucional, os meandros da vida política legislativa são intangíveis aos não inseridos no contexto decisório, o que torna infértil a possibilidade de interpretação de sua intenção pelo judiciário. Uma ação parlamentar se baseia em compromissos distintos, formados em coalizações temporárias ou sob a coerção de grupos hegemônicos, com diferenças interpretativas entre as comissões e o plenário, segundo justificativas retóricas ou alianças instrumentais que podem não refletir a real intenção dos legisladores⁸⁷. Um termo legal vago ou lacunoso tanto pode se constituir numa falha, na ausência de consenso ou num processo consciente de usar a ambiguidade como forma de não ofender grupos de interesse específicos⁸⁸.

Análises semelhantes foram citadas em vários julgados do Supremo Tribunal Federal, quando alguns ministros usaram de sua experiência parlamentar para indicar a intangibilidade da vontade política legislativa, incompreensível aos não familiarizados com o ambiente congressional⁸⁹.

⁸⁵ CLAYTON, Cornell, "Law, Politics, and the Rehnquist Court. Structural Influences on Supreme Court Decision Making.", pp. 155 e 175.

⁸⁶ GATES, John B. "The Supreme Court and Partisan Change: Contravening, Provoking, and Diffusing Partisan Conflict" In: CLAYTON, Cornell. GILLMAN, Howard. The Supreme Court in American Politics. Lawrence: University Press of Kansas, 1999, pp. 100 e 101.

⁸⁷ KATZMANN, Robert, op. cit., pp. 7-11 e 17. Roger Davidson aponta a intenção de comissões e subcomissões em fazerem grandes discursos explicativos para que sirvam como base consultiva de interpretação dos julgadores, ainda que o Plenário aprove estas normas por motivos diferentes. DAVIDSON, Roger H., op. cit., pp. 113-116.

⁸⁸ KATZMANN, Robert, op. cit. Segundo Roger Davidson, em algumas circunstâncias, esta imprecisão pode ser um recurso estratégico de lobistas, que aguardam o término do processo legislativo para atuarem num momento posterior, quando provocam a manifestação judicial com maiores chances de sucesso do que se disputassem uma descrição normativa fechada e detalhada no Congresso norte-americano. DAVIDSON, Roger H., op. cit.

⁸⁹ MS 24.831-9/DF, fls. 364 e 406; MS MC 25.579-0/DF, fls. 526-530, 547 e 551; MS 26.604, fls. 306; ADIN 1.635-1, fls. 199 e 200; RE 197.917-8/SP, fls. 380, 381, 386, 467 e 468.

Além da dificuldade de depurar a real intenção parlamentar, é muito impreciso definir uma suposta vontade popular numa comunidade balcanizada por múltiplas e fungíveis identidades políticas. Se a própria sociedade não possui homogeneidade, seria enganoso estabelecer que os legisladores possam representá-la de maneira fiel e fidedigna. Este fato conspira para que os juízes constitucionais gozem de liberdade para estipular arbitrariamente quem são seus constituintes como um meio de legitimar decisões. Na verdade, o próprio conceito de “povo” seria fixado com base nos grupos sociais beneficiados com sua orientação de julgamento⁹⁰.

Segundo Segal, este processo se explica pela própria natureza do “judicial review”, que contrapõe normas jurídicas a constituições abstratas e receptivas à eleição hermenêutica do julgador. A jurisdição constitucional é naturalmente moldável às convicções de cada juiz e à adaptação de suas preferências ao amplo espectro de teorias e doutrinas que envolvem sua função⁹¹.

Este aspecto aberto e pessoal da interpretação constitucional foi apontado pelo ministro Sepúlveda Pertence, na Ação Direta 2.626-7/DF, que discutiu a vinculação das alianças partidárias estaduais às coligações federais. A solução do caso dependeria da preferência do julgador sobre duas possibilidades franqueadas igualmente pela Constituição Federal – o caráter nacional dos partidos ou o respeito de sua autonomia⁹². Dependendo de qual opção interpretativa fosse assumida, a decisão poderia ser favorável ou contrária à “verticalização das candidaturas”, respectivamente⁹³.

Na mesma Ação Direta, o ministro Sepúlveda Pertence realçou ainda mais o caráter personalista e variável da interpretação constitucional:

⁹⁰ BYBBE, Keith. “Democratic Theory and Race Conscious Redistricting” In: CLAYTON, Cornell. GILLMAN, Howard. *The Supreme Court in American Politics*. Lawrence: University Press of Kansas, 1999, pp. 231-232.

⁹¹ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. Spaeth, op. cit. Ran Hirschl aponta esta possibilidade de manipulação dos conceitos da dogmática constitucional segundo amplas teorias divergentes à disposição dos juízes, que podem selecionar e “decorar” sua fundamentação com recurso a qualquer uma que delas. HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, p. 38 et seq. Cass Sustein aponta os perigos de uma fundamentação excessivamente abstrata, com grandes possibilidades de divergência moral, conflito político de teses diferentes e descolamento entre a justificação jusfilosófica e a cognição da maioria dos profissionais do direito. SUNSTEIN, Cass. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 37 a 47.

⁹² Art.17, inciso I e § 1º, CF.

⁹³ ADIN 2.626-7/DF, fls. 516.

“vou ter que cansar o Tribunal com a leitura de alguns textos já lidos pelo Ministro Nélson Jobim – para evidenciar a minha leitura divergente – como naqueles bons filmes franceses e italianos em que o mesmo fato, visto por três personagens diferentes, dava margem a vários episódios sobre o mesmo fato material idêntico.”⁹⁴

Este foco na ação singular dos julgadores permeia todos os autores do institucionalismo atitudinal⁹⁵. Exponente deste modelo, Segal determina a existência de um padrão de estabilidade decisória dos juízes constitucionais, que sempre levam em consideração suas preferências e não o constrangimento de doutrinas jurídicas tradicionais ou o um julgamento estritamente técnico⁹⁶.

Esta abordagem se vincula à teoria da escolha racional, que se desenvolveu a partir da influência do behaviorismo como um esforço de definir os fatores condicionantes do comportamento. Porém, a influência do realismo afastou estas tendências deterministas para enfocar os interesses dos sujeitos decisórios, uma premissa que se aperfeiçoou por meio de métodos mais objetivos e empíricos dos estudos atitudinais⁹⁷.

A despeito de toda a capacidade esclarecedora, Cornell Clayton censura este modelo por desconsiderar aspectos importantes do mecanismo decisório que vão além da mera preferência. Embora esteja provavelmente certo em dizer que os juízes tentam impor suas convicções, mascarando-as com argumentos técnico-jurídicos complexos, falha em entender este processo como uma resultante do confronto destes interesses com vários constrangimentos institucionais endógenos e exógenos⁹⁸.

Outra crítica ao modelo atitudinal se relaciona ao esforço de mapeamento de perfis de decisão. Acadêmicos pós-realistas abandonaram a consideração formalista de que os juízes apenas realizam uma tarefa objetiva e técnica de interpretação judicial para considerar que possuem valores pretéritos, variáveis de acordo com sua forma particular de entender o texto constitucional, as leis e a

⁹⁴ ADIN 2626-7/DF, fls. 511. O ministro Sepúlveda Pertence se referiu à interpretação divergente do ministro Nélson Jobim sobre a mesma norma, a Resolução nº 20.121 de 1998, do TSE, de relatoria do ministro Néri da Silveira. Sobre este caráter maleável da hermenêutica jurídico-constitucional: STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁹⁵ MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James; WAHLBECK, Paul J., op. cit., pp. 43-46.

⁹⁶ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. Spaeth, op. cit., SEGAL, Jeffrey. “Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts” in *The American Political Science Review*, vol. 91, nº 1, Mar., 1997.

⁹⁷ CLAYTON, Cornell W., “The Supreme Court and Political Jurisprudence: New and Old Institutionalisms”, pp. 22-30.

⁹⁸ Ibid., pp. 22-30.

jurisprudência, sem que isto seja considerado, necessariamente, como uma busca pelo autointeresse. Esta formação axiológica particular pode ser exposta, inclusive, em livros, aulas, entrevistas, declarações públicas e seminários, o que diminui a utilidade de identificação dos cânones decisórios nas pesquisas atitudinalistas⁹⁹.

A abordagem baseada na atitude sempre poderá explicar a dinâmica das decisões judiciais, mas não deve ser o único viés de análise, pois a observação das estruturas institucionais é muito mais rica e reveladora do modelo de comportamento das cortes do que a consideração individual. Isto significa considerar o comportamento institucional, sua relação com outros órgãos e como isso modela seus valores e ações.

Embora haja uma independência formal e legal no exercício da jurisdição, seria equivocado desprezar o arranjo condicionante e o contexto cultural no qual a decisão judicial é tomada. Dependendo dessas variáveis, o agente decisório pode ou não assumir suas crenças; pode, inclusive, mudá-las, adaptando-se à necessidade coletiva. O aceitável numa conjuntura é consequência das circunstâncias que o cercam. Ou seja, as normas institucionais condicionam quais crenças os juízes preferem ou podem seguir¹⁰⁰.

Esta perspectiva individual do modelo atitudinal, no entanto, não significa que todos os estudos racionalistas desprezem as condicionantes estruturais como limites estratégicos à ação judicial, como se constata nas correntes neoinstitucionalistas analisadas em seguida.

2.4

As Transformações do Neoinstitucionalismo nos Estudos Judiciais

Estou de pleno acordo. Uma das coisas que aprendi neste ano que estou aqui, e dá exatamente a beleza deste tribunal, é que tomamos decisões no Colegiado. Acho isso formidável!

Ministro Eros Grau¹⁰¹

⁹⁹ Emmett Macfarlane agrega os autores pós-realistas como Ronald Dworkin e Bruce Ackerman numa “Escola Moderna do Modelo Legal”, que admite certa atividade criativa na interpretação judicial, mas guiada por valores e precedentes. MACFARLANE, Emmett. *The Supreme Court of Canada and The Judicial Role: an Historical Institutional Account*. Tese de Doutorado. Kingston, Ontario, Canada: Queen’s University, novembro de 2009, pp. 28 et. seq..

¹⁰⁰ CLAYTON, Cornell; GILLMAN, Howard, op. cit., pp. 4-5.

¹⁰¹ Após alguns debates, o ministro Eros Grau justificava o motivo de ter alterado seu posicionamento original. ADO 3.276/CE, fls. 157.

O novo institucionalismo aplicado aos estudos judiciais nasce com o selo distintivo de tratar o comportamento de instituições legais e políticas como forças independentes do processo decisório. Os tribunais não são apenas fonte de recursos políticos, mas têm vida própria, oferecem perspectivas que influenciam a autoconcepção dos juízes e desempenham um papel na vida comunitária. Nas palavras de Rogers Smith, o neoinstitucionalismo consegue satisfazer a necessidade contemporânea dos estudos em Direito Público em ampliar seu escopo analítico ao jogo interdependente de ações cheias de sentido, no ambiente de contextos estruturais¹⁰².

Em relação à escolha racional, o novo institucionalismo provocou um impacto teórico considerável ao pregar o alargamento do objeto de estudo, atribuindo importância a todos os limites impostos à decisão judicial, como se verifica nos estudos da abordagem estratégica¹⁰³.

No entanto, ao rejeitar o pressuposto de que a política é apenas um instrumento para concretização de preferências pessoais, o novo institucionalismo se afasta da escolha racional e se aproxima das duas perspectivas com as quais é comumente identificado: a sociológica e a histórica. Ambas concebem a decisão como um processo em que valores judiciais são moldados pelo senso de obrigação e pela correlação de forças sociais. Seu enfoque central usa métodos de interpretação para descrever a evolução temporal de padrões de sentido das ações. Ao mesmo tempo, são descritivas e normativas. Em seu viés sociológico, aceita uma perspectiva mais porosa das instituições, que incorpora regras informais, mitos, hábitos e estruturas cognitivas de bastidores, diminuindo o foco puramente estatal do antigo institucionalismo. Estruturas culturais atribuem uma função social às organizações, que assumem uma alma ideológica, uma identidade que impõe um modelo de conduta aos julgadores¹⁰⁴. Na perspectiva histórica, o enfoque individual é ignorado para análise de um panorama maior, de um concerto de instituições que se relacionam¹⁰⁵.

¹⁰² SMITH, Rogers M., op. cit., pp. 89-108.

¹⁰³ CLAYTON, Cornell W. "The Supreme Court and Political Jurisprudence: New and Old Institutionalisms", pp. 30-34.

¹⁰⁴ Ibid., pp. 30-35.

¹⁰⁵ Ibid., pp. 33-35.

O novo institucionalismo é criticado por sua capacidade relativamente fraca de apresentar resultados sólidos, além de apresentar causas muito amplas e variadas para um mesmo fenômeno. Embora tenha a vantagem de entender o processo decisório judicial de maneira mais completa, não consegue apresentar uma explicação única ou principal. Além disso, recebe reservas por ser uma mera análise descritiva de valores e influências, com pouco espaço para a ação individual – tudo está subsumido na estrutura/função. Em síntese, o novo institucionalismo deveria densificar sua análise, torná-la mais científica e clara¹⁰⁶.

2.5

A Abordagem Estratégica

Por isso mesmo é que Vossa Excelência, com a inteligência que Deus lhe deu, começou pelo mérito para só então entrar na questão do prejuízo.

Ministro Sepúlveda Pertence¹⁰⁷

A abordagem estratégica é um viés da teoria da escolha racional, remodelada por perspectivas mais amplas trazidas pelo neoinstitucionalismo. Este aperfeiçoamento rompe com a tendência eminentemente individual do behaviorismo e determina que os juízes são atores racionais cuja escolha é influenciada pelas regras formais e informais que definem as regras do jogo pelo poder. Permanece o pressuposto utilitário, mas considera-se que sua ação não é absolutamente livre e desprendida, mas condicionada por limites estratégicos institucionais.

Na verdade, o pressuposto central do modelo atitudinal serve de base à abordagem estratégica. Se um julgador usa seu cargo instrumentalmente para concretizar suas preferências, deverá se comportar da maneira mais racional possível para implementá-las. Por isso, deve flexibilizar sua sinceridade e interagir no jogo decisório para não ameaçar seu próprio objetivo.

Outra distinção fundamental entre os dois enfoques reside na consideração de que as preferências de um juiz constitucional são direcionadas apenas ao período em que exerce seu cargo. Enquanto o atitudinalismo afirma categoricamente que os “justices” são livres para decidir porque não possuem

¹⁰⁶ Ibid., pp.30-35.

¹⁰⁷ A argúcia decisória apontada no trecho se refere à estratégia adotada pelo ministro Eros Grau, no curso do MS 24.831-9/DF, fls. 350.

ambição por posições superiores, o enfoque estratégico aponta a imprecisão de se comprovar este fato. Embora uma intenção seja difícil de rastrear, não significa que é ausente. Talvez ajam equivocadamente para perseguir objetivos futuros ou não conseguem meios de se inserir em outra carreira advocatícia, política ou acadêmica, seja pela idade avançada ou por outros fatores. Na verdade, há exemplos explícitos que contrariam esta tese atitudinal, como John Jay, James Byrnes, Arthur Goldberg, William O. Douglas e Hugo Black que se ausentaram do cargo para ocupar outras posições ou que mostraram interesse na presidência ou vice-presidência do país¹⁰⁸. No Brasil, alguns ministros também ocuparam cargos importantes após saírem do Supremo Tribunal Federal. Célio Borja foi ministro da Justiça, Nélson Jobim, ministro da Defesa e Maurício Corrêa se candidatou a vice-governador do Distrito Federal. Embora haja perigo numa generalização, estes exemplos bastam para enfraquecer a premissa de que todos os juízes constitucionais cessam sua ambição profissional quando chegam às cortes constitucionais¹⁰⁹.

Abandonando a tese do isolamento do juiz da Suprema Corte, a abordagem estratégica determina que as instituições têm relevância porque fornecem informações sobre o comportamento esperado e os efeitos de eventuais descumprimentos. Avalia-se a capacidade de antecipação da ação alheia e as consequências de uma decisão, principalmente, pelo destaque de dois vetores de interdependentes: os atores internos e externos.

2.5.1

Constrangimentos Endógenos: o Jogo Colegial

Eu não sei como é a mecânica, a dinâmica e a votação no Parlamento, mas aqui, nós pedimos vista, debatemos, fazemos aparte.

Ministro Luiz Fux¹¹⁰

A abordagem estratégica avalia a interação dos atores institucionais internos em diversos campos de estudos. No legislativo, analisam-se o debate, a formação de blocos, o trabalho das comissões, a composição de interesses e o

¹⁰⁸ BAUM, Lawrence, op. cit., pp.204.

¹⁰⁹ BAUM, Lawrence, op. cit., pp.201-205.

¹¹⁰ MS MC Ag. Reg. 31.816/DF, processo eletrônico, p. 25.

processo negociado de construção normativa. Na burocracia estatal, apuram-se as regras internas, os procedimentos e o corporativismo. No judiciário, a indicação, os critérios de ascensão profissional, a necessidade de atração de votos em órgãos colegiados, a redução do descontentamento com a assunção de posições discordantes, a anuência da maioria, o consenso geral e considerações da mesma natureza devem compor uma acomodação estratégica necessária – a alteridade é um dado que deve ser contabilizado pelos juízes constitucionais para afirmação de suas preferências¹¹¹.

O jogo colegial aborda todos os aspectos endógenos envolvidos na circunstância de uma decisão que é tomada coletivamente, ou seja, as normas de conduta, o regimento, a agenda da corte, a opinião dos outros juízes, o processo de convencimento de seus pares e a formação do posicionamento final. Parte-se do pressuposto de que um sujeito conta pouco se não houver outros decidindo igualmente¹¹².

De um ponto de vista metodológico, a análise colegial apura mecanismos de operação, aliança e decisão, posições de liderança, divisões de responsabilidade e compara documentos estruturais e fundacionais – constituição, leis, regimentos e normas que descrevem funções e competências – com evidências que atestam se as cortes trabalham ou não de acordo com estes limites formais e, se não o fazem, como atuam legitimamente rompendo com este papel ou manipulando-o.

Embora o modelo atitudinal constate que a preferência dos juízes é estável, o enfoque colegial considera este fato pobre, porque aborda deliberações de maneira isolada, sem atentar para as nuances que contextualizam o processo decisório real. Mesma crítica é direcionada ao institucionalismo histórico, que faz afirmações contundentes sobre as organizações sem conhecer profundamente as filigranas de sua dinâmica interna.

¹¹¹ MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, Lames; WAHLBECK, Paul J., op. cit., p. 46-48. Neste sentido, o ministro Paulo Brossard se manifesta no HC 71.193-6/SP, em fls. 454, ao dizer que preferia ser breve, mas diante do impacto dos votos contrários à sua posição, decidiu se alongar bem mais na exposição de seus fundamentos decisórios.

¹¹² Na Suprema Corte, este fato é conhecido como o “Rule of Four”, a regra dos quatro, ou seja, uma preferência só pode ser afirmada se, pelo menos, outros quatro juízes decidirem igualmente, tendo em vista que o colegiado é composto por nove membros totais. MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James; WAHLBECK, Paul J., op. cit., p. 46-48. Esta disputa pela adesão de seus pares ficou evidente na ADIN 3.685-8/DF, em fls. 357 e 358, quando os ministros Néelson Jobim e Marco Aurélio travaram intensa discussão sobre as possibilidades recíprocas de vitória ou derrota, a partir da adoção da tese de um dos dois membros do colegiado.

Contrariamente, é de vital importância para a abordagem colegial investigar os mecanismos intestinos de decisão e troca de apoio. Ou seja, o envolvimento na política de barganha de votos influencia no desfecho dos casos. Isto gera um *habitus* de sondagem ou tateamento da decisão de outros juízes. Nos Estados Unidos, isto é feito pela “draft opinion”, uma espécie de circulação prévia da tendência de voto, que também foi verificada na análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal¹¹³.

Um exemplo de pertinência do jogo colegial para o entendimento do processo decisório é o período do presidente – “chief justice” – Warren. Para aprovar avanços na legislação social, uma Suprema Corte de caráter liberal-político utilizou recursos doutrinários e jurisprudenciais diferentes para atrair o apoio dos conservadores e dos moderados, também conhecidos como “swing voters”, pois sua postura intermediária tem o condão de decidir processos polarizados de debate.

A corrente progressista abdicou de reconhecer o status constitucional dos direitos sociais, interpretando-os como uma matéria reservada às leis ordinárias ou comuns, o que facilitava sua aprovação pelo legislador. A normativa social foi reservada à competência estadual, o que atraía o voto dos “justices” mais zelosos do princípio federativo. Numa espécie de duplo padrão analítico, o que os estados consideravam como direito social, a Suprema Corte definia como uma proteção individual contra atitudes abusivas ou desiguais. O antagonismo ricos contra pobres foi encarado como uma discriminação contra diferentes. Para ganhar a maioria, a Corte Warren incorporou reivindicações sociais ao liberalismo político e separou o Direito da Economia¹¹⁴.

Leis que delimitavam o tempo de permanência de trabalhadores em outros Estados foram declaradas inconstitucionais sob o argumento da igualdade entre

¹¹³ No RE 197.917-8/SP, em fls. 484, o ministro Carlos Ayres Britto confessou abertamente que o ministro Nélson Jobim havia lhe antecipado o voto meses antes da sessão de julgamento. No mesmo sentido, a ministra Carmem Lúcia declarou ter lido várias vezes o voto do ministro Luiz Fux antes da sessão de julgamento, no MS MC Ag. Reg. 31.816/DF, processo eletrônico, p. 58.

¹¹⁴ No entanto, se num primeiro momento a força do Executivo serviu uma bandeira social, depois, essa intervenção atendeu aos anseios do governo conservador do presidente Ronald Reagan, numa espécie de armadilha institucional. A deferência da Corte Warren com a política pública do Executivo e com os estados, em matéria social, acabou se transformando uma permissão à não intervenção federal-judicial no período conservador, de Rehnquist. BUSSIÈRE, Elizabeth. “The Supreme Court and the Development of the Welfare State: Judicial Liberalism and the Problem of Welfare Rights”. In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.) *Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches*. Chicago: University of Chicago Press, 1999, pp. 160-172.

cidadãos norte-americanos, e não como uma promoção social ao trabalho ou à moradia. Isenção de taxas para recursos criminais foram aceitas como uma vedação à discriminação baseada na riqueza, um imperativo da igualdade formal, e não como proteção da população pobre, o que envolveria um apelo à igualdade substancial¹¹⁵.

Sob o aspecto do institucionalismo sociológico, este comportamento da Suprema Corte seria explicado em função do peso de seus parâmetros tradicionais de decisão, solidificados numa ideologia institucional que constrange os “justices” a agirem de acordo com critérios doutrinários e jurisprudenciais, mesmo que isto importe na ruptura com suas convicções pessoais. Neste caso, os conservadores se dobraram à legislação social, enquanto os liberais cederam na fundamentação tortuosa destes direitos, com obediência de ambos os grupos ao standard de proteção da igualdade, “The Equal Protection Clause”¹¹⁶.

Para o institucionalismo histórico, porém, a proteção da legislação social na Corte seria um resultado de aproximação da Suprema Corte com forças políticas mobilizadas em diversas instituições que reivindicavam ao Judiciário este papel protetivo.

A despeito das considerações do institucionalismo sociológico e histórico, não se pode negar a acurácia do jogo colegial em decifrar os meandros da dinâmica decisória para explicar de que maneira estas importantes decisões foram tomadas.

Vários estudos mostram eventos de coalizão na Corte, o que revela a necessidade de integração utilitária entre juízes, relatores e presidentes sob pena de a instituição se transformar numa arena descoordenada. Esta interação demonstra que os julgadores mudam suas preferências e dão votos diferentes de sua convicção pessoal, o que contraria o modelo atitudinal. O ator não decide de maneira livre e isolada, porque isto pode significar uma carreira de derrotas sucessivas e, conseqüentemente, de nenhuma vitória de suas convicções. Ele age estrategicamente para impor seus objetivos, o que acarreta numa série de concessões que podem variar da flexibilização de sua posição pessoal ou em seu abandono total. Quanto mais ampla é a opinião majoritária, maior será a necessidade de acomodação e mesmo a divergência tende a acompanhar a

¹¹⁵ Ibid., pp. 158-167.

¹¹⁶ Ibid., pp. 157-160.

mediana dos votos, para não causar retaliações posteriores¹¹⁷. A própria aderência à tese decisória não depende apenas de um alinhamento ideológico, mas no fato de seu autor ter cooperado nos casos de interesse de um juiz ou se estabelecer um compromisso de fazê-lo, no futuro¹¹⁸.

Outro dado apontado pelas pesquisas norte-americanas é o fundamental papel exercido pela relatoria e pela presidência da Suprema Corte. Ambas dispõem de diversas prerrogativas institucionais para atingir uma harmonia decisória. Em casos mais importantes, o “chief justice” pode até avocar a função do relator, assumindo a responsabilidade de redação do voto colegial¹¹⁹.

De modo semelhante, a relatoria dos processos de competência do Supremo Tribunal Federal também apresenta um grande potencial estratégico. Dentre suas atribuições, destacam-se a narração dos acontecimentos e peças dos autos, a permissão de intervenções externas, como o *amicus curiae*¹²⁰, a concessão de liminares¹²¹ e o voto inicial. Tendo em vista suas atribuições destacadas, percebe-se um engajamento especial dos ministros em defender suas posições nos casos que relatam, até porque, todas as manifestações colegiais tendem a satelizar a aderência ou rejeição à sua tese condutora, que assume uma função de estruturar as reflexões jurídicas, condicionar o debate e influenciar na repercussão do caso e na própria decisão final.

Outra função importante da relatoria é a prerrogativa de elaborar a ementa e o acórdão decisório, que servem como um precedente que inspira julgamentos futuros de todo o Poder Judiciário e do próprio Supremo Tribunal¹²². Ainda que

¹¹⁷ MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James. WAHLBECK, Paul J., op. cit., pp.51-57. Neste sentido, a mudança estratégica de voto do ministro Carlos Velloso, no MI 283-5, em fls. 33-36 e 50.

¹¹⁸ Ibid., pp. 51-57.

¹¹⁹ Ibid., pp. 51-57.

¹²⁰ A aceitação do *amicus curiae* como recurso estratégico pode ser conferida no MS 32.033/DF, em fls. 9-31.

¹²¹ A concessão de liminares como um meio de garantia de preferências ou de constranger o colegiado a aceitá-las pode ser constatada no MS MC 21.754-5/RJ e no MS MC 32.033/DF, em que os ministros-relatores tomaram decisões isoladas em descompasso com a jurisprudência do Tribunal.

¹²² Tal posição estratégica foi comprovada no MS 20.257-2/DF. Embora tenha elaborado a ementa de acordo com a decisão majoritária, o ministro-relator para o acórdão, Moreira Alves, fez questão de redigir um parágrafo que previa a possibilidade de mandado de segurança contra a inconstitucionalidade no processo legislativo, uma posição negada pelo ministro Soares Munhoz e não abordada no voto dos demais membros do colegiado. Esta previsão serviu de base decisória para o ministro-relator Gilmar Mendes conceder a liminar no MS MC 32.033/DF, em fls. 9. No julgamento final do MS 32.033/DF, em fls. 32, o ministro-relator voltou a citar o precedente fixado no MS 20.257-2/DF. No MS 23.454-7/DF, em fls. 517, o ministro Marco Aurélio Mello fez uma distinção entre a opinião individual do ministro-relator Paulo Brossard no HC 71.039-5/RJ,

sua redação dependa da anuência dos demais ministros¹²³, não se deve desprezar a autonomia do relator em sintetizar a decisão e seus fundamentos, pois este ato contém o poder de comunicar uma vontade coletiva com seus termos, em suas próprias palavras e mediante seus critérios de escrita ou de seleção de trechos dos votos dos demais juízes constitucionais¹²⁴.

Em relação ao papel da presidência de uma corte, existem duas características que podem garantir a coesão do colégio de julgadores: a direção em tarefas objetivas, como a discussão clara, eficiente e rápida dos processos e a liderança comportamental, uma espécie de destreza social que consegue manter uma atmosfera de cooperação para o funcionamento da Corte. Houve presidentes que terceirizaram este papel, como Taft fez com o “associate justice” Van Devanter. Já o “chief” Stone, exerceu um comando mais flexível, gerando conflito e morosidade. A liderança é tratada como uma qualidade pessoal que influencia na decisão da Corte, uma reflexão típica da teoria da escolha racional. Existem diversas estratégias de coesão interna da presidência, como defender o posicionamento de um juiz do grupo majoritário que mais se aproxime ideologicamente dos discordantes; a determinação da relatoria de um caso ao líder da ala minoritária; o vilipêndio de seu voto para escrevê-lo conforme a opinião da maioria. Fica bastante claro que um dos interesses do “chief” é marcar seu período como uma era de estabilidade da Corte. Além do critério ordinário de distribuição de processos de acordo com a eficiência e especificidade, estudos mostram que juízes alinhados às preferências do “chief” são mais beneficiados com a relatoria¹²⁵.

No Supremo Tribunal Federal, a presidência também acumula funções estratégicas, que podem influenciar diretamente no andamento dos processos e na sua decisão final. Dentre estas atribuições assume especial relevância o papel de

que aceitava a determinação de busca e apreensão de documentos pelas CPIs, e o que foi transformado em base para a ementa e o acórdão, que meramente negou a possibilidade de uma comissão de inquérito decretar prisões. Esta advertência expressa foi feita em caráter preventivo, para que ninguém citasse o voto isolado do relator daquele processo como base para a decisão do próprio MS 23.454-7/DF.

¹²³ Art. 98, parágrafo único, RISTF.

¹²⁴ Sobre este potencial da relatoria nas comissões e subcomissões da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988 - Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*, pp. 66-76.

¹²⁵ DAVIS, Sue. “The Chief Justice and the Judicial Decision-Making: The Institutional Basis for Leadership on the Supreme Court.” In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.). *Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches*. Chicago: University of Chicago Press, 1999, pp. 135 a 140.

administrar a burocracia e dirigir os trabalhos da Corte¹²⁶, representá-la institucionalmente¹²⁷, servir como interlocutor dos ministros durante seus votos, autorizar e organizar debates e intervenções colaterais¹²⁸, julgar questões de ordem¹²⁹, atuar como relator em algumas hipóteses¹³⁰, além de forçar o esclarecimento das decisões¹³¹.

Esta influência do juiz-presidente no colegiado ficou evidenciada no julgamento da Ação Direta 1.635-1, que discutia a limitação regimental de cinco comissões de inquérito concomitantes. O ministro Nélson Jobim assemelhou os problemas práticos de se permitir um número excessivo de investigações parlamentares aos efeitos decorrentes do acúmulo de processos no Supremo Tribunal Federal. Após esta ponderação, uma reclamação colateral ao caso eclodiu. Diversos ministros acusaram a presidência da Corte de fazer um “mutirão de quinhentos funcionários, com pagamento de hora extra” para distribuir os processos entre os gabinetes ministeriais, já assoberbados com o excesso de trabalho. Numa postura de defesa de seu mandato como um período marcado pela eficiência, o ministro-presidente Carlos Velloso afirmou que “Mais de 90% dos processos são casos repetidos, não se justificando ficarem retidos na Distribuição. Na minha Presidência não ficarão.”¹³²

¹²⁶ RISTF: “Art. 13. São atribuições do Presidente: (...) III – dirigir-lhe os trabalhos e presidir-lhe as sessões plenárias, cumprindo e fazendo cumprir este Regimento;”

¹²⁷ RISTF: “Art. 13. São atribuições do Presidente: I – velar pelas prerrogativas do Tribunal; II – representá-lo perante os demais poderes e autoridades;”

¹²⁸ RISTF: “Art. 133. Cada Ministro poderá falar duas vezes sobre o assunto em discussão e mais uma vez, se for o caso, para explicar a modificação do voto. Nenhum falará sem autorização do Presidente, nem interromperá a quem estiver usando a palavra, salvo para apartes, quando solicitados e concedidos.”

¹²⁹ RISTF: “Art. 13. São atribuições do Presidente: (...)VII – decidir questões de ordem ou submetê-las ao Tribunal quando entender necessário;”

¹³⁰ RISTF: “Art. 13. São atribuições do Presidente: (...)V – despachar: (...) c) como Relator, nos termos dos arts. 544, § 3º, e 557 do Código de Processo Civil, até eventual distribuição, os agravos de instrumento, recursos extraordinários e petições ineptos ou de outro modo manifestamente inadmissíveis, inclusive por incompetência, intempestividade, deserção, prejuízo ou ausência de preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria seja destituída de repercussão geral, conforme jurisprudência do Tribunal. d) como relator, nos termos do art. 38 da Lei n. 8.038/1990, até eventual distribuição, os habeas corpus que sejam inadmissíveis por incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repute competente.”

¹³¹ Da jurisprudência analisada, destacam-se os ministros Néri da Silveira, no MS 20.927-5/DF, Nélson Jobim, no MS 24.831-9/DF, em fls. 366-407, no MS 25.647-8/DF, em fls. 333, 391, 396, 402 e 403, no RE 197.917-8/SP, em fls. 506 e 507 e Ellen Gracie, no MS 26.604-5/DF, em fls. 466, César Peluso, na ADIN 4.029/DF, processo eletrônico, pp. 72-88, que ordenaram e organizaram os apartes e debates, além de se esforçarem na confecção de decisões bastante claras, que não deixassem margens a dúvidas e dubiedades sobre a vontade da Corte.

¹³² ADIN 1.635-1, fls. 190.

O ministro-presidente ainda retorquiu que sua consciência não permitiria a retenção das ações; o Tribunal já julgava em fluxo maior do que as novas causas que recebia; a saída contra demandas repetitivas seria a adoção de mecanismos específicos, como a súmula vinculante¹³³; e finalizou, com escusas pela veemência de suas colocações, afirmando que não poderia calar-se por fazer o certo e, mesmo assim, receber críticas do colegiado. Pelo tom contundente das manifestações em Plenário, resta clara de que maneira a presidência manipula recursos para interferir na dinâmica do trabalho colegial¹³⁴.

De uma forma geral, a grande contribuição da abordagem endógena é mostrar que há um custo, um peso pelo voto discordante e pela alienação completa de questões estratégicas. Sem o reconhecimento da alteridade, uma preferência individual dificilmente se concretizará num órgão colegiado¹³⁵.

A grande crítica deste enfoque se relaciona com a dificuldade de se vasculhar todos os fatores que podem influenciar numa decisão colegiada e, dentre eles, quais realmente têm um peso na ação dos atores.

Esta reserva ganha uma pertinência maior na análise da Suprema Corte, que delibera em caráter secreto. Todo o conflito de ideias e interesses entre os “justices” é protegido da repercussão externa pelo manto institucional do sigilo decisório. No entanto, o caráter público das sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal cria um campo bastante fértil para o jogo colegial.

Ao contrário do confinamento da Suprema Corte, tudo que é declarado em Plenário ganha repercussão pública, o que pode variar de acordo com a gravidade do caso. Na verdade, a própria exposição oral dos votos transforma as diferenças entre os ministros num debate retórico aberto¹³⁶. O duelo de ideias e posições é inerente ao próprio sistema, o que contribui para a adoção de táticas de convencimento específicas.

De fato, a pesquisa jurisprudencial constatou que esta publicidade cria um verdadeiro palco que os atores decisórios exploram estrategicamente para constranger seus pares a seguirem um entendimento. Os ministros usam a

¹³³ A súmula vinculante será abordada no item 2.10.2., no contexto da estrutura institucional que envolve o controle de constitucionalidade.

¹³⁴ ADIN 1.635-1, fls.188 e 189.

¹³⁵ MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James. WAHLBECK, Paul J., op. cit., pp. 57-59.

¹³⁶ Neste sentido, o próprio ministro Sepúlveda Pertence reconheceu a vocação retórica do Judiciário brasileiro no MS 23.454-7/DF, fls. 568, assim como o ministro Cezar Peluso, no MS 26.604-0/DF, em fls. 359 e 360.

possibilidade de crítica da opinião pública como um mecanismo de coação interna¹³⁷.

Dentre os expedientes estratégicos largamente usados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no jogo colegial, destacam-se o uso da ironia¹³⁸, de perguntas retóricas¹³⁹, ofensas¹⁴⁰, declarações apelativas¹⁴¹, argumentos de autoridade¹⁴², apego à jurisprudência¹⁴³ e o recurso a conceitos abstratos, como o povo, democracia, a justiça ou a força normativa da constituição¹⁴⁴. Com um significado extremamente aberto, estes termos servem para legitimar todo tipo de interpretação, além de rechaçar ou acuar alguns posicionamentos¹⁴⁵.

Outro grande fator estratégico endógeno constatado na análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal foi o uso de mecanismos protelatórios que interrompem o seguimento ordinário de um julgamento, como o

¹³⁷ Um exemplo elucidativo deste fato ocorreu no julgamento da ADIN 2.626-7/DF, em fls. 529, 532 e 533, quando o ministro Marco Aurélio Mello citou uma série de reportagens com declarações de políticos afetados pela decisão da Justiça Eleitoral de verticalização das candidaturas. Percebe-se uma estratégia do ministro em apontar a repercussão negativa do caso como um meio de convencer o colegiado do STF a adotar seu ponto de vista refratário ao posicionamento do TSE.

¹³⁸ MS 24.831-9/DF, fls. 349; MS MC 25.579-0, fls. 471 e 478; MS 25.647-8/DF, fls. 336 e 391; ADIN 1.635-1, fls. 203; MS MC Ag. Reg. 31.816/DF, processo eletrônico, pp. 24 e 86.

¹³⁹ HC 71.193-6/DF, fls. 460 e 461; MS 22.494-1, fls. 428 e 434.

¹⁴⁰ No MS 32.033/DF, em fls. 314 e 315, o ministro Luiz Fux se sentiu agredido com uma frase do ministro Gilmar Mendes, que discordava de seu voto: “Parece que o que há de novo nesse processo é a desinformação e a ignorância.” Mesmo diante do esclarecimento de que a colocação se referia à imprensa, o ministro Fux não se convenceu: “Então, eu repudio, se a mim se refere esse adjetivo.”

¹⁴¹ No HC 71.193-6/SP, em fls. 460 e 461, MS 20.927-5/DF, fls. 173; MS 21.360-4/DF, fls. 684 e 685; MS 22.494-1, 428; MS 24.831-9/DF, fls. 368; MS MC Ag. Reg. 31.816/DF, processo eletrônico, pp. 51 e 92.

¹⁴² Por diversas vezes, a experiência parlamentar pretérita de alguns ministros foi levantada como um argumento de conhecimento da realidade legislativa que legitimava um certo posicionamento. Este fato foi verificado em citações ao ministro Paulo Brossard, ex-senador, no MS 24.831-9/DF, fls. 343, e em declarações dos ministros Célio Borja, ex-deputado federal, Maurício Corrêa, ex-senador, e Nelson Jobim, ex-deputado federal, no MS 21.360-4/DF, fls. 649, 650 e 686, no MS 24.831-9/DF, fls. 364, 370 e 406, no MS MC 25.579-0/DF, fls. 526-530, 547 e 551, na ADIN MC 1.635-1, fls. 235-237, na ADIN 1.635-1, fls. 185, 187, 199-204 e no RE 197.917-8/SP, fls. 380, 381, 386, 467 e 468.

¹⁴³ MS 20.941-1/DF QO; MS 26.604, fls. 312-314, 317, 406 e 407; ADIN 3.345/DF, fls. 219, 222 e 224.

¹⁴⁴ MS 24.831-9/DF, fls. 368-369 e 379; MS 26.604-0/DF, fls. 345; ADIN 3.345/DF, fls. 169, 183-186;

¹⁴⁵ O peso destes constrangimentos endógenos pode ser verificado nas palavras do ministro Eros Grau, que mesmo sendo relator do processo, alterou sua posição inicial diante dos apelos contrários do colegiado: “Estou de pleno acordo. Umas das coisas que aprendi neste ano que estou aqui, e dá exatamente a beleza deste tribunal, é que tomamos decisões no Colegiado. Acho isso formidável!”. ADO 3.276/CE, fls. 157. Mesmo fato ocorreu no MS 25.647-8/DF, em fls. 272, 298, 336-344, 344, os ministros Eros Grau e Gilmar Mendes alteraram sua posição inicial no curso dos debates colegiais para abraçar a linha decisória contrária.

apelo para manifestação de terceiros no processo¹⁴⁶, o levantamento de questões prejudiciais ao julgamento por meio de sucessivos apartes¹⁴⁷ e o pedido de vista.

Previsto na legislação processual e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o pedido de vista permite que um processo fique reservado a um magistrado, para que possa consultá-lo de maneira mais completa e, com isso, fundamente melhor sua decisão¹⁴⁸.

No entanto, os julgados do Supremo forneceram vários exemplos do uso desta prerrogativa como um meio de embargar uma decisão que se avizinhava contrária à tendência do ministro solicitante¹⁴⁹.

Embora o modelo de julgamento do Supremo Tribunal Federal forneça informações importantes numa pesquisa colegial, sua publicidade também facilita outras abordagens estratégicas, que não se restringem a aspectos internos, como o jogo do sistema político.

¹⁴⁶ MS 20.941-1/DF, fls. 60-62.

¹⁴⁷ MS 24.831-9/DF, fls. 341-407.

¹⁴⁸ Código de Processo Civil: “Art. 555 (...)§ 2º Não se considerando habilitado a proferir imediatamente seu voto, a qualquer juiz é facultado pedir vista do processo, devendo devolvê-lo no prazo de 10 (dez) dias, contados da data em que o recebeu; o julgamento prosseguirá na 1ª (primeira) sessão ordinária subsequente à devolução, dispensada nova publicação em pauta.” RISTF: “Art. 134. Se algum dos Ministros pedir vista dos autos, deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente.” Resolução nº 278 de 2003, do STF: “Art. 1º O Ministro que pedir vista dos autos devesse devolvê-los no prazo de 10 (dez) dias, contados da data que os receber em seu Gabinete. O julgamento prosseguirá na segunda sessão ordinária que se seguir a devolução, independentemente da publicação em nova pauta. § 1º Não devolvidos os autos no termo fixado no caput, fica o pedido de vista prorrogado automaticamente por 10 (dez) dias, findos os quais o Presidente do Tribunal ou da Turma consultará, na sessão seguinte, o Ministro, que poderá, justificadamente, renovar o pedido de vista.”

¹⁴⁹ MS 20.941-1/DF, fls. 71 e 190; MS 22.494-1/DF, fls. 399 e 406; MS 24.831-9/DF, fls. 322, 325; MI 670-9/ES, fls. 11-14; MI 712-8/PA, fls. 390-415.448-467, 496, 497, 570, 591-593; MI 708-0/DF, fls. 271 e 310. Saylon Pereira apresenta dados de um aumento médio de 23% da duração normal de um processo com os pedidos de vista, além do absoluto desprezo dos ministros com o prazo máximo de trinta 30 dias para a devolução do processo pra julgamento. Segundo o autor: “Assim, entendemos que o pedido de vista no STF pode ter duas funções. A primeira, que denominaremos como uso político, pode auxiliar na relação do Tribunal com a sociedade e os outros Poderes; pois dá aos ministros tempo para avaliar as conseqüências da decisão, ouvir os atores sociais, minimizar a pressão sob o caso, etc. A segunda, que denominamos uso estratégico, pode permitir utilizar o pedido de vista como ferramenta para controlar o andamento processual e, assim, auxiliar os ministros nas disputas que ocorrem no plenário”. PEREIRA, Saylon Alves. *Os Pedidos de Vista no Supremo Tribunal Federal: Uma análise quantitativa nos casos de controle concentrado de constitucionalidade*. SBDP, p. 10. Disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/177_Monografia%20Saylon%20Pereira.pdf, acesso em 12 de fevereiro de 2014.

2.5.2

Constrangimentos Exógenos: o Jogo do Sistema Político

A construção de soluções constitucionais em temas tão delicados e relevantes, envolvendo o próprio processo democrático, deve levar em consideração as decisões de todos os poderes do Estado.

Ministro Gilmar Mendes¹⁵⁰

Neste enfoque, a ação do juiz singular é contextualizada na perspectiva da corte, que atua como um ator estratégico uno e mantém relações com várias outras instituições. Suas decisões são o resultado da interação política com outros grupos de poder, como o legislativo, o executivo, burocracias especializadas, a mídia, corporações econômicas, sindicatos e associações religiosas, num processo de retroalimentação aberto a informações e estímulos exógenos que, por sua vez, cobram certos posicionamentos. Nesta dinâmica, os juízes constitucionais conseguem apurar sua sensibilidade e responsividade no horizonte de aceitação ou rejeição de várias entidades¹⁵¹.

Na conjuntura norte-americana, Kevin Macguire esclarece que a distância e a carência dos meios de comunicação eram um entrave à litigância na capital federal nos primeiros anos de instalação da Suprema Corte, que se restringia a julgar casos complexos e de alto custo para as partes. Esta filtragem conspirou para a especialização de alguns poucos advogados célebres. Este pequeno grupo conquistou a confiança dos “justices” para se transformar em seu principal meio informacional, servindo até como referência para a edição de diversas decisões¹⁵². Esta tendência permanece até hoje, com uma enorme influência que os escritórios e a corporação profissional de Washington D. C. possuem sobre o Tribunal¹⁵³.

Além do papel instrutório, estes advogados especializados cumprem a função de apresentar e antecipar ideias, teses e doutrinas que poderão servir de

¹⁵⁰ MS 32.033/DF, processo eletrônico, p. 132.

¹⁵¹ CLAYTON, Cornell, “The Supreme Court and Political Jurisprudence: New and Old Institutionalisms.”, pp. 35 et. seq.

¹⁵² Kevin Mcguire aponta que o principal expoente desta tendência foi William Pinkney, advogado que atuou com sucesso em “McCulloch V. Maryland” (1819) e “Cohens V. Virginia” (1821), sendo suas declarações orais e escritas copiadas no corpo das decisões finais da Suprema Corte, ambas escritas pelo chief justice John Marshall. MCGUIRE, Kevin T. “The Supreme Court and Institutional Relationships” In: CLAYTON, Cornell. GILLMAN, Howard. *The Supreme Court in American Politics*. Lawrence: University Press of Kansas, 1999, pp. 120-123.

¹⁵³ Segundo Mcguire, até o final do século XX o corpo de advogados da capital federal ainda representava 50% do total de processos na Suprema Corte, com taxas de sucesso em 25% dos casos. Ibid., pp. 12-129.

substrato para o julgamento. Em contrapartida, a prática de adotar posicionamentos de procuradores ilustres repercute bem na comunidade jurídica, o que gera comentários, debates e avaliações mais favoráveis às decisões¹⁵⁴.

Embora possua uma dimensão dialética aberta, este quadro também demonstra uma elitização do acesso à jurisdição constitucional de mais alto grau, restrito apenas àqueles que podem patrocinar suas causas e canalizar sua vontade por meio de agentes autorizados e aceitos. Se os julgadores constroem um direito baseado na intercomunicação com um grupo restrito, este processo simbiótico aponta uma construção da hermenêutica constitucional baseada nas relações sociais de poder que se estruturam na dinâmica decisória ordinária da Suprema Corte¹⁵⁵.

Além da advocacia especializada, outros atores que despertam a atenção dos estudos institucionalistas são os diversos grupos sociais, que provocam a jurisdição da Suprema Corte e abrem a possibilidade para que se coloque como uma interlocutora entre a Constituição dos Estados Unidos e as aspirações populares. Nestas ocasiões, sua decisão não reflete interesses de departamentos estatais, mas se reveste de um caráter democrático ou majoritário, como uma solução para demandas de reivindicação geral, que beneficiam toda a comunidade¹⁵⁶.

No entanto, Michael Mcann destaca o problema desta justificação judicial diante de três interesses que disputam os conceitos de representação do “povo” ou das “maiorias”: a sociedade (S), o legislativo (L) e o executivo (E). A despeito de

¹⁵⁴ Ibid., pp. 130 et. seq. No Brasil, este afunilamento no acesso à jurisdição constitucional pode ser conferido no *I Relatório Supremo em Números – O Múltiplo Supremo*. Esta pesquisa demonstra que a maior parte dos processos que chega ao STF advém de seu caráter como Corte recursal (92% dos casos), com posição destacada para a atuação do Poder Executivo, em especial, da esfera federal. Disponível em http://supremoemnumeros.fgv.br/sites/supremoemnumeros.fgv.br/files/attachment/i_relatorio_do_supremo_em_numeros_0.pdf, pp.66-70, acesso em 15 de março de 2013. Analisando a influência destes atores exógenos na Inglaterra, Patrick Atiyah aponta que as decisões são concedidas em regra após os debates orais de um julgamento. O Judiciário depende mais dos argumentos oferecidos pelas partes, sem tempo de preparo maior da decisão e sem possibilidade de delegação. Esta tendência é refletida nas instâncias inferiores e superiores e leva em conta um caráter tradicional de confiança nos advogados, principalmente, daqueles que atuam em cortes superiores, os “barristers”. Por outro lado, há um incentivo para que estes advogados se comportem de modo idôneo, confiável e de acordo com o padrão de conduta conservador e tradicional dos juízes, uma vez que a maior parte das indicações à magistratura é feita entre “barristers” com mais de vinte anos de experiência. Este tempo de aprendizado e pressão socializadora nos tribunais garante bastante homogeneidade de comportamento e ideologia entre a advocacia e o judiciário. ATIYAH, Patrick S. “Judicial-Legislative relations in England” In: *Towards Institutional Comity*. Washington D. C.: The Brooking Institute, 1988, p. 142-146.

¹⁵⁵ MCGUIRE, Kevin T., op. cit., pp. 130 et. seq.

¹⁵⁶ BYBBE, Keith, op. cit., pp. 231-232

sua heterogeneidade interna, todos estes vetores volitivos apontam a dificuldade de se atingir um cenário de harmonia total: $S=L=E$. Todas as demais combinações gerariam uma situação de confronto: $S \times L \times E$; $S=L \times E$; $S \times L=E$; $S=E \times L$. Embora a provocação direta de grupos sociais sirva ao ensejo de afirmar seu caráter democrático, estas equações apontam que as decisões das cortes constitucionais tendem a ser parciais, com a proteção de algumas preferências bem específicas, independente da roupagem de legitimidade adotada¹⁵⁷.

De maneira semelhante à atuação dos grupos de interesses, os casos de alta repercussão na mídia podem trazer importantes oportunidades históricas para as cortes constitucionais reafirmarem sua natureza representativa e sua ordem de importância no concerto de instituições políticas¹⁵⁸. Nestas ocasiões especiais, a imprensa se apresenta como porta-voz da opinião pública e reivindica que as decisões judiciais se direcionem num determinado sentido, o que pode trazer uma grande influência sobre o balanço decisório¹⁵⁹.

Inúmeros julgados identificaram esta forte preocupação do Supremo Tribunal Federal com a repercussão midiática de suas decisões. Além de diversas referências ao noticiário da imprensa, em vários processos, os ministros reservaram parte de seu voto para respondê-la direta e expressamente¹⁶⁰.

Embora os subsídios informacionais e as pressões exógenas tenham diversas origens, as pesquisas institucionalistas atestam que alguns atores oficiais têm um peso especial para influenciar a Suprema Corte e são frequentemente citados para legitimar suas decisões, como os membros do Congresso atuando como *amicus curiae* e o “solicitor general”¹⁶¹.

¹⁵⁷ MCANN, Michael. “How the Supreme Court Matters in American Politics: New Institutional Perspectives.” In: CLAYTON, Cornell. GILLMAN, Howard. *The Supreme Court in American Politics*. Lawrence: University Press of Kansas, 1999, pp. 64 e 69.

¹⁵⁸ BYBBE, Keith, op. cit., pp. 231-232.

¹⁵⁹ CLAYTON, Cornell. “Law, Politics, and the Rehnquist Court. Structural Influences on Supreme Court Decision Making.”, pp. 155, 163 e 172..

¹⁶⁰ MS MC 21.564-0/DF QO, fls. 144; MS 21.564-0/DF, fls. 269; MS 21.623-9/DF, fls. 296; MS 25.647-8/DF, fls. 354-357, 370, 371 e 376; MS 26.604-0/DF, fls. 388, 421, 422 e 456; MS 32.033/DF, processo eletrônico, p. 32; ADIN 2.626-7/DF, fls. 518. Para um estudo específico sobre o tema: NOVELINO, Marcelo. “A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF.” In: *Constitucionalismo e Democracia*. FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). Salvador: Juspodivm, 2013, p. 265-328.

¹⁶¹ Algumas pesquisas mostram a ampla aceitação de argumentos trazidos pelo “solicitor geral”, que é advogado das causas do executivo federal na Suprema Corte. O *amicus curiae* é um instituto que permite que pessoas ou entidades sociais possam ser ouvidos pela Corte, fornecendo subsídios informacionais valiosos à decisão. EPSTEIN, Lee. KNIGHT, Jack. “Mapping Out the Strategic Terrain: The Informational Role of Amicus Curiae”. In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.) *Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches*.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, somente as manifestações de parlamentares e autoridades do Congresso Nacional serviram como base de debate, crítica ou reforço de teses discutidas pelo colegiado¹⁶². Os posicionamentos de agentes estatais que representam o Executivo Federal – advogado-geral da União – e o Ministério Público Federal – procurador-geral da República – não mereceram maior destaque na argumentação dos ministros¹⁶³. No entanto, este fato não causa maior surpresa e nem pode ser generalizado, tendo em vista que o recorte da pesquisa se concentrou na deliberação desta Corte sobre os domínios legislativos.

Para o modelo atitudinal, a vontade legislativa é variável demais para que possa ser contabilizada no cálculo estratégico dos juízes constitucionais. Em sentido oposto, o enfoque do sistema político considera que algumas situações acarretam uma previsibilidade natural do comportamento parlamentar, como a manifestação pública e reiterada de suas lideranças, uma forte coalização com o executivo ou o debate de temas frontalmente contrários às suas competências ou interesses corporativos.

O estudo de todas estas pressões exógenas demonstra que as cortes constitucionais não estão isoladas, mas interagem com diversos atores que servem como fontes informacionais e exigem determinados comportamentos. Se não buscar uma compatibilização das preferências endógenas com estes grupos sociais e institucionais, o tribunal pode sofrer o risco de retaliações externas que abalam sua autoridade¹⁶⁴.

Inerente à dinâmica de relacionamento com o sistema político é o favorecimento de um interesse específico. Não há um jogo de soma-zero, em que todos os participantes saem ganhando. Ao contrário, as próprias consequências de um julgamento realçam este aspecto assimétrico, pois geram diversos

Chicago: University of Chicago Press, 1999. pp. 225 et. seq. Num estudo realizado durante trinta anos, de 1959 a 1989, cerca de setenta por cento das demandas do Executivo foram atendidas, contra apenas cinco por cento de pedidos de litigantes privados. DAVIS, Sue, op. cit., p. 147.

¹⁶² HC 71.039-5/RJ, fls. 283-316 e 337; MS Ag. Reg. 21.754-5/RJ, fls. 281, 285 e 324; MS 25.647-8/DF, fls. 354, 355 e 376.

¹⁶³ Embora sem grande relevância para o balanço decisório, em diversas ocasiões, o parecer do procurador-geral da República serviu de base para o relatório do processo: MI 95-6/RR, fls. 88; MS 32.033, processo eletrônico, p. 10-11; ADIN 2.626-7/DF, fls. 356-360, 412, 439 e 505.

¹⁶⁴ EPSTEIN, Lee. KNIGHT, Jack, op. cit., pp. 215-228. Em alguns casos, essa pressão de elementos exógenos não se limita nem nas fronteiras nacionais, conforme lembrou o ministro Paulo Brossard ao ironizar a manifestação de autoridades estrangeiras que opinaram sobre o modo como o STF deveria julgar um processo que tratava do “impeachment” presidencial. MS 21.623-9/DF, fls. 372.

desdobramentos: intenso debate crítico na mídia e na academia; gestores públicos fixam bases para definir políticas públicas, acarretando um redirecionamento de metas e orçamentos; um setor econômico pode surgir ou se desenvolver; facções podem realinhar suas forças, seja porque foram beneficiadas, seja porque seu prejuízo foi tão grande que motivou uma reorganização de ações contrárias à decisão, gerando uma “contramobilização”¹⁶⁵.

John Gates ainda ressalta que o caráter decisivo da jurisdição constitucional elimina a disputa e o diálogo próprios da política, resolvendo a questão de modo permanente, o que pode acarretar um processo de expansão, difusão e recrudescimento da rejeição em proporções maiores¹⁶⁶.

Além de fomentar um processo de conflito, mobilização e contramobilização, a jurisdição constitucional pode tocar pontos sensíveis do sistema político ao afetar o equilíbrio federativo ou a dinâmica entre departamentos estatais, órgãos oficiais ou partidos, o que influencia diretamente na governabilidade de um país. Em algumas situações, esta intervenção pode até criar novos grupos de poder, por meio de uma redefinição de papéis, princípios e atribuições de uma instituição¹⁶⁷.

A análise dos processos do Supremo Tribunal Federal também evidenciou este poder formacional da jurisdição constitucional, principalmente, na delimitação das prerrogativas das comissões parlamentares de inquérito, na regulação do sistema eleitoral e partidário e na sua própria competência de sanear as hipóteses de omissões inconstitucionais¹⁶⁸.

Todas as situações apresentadas pela abordagem do sistema político concebem os atores numa perspectiva macroagonística, muito semelhante ao

¹⁶⁵ FRIEDMAN, Barry. “The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review.” In: *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 72, 2004, p. 1.295. Como exemplo de desdobramentos de decisões importantes, Michael Mcann cita as políticas públicas de defesa dos direitos civis do Presidente John Carter; a proliferação de clínicas de aborto; a multiplicação da litigância estratégica de minorias que viram oportunidades de benefício em decisões que defendiam seus interesses – negros, mulheres, portadores de necessidades especiais e movimentos de defesa dos animais; estratégias legislativas estaduais e federais para burlar o conteúdo essencial das decisões; e a contramobilização de movimentos de defesa radical do direito à vida, de combate à pornografia e favoráveis à segregação racial. MCANN, Michael, op. cit., pp. 72, 73, 75 e 76. No mesmo sentido, John Gates cita a importância das decisões da Suprema Corte analisando o impacto que o julgamento de “Roe V. Wade” (1973) teve na redefinição de ideologias e plataformas partidárias, além do próprio resultado das eleições. GATES, John B, op. cit., p. 105.

¹⁶⁶ GATES, John B, op. cit., p. 113.

¹⁶⁷ Ibid., pp. 99 e 102; MCANN, Michael, op. cit., p. 75.

¹⁶⁸ A atuação do STF nestes campos será abordada nos itens 3.4., 3.6. e 3.7., respectivamente.

modelo institucional histórico, mas em descompasso com o atitudinalismo, que enfoca apenas a dimensão individual dos juízes constitucionais. No entanto, permanece perfilhado à escolha racional ao considerar a própria corte como um ator estratégico maximizador de preferências. Outras instituições não passam de entraves estratégicos¹⁶⁹.

Um enfoque teórico mais específico do sistema político recorta apenas as relações do judiciário com o legislativo, numa espécie de jogo estratégico entre poderes. Como esta abordagem carece de reflexões desenvolvidas em outras correntes institucionalistas, sua análise será postergada para o fim deste capítulo, em subitem próprio, 2.10.

2.6

A Abordagem Constitutiva do Institucionalismo Sociológico

Falo uma palavra sobre o Poder Judiciário, que, sob a Constituição de 88, vive uma vertiginosa ascensão institucional. O Judiciário conseguiu se tornar verdadeiramente um guardião das regras do jogo democrático, um guardião dos direitos fundamentais, e ocupa hoje um papel relevante na paisagem política e no imaginário social da sociedade brasileira.

Ministro Luís Roberto Barroso¹⁷⁰

Contrariamente ao modelo atitudinal, o institucionalismo sociológico não se restringe ao indivíduo, mas considera as cortes como um agente coletivo, contextualizado com todo o cenário político. Quanto maior o escopo de avaliação, mais fácil se identifica a falácia dos argumentos estritos eleitos pelos juízes para fundamentar sua decisão. Neste ponto, aproxima-se do macroenfoque do institucionalismo histórico, que explora o potencial de renovação de estruturas e organizações a partir de sua relação com a sociedade e outros departamentos estatais.

O principal foco do institucionalismo sociológico é a revelação dos costumes, sistemas simbólicos, autoimagem e expectativas de comportamento atribuídas às organizações. Se a escolha racional estuda as preferências, esta

¹⁶⁹ CLAYTON, Cornell W., “The Supreme Court and Political Jurisprudence: New and Old Institutionalisms.”, op. cit., p. 36.

¹⁷⁰ <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Voto-sobre-financiamento-de-campanha-ADI-46501.pdf>, acesso em 15 de setembro de 2014.

abordagem se preocupa com as normas sociais que as condicionam¹⁷¹. A estrutura tradicional não serve apenas como limite da ação, mas constitui os julgadores. Os valores institucionais moldam os agentes maximizadores de interesses num processo formacional que desenvolve a própria identidade cultural da corte¹⁷².

Nos modelos estruturais em que a jurisdição constitucional de mais alto grau é desempenhada pelo judiciário, como nos Estados Unidos e no Brasil, estes limites socialmente determinados são contaminados pelas virtudes culturalmente sedimentadas na função judicial.

Com origens históricas milenares, a magistratura está embebida de rituais, cerimônias e hierarquias que formam um conjunto simbólico quase religioso de autoridade moral superior, fato ainda mais evidente nas cortes constitucionais. Este caráter é reforçado por um conjunto de instituições – associações e corporações profissionais, órgãos estatais e tribunais inferiores – que canonizam a decisão judicial como um resultado racional, neutro e ideal de respeito aos mais importantes princípios da sociedade, numa espécie de culto ao tribunal¹⁷³.

Porém, não são apenas as instituições diretamente ligadas ao judiciário que comungam deste imaginário, mas toda a sociedade que internaliza este padrão simbólico através da cultura popular, da educação formal, do noticiário e de experiências pessoais. A ética judicial e a linguagem jurídica são tão marcantes que penetram o cotidiano de todas as classes sociais. Através deste processo, cria-se uma mistificação legal inevitável que autoriza a ação das cortes¹⁷⁴.

Pela envergadura de suas deliberações, a jurisdição constitucional assume uma função especial de fornecer esquemas classificatórios, categorias cognitivas e uma taxonomia autorizativa que servem como uma opinião oficial a respeito de práticas, relações e eventos da vida cotidiana¹⁷⁵. Sua decisão cumpre o papel de

¹⁷¹ Como obra fundamental desta abordagem: DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. (Eds.) *The New Institutionalism in Organizational Analysis*. Chicago: University of Chicago Press, 1991. Num viés mais abstrato, o institucionalismo sociológico identifica práticas convencionais que influenciam na formação de uma identidade, como vestimentas, detalhes arquitetônicos e de decoração, ambientes físicos de decisão, como mesas, cadeiras, iluminação, sombras e disposição de lugares e posição de ocupação. Em regra, estes detalhes são despercebidos, mas contribuem para dar sentido à prática ritual de decisão e interação de juízes com outros atores. BRIGHAM, John, “The Constitution of the Supreme Court” In: CLAYTON, Cornell. GILLMAN, Howard. *The Supreme Court in American Politics*. Lawrence: University Press of Kansas, 1999, p. 18 et. seq.

¹⁷² CLAYTON, Cornell; GILLMAN, Howard. “Beyond Judicial Attitudes: Institutional Approaches to Supreme Court Decision Making.”, pp. 6-7.

¹⁷³ MCANN, Michael, op. cit., pp. 82 e 83.

¹⁷⁴ Ibid., pp. 82 e 83.

¹⁷⁵ Ibid., p. 78 et. seq.

responder algumas questões da própria psicologia social – quem somos, quais nossas aspirações e como devemos avaliar e julgar condutas – de maneira a modelar o padrão de comportamento e o ideário de sujeitos numa comunidade¹⁷⁶.

Os modelos de argumentação e decisão criam uma cultura, um padrão de pensamento e interpretação voltado à sociedade e que vários atores compreendem e ressignificam de acordo com suas visões de mundo. É um processo dinâmico e intersubjetivo de construção de sentido, que encontra na corte constitucional o papel maior de mediador cultural¹⁷⁷.

Nesta concepção normativa de Direito construído na interação, o institucionalismo sociológico considera que a decisão judicial nunca é isolada, interna ou autocentrada, mas um processo constitutivo e contextualizado com o sistema político¹⁷⁸. Toda esta estrutura axiológica deve ter um espelhamento na comunidade para que suas práticas possam ser compreendidas e aceitas, ainda que contrárias a certos interesses. Sendo assim, torna-se essencialmente estratégico que a jurisdição constitucional se apegue a doutrinas de proteção de direitos, da democracia, da imparcialidade e do cuidado em intervir no processo político para que não caia no descrédito social. Os juízes nunca pensam numa única decisão, mas no futuro da corte. Por isso, têm muito receio em romper comportamentos tradicionais que formam o arcabouço de sua legitimidade e respeitabilidade¹⁷⁹.

Neste ponto, alguns estudos sociológicos se opõem diretamente ao modelo atitudinal, pois rejeitam o ambiente de autonomia decisória das cortes constitucionais. Se ocuparem uma instituição sem poder ou desprestigiada, os julgadores nem poderão buscar suas preferências pessoais. Por isso, efetuam um cálculo estratégico que permite flexibilizar sua vontade pessoal em nome do interesse institucional¹⁸⁰.

Aplicando este enfoque no cenário norte-americano, Michael Mcann determina que a Suprema Corte nem manipula forças de segurança e coerção, nem interfere em questões orçamentárias. Como não dispõe de recursos materiais concretos, resta-lhe o poder das ideias e doutrinas que utiliza para resguardar sua

¹⁷⁶ Ibid., p. 78 et. seq.

¹⁷⁷ Ibid., pp. 67-68 e 89.

¹⁷⁸ CLAYTON, Cornell W., “The Supreme Court and Political Jurisprudence: New and Old Institutionalisms”, pp. 35 a 39.

¹⁷⁹ KAHN, Ronald, op. cit., pp. 175-177.

¹⁸⁰ Ibid., pp. 175-177.

legitimidade – sem a confiança e o respeito de uma pluralidade de atores, sua autoridade não seria respeitada¹⁸¹.

Este processo de formação dos juízes pela ideologia institucional incentiva o comportamento de vínculo ao precedente e aos princípios jurídicos, a menos que haja uma conjuntura de alteração da sociedade ou se a decisão se tornar defeituosa – inaplicável, desigual ou especificamente prejudicial. Uma posição ambígua, contraditória ou parcial pode minar a legitimidade da corte constitucional em quaisquer ocasiões futuras. Quanto mais se prender a argumentos técnicos e tradições hermenêuticas, menos questionável é sua conduta, descartando-se críticas de que atue como um órgão de governo ou uma agência de políticas públicas¹⁸².

Essa pressão invisível da cultura institucional promove uma autorreflexão sobre o modelo de comportamento aceitável e proibido, como o vazamento de informações para a imprensa, a ameaça de outros poderes, o constrangimento de outros colegas ou a exposição de cizânias internas.

A percepção destas tradições pelos juízes constitucionais é encarada de maneira diferente por duas correntes do institucionalismo sociológico, a teoria política positiva e o interpretativismo sociológico, que serão abordadas a seguir.

2.7

O Enfoque Sociológico da Justiça Estratégica: A Teoria Política Positiva

O Supremo Tribunal Federal – que é o **guardião** da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – **não pode renunciar** ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte **falhar** no desempenho de **gravíssima** atribuição que lhe foi outorgada, **a integridade** do sistema político, **a proteção** das liberdades públicas, **a estabilidade** do ordenamento normativo do Estado, **a segurança** das relações jurídicas e **a legitimidade** das instituições da República restarão profundamente comprometidas.

Ministro Celso de Mello¹⁸³

¹⁸¹ MCANN, Michael, op. cit., pp. 67-68.

¹⁸² EPP, Charles R. “External Pressure and the Supreme Court Agenda.” In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.) *Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches*. Chicago: University of Chicago Press, 1999, pp. 255-260.

¹⁸³ ADIN 3.685-5/DF, fls. 309.

Embora tenha pertinência para explicar o comportamento singular de julgadores, a teoria política positiva se aproxima da abordagem do sistema político ao considerar que os indivíduos encaram suas instituições numa perspectiva coletiva, como um ator estratégico que busca a manutenção, o acúmulo e a reprodução de poder. No entanto, este enfoque utilitário é incorporada à ótica sociológica ao determinar que as cortes constitucionais só podem operar com legitimidade se souberem explorar o arsenal simbólico ditado pelas expectativas sociais de comportamento.

A ação institucional das cortes sempre se depara com uma espécie de labirinto decisório, que oferece duas escolhas iniciais. Se desconsiderar aspectos culturais e concentrar sua atenção na busca por preferências, pode sofrer críticas por seu desvio ou excesso, o que ameaça sua autoridade. Por isso, é prudente que percorra uma trilha mais segura, adstrita às exigências tradicionais de sua função. Desta maneira, poderá consagrar seus interesses sem abalar sua integridade, embora possa encontrar alguns caminhos sem saída, quando o leque de opções legítimas de comportamento não oferece meios para satisfazer seus objetivos.

Um dos temas mais pesquisados pela teoria política positiva norte-americana é a relação entre o dever coletivo na Suprema Corte e o “dissent vote”. Em vários processos, o voto contrário à maioria não é publicado para que não se estremeça a confiança pública nos pressupostos que legitimam a própria decisão judicial: a neutralidade e a avaliação técnica dos casos. Se o Tribunal julga com objetividade e segundo critérios jurídicos, a posição dos julgadores deveria ser igual. Mas ainda que a unanimidade não seja possível, permanece a preocupação institucional de não expor a discordância no seio da organização.

Embora alguns juízes constitucionais acreditem que opiniões individuais abrem uma janela para a inversão da jurisprudência no futuro¹⁸⁴, não se pode desprezar que a opinião unânime da Corte garante sua legitimidade e prestígio. A

¹⁸⁴ O “justice” Antonin Scalia defende o “dissent vote” como um instrumento de reforço e legitimidade da maioria, pois demonstra que a tese vencedora de um caso apresentou rejeições isoladas. Além disso, sua publicação serve como um mecanismo de transparência dos debates e dos motivos da decisão. Porém, em alguns casos, é importante constatar que erros passados foram apontados por alguém que, com o tempo, viu sua discordância com a maioria se transformar em posição predominante que a Corte veio, finalmente, a abraçar. Ou seja, ainda que se equivoque numa ocasião, a Corte acerta em outro momento. SCALIA, Antonin, “The Dissenting Opinion.” In: *Journal of Supreme Court History*. 1994, pp. 33-44. Esta dimensão prospectiva também foi apontada pelo ministro Marco Aurélio Mello, na ADIN 2.626-7/DF, em fls. 533, ao determinar que “a minha sina é formar na minoria. E, oxalá, a minoria de ontem, a minoria de hoje, numa alternância profunda, salutar, seja a maioria de amanhã.”

publicação do dissenso é encarada como uma desobediência ou traição ao espírito de grupo, o que explica o motivo de alguns votos discordantes não serem repetidos, ainda que os casos sejam semelhantes. Grande entusiasta deste posicionamento, John Marshall defendia que a opinião consensual deveria se tornar praxe e aconselhava até uma tendência de os juízes não publicarem seu voto dissonante para manutenção da integridade da Suprema Corte¹⁸⁵. Nas palavras de outro “chief justice”, William Howard Taft:

*“I don’t approve of dissentings generally, for I think in many cases where I differ from the majority, it is important to stand by the Court and give its judgment weight than merely to record my individual dissent where it is better to have the law certain than to have it settled either way”*¹⁸⁶

Obviamente, não é correto, do ponto de vista da ética da discussão, que não se publique o dissenso¹⁸⁷. No entanto, isto não ocorre porque há uma preocupação institucional com suas metas: efetividade, coesividade e autoridade. Se não houver um grande sacrifício de convicção, melhor que se concorde com a tese majoritária para não haver desconfiança pública. A discordância não pode ser silenciada, mas também não pode ser persistente ao ponto de enfraquecer a integridade da Corte¹⁸⁸.

¹⁸⁵ O’BRIEN, Davi M. “Institutional Norms and the Supreme Court Opinions: On reconsidering the Rise of Individual Opinions” In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.). *Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches*. Chicago: University of Chicago Press, 1999, p. 91 et. seq.

¹⁸⁶ Ibid., p. 93.

¹⁸⁷ Barry Friedman estabelece que a Suprema Corte é, acima, de tudo, um órgão de debate. Sua importância não reside na decisão – esta é apenas sua obrigação legal. Sua real função é fomentar a discussão pública de temas com grande impacto na vida social. FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. Farrar, Strauss & Giroux, 2009. Até mesmo Antonin Scalia, conhecido por seu caráter conservador, reafirma o papel de fórum privilegiado de debate da Suprema Corte e, por isso, defende que os votos discordantes não devem ser silenciados, mas expostos. SCALIA, Antonin, op. cit., pp. 33-44.

¹⁸⁸ SHELTON, Charles. “The Incidence and Structure of Dissensus on a State Supreme Court”. In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.). *Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches*. Chicago: University of Chicago Press, 1999, pp. 116-132. A partir da segunda metade do século XX, estatísticas mostram um aumento na publicação de votos discordantes. No entanto, antes de apontar uma queda da preocupação institucional dos juízes, devem-se apurar alguns fatores que contribuíram para este fato: a ocupação de uma nova casa, na década de 1930, o “Templo de Mármore”, carregou uma alteração espacial com efeitos simbólicos importantes. A nova sede da Suprema Corte isolava os juízes do centro de poder, tornando-os mais interdependentes e autocentrados. Mais uma razão fundamental para o aumento do dissenso foi a indicação de juízes com tradição acadêmica de debate e tendência ideológica mais crítica. Outro motivo para o aumento dos votos discordantes é o aumento da tecnologia, que faz os votos circularem mais rapidamente, diminuindo a importância da conferência oral. Além disso, o próprio número absoluto de casos aumentou muito com a complexidade cada vez maior da sociedade. O dissenso também é favorecido pela maior deferência aos “law clerks”, assessores qualificados e especiais que traziam um bojo de experiência prática e doutrinas acadêmicas que

Embora a pesquisa jurisprudencial tenha registrado julgados em que a dissensão foi afastada em nome da autoridade institucional¹⁸⁹, há duas condições estruturais, previstas no Regimento Interno, que tornam a revelação do voto discordante uma questão obrigatória no Supremo Tribunal Federal. Como os julgamentos são públicos¹⁹⁰ e transmitidos por meios de comunicação¹⁹¹, a possibilidade de resguardo da Corte é minorada, fato ainda mais reforçado pela necessidade de publicação dos votos divergentes no acórdão decisório¹⁹².

Analizando o tema das dissensões colegiais sob a perspectiva da preocupação com a autoridade institucional na Suprema Corte, Cornell Clayton aponta que a grande inversão de sua tendência liberal-econômica veio com o governo Roosevelt, que indicou oito “justices” ao longo de seu mandato. Desde essa época, houve uma diminuição dos votos *per curiam*, desenvolvendo-se acirradas disputas entre diferentes posições ideológicas, com um consequente aumento do número de votos discordantes¹⁹³.

As eras dos “chief justices” Burger e Warren sedimentaram uma série de avanços em matérias de liberdades constitucionais e intervenção do estado na economia, causando uma postura de crítica aberta do presidente Richard Nixon e uma estratégia de Ronald Reagan em remodelar a Suprema Corte e o judiciário federal, diretamente dependentes das indicações do Executivo¹⁹⁴.

Com a ascensão de Bill Clinton à presidência, a Suprema Corte arrefeceu e ingressou num período de moderação judicial, marcado pela relutância em discutir

auxiliavam na decisão dos juízes. Na verdade, a própria estrutura geral da Suprema Corte aumentou muito, como se cada “justice” fosse um escritório-máquina de emissão de decisões. Todo este processo de complexificação conota uma diminuição de importância da abordagem estratégica racionalista, como um mecanismo rotineiro de negociação de todas as decisões. Não se pode barganhar sobre tudo – sai o debate e entra a burocracia. O’BRIEN, David M., op. cit., pp. 91-104 e 110.

¹⁸⁹ HC 71.261-4/RJ, fls. 449-453; ADIN 3.345/DF, fls. 230-235.

¹⁹⁰ RISTF: “Art. 124. As sessões serão públicas, salvo quando este Regimento determinar que sejam secretas, ou assim o deliberar o Plenário ou a Turma.”

¹⁹¹ A transparência das sessões do STF será abordada no item 2.10.2.3., *infra*.

¹⁹² RISTF: “Art. 93. As conclusões do Plenário e das Turmas, em suas decisões, constarão de acórdão, do qual fará parte a transcrição do áudio do julgamento.”; “Art. 96. Em cada julgamento a transcrição do áudio registrará o relatório, a discussão, os votos fundamentados, bem como as perguntas feitas aos advogados e suas respostas, e será juntada aos autos com o acórdão, depois de revista e rubricada.”; “Art. 98. O acórdão de julgamento em sessão secreta será lavrado pelo autor do primeiro voto vencedor, que não se mencionará, e conterà, de forma sucinta, a exposição da controvérsia, a fundamentação adotada e o dispositivo, bem como o enunciado da conclusão de voto divergente se houver.”.

¹⁹³ CLAYTON, Cornell. “Law, Politics, and the Rehnquist Court. Structural Influences on Supreme Court Decision Making.”, p. 175.

¹⁹⁴ Ibid., p. 157.

valores substantivos ou de grande repercussão¹⁹⁵. Segundo Clayton, este comportamento pode ser explicado por um instinto de autopreservação. A intensidade das decisões na era Warren e Burger e a consequente crítica dos republicanos forçou um autoexílio da Corte, que evita decisões importantes para não retornar ao centro do debate público e ter sua legitimidade questionada¹⁹⁶.

Sob a mesma ótica de preservação institucional da Suprema Corte, ressalta-se o papel assumido pelo juiz-presidente, que sempre tenta alcançar a unanimidade como um meio de aumentar a confiança na instituição. Um julgamento impopular é menos grave se a opinião for unânime, porque isto demonstra maior consenso e certeza quantos aos fundamentos decisórios.

O juiz-presidente tem uma preocupação institucional maior do que os outros colegas com a harmonia interna, a sensibilidade com a opinião pública e o alinhamento com o sistema político. Por isso, não busca apenas preferências pessoais, mas a estabilidade da Corte durante sua chefia. Além do critério de eficiência e especificidade, estudos mostram que a relatoria dos casos é distribuída de acordo com a proximidade desta noção de dever e resguardo da integridade coletiva¹⁹⁷.

Esta preocupação da presidência também foi verificada em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, seja como uma resposta às críticas da imprensa¹⁹⁸, seja como um apelo à clareza das decisões, para que não fossem mal interpretadas¹⁹⁹.

O zelo pela integridade da Corte também foi constatado nos processos em que o ministro-relator abdicou de sua prerrogativa de julgar a liminar de maneira isolada para submetê-la ao Plenário. Diante de uma questão delicada, que envolvia uma interferência mais aguda do Supremo Tribunal Federal na esfera interna do Congresso Nacional, vários ministros usaram a estratégia de afetar a questão ao colegiado, como se a instituição tivesse um peso maior para a efetividade da decisão do que a deliberação individual da relatoria²⁰⁰.

Todos estes expedientes de resguardo da autoridade das cortes constitucionais aproximam a teoria política positiva do jogo colegial, uma vez que

¹⁹⁵ Ibid., pp. 163 e 171.

¹⁹⁶ Ibid., pp. 155-153.

¹⁹⁷ DAVIS, Sue, op. cit., pp. 135-140.

¹⁹⁸ MS 25.647-8/DF, fls. 370 e 371.

¹⁹⁹ MS 20.927, fls. 183.

²⁰⁰ MS 25.647-8/DF, fls. 232 e 239; MS 26.900-MC/DF, fls. 507-517.

ambos assumem a premissa de uma ação estratégica voltada para a consagração de preferências.

No entanto, o viés sociológico da teoria política positiva também guarda semelhanças com o institucionalismo histórico ao caracterizar a jurisdição constitucional numa perspectiva mais realista, como uma mantenedora oficial e autorizada de um *status quo*. Sua função é gerar agregação sociocultural, consenso e aquiescência em torno de um projeto hegemônico que ela perpetua por meio de suas decisões²⁰¹.

No entanto, este alinhamento com coalizões dominantes de poder nunca se desenvolve no vácuo, mas dentro de uma cultura intersubjetiva de símbolos e convenções comuns, que podem ser manipuladas estrategicamente de acordo com o objetivo de diferentes atores. A obediência destas práticas institucionais pode abrir rotas de participação às minorias, que percebem o um código de valores e antecipam metas, opções e táticas a serem atingidas através da corte constitucional²⁰².

Seja na defesa de interesses hegemônicos ou minoritários, a teoria política positiva revela a capacidade de a jurisdição constitucional mediar o agonismo social. Numa espécie de mobilização do *bias*, o respeito a certos cânones de conduta autoriza a canalização de interesses dentro de processos institucionais, enquanto seu descumprimento gera exclusão ou penalizações pelo comportamento desviante²⁰³.

Estes “frames” normativos garantem um caráter mais neutro e independente da corte constitucional, o que explica a confiança de alguns atores em lhe atribuir o julgamento de demandas de alto custo. Se não houver consenso no debate público e no jogo político ordinário, a questão será delegada a esta *ultima ratio*, que colocará fim à cizânia, ainda que o desfecho incorpore o risco de eventuais prejuízos²⁰⁴.

²⁰¹ LEVI, Margaret. “Um Lógica da Mudança Institucional.” In: *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 34, nº 1, p. 83; MCANN, Michael, op. cit., pp. 88-91.

²⁰² Ibid., p. 68, 88-91.

²⁰³ GATES, John B., op. cit., p. 104; MCANN, Michael, op. cit., p. 89.

²⁰⁴ Ibid., pp. 70, 71, 83 a 87.

Assim, a corte constitucional funcionaria como uma instituição com vestes oficiais, imbuída de autoridade jurídica e ética. Seria um canal mais limpo e isento para manter privilégios ou promover e estabilizar mudanças importantes²⁰⁵.

Porém, este processo decisório sempre é precedido de uma disputa retórica em torno de definições conceituais. Esta fixação de significados segue um critério binário e excludente, do tipo sim ou não, em que a adoção de uma posição exclui necessariamente a outra, desprezando pontos de interseção e escondendo a assimetria de poder que existe entre os defensores de cada corrente. A chave do debate constitucional seria uma exploração de todas as nuances que envolvem diferentes concepções sobre comportamentos e práticas que estabelecem uma ordem de status axiológico. Como exemplo, Susan Burger cita o modo como as acepções de estado, economia, homem, mulher, família, heterossexual ou homossexual podem se refletir em leis, políticas públicas ou decisões judiciais sobre o mundo do trabalho, a segurança pública ou os diversos ramos do direito. O resultado negativo deste binarismo seria reforçar as diferenças de gênero, credo, cor da pele, origem regional, enfim, as clivagens socioculturais²⁰⁶.

Em consonância ao jogo colegial, a teoria política positiva realça o aspecto estratégico na seleção destes termos amplamente abstratos que conseguem justificar qualquer tipo de interpretação sobre um tema. No entanto, esta demarcação de significado nunca se afasta das noções de conduta legítima da instituição.

Como a ideologia recorrente na Suprema Corte dos Estados Unidos, Mcann cita a neutralidade, o respeito à legalidade, a proteção de direitos fundamentais, o apego à jurisprudência, a defesa da estabilidade política, econômica e social²⁰⁷.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também demonstrou o esmero estratégico dos ministros em defender ideologias e princípios jurídicos que

²⁰⁵ Mcann cita alguns exemplos históricos em que atuação da Suprema Corte servia como um reconhecimento oficial de mudanças importantes que já ocorriam no sistema político, como a legislação antitruste, em “US. V. E. C. Knight”, de 1895, o direito à privacidade das mulheres, em “Roe V. Wade”, de 1973, e a questão escravista, no caso “Sandford V. Dredd Scott”, de 1857 e na legislação produzida a partir de 1850, que cedia à Suprema Corte a competência para julgar casos desta natureza. Ibid., pp. 70, 71, 83 a 87.

²⁰⁶ BURGESS, Susan. “Queer New Institutionalism: Notes on the Naked Power Organ in Mainstream Constitutional Theory and Law.” In: CLAYTON, Cornell. GILLMAN, Howard. *The Supreme Court in American Politics*. Lawrence: University Press of Kansas, 1999, pp. 201-216.

²⁰⁷ MCANN, Michael, op. cit., pp. 67-68.

fundamentavam seus julgamentos e beneficiavam grupos ou instituições específicas, como a própria Corte. No entanto, esta modelagem de sentido sempre ficou adstrita à expectativa social de comportamento tradicional de uma corte constitucional, o que garantia a legitimidade de suas decisões.

Dentre estes conceitos mais utilizados e disputados pelos julgadores, destacam-se as acepções sobre a Constituição²⁰⁸, a democracia²⁰⁹, as minorias²¹⁰, os partidos políticos²¹¹, os direitos individuais²¹², o decoro parlamentar²¹³, as questões políticas²¹⁴, regimentais²¹⁵ e *interna corporis*²¹⁶, a neutralidade institucional²¹⁷, o papel e as competências do Judiciário²¹⁸, do próprio Supremo Tribunal Federal²¹⁹ e do Legislativo²²⁰.

Outra conduta reiterada na análise da Corte foi o forte apelo à jurisprudência²²¹, uma estratégia decisória que usa a legitimidade tradicional dos precedentes para justificar determinada preferência dos ministros. Embora não se concentre na dimensão cultural deste expediente, o jogo colegial se aproxima da teoria política positiva ao destacar o mesmo uso tático dos julgados pretéritos para o constrangimento coletivo.

Sob a perspectiva sociológica, os princípios jurídicos e a história jurisprudencial estão enraizadas na fundação normativa da prática institucional.

²⁰⁸ MS 26.604-0/DF, fls.345; ADIN 3.345/DF, fls.169, 183-186 e 225-227.

²⁰⁹ HC 71.193-6/SP, fls. 456; MS 24.831-9/DF, fls. 250-253; MS 26.604-0/DF, fls. 345.

²¹⁰ MS MC 25.579-0/DF, fls.549-551; MS 24.831-9/DF, fls. 255.

²¹¹ MS 26.604-0/DF, fls. 346, 410-412.

²¹² MS 24.831-9/DF, fls.404; MS 26.647-8/DF, fls. 344, 345, 389-391.

²¹³ MS 24.831-9/DF, fls.404; MS MC 25.579-0/DF, fls. 549-551.

²¹⁴ MS 25.647-8/DF, fls.389-391; MS 24.831-9/DF, fls. 256.

²¹⁵ MS 24.831-9/DF, fls. 404.

²¹⁶ MS 25.647-8/DF, fls. 391 e 396.

²¹⁷ MS 22.494-1/DF, fls. 398.

²¹⁸ Na ADIN 3.345/DF, que discutiu o critério de fixação do número de vereadores por cada município do Brasil, o ministro Sepúlveda Pertence esclarece que embora os ministros tenham se referenciado em Francisco Campos para dizer que o poder constituinte se revela dia a dia no STF, esta afirmação deveria ser contextualizada, posto que fora emanada para o resgate da autoestima da Corte, na abertura dos trabalhos sob o império de uma Constituição outorgada, a Carta Política de 1937. ADIN 3.345/DF, fls. 230.

²¹⁹ MS 25.647-8/DF, fls.389-391; MS 26.604-0/DF, fls.345; ADIN 3.345/DF, fls. 230. Na ADIN 3.345/DF, o ministro Celso de Mello, citou Konrad Hesse para concluir que ao Supremo cabe o “papel institucional” da guarda da Constituição e a função de cumprir sua força normativa, ou seja, de zelar pela concretização máxima dos ditames constitucionais. A referência do ministro-relator foi feita à seguinte publicação: HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, pp. 21-22. ADIN 3.345/DF, fls. 169, 183-186.

²²⁰ MS 20.941-1/DF, fls. 81, 82 e 107; ADIN 3.685-5/DF, fls. 313, 320-322 e 329.

²²¹ Embora presente em vários julgados, o recurso estratégico à jurisprudência ficou mais evidente nestes julgados: MS 20.941-1/DF QO; MS 26.604, fls. 312-314, 317, 406 e 407; ADIN 3.345/DF, fls. 219, 222 e 224.

No entanto, a teoria política positiva não encara este vínculo à tradição como um elemento puramente constitutivo dos juízes constitucionais, mas como limites às suas preferências. Como a ruptura destes cânones pode ocasionar críticas e retaliações do sistema político e da sociedade, estes padrões de conduta devem ser manejados estrategicamente para não causarem um abalo na autoridade da corte²²².

Outra abordagem que eleva a importância dos princípios e precedentes institucionais é o institucionalismo interpretativo, porém, num viés analítico diferente da teoria política positiva.

2.8

O Institucionalismo Interpretativo

O uso do cachimbo faz a boca torta: adotamos, por sentarmos neste Tribunal, a mania da Constituição.

Ministro Sepúlveda Pertence²²³

A abordagem estratégica na teoria da escolha racional considera que os julgadores disputam uma arena hobbesiana, num choque de potências ilimitadas, sendo a instituição uma mitigação da disputa política – “rational-choice institutionalism is preoccupied with questions relating to how judges jockey for position in potentially risky terrain”²²⁴.

Seu foco é a preferência dos juízes, o jogo de opiniões contrárias, a garantia da maioria, os estratagemas de convencimento, a efetividade da decisão e o impacto interno e externo de um posicionamento jurisprudencial. Parte-se do pressuposto de que o julgador tem um interesse, só abandonado como um mecanismo de proteção.

O institucionalismo interpretativo discorda deste enfoque ao questionar a própria pertinência de ilações táticas na busca por preferências. Para que uma ação

²²² Howard Gillman chega a afirmar que a melhor estratégia em longo prazo para manutenção da autoridade da Suprema Corte é se comportar de maneira principiológica, o que reforçaria sua base de legitimidade fundada na técnica e na neutralidade. GILLMAN, Howard. “The Court as an Idea, Not a Building (or a Game): Interpretative Institutionalism and the Analysis of Supreme Court Decision-Making”. In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.). *Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches*. Chicago: University of Chicago Press, 1999, pp. 65-74.

²²³ ADIN 2.626-7/DF, fls.517.

²²⁴ GILMAN, Howard, op. cit., p. 77.

seja considerada estratégica, parte-se do pressuposto de que um ator não comunga de uma ideia e deveria agir de modo contrário ou de que só tomou aquela atitude para ganhar algo futuramente, ou seja, porque havia uma utilidade em abdicar de seus princípios como um meio de acumulação de vantagens.

Porém, estas premissas conduzem ao questionamento fundamental que enfraquece a própria abordagem: como se pode constatar se alguém está ou não inserido numa disputa? É muito difícil mapear este processo contrapondo-se intenção verdadeira e decisão na prática, principalmente, se “estratégia” for sinônima de jogo insincero. Na verdade, qualquer conduta pode ser tática. Um juiz pode passar sua vida inteira posicionando-se contra seus princípios e isso será considerado instrumental. Omitir-se, opor-se ou decidir segundo seus valores mais íntimos ou ser sempre o voto discordante – tudo pode ser estratégico, dependendo dos objetivos do julgador. Ainda que os estudos do jogo colegial avancem numa consideração mais completa do entremeado de variáveis que influenciam o processo decisório, permanece a fragilidade de toda abordagem institucional racionalista em sempre considerar a ação como utilitária²²⁵.

Obviamente, há casos particulares de juízes isolados que atuam exclusivamente com base em seu interesse, mas essa não é a regra e nem se pode considerar que todas as suas ações sejam voltadas a um objetivo pessoal.

Enquanto a abordagem estratégica compreende os padrões refletidos numa atividade como ações racionais universais na busca de uma preferência – o que um ator faria, nessas condições e com essas limitações – o interpretativismo tenta motivar uma ação pela reconstrução do estado mental cultural que condicionou uma decisão²²⁶.

Este esforço reconstrutivo passa necessariamente pela força que os valores institucionais assumem no comportamento dos juízes. Todo o complexo de princípios, doutrinas, práticas e expectativas intrínsecas e extrínsecas que a instituição galvaniza constroem seus membros a adotarem uma conduta aceitável determinada²²⁷.

²²⁵ Ibid., pp. 65-74.

²²⁶ Ibid., p. 78 et. seq.

²²⁷ KAHN, Ronald, op. cit., pp. 185-197. Esta necessária contextualização pode revelar que convicções pessoais são alteradas pelas expectativas e responsabilidades funcionais atribuídas aos cargos judiciais. CLAYTON, Cornell; GILLMAN, Howard., op. cit., pp. 4-5.

Baseando-se nesta premissa, o interpretativismo se apropria do caráter formacional da perspectiva sociológica ao determinar que a instituição tem uma função modeladora dos juízes constitucionais.

Nesta proposta constitutiva, o interpretativismo tenta responder à questão de como os juízes conseguem incorporar diferentes preferências, metas ou concepções de seu papel na corte constitucional; de que modo as normas de regulação interna podem constrangê-los a adotar sua vontade em contraposição à noção de comportamento regular e esperado; quanto da necessidade de permanência e proteção da instituição podem influenciar sua busca por objetivos pessoais; em que medida a habitualidade é a tônica decisória em relação à atuação deliberada de estrategistas; e quanto da configuração tradicional histórica do papel da corte pode influenciar certas escolhas²²⁸.

No interpretativismo, a análise do processo pelo qual funções políticas ou agendas são rotinizadas não se esgota nos documentos formais. É preciso incluir regras, relações, procedimentos e normas de caráter informal ou costumeiro que influenciam no estado mental do agente²²⁹.

Este apego à tradição fica bastante claro no esmero com que os ministros do Supremo Tribunal Federal habitualmente se vinculam à jurisprudência. Romper com uma tendência sólida sempre exige um esforço argumentativo muito maior. Este fato é bastante curioso, tendo em vista que o vínculo ao precedente não é uma obrigação das cortes constitucionais e tem relevância menor ainda, nos sistemas romano-germânicos, como o brasileiro.

Bastante ilustrativo deste apego à jurisprudência foi o julgamento do prazo de duração das comissões parlamentares de inquérito. No *Habeas Corpus* 71.193-6/SP, os ministros Marco Aurélio Mello e Carlos Velloso defenderam um prazo máximo de cento e oitenta dias para seu funcionamento, na forma do Regimento Interno da Câmara dos Deputados²³⁰. No entanto, a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal entendeu que o limite se restringia a uma legislatura, conforme previsão da Lei nº 1.579 de 1952. Em julgamento posterior, no *Habeas Corpus* 71.261-4/RJ, que debatia a mesma temática, os ministros vencidos anteriormente fizeram questão de citar que abdicavam de sua interpretação em

²²⁸ GILLMAN, Howard, op. cit., pp. 74-79.

²²⁹ Ibid., p. 81.

²³⁰ HC 71.193-6/SP, fls. 449-453.

homenagem à posição institucional da Casa, aceitando a limitação máxima das investigações parlamentares a uma legislatura²³¹.

Além de recorrer reiteradamente às decisões do próprio Tribunal, a pesquisa evidenciou um respeito enorme a outros cânones jurídicos tradicionais, como a doutrina²³², a jurisprudência de outros países²³³ e a citação específica do posicionamento de ministros da Casa e de outras cortes superiores²³⁴.

²³¹ Nas palavras no ministro Carlos Velloso: “no precedente mencionado pelo eminente Ministro Relator, fiquei vencido. Devo, entretanto, ajustar-me com ressalva do meu ponto de vista pessoal, à jurisprudência da Casa.” Da mesma maneira, o ministro Marco Aurélio Mello transcreveu seu voto vencido, mas apontou que “A esta altura, só me resta homenagear o que decidido pelo Plenário.” HC 71.261-4/RJ, fls. 450-452.

²³² No julgamento do Mandado de Segurança 21.623-9/DF, o ministro Carlos Velloso fez ampla citação do delineamento conceitual e da aplicação prática do instituto do “impeachment” presidencial nos Estados Unidos e na Inglaterra. MS 21.623-9/DF, fls. 216 e 231. No MS 22.503-3/DF, o ministro-relator Marco Aurélio Mello citou uma série de juristas para fundamentar a inconstitucionalidade de projeto de emenda reapresentada na mesma sessão legislativa, inclusive, citando um parecer de Carmem Lúcia Rocha, que viria a tomar posse como ministra do STF em 21 de junho de 2006. MS 22.503-3/DF, fls. 526. No MS 23.454-7/DF, o ministro Marco Aurélio Mello cita dois artigos publicados em jornais, do ministro Celso de Mello, na “Folha de São Paulo” e do constitucionalista Saulo Ramos, no “Estado de São Paulo” para reforçar seu posicionamento de contenção dos poderes das comissões parlamentares de inquérito. MS 23.454-7/DF, fls. 516 e 517. No MS 24.831-9/DF, o ministro Celso de Mello faz referência aos estudos doutrinários de Nelson Sampaio e Eduardo Fortunato Bim para embasar sua posição a respeito da abertura das comissões de inquérito pelas minorias parlamentares. MS 24.831-9/DF, fls. 311 e 317. No MS 26.604-0/DF, que discutia a fidelidade partidária, o ministro Gilmar Mendes cita Hans Kelsen e Dieter Grimm para defender a importância da jurisdição constitucional no controle de entes representativos, como os partidos políticos. MS 26.604-0/DF, fls. 433.

²³³ Na Questão de Ordem decidida liminarmente no Mandado de Segurança 21.564-0/DF, o ministro Carlos Velloso citou declarações de um ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos para embasar a possibilidade de controle judicial do processo de “impeachment”, nas hipóteses de violações de direitos dos acusados: “Vale, no ponto, invocar a lição do “Justice” Hugo Black, da Suprema Corte americana, a dizer que nosso sistema constitucional – lá, como cá, ocorre o mesmo – os Tribunais são fortalezas que resistem a quaisquer tempestades, como abrigo para aqueles que, de outro modo, sofreriam por serem desamparados, fracos ou miseráveis, ou, ainda, por serem vítimas inconformadas do preconceito ou da exaltação pública.” MS MC 21.564-0/DF QO, fls. 149. Na mesma Questão de Ordem, o ministro Paulo Brossard reclamou da falta de atualização da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos na biblioteca do Supremo Tribunal Federal, para que pudessem realizar uma pesquisa comparada com maior acurácia. MS MC 21.564-0/DF QO, fls. 136. No MS 26.604-0/DF, em fls. 441-445, o ministro Gilmar Mendes cita a jurisprudência dos EUA e da Alemanha para fundamentar a possibilidade de mudança de entendimento da jurisdição constitucional. No MS 26.647-8/DF, em fls. 384-396, o ministro Joaquim Barbosa cita a jurisprudência norte-americana para embasar sua contrariedade à intervenção do STF em julgamentos legislativos.

²³⁴ No MS 24.831-9/DF, o ministro-relator Celso de Mello faz referência a votos pretéritos expostos em julgados do Supremo Tribunal Federal, do ministro Guimarães Natal, que reconhecia a possibilidade de controle do Supremo Tribunal sobre questões exclusivamente da esfera política e do ministro Octávio Gallotti, que reconhecia apenas três exigências para a instauração do inquérito parlamentar. MS 24.831-9/DF, fls. 256 e 297. O voto do ministro Guimarães Natal foi exposto no HC 8.584/DF e o do ministro Octávio Gallotti, no MS 23.418-1/DF. Além destes, tanto o ministro-relator, quanto o ministro Gilmar Mendes se basearam no voto do ministro Sepúlveda Pertence, ainda em atividade no momento do julgamento, que reconhecia o direito de as minorias abrirem uma comissão de investigação. MS 24.831-9/DF, fls. 255 e 391. O voto do ministro Sepúlveda Pertence havia sido exposto no MS 22.494-1/DF. No mesmo MS, para embasar seu posicionamento, o ministro-relator Celso de Mello cita um artigo escrito por um ex-

Sob uma ótica interpretativista, o respeito a estes padrões de comportamento institucional foi verificado em diversos casos em que o Supremo Tribunal desprezou o forte apelo midiático e a repercussão social negativa para proteger direitos de acusados em processos de “impeachment” ou de cassação de mandato por quebra de decoro parlamentar e na restrição das competências de comissões legislativas de inquérito²³⁵.

Na teoria política positiva, este vínculo à jurisprudência e aos princípios jurídicos representa apenas uma estratégia de legitimação de interesses. Embora sirva como limite à autonomia irrestrita das cortes constitucionais, a principal função do Direito e dos precedentes é vestir a decisão com uma roupagem oficial que valida preferências de um julgador ou de toda a corte.

Ao contrário desta conotação utilitária, o interpretativismo determina que o desconhecimento da cultura e da história dos órgãos judiciais torna vaga a afirmação de seu comportamento estratégico²³⁶. O pertencimento a uma instituição depende do cumprimento de obrigações ético-legais que constituem o sujeito decisório e garantem a autoridade e perpetuidade da instituição²³⁷.

Neste processo de mapeamento da ideologia associada às diretrizes de conduta, o interpretativismo avalia de que maneira as instituições reconhecem seu papel na comunidade política – sua missão – e como consideram sua inserção numa sociedade – sua função social²³⁸.

ministro da Corte, Paulo Brossard, publicado no jornal Zero Hora. MS 24.831-9/DF, fls. 288 e 289. No MS 26.604-0/DF, em fls. 293, o ministro Menezes Direito cita o ministro César Asfor Rocha, do STJ, para definir o papel dos partidos políticos. Na ADIN 3.345, o ministro-relator Celso de Mello citou artigo do ministro Teoria Albino Zavascki, do Superior Tribunal de Justiça, para defender as competências do Supremo Tribunal Federal - ZAVASCKI, Teoria Albino. “Ação Rescisória em Matéria Constitucional.” *In Revista de Direito*. Renovar, vol. 27, 153-174 e 159-165, 2003. Na época do julgamento, Teoria Savascki era ministro do STJ e tomou posse no STF em 29 de novembro de 2012. ADIN 3.345/DF, fls. 169, 183-186.

²³⁵ Estes campos temáticos serão abordados, respectivamente, nos itens 3.2., 3.5. e 3.4., *infra*.

²³⁶ BYBBE, Keith, op. cit., pp. 219-222.

²³⁷ Gillman chega a afirmar que a melhor estratégia a longo prazo para manutenção da autoridade da Suprema Corte não é se comportar estrategicamente, mas de maneira principiologicamente, o que reforçaria sua base de legitimidade fundada na técnica e na neutralidade. GILLMAN, Howard, op. cit., pp. 65-74.

²³⁸ *Ibid.*, pp. 83-84.

2.8.1

Missão Institucional e Função Social

O Supremo Tribunal Federal, guardião da intangibilidade da Lei Fundamental do Estado, órgão de cúpula do Poder Judiciário, **que não compactua com ilegalidades** e nem transige com eventuais desrespeitos à ordem jurídica estabelecida, é chamado a exercer, nesta causa, que exterioriza situação de litigiosidade político institucional entre dois poderes da República, uma de suas atribuições mais expressivas, consistente no concreto desempenho de irrecusável função arbitral.

Ministro Celso de Mello²³⁹

O que forma a identidade de uma instituição é sua missão, ou seja, a busca por objetivos comuns. Para persegui-los, um grupo determinado desenvolve o sentido de empresa, de como deve apurar sua rotina moral para cumprir seu dever. O interpretativismo sociológico atua na definição destas estruturas culturais que dão sentido à ação dos juízes e da própria organização. O estudo destes efeitos no processo decisório consegue esclarecer até onde os atores são influenciados pela missão institucional, no ato habitual e ritual de agir a seu serviço²⁴⁰.

A combinação de uma missão identificável com um conjunto de atributos torna possível identificar um conceito de afiliação. Se o jogo estratégico é comum a todas as instituições, o aspecto diferencial são os atores, que se autorreconhecem como um grupo trabalhando unido para promover metas e funções sociais específicas²⁴¹.

Os afiliados devem se preocupar com esta missão, mantendo a legitimidade institucional, além de adaptá-la a diferentes contextos. O altruísmo de se mudar o voto para manter a legitimidade da corte não deve ser confundido com uma ação estratégica, mas com a percepção de salvaguarda da instituição²⁴². Este senso de comprometimento pode até estabelecer uma união maior em alguns casos, ainda que isto cause um sacrifício de convicção²⁴³.

²³⁹ MS 21.623-9/DF.

²⁴⁰ Ibid., pp. 78-79.

²⁴¹ Ibid., pp. 78-80.

²⁴² No HC 71.261-4/RJ, em fls. 450-452, os ministros Marco Aurélio Mello e Carlos Velloso demonstraram um comportamento abnegado ao renunciarem de sua interpretação para sufragar a tese da maioria colegial.

²⁴³ Como exemplos, Gillman cita decisões com unanimidade “forçada” da Suprema Corte para resguardo de sua autoridade moral nos casos de “Dredd Scott v. Sandford” (declarando-se incompetente para julgar certa espécie de casos relativos à escravidão negra, em 1857), “Brown v. Board of Education of Topeka” (contra a segregação racial em escolas, em 1954), “Cooper v. Aaron” (também contra a segregação racial, em 1958), “Furman v. Georgia” (limitando as penas capitais, 1972) e “U. S. v. Nixon” (negando imunidade presidencial em processos judiciais, em

A análise da missão institucional contraposta a todo o sistema político revela o conceito de função social. Nesta perspectiva panorâmica, pergunta-se qual é o papel exercido por uma instituição na sociedade, para que serve e por que ela é importante para a vida comunitária.

A atribuição de uma função social às cortes é extremamente relevante para definir suas preocupações, agendas, metas políticas, o quanto serão cobrados e se, realmente, são importantes ou exitosas para a sociedade na medida em que cumpram ou não seu papel²⁴⁴. É essencial situá-las no cenário mais amplo e complexo de toda a comunidade, pois um projeto político-institucional só pode existir com o suporte de atores que lhe delegam competências e cobram sua efetividade²⁴⁵.

Numa perspectiva funcional, pouco importa quem ocupa uma posição – a relevância não está no indivíduo, mas o que a instituição representa e deve fazer no contexto do sistema político em que se movimenta. Esse enfoque ajuda a elucidar as formas de participação numa rotina, as experiências de dever e obrigação profissional, sentido compartilhado e as preocupações com a manutenção corporativa de autoridade e legitimidade. A reputação das cortes se relaciona mais com sua garantia de longevidade do que com uma decisão pontual²⁴⁶.

Diversos julgados da análise jurisprudencial demonstraram esta preocupação em se definir uma tendência decisória com base no papel que deveria ser desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no sistema político, o que a perspectiva interpretativista sociológica definiria como um autorreconhecimento da missão e função institucionais²⁴⁷.

Os momentos mais elucidativos do papel institucional e das forças sociais que lhe apoiam e dão sentido são sua fundação e transformação. No ato criacional, os pressupostos ideológicos que justificam a delegação de competências ficam mais evidentes. Já nas conjunturas reformistas, é mais fácil apurar a maneira como a função social pode sofrer um ajuste contextual para se adaptar a uma nova ordem de objetivos. Somente analisando estes dois momentos é possível atribuir

1974) e “University of California v. Bakke” (protegendo ações afirmativas, em 1978). GILLMAN, Howard, op. cit., p. 78 et. seq.

²⁴⁴ Ibid., pp. 80-82.

²⁴⁵ Ibid., p. 85.

²⁴⁶ Ibid., pp. 83-84

²⁴⁷ MS 21.623-9/DF, fls. 294-296 e 341; MI 712-8/PA, fls. 587.

valor e significado à missão e função de uma corte, além de se descobrir os fundamentos reais de normas internas de votação, regras processuais e diminuição ou aumento de competências.

O estudo deste processo de nascimento ou transformação institucional une o interpretativismo sociológico à perspectiva institucional histórica, descrita a seguir.

2.9

O Institucionalismo Histórico nos Estudos Judiciais

As instituições são feitas pela história, não pelo Direito, e só perduram enquanto a história o permite.

Ministro Célio Borja²⁴⁸

O institucionalismo histórico despreza aspectos isolados e pontuais e tem o objetivo de responder perguntas bastante amplas e genéricas, com um caráter fortemente substantivo (e pretensioso)²⁴⁹. A análise do percurso no tempo aponta sequências e transformações, identificando um momento crítico inicial e uma fronteira irretornável posterior, hipotetizando sobre efeitos combinados e relações de causalidade entre instituições e processos. Deve-se desenhar um caminho consequencial, uma causalidade histórica que só pode ser vista num contexto mais amplo, em que a configuração institucional é relacionada com as condições que o sistema sócio-político oferecia para uma redefinição de seu desenho estrutural e funcional²⁵⁰.

Há sempre três objetos que permeiam toda pesquisa institucional histórica: a configuração organizacional, os longos processos e conjunturas críticas que

²⁴⁸ MS 21.360-4/DF, fls. 687.

²⁴⁹ Como exemplos de “grandes perguntas”: por que alguns países desenvolveram um amplo sistema público de saúde e outros só possuem um sistema de seguro de saúde fraco e fragmentado? Ou ainda: por que o movimento sindical é tão fraco nos EUA em comparação com outras potências industrializadas? PIERSON, Paul; SKOCPOL, Theda. “Historical Institutionalism in Contemporary Political Science.” In: KATNELSON, Ira; MILNER, Helen V..(ORG.) *Political Science: state of the discipline*. NY, Washington DC: Norton and APSA, 2002, pp. 3-7.

²⁵⁰ Ibid., pp. 3-7 e 18.

provocam uma aceleração do tempo e o contexto geral das transformações no jogo de interações entre instituições²⁵¹.

Como estratégias de estudo, recorre-se a fontes primárias ou secundárias, análise comparativa, macrocontexto, interpretação sugestiva, definição de termos gerais que formam modelos de análise e a integração com outras abordagens racionalistas ou sociológicas, como o enfoque no jogo entre poderes e o estudo das formas simbólicas²⁵².

Tanto a abordagem histórica quanto a sociológica compartilham um viés constitutivo, pois a instituição não se restringe a constranger seus atores ou canalizar seus interesses, mas também prescrevem restrições, afirmam legitimidade e criam comportamentos e ideias²⁵³. Os juízes não forçam suas preferências contra as cortes, mas formam suas convicções e agem de acordo com o peso de condicionantes institucionais²⁵⁴.

Este caráter formacional aponta algumas premissas comuns a ambos os enfoques: tribunais não se consideram invulneráveis a pressões exógenas; os julgadores não buscam apenas suas políticas públicas pessoais; o respeito ao precedente e às normas institucionais é uma questão central para manutenção da legitimidade; as cortes devem ter um canal aberto para reinterpretar seus princípios e papéis no contexto de uma sociedade em mudança²⁵⁵.

No entanto, a teoria institucional histórica suspeita de justificações funcionais, que estudam organizações pela sua capacidade de resolver problemas e executar determinadas tarefas, como é próprio da abordagem sociológica. Olhar o desdobramento de fatores causais ao longo do tempo aponta as falácias do funcionalismo, pois este viés analítico só possui acurácia em retratos isolados e não consegue explicar porque uma instituição permanece, assume novas competências e quais grupos beneficiários desta transformação lhe dão suporte²⁵⁶.

²⁵¹ Ibid., p. 2. Segundo Sven Steinmo, assim como o biólogo deve observar uma planta ou um animal relacionando-o com todo o ecossistema, o institucionalismo histórico deve abordar uma instituição no contexto de todo o sistema político. STEINMO, Sven, op. cit., p. 166.

²⁵² PIERSON, Paul; SKOCPOL, Theda, op. cit., p. 3.

²⁵³ Ronald Kahn mostra a preocupação de a Suprema Corte ter um dever, uma missão institucional de manutenção dos direitos sem impor quais devem ser a convicções pessoais dos indivíduos. Ibid., pp. 179-182.

²⁵⁴ Ibid., p. 12.

²⁵⁵ KAHN, Ronald., op. cit., pp. 177-178.

²⁵⁶ PIERSON, Paul; SKOCPOL, Theda, op. cit., pp. 14 e 15.

A identificação desta base social que ampara decisões preserva o caráter realista típico dos estudos da escolha racional, promovendo uma aproximação com o institucionalismo histórico. Em ambas as concepções, a função judicial é despida de seu caráter neutro, técnico ou altruísta.

Embora preserve o tom realista, a abordagem histórica critica a teoria da escolha racional ao determinar que a formatação institucional e interinstitucional é resultado da interação entre forças assimétricas e com diferentes graus de poder e acesso a recursos, e não um equilíbrio natural entre atores em conflito²⁵⁷. As cortes agem escoradas em grupos sociais e somente a conjuntura histórica pode informar o real panorama motivacional de suas decisões²⁵⁸.

Nos Estados Unidos, a importância desta contextualização empreende uma análise paralela, que busca as mudanças na sociedade como um meio de explicar a ação da Suprema Corte de maneira mais clara e completa. Seu comportamento é um resultado do processo que criou o suporte institucional de alguns setores sociais organizados e não o efeito de um ambiente autônomo. Sem este amparo, suas deliberações não seriam respeitadas, nem cumpridas.

Comprovando esta tese, Robert Dahl realizou um estudo empírico demonstrando que em raros momentos a Suprema Corte dos Estados Unidos contrariou a coalizão política nacional²⁵⁹. Mark Tushnet reafirmou este fato ao determinar que o processo de indicação dos “justices” – sugestão presidencial, sabatina senatorial e ocupação da vaga – assegura uma transitividade entre escolha do Executivo, aceitação legislativa e decisão da Suprema Corte, conforme a vontade majoritária expressa pelos outros Poderes. Em ambos os autores, constata-se a importância de identificar os beneficiários que apoiam a Corte como um meio de explicar seu comportamento²⁶⁰.

Em seu livro “The Supreme Court and the American Elite”, Lucas A. Powe Jr. integra a Suprema Corte a um contexto político abrangente e aponta que nos momentos em que foi mais ativa, estava operando de acordo com uma coalizão de poderes. Fundada em doutrinas jurídicas que defendem seu interesse, grupos políticos dominantes forçaram a Suprema Corte a empregar o “judicial review” de

²⁵⁷ Ibid., pp. 13 e 14.

²⁵⁸ KAHN, Ronald, op. cit., pp. 179-182.

²⁵⁹ DAHL, Robert. “Decision Making in a Democracy: the Supreme Court as A National Policy-Maker”.

²⁶⁰ TUSHNET, Mark. *Why the Constitution Matters?*, p. 106 et. seq.

forma enérgica. Powe seleciona apenas alguns casos mais substantivos, dando pouca atenção aos julgadores. Seu objetivo não é explicar mudanças teóricas, mas definir o comportamento da instituição como um ator governamental. Numa análise contextual, conseguiu situar a Corte como um agente que molda a história, mas também é um instrumento de outras forças sociais, menosprezando-se seu papel ascético de tribunal neutro. Os juízes se agarram a problemas complexos, representam facções ideológicas, interagem e são definidos por grupos de interesse. O principal desafio de sua pesquisa é entender como ações judiciais corajosas acham e escoram-se numa demanda social. A interpretação de julgamentos criativos e o desenvolvimento de teorias e doutrinas devem ser interpretados como um meio de cooperação com diferentes e poderosos aliados²⁶¹.

Com a mesma perspectiva histórica, Robert G. McCloskey desenhou a Suprema Corte como uma instituição de governo cautelosa, que se equilibra em diferentes interesses políticos para garantir suporte a sua missão de continuar a construir o edifício constitucional delineado pelos pais fundadores²⁶².

Para desvendar o processo de acumulação de poder e capacidade efetiva de cumprimento das decisões da Suprema Corte, Mark Graber estudou o processo de formação do “judicial review” nos Estados Unidos. Em suas origens, a competência de revisão judicial de atos executivos e legislativos não cumpria um objetivo de proteção das minorias, nem da vontade majoritária. Na verdade, servia como um instrumento de facções que ocupavam parcialmente posições estatais e que usavam a Suprema Corte para ampliar seu poder numa dimensão nacional²⁶³.

Para comprovar seu argumento, Graber retoma as condições da decisão do caso “Marbury V. Madison”, no início do século XIX. Embora seja tradicionalmente descrita como um marco inaugural do controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário, seus estudos questionam tanto a originalidade quanto a aceitação pacífica deste precedente.

²⁶¹ POWE JR., Lucas A. *The Supreme Court and the American Elite, 1789–2008*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. Para uma leitura crítica desta obra: WHITINGTON, Keith E. “The Supreme Court in Politics”. In: *Reviews in American History* 39.(2011), p. 632 et seq.

²⁶² MCCLOSKEY, Robert G. *The American Supreme Court*. 4ªed., revisada por Sanford Levinson. Chicago: University of Chicago Press, 2004, p. 247 et. seq..

²⁶³ GRABER, Mark. “The Problematic Establishment of Judicial Review.” In: CLAYTON, Cornell. GILLMAN, Howard. *The Supreme Court in American Politics*. Lawrence: University Press of Kansas, 1999, p. 29.

A rigor, a prática do “judicial review” já existia na tradição jurisprudencial norte-americana do século XVIII, fato reforçado com a edição do “Judiciary Act”, de 1789, que reconhecia a competência judicial para anulação de leis federais e estaduais. Neste período, as forças políticas não anteciparam uma ameaça no uso deste poder contra atos estatais²⁶⁴.

Isto só ficou evidente com algumas decisões que conspiravam para uma concentração de poder nas instituições nacionais, desagradando o Partido Democrata-Republicano. O Congresso começou a questionar o “judicial review” e o crescimento de poder da justiça federal e da Suprema Corte, protegendo a posição dos Estados. Esta conjuntura se tornou mais aguda com a ascensão de Thomas Jefferson à presidência, em 1801, que também comungava de um projeto político mais centrífugo para o país²⁶⁵.

Neste período, o secretário de Estado de Jefferson, James Madison, rejeitou a indicação de William Marbury ao cargo de juiz federal, feita anteriormente, durante o mandato do presidente John Adams. Este ato revogatório motivou um questionamento à Suprema Corte. Em 1803, o “chief justice” John Marshall assumiu a redação da decisão de “Marbury V. Madison” e afirmou que o Judiciário era a instituição competente para revisão de atos estatais contrários à Constituição de 1787²⁶⁶.

No entanto, Graber afirma que o balanço decisório não demonstrou um poder efetivo da Suprema Corte, que meramente reproduziu uma doutrina praticada na tradição jurisprudencial norte-americana e ainda atuou com extrema cautela ao não contrariar os interesses de Jefferson, pois reconheceu a

²⁶⁴ Reminiscências do emprego do “judicial review” já eram constatadas na jurisprudência dos EUA e da Inglaterra, além da entusiástica defesa de Alexander Hamilton no artigo nº 78 do livro “O Federalista”, muito antes da decisão de “Marbury V. Madison”, em 1803. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James, op. cit., artigo nº 78; GRABER, Mark, op. cit., p. 35; KRAMER, Larry. “An Act to Stablish the Judicial Courts of the United States”, Biblioteca do Congresso Norte-Americano, <http://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=001/llsl001.db&recNum=196>, acesso em 24 de setembro de 2013.

²⁶⁵ GRABER, Mark. “The Problematic Establishment of Judicial Review” In: CLAYTON, Cornell. GILLMAN, Howard. *The Supreme Court in American Politics*. Lawrence: University Press of Kansas, 1999, pp. 31-33. Para um estudo do projeto constitucional de Thomas Jefferson: BENTES, Fernando. *A Separação de Poderes da Revolução Americana à Constituição dos Estados Unidos: O Debate entre os Projetos Constitucionais de Jefferson, Madison e Hamilton*. Rio de Janeiro, 2006. Dissertação (Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional) – Programa de Pós-graduação em Direito, Departamento de Direito, Puc-Rio, disponível em <http://www.dominionpublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077014.pdf>, acesso em 15 de janeiro de 2012.

²⁶⁶ GRABER, Mark, op. cit., pp. 31-33.

constitucionalidade do ato de seu governo em nomear outra pessoa para a vaga de juiz federal²⁶⁷.

Descontente com outras decisões anteriores a seu mandato, Jefferson sempre empreendeu forte oposição à Suprema Corte, o que a obrigou a assumir uma postura de proximidade ao interesse presidencial, ainda que isto a constrangesse a interpretações contrárias a seus precedentes e próximas do “legal nonsense”, conforme opinião do próprio procurador-geral dos Estados Unidos ²⁶⁸.

Segundo Graber, as deliberações da Corte apontavam para uma tendência de defesa teórica do “judicial review” e de um projeto constitucional mais centralizador de competências, sem que isto fosse empregado na prática, por absoluta falta de condições de efetividade. Esta posição agradava ideologicamente o Partido Federalista, ao mesmo tempo que não causava um conflito institucional direto com os jeffersonianos no poder²⁶⁹.

A situação começou ser mais favorável quando o moderado James Madison se tornou presidente, em 1810. Seu interesse em implementar políticas públicas foi conciliado com a tendência da Suprema Corte à concentração de poder na esfera nacional, formando condições para o emprego do “judicial review”, sem o perigo de contestação institucional externa. Em governos democratas-republicanos ou federalistas que se seguiram a esta época, o confronto nunca deixou de existir, porém, sempre houve um mecanismo de uso do “judicial review” por forças políticas parciais que desejam universalizar suas preferências. Quando a decisão da Suprema Corte era amparada por grupos políticos, havia toda uma mobilização sociopolítica para que fosse cumprida. Quando este apoio era ausente, as decisões eram solenemente descumpridas, principalmente, pelos Estados²⁷⁰.

Tal conjuntura começa a se alterar a partir da segunda metade do século XIX, quando a competência da Suprema Corte deixou de ser contestada, embora o

²⁶⁷ Ibid., pp. 31-33.

²⁶⁸ O procurador-geral dos Estados Unidos chefia o Departamento de Justiça e aconselha o presidente do país em situações jurídico-legais. Ibid., pp.33-34.

²⁶⁹ Ibid., p. 36.

²⁷⁰ Mark Graber cita os Estados de New Jersey, Kentucky e Georgia, que desrespeitaram, respectivamente, as decisões da Suprema Corte nos casos “New Jersey V. Wilson” (1812), “Green V. Biddle” (1821) e “Worcester V. Georgia” (1832). Ibid., pp. 33.

“judicial review” tenha continuado como um instrumento de elites para implementação de um projeto constitucional determinado²⁷¹.

A importância deste mapeamento histórico também se evidencia com a emergência da litigância em direitos humanos na Suprema Corte. A instituição teve que agir reativamente à pressão, acomodando-se às novas expectativas sociais sobre seu papel²⁷².

Na segunda metade do século XIX, a história americana registrou o surgimento de grandes conglomerados econômicos que atraíram os melhores advogados do país. Estes monopólios construíram uma estrutura burocrática para planejar cenários e ações de modo amplo, com especial destaque para o lobby em arenas políticas e em litigâncias estratégicas no Judiciário. Antes restritos a bancas pequenas, os principais profissionais da área foram recrutados para defesa de teses jurídicas de interesse destas grandes corporações²⁷³.

No início do século XX, enquanto advogados iniciantes ou menos expressivos defendiam clientes individuais, mais pobres e com pouco potencial de pagamento pelos serviços, profissionais de destaque deixaram de ser empregados de grandes empresas para incorporar o processo organizacional empresarial, formando grandes escritórios²⁷⁴.

No entanto, num processo paralelo, a estruturação de poderosas firmas foi acompanhada pelo surgimento da advocacia para direitos civis, organizada em torno de interesses associativos que se aproveitaram do mesmo planejamento das grandes corporações econômicas para desenvolverem litigâncias estratégicas. Este fato só se tornou viável com a variada paisagem étnica e ideológica que passou a frequentar as faculdades de Direito. A ação destes novos advogados ativistas no Judiciário forçou uma redefinição de seu papel e expectativas sociais, formando um cenário institucional que elevou a Suprema Corte ao mesmo patamar dos demais Poderes. Foi justamente a multiplicação de processos trazida pelas demandas de minorias políticas organizadas que provocou um reajustamento da distribuição de poder do sistema político²⁷⁵.

²⁷¹ Ibid., pp. 39-41.

²⁷² EPP, Charles R., op. cit., pp. 261-278.

²⁷³ Ibid., pp. 263.

²⁷⁴ Ibid., pp. 263-278.

²⁷⁵ Até o “Solicitor General” começou a ser objeto de pressão e teve de redefinir seu papel político, quando as instâncias inferiores não contemplavam os interesses corporativos ou associativos. Ibid., pp. 261-278.

Com um horizonte histórico bem mais recente, algumas análises sintonizam o protagonismo do Supremo Tribunal Federal na mesma conjuntura de aliança com forças políticas importantes.

Diante de uma Constituição Federal de forte caráter estatista, que previa diversos instrumentos de intervenção econômica e proteção de direitos sociais, uma coalizão que alinhava o Executivo e o Legislativo empreendeu uma série de reformas a partir de meados da década de 1990, como a flexibilização do monopólio de exploração do petróleo, a privatização de empresas e a alteração de benefícios previdenciários²⁷⁶.

Contrariamente a esta guinada liberal-econômica que mudava o perfil da Constituição de 1988, diversos atores provocaram a manifestação do Supremo, que permaneceu fiel às instituições majoritárias, numa jurisprudência que se limitava ao resguardo de direitos individuais e não interferia nas reformas estruturais, nem protegia os direitos sociais²⁷⁷. Ao se perfilhar aos demais Poderes, a Corte angariou um apoio institucional exógeno que garantia sua sobrevivência política e que se reverteu no aumento de suas competências²⁷⁸.

2.9.1

O Institucionalismo Histórico e a Transformação das Instituições

Um saudável relacionamento entre os poderes precisa trabalhar com a hipótese de que novas conformações de matérias previamente decididas podem representar aperfeiçoamento institucional, e não simplesmente afronta a decisões oriundas de outro Poder.

Ministro Gilmar Mendes

²⁷⁶ TRUBEK, David M.; COUTINHO, Diogo R.; SHAPIRO, Mario G.. “New State Activism in Brazil and the Challenge for Law”. Artigo apresentado em junho de 2012 na Harvard Law School, Institute for Global Law and Policy; KAPISZEWSKI, Diana, op. cit., p. 266-270.

²⁷⁷ BENTES, Fernando; HOFFMANN, Florian F. “Accountability for Social and Economic Rights in Brazil.” In: GAURI, Varun e BRINKS, Daniel (ORG.) *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. New York: Cambridge University Press, 2008; Id., “Judicialização dos Direitos Sociais – Uma Abordagem Empírica. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (ORG.) *Direitos Sociais. Fundamentos Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 383-417; BRINKS, Daniel M.; GAURI, Varun. “The Law’s Majestic Equality? The Distributive Impact of Judicializing Social and Economic Rights.” In: *Perspectives on Politics*, volume 12, issue 02, pp. 382-384, 386-389. KAPISZEWSKI, Diana, op. cit., p. 266-273.

²⁷⁸ Ibid., pp. 285-286. VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. In: *REVISTA DIREITO GV*, SÃO PAULO 4(2), JUL-DEZ 2008, p. 444-450. Esta amplitude se consolidou na EC nº 3 de 1993, com a incorporação da ação declaratória de constitucionalidade e na EC nº 45 de 2004, com a súmula vinculante e a fixação de sua competência recursal sobre as matérias decididas pelo CNJ. Estes temas serão abordados no item 2.10.2.

Uma das grandes preocupações do neoinstitucionalismo se refere aos momentos históricos de transição, quando há uma grande inversão no comportamento de organizações ou agências estatais²⁷⁹.

Duas dimensões auxiliam na compreensão deste contexto, a estabilidade e o poder efetivo – “enforcement”²⁸⁰. A primeira determina a permanência ao longo do tempo e a segunda, o grau de impacto de suas ações no sistema político e na sociedade. Uma reforma estrutural tanto pode abrir o caminho para um novo protagonista, como remodelar antigas instituições que mantêm suas competências, mas adaptam-se a novas demandas sociais que resultam num aumento de sua efetividade²⁸¹.

Kathleen Thelen e Wolfgang Streeck realizam um amplo trabalho de exploração dos caminhos institucionais adaptativos a um contexto de competição e alteração da sociedade. Desta pesquisa, surgem cinco padrões gerais de transformação: a) “substituição”, quando uma instituição assume o lugar, função ou papel de outra; b) “escalonamento”, quando uma instituição reordena suas tarefas, atribuindo prioridade a umas e relegando outras a uma posição secundária; c) “conversão” se a instituição assume funções completamente novas em sua agenda; d) “atrofia”, quando o ambiente sócio-político se altera com intensidade e a instituição não se encaixa numa nova sociedade ou não se atualiza corretamente, encontrando-se numa situação de deriva e encolhimento; e) “exaustão”, se há um esgotamento completo da razão de existência da instituição²⁸².

Embora concorde com esta categorização, Sven Steimo esclarece que o processo de mudança institucional não é exclusivamente exógeno, pois incorpora importantes adaptações ideológicas internas²⁸³. Num contexto de transformação da sociedade, as organizações tendem a se identificar com certos comportamentos

²⁷⁹ CAMPBELL, John. *Institutional Change and Globalization*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2004; STEINMO, Sven, op. cit., p. 167.

²⁸⁰ LEVITSKY, Steven; MURILLO, María Victoria, op. cit., p. 117.

²⁸¹ Ibid., p. 117.

²⁸² STREECK, Wolfgang; THELEN, Kathleen. *Beyond Continuity: Institutional Change in Advanced Political Economies*. NY: Oxford University Press, 2005, p. 5 et seq.

²⁸³ Steimo afirma que não se pode desprezar a capacidade de agência humana, ou seja, a força própria das instituições e de seus agentes em se transformarem. STEINMO, Sven, op. cit., p. 168. Steven Levitsky e Victoria Murillo também concordam com o modelo de Thelen-Streeck, mas reivindicam uma contextualização necessária quando aplicadas em instituições fracas, que estão inseridas num contexto de mudanças radicais e, às vezes, enveredando por caminhos marginais à lei ou de violação de procedimentos legais. Nesta conjuntura, outras instituições não possuem força ou passam por uma crise de legitimidade que não a autorizam a coibir o comportamento desviante ou antijurídico, principalmente, se escorados na opinião pública. LEVITSKY, Steven; MURILLO, María Victoria, op. cit., p. 128.

e teorias que servem de solução a problemas coletivos. Esta nova ideologia pode ter um caráter racional, emocional ou retórico, contanto que cumpra o papel de situar a instituição numa nova conjuntura²⁸⁴.

Analisando este processo de mudança, Steven Levitsky e María Victoria Murillo afirmam que modelos democráticos consolidados tiveram um lento e longo processo de evolução e adaptação das instituições, com pontos de avanço, retrocesso e acomodação. No entanto, as democracias recentes convivem com um alto grau de instabilidade e ainda que a constituição prescreva uma alta dose de atribuições às organizações oficiais, seu poder efetivo é variável e incerto²⁸⁵.

Nestes contextos, as instituições tendem a estabelecer alianças formais e informais que conferem legitimidade e auxiliam na definição de seu papel social, diminuindo-se o custo e impacto de transformações estruturais, principalmente, em relação a grupos adversários à sua atuação. Por isso, estes momentos mais abruptos têm uma fertilidade maior no estudo dos conflitos por trás da reconstrução constitucional e da intenção de grupos políticos na criação ou reformulação organizacional²⁸⁶.

Sem um processo de evolução gradativa, as democracias constitucionais recentes convivem com o drama de instituições e princípios que se esvaziam ou se transformam radicalmente. Isto pode ocorrer por uma série de motivos. Em alguns casos, existe uma pressão internacional ou uma convicção interna para importação de experiências estrangeiras sem a criação de condições materiais ou estruturais para que funcionem. Em outras hipóteses, os grupos que desenharam uma organização perdem o interesse em promovê-la ou cometem um erro de cálculo entre sua concepção original e como elas funcionam na prática, muitas vezes, pela diferença entre o modelo ideal que as motivou e o que os agentes estatais efetivamente fazem com as competências recebidas. Em verdade, um desenho institucional equivocado pode beneficiar grupos diferentes ou, até mesmo, contrários ao interesse de seus arquitetos²⁸⁷. No entanto, para Margaret Levi, esta dissociação é uma consequência natural do processo construtivo e

²⁸⁴ STEINMO, Sven, op. cit., p. 169 et seq.

²⁸⁵ LEVITSKY, Steven; MURILLO, María Victoria, op. cit., p. 128.

²⁸⁶ Na Argentina, pode-se citar a volatilidade ideológica do justicialismo peronista, que percorreu um caminho sucessivo do trabalhismo populista, do liberalismo de mercado e de justiça social, em apenas três décadas após a redemocratização. Ibid., pp. 123 e 128.

²⁸⁷ LEVITSKY, Steven; MURILLO, María Victoria, op. cit., pp. 120 e 121.

incremental de funcionamento: “Uma vez estabelecidas, as instituições têm vida própria.”²⁸⁸

De um ponto de vista panorâmico, as democracias recentes também possuem uma peculiaridade. Num contexto típico de conflito e posterior acordo constitucional, algumas facções podem ter sucesso na aprovação de uma legislação protetiva. Porém, se o sistema político ou a sociedade não reivindicam estas normas, remanescem num plano simbólico, como metas morais, sem moldarem comportamentos concretos. De qualquer modo, o que não se pode desprezar é a possibilidade de uma estratégia ínsita a este processo: uma estrutura legal ambiciosa pode ser criada para aumentar o poder de barganha de grupos sociais ou para servir base de legal de sua litigância, sem que haja condições estruturais para seu real cumprimento. Na verdade, sua previsão normativa se transforma numa agenda subsequente do país, que será consolidada depois da ocasião constituinte, por meio de leis ordinárias ou de decisões judiciais. Criam-se condições para os atores fazerem alianças e exercerem pressão pela promoção de seus direitos²⁸⁹.

Este processo de consolidação estrutural pôde ser verificado no cenário de transição entre o nazismo e a democracia na Alemanha. Na década de 1950, o Legislativo desejava conter o excesso de poder do Executivo, liderado pelo chanceler Conrad Adenauer, o que motivou o incentivo a diversos mecanismos de fortalecimento institucional da Corte Constitucional Federal, como a autonomia orçamentária, antes concentrada na esfera de atribuições do Ministério da Justiça²⁹⁰.

Em outra ocasião da mesma conjuntura, a Corte emitiu parecer contrário à constitucionalidade do Tratado de Defesa da Europa. Em retaliação, Adenauer articulou um projeto normativo de diminuição de sua competência institucional, mas recuou diante da forte pressão da mídia e da opinião pública, que reconheciam o aspecto questionável da decisão, porém, também defendiam que a

²⁸⁸ LEVI, Margaret, op. cit., pp. 91-93.

²⁸⁹ LEVITSKY, Steven; MURILLO, María Victoria, op. cit., pp. 120 et. seq. Os autores citam os como exemplos o Brasil e a África do Sul, no campo da legislação de assistência social.

²⁹⁰ VANBERG, Georg. “Establishing Judicial Review Independence in West Germany – The Impact of Opinion Leadership and the Separation of Powers.” In: *Comparative Politics*, Abril, 2000, p. 337-340.

independência judicial e a separação de poderes seriam imperativos de qualquer estado democrático, o que contou com o apoio institucional do Legislativo²⁹¹.

Embora tenha se lamentado que os parlamentares abdicassem de seu poder em favor da Corte, “o único ditador da Alemanha”, posteriormente, Adenauer conseguiu formar uma aliança majoritária no Parlamento e aprovar uma emenda constitucional que viabilizava a incorporação no sistema de defesa europeu²⁹².

Nesta conjuntura de rivalidade entre os ramos de governo e apoio da opinião pública, a Corte Constitucional Federal conseguiu construir sua função social de servir como uma segunda arena de disputa política. Como vários nichos de instituições competitivas podem acessar este canal e explorá-lo como uma segunda chance de vitória, há um acordo tácito em sua permanência²⁹³.

No contexto brasileiro, o Supremo Tribunal Federal é o órgão mais antigo do Poder Judiciário, com quase dois séculos desde a sua criação, em 1828, como Supremo Tribunal de Justiça. Se sua estabilidade é inquestionável no concerto político, seu grau de efetividade precisa ser contextualizado no momento de transição posterior à redemocratização e reconstitucionalização do país.

A Constituição Federal recém-promulgada consagrou interesses variados de grupos de pressão que atuaram intensamente no processo constituinte de 1987-1988²⁹⁴. Este caráter ambíguo e elástico do compromisso constitucional exigia uma definição complementar posterior²⁹⁵.

No entanto, a morosidade e fragmentação política do Congresso Nacional, submetido a ingerências executivas, crises internas e sobressaltos inesperados em sua agenda realçavam o perigo de se confiar exclusivamente nesta arena institucional para a consolidação ou alteração do legado constitucional²⁹⁶.

Diante deste quadro, surge uma procura maior pelo Supremo Tribunal Federal, incentivada pela natureza constitucional destas demandas e pela expansão de sua jurisdição na Lei Fundamental de 1988, que estabeleceu mecanismos de saneamento de omissões legislativas e administrativas, aumentou as espécies de ações do controle de constitucionalidade abstrato e ampliou o rol de legitimados para sua propositura em comparação à ordem jurídica pregressa. Embora esta

²⁹¹ Ibid., pp. 344 e 345.

²⁹² Ibid., pp. 346.

²⁹³ Ibid., pp. 340.

²⁹⁴ KAPISZEWSKI, Diana, op. cit., pp. 278 e 279.

²⁹⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena, op. cit., p. 444; KAPISZEWSKI, Diana, op. cit., p. 266.

²⁹⁶ Ibid., pp. 265, 285-286.

expansão de competência seja contextualizada como um mecanismo responsivo à concentração de poder e às arbitrariedades praticadas pelo Executivo no período autoritário anterior, também serviu como uma alternativa possível aos diversos atores que buscavam garantir seus interesses²⁹⁷. Conforme verificado na análise jurisprudencial, em várias ocasiões, estes instrumentos que viabilizavam o exercício da jurisdição se voltaram contra os próprios legisladores constituintes ou ordinários que os haviam criado, o que comprova a imprevisibilidade de desenhos institucionais recentes²⁹⁸.

O Supremo Tribunal Federal foi explorado como um canal oficial de ajustamento concreto da Constituição Federal a diferentes projetos políticos que se rivalizavam no cenário de incerteza pós-transição. Parte da responsabilidade em distribuir poderes institucionais foi delegada a um ator cujas circunstâncias histórico-estruturais transformaram num protagonista que interveio na dinâmica de governo por meio de decisões sobre minorias, comissões parlamentares de inquérito, sistema eleitoral e partidário, definição quantitativa de vereadores, criação de municípios e fixação de competências dos três Poderes²⁹⁹.

Num momento inicial, quando a democracia constitucional ainda era frágil e recente, o Supremo foi mais prudente, seguindo uma diretriz pragmática e moderada. Refugiado em seu papel técnico, tentou não contrariar interesses de nenhum ator político importante³⁰⁰. A justificação de alguns julgamentos tímidos guiados pela consciência desta conjuntura foi amplamente referenciada no voto de diversos ministros, ao longo da pesquisa jurisprudencial³⁰¹.

Apesar desta reticência prematura, diversos interesses acorriam ao Supremo para contornar derrotas em arenas majoritárias ou revestir litigâncias eventualmente vitoriosas com toda a segurança jurídica e chancela simbólica de sua decisão. Esta provocação reiterada de atores que constitucionalizavam conflitos sócio-políticos provocou um amadurecimento paulatino de seu poder efetivo³⁰², ainda ampliado por meio de alterações constitucionais³⁰³. Neste

²⁹⁷ Ibid., pp. 265, 279-284.

²⁹⁸ LEVITSKY, Steven; MURILLO, María Victoria, op. cit., pp. 120 e 121.

²⁹⁹ KAPISZEWSKI, Diana, op. cit., pp. 268, 269, 285 e 286.

³⁰⁰ Ibid., p. 286-287.

³⁰¹ MS 20.927-5/DF, fls.174; MS 25.647-8/DF, fls. 334.

³⁰² LEVITSKY, Steven; MURILLO, María Victoria, op. cit., p. 117.

³⁰³ A ampliação destas competências será analisada no item 2.10.2., *infra*.

processo gradativo de conversão institucional³⁰⁴, a autocontenção deu lugar a deliberações mais arrojadas, culminando num reposicionamento de sua função social na ordem institucional que se verificou nos períodos derradeiros de alguns campos de análise jurisprudencial³⁰⁵.

2.10

A Abordagem Estratégica do Jogo da Separação de Poderes

É indispensável, por isso mesmo, que na relação entre direito e política e seus correspondentes atores institucionais, se leve na devida conta a necessária separação que há entre o processo para a formação da lei e o processo para interpretação e aplicação da lei já formada: aquele, pertencente ao domínio político do Parlamento e do poder de veto do Executivo, deve ser resguardado de interferências jurisdicionais indevidas, assim como esse, que pertence ao domínio judiciário, não pode ser contaminado por interferências externas de origem política.

Ministro Teoria Savascki³⁰⁶

O jogo da separação de poderes analisa a dinâmica política entre os diversos ramos de governo. Nesta abordagem, as preferências individuais de cada julgador cedem espaço à preocupação com a autoridade e a permanência de toda a coletividade institucional.

Como as repercussões de uma decisão podem afetar outros departamentos estatais, as cortes constitucionais tendem a se comportar estrategicamente, segundo um arsenal de alternativas táticas que impeçam um horizonte de enfraquecimento institucional³⁰⁷. Do mesmo modo, o executivo e o legislativo devem avaliar o custo político de contrariar ou invalidar uma determinação judicial.

A história americana registra um momento bastante elucidativo da tensão entre os poderes. Na década de 1930, nos primeiros anos de governo do presidente Franklin Roosevelt, a Suprema Corte se posicionou contra a nova legislação social, principalmente, pela atuação de um grupo de “justices” conhecido como “Four Horseman”. Isto motivou o Executivo a lançar um projeto de lei (“Court-

³⁰⁴ STREECK, Wolfgang; THELEN, op. cit., pp. 5 et. seq.

³⁰⁵ KAPISZEWSKI, Diana, op. cit., p. 294.

³⁰⁶ MS 32.033/DF, processo eletrônico, p. 145.

³⁰⁷ MURPHY, Walter. *Elements of Judicial Strategy*. Chicago: University of Chicago Press, 1964; MALTZMAN, Forrest. SPRIGGS II, Lames. WAHLBECK, Paul J., op. cit., p.48.

Packing Plan”) que trazia a possibilidade do aumento do número de juízes constitucionais e de sua aposentadoria aos setenta anos³⁰⁸.

Embora o Senado tenha rejeitado o pacote de alterações, a pressão presidencial e de várias forças sociais mobilizadas sob a sua liderança motivou uma inversão da jurisprudência, período conhecido como “switch time that saved nine”, uma alusão à mudança de postura dos “justices” moderados, os “swing voters”, sem a qual a Suprema Corte poderia perder bastante força política e efetividade³⁰⁹.

No mesmo período histórico, houve o julgamento do caso “US V. Carolene Products Company”, em 1938. Diante de forte pressão externa de Roosevelt, a Suprema Corte declarou que a Constituição não adotava nenhuma forma especial de regulação do mercado. Esta decisão foi estrategicamente elaborada para preservar a preferência pessoal dos juízes, enquanto autorizava eventuais intervenções estatais na economia, como reivindicava o Executivo³¹⁰.

Mediante novas indicações durante seu mandato, Roosevelt conseguiu inverter a maioria conservadora na Corte com a escolha de acadêmicos renomados de tendência ideológica liberal-política e grande iniciativa crítica, o que se transformou em um alinhamento com a plataforma progressista-social do governo. O manejo pragmático de princípios constitucionais, cedeu lugar aos valores como elementos centrais do debate³¹¹.

O perfil dos novos indicados somados à personalidade de Harlan F. Stone, nomeado para “chief justice”, conspirou para uma alteração radical da Corte, muito mais reflexiva e sintonizada com problemas sociais³¹². Obviamente, esta consideração de que uma mudança na composição humana alterou a substância das deliberações da Suprema Corte consagraria o modelo atitudinal, focado apenas na perspectiva individual do julgador.

No entanto, é o estudo do processo interativo de transformação institucional da Suprema Corte que elucida a maneira como seu perfil decisório pode sofrer alterações radicais. Neste caso, o enfoque da separação de poderes serviu para desvendar que a influência do Executivo despiu a invulnerabilidade da

³⁰⁸ BUSSIÈRE, Elisabeth, op. cit., pp. 158-160

³⁰⁹ Ibid., pp. 158-160.

³¹⁰ Ibid., pp. 159-160.

³¹¹ Ibid., pp. 158-160.

³¹² Ibid., pp. 158-160.

Corte à pressão externa e ainda causou a mutação de sua feição ideológico-deliberativa³¹³.

2.10.1

O Jogo de Poder entre o Legislativo e as Cortes Constitucionais

Assim que a Corte sinalizou que ia implementar uma interpretação e que ia dar efetividade a ela, em três meses o Congresso Nacional aprovou uma lei que deveria ter feito há mais de vinte anos.

Ministro Dias Toffoli³¹⁴

A abordagem do jogo entre os departamentos de governo se ramifica numa zona específica do institucionalismo norte-americano, que enfoca apenas as relações de poder que envolvem as atividades legislativa e judicial.

Sua premissa fundamental se baseia na interferência do Congresso dos Estados Unidos na dinâmica decisória da Suprema Corte, o que resulta numa série de investigações sobre o grau de impacto da vontade parlamentar e o peso desta influência em comparação aos atores específicos de cada processo judicial. Embora a jurisdição constitucional sempre incentive a formação destes “watch dogs”, que arregimentam aliados, procuram a mídia, financiam a litigância e potencializam a repercussão de um caso³¹⁵, a participação de grupos de interesse como *amicus curiae* demonstra uma fraca capacidade de determinar a decisão institucional³¹⁶.

Este comportamento se explica pelo fato de toda deliberação judicial prejudicar e beneficiar forças distintas³¹⁷. Embora algumas categorias sejam lesadas de uma forma mais incisiva, sempre haverá outros segmentos sociais satisfeitos com um posicionamento, o que garante a adesão à Corte em cada caso particular. De uma maneira geral, o apoio destas facções é extremamente

³¹³ Ibid., pp. 158-160.

³¹⁴ MS 32.033/DF, processo eletrônico, p. 169.

³¹⁵ VANBERG, Georg. “Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review.” In: *American Journal of Political Science*, Vol. 45, No. 2, April 2001, p. 355.

³¹⁶ CLARK, Tom S. “The Separation of Powers, Court Curbing, and Judicial Legitimacy.” In: *American Journal of Political Science*, Vol. 53, No. 4, October 2009, p. 973; BAUM, Lawrence; HAUSEGGER, Lori. “Inviting Congressional Action: A Study of Supreme Court Motivations in Statutory Interpretation.” In: *American Journal of Political Science*, Vol. 43, nº. 1, jan., 1999, p. 173; ZORN, Christopher J. W.; HETTINGER, Virginia A. “Signals, Models, and Congressional Overrides of the Supreme Court.” In: *Annual Meeting of the Midwest Political Science Association*, April 15-17, 1999, Chicago, IL, p. 4.

³¹⁷ SEGAL, Jeffrey; LINDQUIST Stefanie A., op. cit., p. 13.

ocasional, descontínuo, mutável e heterogêneo, o que prejudica que possam despertar a atenção estratégica dos julgadores³¹⁸.

No entanto, os atores institucionais, investidos de poder oficial são regularmente levados em consideração pela Suprema Corte, seja através das demandas do Executivo apresentadas pelo “solicitor general”, seja pela participação dos congressistas como *amicus curiae*³¹⁹.

Além da relevância que assume em casos específicos, a participação da vontade legislativa pode ser destacada como um termômetro da opinião pública. Embora os grupos de interesse não sejam relevantes em ocasiões pontuais, um apoio geral e difuso da sociedade garante a legitimidade institucional da Suprema Corte como um ator político efetivo³²⁰.

No entanto, a falta de instrumentos sólidos e precisos para aferir o humor da opinião pública faz com que se recorra ao Congresso como principal fonte de informações. Tendo em vista que os legisladores possuem responsabilidades eleitorais e preocupações periódicas com a renovação de seu mandato, toda sua estrutura e atividade conspiram para que estabeleçam canais francos e contínuos de sintonia com as demandas sociais. Esta percepção privilegiada os transforma num meio fidedigno de alimentação de dados e subsídios que compõe a equação decisória da Suprema Corte³²¹.

Estas circunstâncias de influência legislativa são confirmadas por diversas pesquisas institucionalistas que tomam a jurisprudência como objeto de estudo.

Christopher Zorn e Virginia Hettinger comprovam que a rejeição dos interesses parlamentares combinada com a presença de congressistas como *amicus curiae* demonstram alta possibilidade de descumprimento da decisão judicial³²².

Anna Harvey e Barry Friedman constataam que o número de leis invalidadas é maior quando existe uma compatibilidade ideológica entre o perfil agregado dos juízes constitucionais e o Congresso Nacional. Quando os princípios majoritários entre ambos se diferencia, a Corte se escora em questões formais para

³¹⁸ Ibid., p. 5.

³¹⁹ Ibid., p. 13.

³²⁰ CLARK, Tom S., op. cit., pp. 972-974.

³²¹ Ibid., p. 979.

³²² ZORN, Christopher J. W.; HETTINGER, Virginia A., op. cit., pp. 13-15.

rejeitar o julgamento dos casos ou decide favoravelmente aos legisladores, reconhecendo a constitucionalidade das normas³²³.

Jeffrey Segal e Stefanie Lindquist também identificaram que o exercício da jurisdição constitucional é moderado pela aproximação ou distanciamento das preferências judiciais médias em relação ao Congresso Nacional. Quanto mais esta mediana se distancia dos interesses legislativos, torna-se mais difícil que uma lei seja invalidada³²⁴.

A mesma tendência é verificada na declaração de inconstitucionalidade, que tende a diminuir quando aumentam as discussões e tentativas congressuais de limitação do poder judicial³²⁵. Ao rever sua aderência absoluta à tese atitudinal³²⁶, Segal afirma que a Corte não se preocupa tanto com as consequências imediatas de uma decisão, mas com o cenário motivacional e ideológico de todo o espectro político, principalmente, revelado pelo Congresso Nacional. Para os “justices”, o reconhecimento de sua vulnerabilidade endêmica no Legislativo é mais importante do que a retaliação num caso específico, o que revela uma preocupação com sua preservação institucional de longo prazo³²⁷.

Em análise semelhante, num universo de processos julgados de 1877 a 2006, Tom Clark constatou que a invalidação de leis pela Suprema Corte apresenta uma curva de queda um ano após a apresentação e discussão congressual de projetos normativos que restringem à competência dos juízes constitucionais, o que lhe permite concluir que o medo de evasão legislativa por uma decisão pontual não é relevante, mas sim, a percepção de um ambiente hostil e ameaçador ao seu poder³²⁸.

Todos estes trabalhos questionam severamente a autonomia absoluta dos juízes constitucionais, que devem ser encarados como atores estratégicos que só afirmam suas preferências quando a Corte está politicamente insulada de potenciais retaliações legislativas³²⁹.

³²³ O recorte foi estabelecido entre 1987 e 2000, com a avaliação de três mil setecentas e vinte e cinco leis totais. HARVEY, Anna; FRIEDMAN, Barry, op. cit., pp. 555-556.

³²⁴ SEGAL, Jeffrey; LINDQUIST Stefanie A., op. cit., pp. 12-14; ESKRIDGE, William N. Jr., op. cit., p. 404.

³²⁵ SEGAL, Jeffrey; LINDQUIST Stefanie A., op. cit., p. 4.

³²⁶ Ibid., p.4.

³²⁷ Ibid., pp. 2-4.

³²⁸ CLARK, Tom S., op. cit., p. 978-985.

³²⁹ SEGAL, Jeffrey; LINDQUIST Stefanie A., op. cit., p. 14.

No entanto, este quadro de moderação judicial envolve a possibilidade concreta de represálias congressuais, uma premissa que é minorada pela fraca incidência de tentativas de desrespeito legislativo às decisões da Suprema Corte e pela carência de iniciativas reais de limitação de seus poderes ao longo da história norte-americana³³⁰.

Numa perspectiva sociológica, existem alguns incentivos que explicam esta contenção parlamentar³³¹. A permanência de uma instituição se relaciona ao seu “fairness”, que se traduz na garantia de arranjos estáveis e úteis que compensam um grau de obediência às suas determinações³³². Se esta barganha for identificada como razoável e aceitável, a ameaça de embaraçar projetos políticos não será um motivo suficiente para tolher a competência da Corte.

Nas situações de anuência com a constitucionalidade de uma lei, a chancela judicial contribui ainda mais para a legitimidade dos interesses legislativos³³³. Obviamente, nas ocasiões de divergência, este incentivo é ausente. Porém, numa perspectiva mais longa e estrutural, o “judicial review” serve ao propósito de impedir que uma norma se desgaste em instâncias inferiores ou no debate público³³⁴. Sua função é realizar um teste que dá segurança à atividade parlamentar. O exercício do controle de constitucionalidade permite que o Congresso seja esclarecido sobre as imperfeições e consequências práticas de uma lei. O processo judicial funciona como um filtro que elucida o impacto normativo com litigantes reais e em problemas concretos, trazendo dados que podem escapar da abstração e generalidade da legislação³³⁵.

Outra conveniência funcional da Suprema Corte é a delimitação mais clara da competência legislativa. Embora uma decisão pontual possa prejudicar seus interesses, o Congresso ganha mais segurança quando suas margens de ação são fixadas, o que pode resultar até num incremento de sua atividade³³⁶.

³³⁰ ESKRIDGE, William N. Jr., op. cit., p. 416.

³³¹ ROGERS, James, op. cit., p. 97.

³³² Levi, Margaret, op. cit., pp. 85-89.

³³³ Ibid., p. 95.

³³⁴ Ibid., pp. 94 e 95.

³³⁵ Ibid., p. 87.

³³⁶ Ibid., p. 93.

Numa perspectiva diferente, Mark Graber afirma que o papel da Suprema Corte é assumir a responsabilidade por decisões que forças políticas legislativas ou executivas não poderiam tomar sem um ônus eleitoral extremado³³⁷.

Este cenário de vantagens informacionais, segurança jurídica e conveniência política constituiriam a função social da Suprema Corte, justificando sua permanência e o respeito pela sua independência³³⁸.

Em um enfoque mais realista e estratégico, limitações graves ou reiteradas à Suprema Corte seriam tão lesivas que não poderiam ser usadas, pois causariam uma discussão mais estrutural sobre a legitimidade, o funcionamento e distribuição dos poderes constitucionais. Neste panorama incerto, os custos poderiam ser expressivos, inesperados e, talvez, deletérios ao próprio Legislativo, como uma supremacia do Executivo ou a redefinição da função parlamentar numa democracia. Diante deste potencial destrutivo, as iniciativas de contenção judicial remanescem num plano simbólico, com raras ocasiões de concretização efetiva³³⁹.

No entanto, todos estes incentivos à autocontenção não são uma exclusividade do legislador. Assim como o Congresso não deve arruinar a Suprema Corte, as decisões judiciais também não podem se distanciar excessivamente do interesse de outros ramos de governo, o que se justifica tanto pelo temor de uma retaliação quanto pela dependência institucional externa para assegurar recursos orçamentários e instrumentalizar concretamente suas ordens³⁴⁰. Até mesmo quando exerce a função de proteção das minorias, a Corte teria em seu horizonte estratégico o apoio de forças políticas majoritárias³⁴¹.

Sob esta ótica interdependente, a consciência da alteridade promove uma adaptação da perspectiva julgadora, que trilha caminhos seletivos para que sua efetividade como ator político não seja prejudicada. Em algumas circunstâncias, sente-se livre para decidir; em outras, tende a se moderar para evitar retaliações.

Esta opção entre uma conduta mais expansiva ou limitada depende de ambientes estruturais e conjunturais, que mudam de acordo com diferentes

³³⁷ GRABER, Mark. "The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary." In: *Studies in American Political Development*, 7, 1993, pp. 37-38.

³³⁸ ROGERS, James, op. cit., p. 85.

³³⁹ SEGAL, Jeffrey; LINDQUIST Stefanie A., op. cit., p. 4.

³⁴⁰ FEREJOHN, John A.; KRAMER, Larry., op. cit.

³⁴¹ SEGAL, Jeffrey; LINDQUIST, Stefanie A., op. cit., pp. 12-14; ESKRIDGE, William N. Jr., op. cit., p. 404; GRABER, Mark. "The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary", pp. 37 e 39.

desenhos político-institucionais e com as circunstâncias que envolvem cada caso particular³⁴².

2.10.2

A Estrutura Institucional no Jogo de Poder entre o Legislativo e as Cortes Constitucionais

Mesmo com as contenções da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, provavelmente não haverá em nenhuma Corte Suprema do mundo um controle tão extenso sobre as deliberações do Poder Legislativo.

Ministro Sepúlveda Pertence³⁴³

A exploração dos poderes inerentes à jurisdição depende do palco estrutural que permeia o jogo de poder entre o legislativo e as cortes constitucionais³⁴⁴.

Um ambiente institucional benfazejo contamina os julgadores e garante uma atmosfera de autonomia. No entanto, uma estrutura hostil desagua numa preocupação estratégica coletiva, que tende a preservar o *status* e a permanência da corte, independente das preferências individuais de seus membros³⁴⁵. Estas diferentes condições que influenciam o perfil decisório serão analisadas a seguir.

2.10.2.1

Sistema de Governo, Modelo Partidário e Atividade Legislativa

Sob uma perspectiva mais abrangente, alguns desenhos basilares ligados ao sistema de governo, à organização partidária e à dinâmica parlamentar assumem importância fundamental na margem da atuação da corte constitucional

³⁴² HELMKE, Gretchen; STATON, Jeffrey K. “El Rompecabezas de la Política Judicial em América Latina: una Teoría sobre el Litigio, las Decisiones Judiciales y los Conflictos entre Poderes.” In: FIGUEROA, Julio Ríos; HELMKE, Gretchen. *Tribunales Constitucionales en América Latina*. Mexico: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, p. 532.

³⁴³ MS 22.503-3/DF, fls. 511.

³⁴⁴ Ibid., p. 532.

³⁴⁵ VANBERG, Georg. “Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review”, pp. 346 e 354.

e do legislativo³⁴⁶. Embora outros modelos parlamentaristas possam servir de parâmetro, as peculiaridades do sistema inglês comparadas ao presidencialismo são mais pertinentes para evidenciar o peso destas circunstâncias estruturais na dinâmica interinstitucional.

No Reino Unido, apenas duas agremiações políticas se rivalizam no processo político, o que transforma as eleições num evento decisivo para a formação do bloco coeso e majoritário que controla a arena legislativa e executiva. A combinação do parlamentarismo com o bipartidarismo cria condições para que o partido vencedor monopolize o Parlamento e forme o governo, o que torna extremamente difícil que um primeiro-ministro não consiga aprovar toda sua agenda no seio legislativo³⁴⁷. Além da ingerência na esfera parlamentar, o primeiro-ministro ainda conta com o formalismo da figura monárquica para acumular as funções de governo e de estado.

Este caráter centralizado e excludente da participação de minorias políticas configura o modelo de Westminster como uma democracia tipicamente majoritária ou uma ditadura eletiva³⁴⁸. Os vencedores das urnas concentram as principais esferas de poder, como um sistema “quem ganha, leva tudo” – tanto domina o Parlamento, como forma o Gabinete, diminuindo as margens de fiscalização e controle entre os Poderes³⁴⁹.

Tendo em vista a forte coesão entre as funções executiva e legislativa, o Judiciário não possui condições exógenas de protagonizar um papel político mais significativo. Por isso, permanece em um estado de constrangimento para declarar

³⁴⁶ SEGAL, Jeffrey. “Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts”, VANBERG, Georg. “Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review”, p. 354.

³⁴⁷ LIJPHART, Arendt. *Modelos de Democracia. Desempenho e Padrões de Governo em 36 Países*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, cap. 2, 5, 6 e 7. Patrick Atiyah ainda destaca o caráter bipartidário inglês possui uma relativa autonomia em relação aos seus constituintes e grande lealdade ao partido, diferente do modelo norte-americano em que há muitas cisões internas e disputas por recursos e cargos, com alta dependência dos políticos à vontade de seu público eleitoral. ATIYAH, Patrick S., op. cit., pp. 134-135 e 147-151. Embora as eleições de 2010 tenham testemunhado um peso maior do Partido Liberal Democrata, sua força relativa às duas agremiações políticas dominantes continua bastante modesta. De 650 legisladores na Câmara dos Comuns, o Partido Liberal Democrata elegeu apenas 57, contra 258 do Partido Trabalhista e 306 do Partido Conservador. <http://www.parliament.uk/mps-lords-and-offices/mps/>, acesso em 10 de março de 2014.

³⁴⁸ LIJPHART, Arendt, op. cit., p. 30.

³⁴⁹ Ibid., cap. 2, 5, 6 e 7. ATIYAH, Patrick S., op. cit., pp. 134-135 e 147-151.

a inconstitucionalidade dos atos de outros ramos de governo e cumpre de modo mais fiel o que as arenas majoritárias determinam³⁵⁰.

Em comparação aos modelos presidencialistas, o exercício da jurisdição é mais restrito às questões técnicas e sua margem interpretativa é minorada por um corpo altamente especializado e experiente de profissionais do “Office of Parliamentary Counsel”, um órgão do Executivo responsável por elaborar e acompanhar os projetos de lei no Parlamento. Há uma preocupação centenária do sistema inglês em coadunar a vontade do governo e do legislativo com o modo como o Direito será aplicado, o que força esta agência a antecipar possíveis conflitos, dubiedades e lacunas, redigindo leis como um catálogo fechado de regras. Esta restrição hermenêutica também é garantida porque o modelo inglês deixa boa parte da produção normativa sob os auspícios diretos do governo, que edita decretos mais detalhistas e analíticos, deixando claro o viés de sua aplicação³⁵¹.

Nessa dinâmica colaborativa entre os ramos do governo, o passado recente do Reino Unido conviveu com uma figura anômala nas tradições presidencialistas, o “lord chancellor”, membro do Parlamento, secretário de Estado no Gabinete, responsável pela Secretaria de Consultoria Parlamentar e presidente da Câmara dos Lordes e do Judiciário. No vasto rol de suas atribuições, ainda acumulava o encargo de regulamentação de profissões jurídicas, aplicação de tratados internacionais, nomeação de juízes e definição das “Kilmuir Rules”, diretrizes não legais e informais de comportamento da magistratura, como o padrão indumentário e a forma de relacionamento com a imprensa³⁵².

Geralmente, o lorde chanceler possuía formação jurídica e vida parlamentar ativa na Câmara dos Comuns, o que facilitava seu trabalho duplo de defender o interesse da magistratura no Parlamento, ao mesmo tempo em que dava a tônica de interpretação e aplicação das leis ao Judiciário³⁵³. Sua atuação tinha um papel relevante na cultura e na atuação dos juízes ingleses, pois intervia em ocasiões de ambiguidade ou conflito jurisprudencial para apaziguar e

³⁵⁰ Ibid., p. 134 e 135.

³⁵¹ Ibid., pp. 131, 134-139, 143 e 147-151, 155-158.

³⁵² Ibid., pp. 129-135.

³⁵³ Ibid., p. 132.

homogeneizar interpretações ou para propor alterações legais de ordem prático-aplicativa na esfera legislativa³⁵⁴.

Estas variadas e complexas funções do lorde chanceler garantiam uma canalização correta da vontade do governo por meio de sua atuação nos três departamentos estatais, o que diminuía as hipóteses de conflito institucional e de revelação do poder judicial³⁵⁵.

Porém, no início do século XXI, diversas alterações mudaram sensivelmente este modelo de funcionamento integrado. O constrangimento de juízes em exercer o “judicial review” foi amenizado pelo reconhecimento formal-legal da independência dos juízes e pela criação de uma Suprema Corte do Reino Unido, com funções de corte recursal e controle de constitucionalidade. A nomeação de juízes foi delegada à “Judicial Appointments Commission” e a presidência do Judiciário e da Câmara dos Lordes foram deslocadas para o “lord chief justice” e o “lord speaker”, respectivamente. Apesar de as reformas ampliarem a margem de autonomia judicial e flexibilizarem o papel do lorde chanceler em coordenar os Poderes e canalizar a vontade política dominante do eixo executivo-legislativo, seu impacto real sobre a estrutura inglesa ainda é recente e incerto³⁵⁶.

Em circunstâncias estruturais diferentes, nos países presidencialistas puros, como o Brasil e os Estados Unidos, o Executivo e o Legislativo têm competências marcadamente distintas, funcionam de modo separado e possuem canais eleitorais próprios. Embora reúna as funções de estado e de governo, a presidência da República pode se constituir sem uma maioria congressual, o que dificulta a implementação de sua agenda política e abre espaço à manifestação institucional das cortes constitucionais³⁵⁷.

Embora seu sistema político possua uma tradição bipartidária, os Estados Unidos não têm a garantia de que o interesse do governo contará com a simpatia parlamentar, a menos que o partido do presidente monopolize ambas as Casas

³⁵⁴ Ibid., p. 133 e 134.

³⁵⁵ Ibid., p. 133. O ministro Paulo Brossard fez referência a mais uma destacada função interinstitucional do Lorde Chanceler, a conduta do julgamento político por meio do “impeachment”. MS MC 21.564-0/DF QO, fls.100 e 101.

³⁵⁶ STREET, Amy. *Judicial Review and the Rule of Law. Who is in Control?* Londres: The Constitution Society, 2013. A maior parte das alterações na estrutura judicial ocorreu a partir do “Constitutional Reform Act”, em 2005.

³⁵⁷ SEGAL, Jeffrey. “Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts.”, p. 42.

Legislativas. Se o Senado, a Casa dos Representantes ou todo Congresso forem controlados pela oposição, haverá um cenário de enfrentamento com o Executivo³⁵⁸.

Nestas circunstâncias, o modelo presidencialista-bipartidário fornece um desenho institucional em que os três Poderes são mais autônomos e abre espaço para uma autonomia judicial maior. A falta de uma relação sólida entre o Executivo e o Legislativo amplia as margens de atuação ao Judiciário, fato que não ocorre no parlamentarismo inglês³⁵⁹.

Esta diferença estrutural apresenta um impacto na organização da sociedade, cuja litigância estratégica pressiona os tribunais com mais ênfase do que no Reino Unido, onde a atividade de lobistas se concentra no Legislativo e no Executivo. Segundo Patrick Atiyah, enquanto o Parlamento inglês institucionalizou o conflito social, os grupos de interesses norte-americanos delegaram esta função ao Judiciário, muito mais estável e confiável do que a incerteza política resultante das relações entre a Presidência e o Congresso³⁶⁰.

Embora guarde maior semelhança com o modelo presidencialista norte-americano, o Brasil possui um desenho institucional diferente. O sistema de eleição para a Câmara dos Deputados determina uma representação proporcional das escolhas populares, permitindo que toda a heterogeneidade social, diversidade cultural e pluralismo dos grupos de interesse possam ser incorporados ao processo político, na medida de sua expressividade nas urnas³⁶¹. Esta fórmula viabiliza que a diferenciação da sociedade possa encontrar canais adequados e legítimos de manifestação³⁶².

³⁵⁸ DAVIDSON, Roger H., op. cit., pp. 103-104; TUSHNET, Mark. *Why the Constitution Matters?*, pp. 108-112.

³⁵⁹ Em ensaio simulando um novo artigo do livro “O Federalista”, Frank Coffin tenta delinear qual seria a posição dos seus autores se escrevessem sobre a evolução da relação entre os ramos de governo norte-americanos. Como conclusão, estabelece que a atualização da obra constitucional apontaria para uma expansão imprevista do Judiciário, que acumulou muito poder em relação aos demais departamentos de governo. COFFIN, Frank M. “The Federalist number 86: On Relations Between the Judiciary and Congress.” In: *Towards Institutional Comity*. Washington D. C.: The Brooking Institute, 1988, pp. 21-23.

³⁶⁰ ATIYAH, Patrick S., op. cit., p. 139.

³⁶¹ ABRANCHES, Sérgio. “Presidencialismo de Coalizão: o Dilema Institucional Brasileiro.” *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro. vol. 31, n. 1, 1988, pp. 11-13.

³⁶² *Ibid.*, p. 12.

Uma consequência deste sistema eleitoral é o incentivo à proliferação de partidos, que se resguardam em interesses mais específicos e representam os múltiplos matizes sociais de um modo mais particularista que o bipartidarismo³⁶³.

Além de combinar a proporcionalidade com a multiplicação de agremiações políticas, o Brasil apresenta uma espécie de “presidencialismo imperial”, marcado pela relativa autonomia dos ramos de governo, com um elevado grau de concentração de poder no Executivo³⁶⁴.

No entanto, a competência do Congresso Nacional em produzir leis e emendas constitucionais que possam emperrar ou viabilizar a agenda política executiva exige que o presidente estabeleça algum grau de composição com os interesses parlamentares, o que Sérgio Abranches cunhou como um “presidencialismo de coalizão”³⁶⁵. Tendo em vista o caráter fragmentado e pluripartidário do Legislativo, não há possibilidade de coextensividade verificada no Reino Unido ou no melhor cenário apresentado no modelo norte-americano³⁶⁶.

Neste processo de coalizão com amplo espectro, existem três momentos: a aliança eleitoral, com a definição de diretivas programáticas; a formação do governo, com negociações e distribuições de cargos; e a permanência da governabilidade, que envolve a decisão anual sobre recursos orçamentários e as concessões recíprocas que devem respeitar o limite de tolerância de diferentes zonas ideológicas e preferências do presidente, dos partidos da base e de diversas regiões eleitorais de origem dos parlamentares³⁶⁷.

A viabilidade desta difícil composição política pode variar de acordo com a premissa de funcionamento institucional. Algumas pesquisas apontam que o Congresso Nacional é errático e sem liderança, com parlamentares individualistas, imprevisíveis e indisciplinados com seus partidos, o que facilita a cooptação presidencial por meio de negociações e trocas pontuais e varejistas³⁶⁸. Em comparação aos modelos norte-americano e inglês, este caráter pluripartidário cria uma estrutura de fraqueza institucional legislativa que favorece a autonomia do Supremo Tribunal Federal e reforça a perspectiva dos estudos atitudinais.

³⁶³ Ibid., p. 12.

³⁶⁴ Ibid., pp. 19 e 21.

³⁶⁵ Ibid., pp. 21 e 22.

³⁶⁶ Ibid., pp. 21 e 28.

³⁶⁷ Ibid., pp. 27-29.

³⁶⁸ AMES, Barry, op. cit., pp. 324-343; BRINKS, Daniel, op. cit., pp. 241-252; LAMOUNIER, Bolívar. “Parlamentarismo, Sistema Eleitoral e Governabilidade.” In: *Nova Economia*, 1991, vol. 2, n° 2, UFMG, pp. 9-25.

Ao contrário deste aspecto faccional, outra corrente analítica aponta que o presidente possui uma grande taxa de sucesso em aprovar sua agenda no Legislativo, principalmente, por meio de acordos com as lideranças da coalizão situacionista. Este panorama resulta de incentivos racionais aos parlamentares, que ganham mais em negociações partidárias coletivas, do que isoladamente. Além disso, um vínculo estrutural, estável e fidelizado ao governo permite um acesso privilegiado a recursos e posições, uma vantagem incerta e precária no comportamento solitário de prodigalidade particularista³⁶⁹. Nesta configuração, haveria uma coesão maior entre o Executivo e o Congresso Nacional, o que diminuiria a margem de autonomia do Supremo Tribunal Federal e o forçaria a adotar comportamentos estratégicos que preservassem seu poder de alianças governistas harmônicas.

A combinação destas diferentes perspectivas congressuais permite uma reflexão estrutural que condiciona a conduta da Corte ao grau de fidelidade da coalizão exógena. Numa conjuntura de fraqueza, haverá maior autonomia dos juízes constitucionais e uma pertinência maior do enfoque atitudinal. Porém, se o consórcio Executivo-Legislativo for mais coeso, o Supremo terá maior precaução decisória, favorecendo os estudos estratégicos.

Esta análise pode ser transposta tanto numa perspectiva mais abrangente, de uma aliança que compreende os quatro anos de mandato presidencial e de duração de uma legislatura, quanto ocasional, uma vez que alguns temas específicos podem conspirar para a convergência ou a cizânia entre o Executivo e o Congresso, em situações intermitentes de fortalecimento ou flexibilização do bloco de governo.

Numa síntese relacional, o caráter presidencialista do Brasil o aproxima ao sistema norte-americano ao promover uma independência maior dos departamentos estatais que favorece o protagonismo da jurisdição constitucional em comparação ao modelo parlamentar inglês. Na dimensão partidária, o modelo binário do Reino Unido garante um Gabinete majoritário que alinha Parlamento e Executivo, mas pode criar cenários legislativos benéficos ou nocivos à presidência

³⁶⁹ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. LIMONGI, Fernando. “Mudança Constitucional, Desempenho do Legislativo e Consolidação Institucional.” In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 1995, ano 10, nº 29, pp. 175-200; SANTOS, Fabiano. “Partidos e Comissões no Presidencialismo de Coalizão.” In: *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 45, nº 2, 2002, pp. 238-244 e 258.

nos Estados Unidos. Porém, o aspecto pluripartidário do sistema brasileiro gera uma fraqueza institucional do Congresso Nacional, o que pode contribuir ou prejudicar a autonomia decisória do Supremo, conforme os diferentes graus de capacidade de liderança e cooptação política do Executivo sobre os parlamentares.

2.10.2.2

Estrutura Sócio-Política de Incentivos, Controle de Constitucionalidade e Competências das Cortes Constitucionais

A margem de abertura da jurisdição constitucional ao acesso de uma variada gama de atores, em diversas situações e por meio de diferentes espécies processuais pode influenciar no grau de controle sobre a atividade legislativa. Se estes incentivos estruturais forem amplos, haverá condições para que qualquer ato parlamentar possa sofrer uma mobilização legal que resultará numa oportunidade para as cortes constitucionais se manifestarem sobre uma temática³⁷⁰.

Estes canais de acesso são diretamente dependentes do modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo país, que define os critérios, instrumentos e dinâmica da compatibilidade de todo o ordenamento jurídico com a constituição.

No sistema difuso, de inspiração norte-americana, todo o juiz pode invalidar uma lei ou ato normativo, dentro de sua esfera de competência. O “judicial review” sempre funciona na circunstância de um conflito concreto de interesses, gerando efeitos apenas entre as partes em litígio. Através do vínculo horizontal ao precedente, decisões passadas servem de base para julgamentos futuros, e na perspectiva vertical, as instâncias inferiores devem respeitar o posicionamento dos tribunais superiores. Na estrutura norte-americana, a Suprema Corte exerce o último grau de recurso da jurisdição constitucional e da Justiça Federal³⁷¹.

Sua atividade se divide entre o controle de constitucionalidade e de legalidade – “statutory interpretation” – quando a antinomia não se estabelece entre lei e Constituição, mas na competência ou hierarquia de normas

³⁷⁰ KAPISZEWSKI, Diana, op. cit., p. 275; VANBERG, Georg. “Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review,” p. 346.

³⁷¹ CORWIN, Edward S.. *The Doctrine of Judicial Review*. Gloucester: Peter Smith, 1963, cap. I, pp. 1-81; SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente en el common law*. Madrid: Cívitas, 1995.

infraconstitucionais, entre atos administrativos e leis ou leis estaduais e leis federais. Nestas hipóteses, ao custo de invalidação de dispositivos legais é menor, pois há mais facilidade de o Congresso mudar os termos normativos ou simplesmente aprovar outra lei. Porém, a declaração de inconstitucionalidade assume contornos mais graves, que comprometem a possibilidade de uma legislação posterior, a menos que a própria Constituição seja alterada, o que exige uma composição política ampla e difícil, tanto no Legislativo Federal, quanto nos Estados da Federação. Nesta circunstância, alguns estudos apontam que a Suprema Corte é muito mais cuidadosa no controle de constitucionalidade do que de legalidade³⁷².

No entanto, estas condições devem ser relativizadas no Brasil, pois a Constituição Federal de 1988 apresenta um processo de alteração muito mais simples do que o sistema norte-americano³⁷³, um fato ainda mais comprovado pelo número de emendas aprovadas em cada país³⁷⁴.

Numa ótica comparativa, o modelo estabelecido em 1988 diminui o impacto de uma interpretação constitucional ousada, na medida em que não é tão dificultoso para o Congresso mudar a Constituição. Por sua vez, esta facilidade de alteração também favorece que a decisão do Supremo Tribunal Federal possa ser contornada pelo legislador. Tanto a revelação do poder judicial, como a desrespeito à vontade da Corte encontram condições estruturais viáveis.

No modelo difuso brasileiro, todo órgão judicial exerce a jurisdição constitucional em sua esfera de competência. Ao Supremo Tribunal Federal cabe o julgamento em última instância por meio do recurso extraordinário, que pode ser interposto por quaisquer das partes em litígio³⁷⁵.

³⁷² ESKRIDGE, William N. Jr., op. cit.; SEGAL, Jeffrey; LINDQUIST Stefanie A., op. cit., p. 5.

³⁷³ O art. V da Constituição dos Estados Unidos determina sua alteração por dois terços do Congresso ou do Legislativo estadual, com ratificação necessária por três quartos dos Estados da Federação. No Brasil, o art. 60, § 2º, da CF prevê a discussão e votação de propostas de emenda em dois turnos, em cada Casa do Congresso, com aprovação mediante a anuência de três quintos de seus membros.

³⁷⁴ Na Constituição dos Estados Unidos há vinte e sete emendas, desde a promulgação em 1787. No Brasil, há seis Emendas Constitucionais de Revisão e oitenta e três Emendas Constitucionais desde a inauguração da nova ordem constitucional, em 1988.

³⁷⁵ CF: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.”; Lei nº 8038 de 1990; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e*

Esta circunstância determina uma franquia extremamente ampla para que diferentes grupos de interesse possam provocar a manifestação da Corte em nível recursal. Ao mesmo tempo em que a sociedade tem um largo acesso a sua jurisdição, o Supremo ganha a oportunidade de se manifestar sobre um enorme leque de assuntos, desde os mais particulares, até matérias de repercussão em todo o sistema político³⁷⁶.

Na Emenda Constitucional nº 45 de 2004, duas inovações foram agregadas ao sistema difuso brasileiro. Foi exigida repercussão geral para que o Tribunal aceitasse julgar o recurso extraordinário, numa espécie de juízo de admissibilidade das causas que lhe aportam³⁷⁷. Embora tenha causado uma redução efetiva de demandas³⁷⁸, esta exigência não abalou o poder de agenda da Corte, pois ela mesma pode decidir sobre a pertinência de aceitar ou rejeitar o exercício da jurisdição nestes casos.

A segunda alteração foi a adoção de súmulas vinculantes que tornam obrigatório o entendimento do Supremo Tribunal sobre determinados assuntos com jurisprudência consolidada³⁷⁹, um mecanismo que reforçou sua autoridade interpretativa sobre a esfera judicial e administrativa do país³⁸⁰.

Além do sistema difuso, o Brasil também adota o modelo abstrato, de tradição europeia, que apura a validade de lei ou ato normativo em tese, sem repercussões sobre um caso concreto ou conflito subjetivo³⁸¹. Apenas um restrito rol de legitimados pode promover ações diretas que provocam a jurisdição

Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Basto Editor, 1999, pp. 363-421.

³⁷⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena, op. cit., p. 444-450.

³⁷⁷ CF: “Art. 102. (...) § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”. Este dispositivo foi regulamentado pela Lei nº 11.418 de 2006, que promoveu alterações no Código de Processo Civil. BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, cap. II, I, 3.4.3.

³⁷⁸ Esta queda efetiva pode ser constatada no *I Relatório Supremo em Números – O Múltiplo Supremo*, disponível em http://supremoemnumeros.fgv.br/sites/supremoemnumeros.fgv.br/files/attachment/i_relatorio_do_supremo_em_numeros_0.pdf, acesso em 15 de março de 2013.

³⁷⁹ CF: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.” A súmula vinculante foi regulamentada pela Lei nº 11.417 de 2006.

³⁸⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena, op. cit., p. 450.

³⁸¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 150-178, 302-318.

constitucional, concentrada na competência do Supremo Tribunal Federal. Além de vincular o Judiciário e a Administração Pública federal, estadual e municipal, a decisão produz eficácia *erga omnes*, contra todos, pois o processo é objetivo, sem partes, e analisa uma norma jurídica *in abstracto*, sem detalhar os sujeitos e situações potencialmente atingidos³⁸².

Existem várias espécies de ações diretas que podem provocar a jurisdição constitucional abstrata. Enquanto a ação direta de inconstitucionalidade tem o objetivo de invalidar lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade atua em sentido oposto, para defender ou confirmar a validade de uma lei ou ato normativo federal³⁸³. A ação de descumprimento de preceito fundamental procura evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de atos do Poder Público, com possibilidade de questionar a constitucionalidade de norma municipal ou anterior à Constituição Federal de 1988³⁸⁴. A ação direta de inconstitucionalidade interventiva é provocada pelo procurador-geral da República, numa conjuntura que pode desencadear a intervenção federal nos Estados³⁸⁵.

³⁸² CF: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.” BARROSO, Luís Roberto, op. cit., pp. 145-151, 184-191; FERNANDES, André Dias. *Eficácia das Decisões do STF em ADI e ADC. Efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes*. Salvador: Jus Podium, 2009, pp. 155-162; MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 312-345; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*, pp. 423-458; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 45-81; RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil. Perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 285-294.

³⁸³ CF: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;”. Lei nº 9.868 de 1999. RISTF, art. 169-178. BARROSO, Luís Roberto, op. cit., pp. 148-234; MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., pp. 217-344.

³⁸⁴ CF: “Art.102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) §1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.” Lei nº 9.882 de 1999. MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999*. São Paulo: Instituto de Direito Público/Saraiva, 2009.

³⁸⁵ CF: “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de

À exceção da representação interventiva, todas as demais ações diretas podem ser provocadas por vários atores: o presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional³⁸⁶.

A motivação para propor as ações diretas pode variar bastante, como resultado de uma aliança conjuntural, uma circunstância política particular ou de um comportamento altruístico. No entanto, o arcabouço de legitimidade criado pela Constituição Federal identifica alguns eixos protetivos mais óbvios, como os interesses partidários, executivos, legislativos, estaduais, federais e classistas³⁸⁷. Além da abertura franqueada pelo sistema difuso, o modelo abstrato também demonstra um leque de atores variados para a propositura das ações diretas, encorpando ainda mais a estrutura sócio-política de incentivos à jurisdição constitucional³⁸⁸.

O sistema abstrato ainda prevê a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pertinente a solucionar situações em que a Constituição Federal prevê a necessidade de uma produção normativa regulamentadora para dotar seu comando de efetividade. O mandado de injunção serve ao mesmo propósito, porém, é um instrumento do controle difuso, à disposição de qualquer prejudicado por ausência

transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (...) Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: (...) III de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.”. BARROSO, Luís Roberto, op. cit., cap. IV, II; LEITE, Fábio Carvalho. “ADIN e ADC, e a ambivalência possível: uma proposta” In: *Revista de Direito do Estado – RDE*, vol. 10, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 67-99.

³⁸⁶ CF: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

³⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., pp. 151-162; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*, pp. 254-258; VIEIRA, Oscar Vilhena, op. cit., pp. 447-450.

³⁸⁸ KAPISZEWSKI, Diana, op. cit., pp. 265, 279-284.

ou inércia na elaboração de norma concretizadora de direitos constitucionalmente assegurados³⁸⁹.

Como várias hipóteses de normatização regulamentadora dependem de uma atividade legislativa federal, em muitos mandados de injunção o Supremo assume a competência decisória. Sendo assim, as omissões inconstitucionais criam uma conjuntura de abertura a vários atores que podem provocar a jurisdição constitucional por meio de duas ações distintas, com grande concentração na esfera de poder da Corte.

O Supremo Tribunal ainda possui outras competências originárias que lhe permitem uma ascensão interventiva contra o Executivo, o Legislativo e o próprio Judiciário, como o julgamento de autoridades por crimes comuns e de responsabilidade³⁹⁰; no resguardo de interesses da magistratura³⁹¹; nos conflitos de competência entre tribunais judiciais³⁹² e entre os entes federativos³⁹³; na resolução de ações propostas contra os Conselhos Nacionais responsáveis pela fiscalização administrativa e financeira da Justiça e do Ministério Público³⁹⁴; e na defesa de direitos individuais, em ameaças ou violações sofridas ou praticadas por membros dos três Poderes³⁹⁵.

No exercício destas competências, duas ações assumem uma importância maior, o *habeas corpus*, pertinente a coibir restrições abusivas ou ilegais à liberdade de locomoção e o mandado de segurança, destinado à proteção de qualquer direito líquido e certo³⁹⁶.

³⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., cap. II, parte III, cap. III, parte IV; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Mandado de Injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência”. *BDA* (São Paulo), v. 7, p. 792-807, 2007.

³⁹⁰ CF, art. 102, I, “b” e “c”.

³⁹¹ CF, art. 102, I, “n”.

³⁹² CF, art. 102, I, “o”.

³⁹³ CF, art. 102, I, “f”.

³⁹⁴ CF, art. 102, I, “r”.

³⁹⁵ CF, art. 102, I, “d” e “i” e art. 102, II, “a”.

³⁹⁶ O *habeas corpus* é previsto na CF: “Art. 5º (...) LXVIII - conceder-se-á “habeas-corpus” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. O *I Relatório Supremo em Números – O Múltiplo Supremo*, disponível em http://supremoemnumeros.fgv.br/sites/supremoemnumeros.fgv.br/files/attachment/i_relatorio_do_supremo_em_numeros_0.pdf, pp.15-18, acesso em 15 de março de 2013, confirma o grande uso desta espécie processual no STF. O mandado de segurança é disciplinado Lei nº 12.016 de 2012 e previsto na CF: “Art. 5º (...) LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

De modo específico, restringindo a análise à relação entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, apenas algumas intervenções franqueadas pela estrutura constitucional mereceram destaque na pesquisa jurisprudencial: o recurso extraordinário, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o *habeas corpus* e o mandado de segurança.

Todo este quadro apresenta uma grande estrutura sociopolítica de incentivo à provocação do Supremo Tribunal Federal por meio dos indivíduos ou coletividades que buscam o sistema difuso, pelas autoridades, associações e instituições que podem propor ações diretas e pelas várias possibilidades de espécies processuais, que podem ser utilizadas para provocar a jurisdição da Corte³⁹⁷.

A convivência paralela dos sistemas difuso e abstrato, o extenso rol de competências e o acesso de variados atores criam condições para que o Supremo Tribunal Federal possa se manifestar sobre todo tipo de conflito social que lhe ocorre.

2.10.2.3

A Transparência Decisória

Segundo Georg Vanberg, nos países que percorreram uma longa trajetória de amadurecimento democrático, as cortes constitucionais têm elevado reconhecimento institucional e gozam de grande credibilidade pública. Por isso, o

³⁹⁷ BRINKS, Daniel, op. cit., pp. 237 e 237. A CF prevê a legitimidade de nove espécies de atores para a proposição de ações diretas ao STF: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.” O *I Relatório Supremo em Números – O Múltiplo Supremo* rastreou cinquenta e duas classes processuais para acionar o STF, com trinta e seis destas “portas de entrada” ainda ativas desde 2007, a maior parte das quais relacionadas à jurisdição constitucional. Disponível em http://supremoemnumeros.fgv.br/sites/supremoemnumeros.fgv.br/files/attachment/i_relatorio_do_supremo_em_numeros_0.pdf, pp.15-18, acesso em 15 de março de 2013. Segundo este estudo, das “grandes cortes judiciais do mundo ocidental, o Supremo é provavelmente a que oferece a maior multiplicidade de acesso”, p. 18.

legislativo não pode rejeitar suas decisões sem sofrer o risco de sérias ameaças eleitorais³⁹⁸.

No entanto, a efetividade da jurisdição constitucional depende de condições para que a sociedade possa conhecer os julgamentos das cortes e acompanhar a obediência parlamentar. Uma temática mais simples e popular, com reflexões diretas sobre a vida e o cotidiano, pode facilitar o entendimento, a publicidade e o consequente engajamento de grupos de interesses no apoio às decisões, como as questões ligadas à área penal. Já os assuntos de cognição complexa ou com repercussões transversais ao cotidiano, como matérias orçamentárias, tributárias ou de regulação econômica, diminuem a margem de compreensão e transparência do debate. Nestas situações, é mais difícil angariar apoio social suficiente às cortes³⁹⁹.

Porém, a influência mais decisiva sobre a efetividade da jurisdição constitucional é a transparência do modelo institucional, que permite a publicidade das decisões dos tribunais e a consequente monitoração parlamentar⁴⁰⁰. Na Corte Constitucional Federal da Alemanha, a prática de argumentação oral nos julgamentos se restringe a poucos casos de grande significado. Porém, nestas ocasiões, a manifestação dos juízes é gravada e transmitida pelo noticiário em rede nacional, o que viabiliza um eco para o debate e promove a organização de grupos que vigiam o comportamento legislativo⁴⁰¹.

No Brasil, esta transparência assume dimensões bem maiores, pois as sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal são públicas e transmitidas ao vivo, para todo o país, por diversos órgãos da mídia e pelo sistema de comunicação oficial que integra a estrutura da Corte, composto por emissoras de televisão – a “TV Justiça”⁴⁰² – e de rádio – “Rádio Justiça”⁴⁰³.

Além destes meios, o Tribunal ainda dispõe de um endereço eletrônico que disponibiliza programas, julgados passados e transmissões ao vivo de suas

³⁹⁸ VANBERG, Georg. “Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review.”, p. 347.

³⁹⁹ Ibid., p. 355.

⁴⁰⁰ Ibid., pp. 347 e 355.

⁴⁰¹ Ibid., p. 355.

⁴⁰² Endereço eletrônico: <http://www.tvjustica.jus.br/>

⁴⁰³ Endereço eletrônico: <http://www.radiojustica.jus.br/exibirHome!init.action>

sessões⁴⁰⁴ e ainda compartilha um espaço oficial diário de informações nas emissoras de rádio⁴⁰⁵.

Embora reconheça que nem sempre a opinião pública concorde com a corte constitucional, Vanberg assume que seu papel nas democracias consolidadas é reconhecido como uma garantia de neutralidade e isenção no julgamento de questões políticas, além de respeito à constituição e aos direitos fundamentais. A regra é que suas decisões gozem de um amparo social que pode ser determinante para impedir o desrespeito legislativo⁴⁰⁶.

No entanto, é necessária uma contextualização maior na aplicação de suas reflexões em países de democracia recente, que ainda não fixaram totalmente o papel das instituições, como o Brasil. A análise jurisprudencial constatou uma elevada contestação pública às tendências de julgamento do Supremo Tribunal Federal, vocalizada principalmente por meio da mídia e referenciada largamente pelos ministros em processos de vários campos analíticos⁴⁰⁷.

Sendo assim, o grau de transparência das ações do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional deve assumir um duplo sentido de apoio ou rejeição do comportamento de ambos os Poderes, e não apenas de uma chancela irrestrita à jurisdição constitucional.

2.10.2.4

A Independência dos Juízes Constitucionais

Outra circunstância estrutural importante na relação entre poderes é o grau de independência das cortes constitucionais⁴⁰⁸. Tanto nos Estados Unidos, quanto no Brasil, esta margem de liberdade decisória convive com a ameaça de restrição do Congresso Nacional, que pode reduzir o âmbito de jurisdição das Cortes, limitar verbas orçamentárias, punir os juízes constitucionais por crimes de

⁴⁰⁴ Endereço eletrônico: <http://www.youtube.com/user/STF>

⁴⁰⁵ Lei 4.117/62: “art. 38 (...) e as emissoras de radiodifusão, excluídas as de televisão, são obrigadas a retransmitir, diariamente, das 19 (dezenove) às 20 (vinte) horas, exceto aos sábados, domingos e feriados, o programa oficial de informações dos Poderes da República, ficando reservados 30 (trinta) minutos para divulgação de noticiário preparado pelas duas Casas do Congresso Nacional”.

⁴⁰⁶ VANBERG, Georg. “Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review.”, p. 347.

⁴⁰⁷ Cf. item 2.5.2., *supra*.

⁴⁰⁸ SEGAL, Jeffrey. “Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts.”, p. 42.

responsabilidade⁴⁰⁹, aumentar o número de julgadores do colegiado ou negar aumento salarial⁴¹⁰. Todas estas atividades estão no escopo de competências legislativas e podem ser empregadas de maneira estratégica, seja como um meio de contenção direta ou indireta, para forçar alterações de comportamento dos Tribunais⁴¹¹.

No entanto, estas limitações devem partir de um momento inercial para uma conjuntura restritiva, o que depende de uma mobilização forte o suficiente para confrontar o tradicional postulado democrático da independência judicial. O custo político desta decisão torna estas ações mais complexas e raras, o que não ocorre com os incentivos estruturais à autonomia dos juízes constitucionais⁴¹², como a vitaliciedade do cargo, nos Estados Unidos⁴¹³, e a inexistência de um mandato fixo, com aposentadoria obrigatória apenas em idade avançada, aos setenta anos⁴¹⁴, no Brasil. Além destes estímulos, os ministros do Supremo Tribunal Federal ainda gozam das prerrogativas de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade salarial, franqueadas a todos os membros do Poder Judiciário⁴¹⁵.

Tanto no modelo norte-americano quanto no brasileiro, estas circunstâncias estruturais contribuem para que os juízes constitucionais gozem de um alto grau de autonomia decisória⁴¹⁶.

2.10.2.5

Estrutura Institucional e Autonomia Decisória

Em todas as variáveis estruturais elencadas pela teoria institucional, a combinação entre o modelo presidencialista, o pluripartidarismo, o legislativo fracionado, a ampla estrutura sócio-política de incentivos à provocação da jurisdição constitucional, bem como o alargamento de suas competências, a

⁴⁰⁹ Art. III, seção 7, Constituição dos Estados Unidos; Art. 52, inciso II, CF.

⁴¹⁰ HARVEY, Anna; FRIEDMAN, Barry, op. cit., pp. 535-536; BRINKS, Daniel, op. cit., pp. 238-241.

⁴¹¹ HARVEY, Anna; FRIEDMAN, Barry, op. cit., pp. 535-536.

⁴¹² ESKRIDGE, William N. Jr., op. cit., p. 416.

⁴¹³ SEGAL, Jeffrey. "Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts.", op. cit., p. 42.

⁴¹⁴ Art. 40, §1º, inciso II, CF.

⁴¹⁵ Art. 95, incisos II e III, CF; BRINKS, Daniel, op. cit., pp. 238-241 e 247.

⁴¹⁶ Ibid., pp. 238-241; SEGAL, Jeffrey. "Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts.", p. 42.

transparência deliberativa e a independência dos julgadores favorecem um ambiente basilar de autonomia decisória da corte constitucional⁴¹⁷.

Todas estas características foram amplamente verificadas no modelo brasileiro, à exceção da fragmentação congressual, que desperta divisões na literatura especializada. A despeito desta discordância, todas as circunstâncias de acúmulo de competências, com poucos constrangimentos exógenos e incentivos à liberdade deliberativa estão presentes no palco estrutural que cerca o Supremo Tribunal Federal.

Apesar de a teoria institucional delinear que estes fatores indicam um arcabouço morfológico sólido e estável de autonomia para os juízes afirmarem suas preferências, existem cenários conjunturais que podem influenciar na adoção de condutas deliberativas sinceras ou estratégicas, o que será verificado no próximo item.

2.10.3

Cenários Conjunturais e Tipologia das Cortes Constitucionais

Senhora Presidente, parto da Constituição, mas vislumbro também uma resistência no que o Supremo – e aí haveria a quebra da harmonia entre os poderes - viesse a determinar uma atividade precípua de outro Poder, e esse não a cumprisse, principalmente o Legislativo.

Ministro Marco Aurélio Mello⁴¹⁸

O jogo institucional entre o legislativo e as cortes constitucionais considera que o domínio razoável de informações faz com que os atores ajam racionalmente, adaptando seu comportamento como uma resposta ótima à conduta provável da alteridade⁴¹⁹.

As razões valorativas, ideológicas ou jurídicas são desprezadas e substituídas pela premissa utilitária de que os ramos de governo agem de maneira coletiva para acumular poder e garantir seus interesses. O individualismo do modelo atitudinal e a importância da tradição no interpretativismo sociológico

⁴¹⁷ Ibid., p. 42.

⁴¹⁸ MI 712-8/PA, fls. 624 e 625.

⁴¹⁹ ROGERS, James, op. cit., p. 85; SPILLER, Pablo T.; RICHMAN, Barack; BERGARA, Mario. “Modeling Supreme Court Strategic Decision Making: The Congressional Constraint” *Legislative Studies Quarterly*, XXVIII, 2, May 2003, p. 267; VANBERG, Georg. “Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review.”, p. 351.

cedem lugar a um enfoque interinstitucional estratégico, focado nas consequências políticas da ação⁴²⁰.

O exercício da jurisdição e a legislação são vetores que compõem o comportamento típico de cada poder, que não são livres para decidir, mas constrangidos por elementos institucionais exógenos.

Uma crítica legislativa exacerbada pode alertar que a corte constitucional não está ancorada na sociedade, o que acarretaria numa erosão de sua confiança pública⁴²¹. Além de despertar a atenção sobre seu descolamento com anseios populares, ataques parlamentares agudos e diretos, reverberados pela mídia em escala nacional, podem lançar uma sombra de dúvida sobre sua legitimidade decisória. Discussões sobre projetos normativos que limitam o poder dos juízes constitucionais têm o mesmo potencial simbólico de corroer seu prestígio. Ainda que estas censuras possam remanescer como ameaças retóricas e não efetivas, o grau de periculosidade que representam para a integridade da corte não pode ser desprezado⁴²².

Além destas conjunturas de constrangimento, outra ação que representa uma possibilidade mais concreta de restrição da corte constitucional como ator político efetivo é a evasão legislativa, que se configura na perversão completa dos termos de uma decisão, numa atitude frontal de desafio a sua autoridade.

Porém, em algumas situações, este comportamento nem precisa ser flagrante. Por meio de provisões normativas abstratas, singelamente discordantes, imprecisas, ambíguas ou até pela omissão, os legisladores podem burlar completamente a deliberação das cortes de modo indireto, o que reduz a possibilidade de críticas por desrespeito à competência de outro poder⁴²³.

Por sua vez, o legislativo também deve tomar a alteridade como um fator estratégico, antecipando-se a eventuais invalidações de suas normas e procedimentos internos. Estas anulações ou o fracasso em evadir-se constituem a

⁴²⁰ Ibid., p. 353.

⁴²¹ CLARK, Tom S, op. cit., p. 972-974.

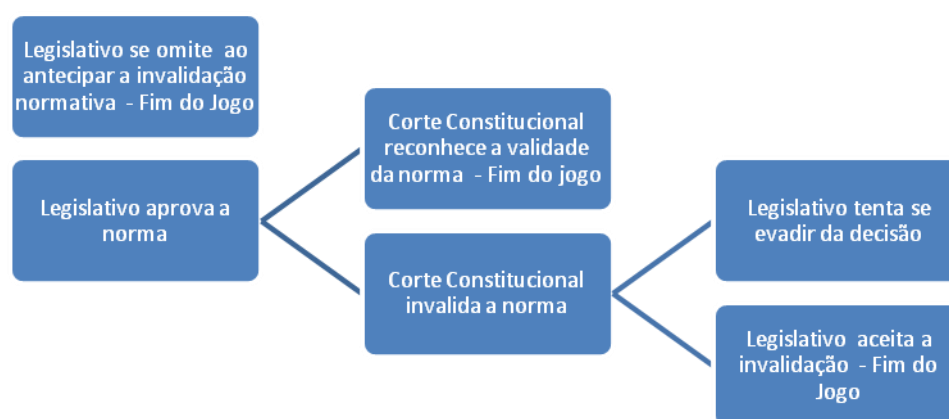
⁴²² Ibid., pp. 972-974; SEGAL, Jeffrey; LINDQUIST Stefanie A., op. cit., p. 2-4.

⁴²³ ESKRIDGE, William N. Jr., op. cit., p. 332. Georg Vanberg cita um exemplo deste comportamento evasivo na Alemanha, quando a Corte Constitucional Federal invalidou uma norma que estabelecia o critério de pelo menos 2% de votos parlamentares para que um partido recebesse verbas do fundo partidário público. No entanto, o Legislativo aprovou outra lei em termos diferentes, que fugia da invalidação, mas permanecia discriminando agremiações políticas menores, ao estabelecer uma bonificação aos partidos que recebessem quantidades maiores de votos. VANBERG, Georg. "Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review", pp. 347 e 348.

pior conjuntura, porque toda a mobilização político-parlamentar será perdida e seus interesses serão contrariados. Este panorama de risco determina dois momentos distintos: aprovar ou não um ato e tentar ou não escapar de uma decisão⁴²⁴.

A situação mais vantajosa é a validação de sua atividade ou o sucesso evasivo, evitando qualquer tipo de repúdio da sociedade ou de outras instituições políticas⁴²⁵.

De modo esquemático, o fluxograma abaixo retrata o conflito institucional entre as cortes constitucionais e o legislativo:



Esta relação interinstitucional prevê duas espécies de comportamento. Uma corte convergente ou receptiva compartilha das preferências da coalizão legislativa majoritária ou não opõe grandes objeções aos seus atos, o que determina o reconhecimento de sua regularidade e o fim do jogo⁴²⁶.

No entanto, uma corte divergente das preferências legislativas poderá invalidar ou não a atividade parlamentar, dependendo do grau de sua força institucional⁴²⁷. Nesta circunstância, os juízes constitucionais tendem a agir estrategicamente, sofisticando suas decisões para que não enfrentem o risco de críticas, evasões e esvaziamento de seu poder⁴²⁸.

⁴²⁴ Ibid., p. 351.

⁴²⁵ Ibid., p. 351.

⁴²⁶ ROGERS, James, op. cit., p. 88 e 90.

⁴²⁷ Ibid., p. 88 e 90.

⁴²⁸ SPILLER, Pablo T.; RICHMAN, Barack; BERGARA, Mario, op. cit., pp. 266-267.

Estas modulações táticas diversas combinadas com o balanço decisório – favorável ou prejudicial às cortes constitucionais ou ao legislativo – permite o delineamento de quatro cenários conjunturais no jogo entre poderes⁴²⁹.

O primeiro é a autolimitação parlamentar, quando a resposta negativa da corte constitucional é antecipada como um dado estratégico que paralisa a atividade potencialmente irregular. O legislador deixa de praticar um ato, para não correr o risco de sua anulação⁴³⁰.

O segundo é o judiciário independente ou a supremacia judicial, situação em que o legislador aprova uma norma porque não vislumbra que ela seja anulada. No entanto, se a corte constitucional a invalidar, não haverá evasão, porque esta tentativa poderá resultar em críticas generalizadas e efeitos perniciosos ao seu status⁴³¹.

Uma corte divergente assumirá um comportamento assertivo, sem constrangimentos em reputar a irregularidade de um ato, pois confia no respeito do legislador ou porque o custo de uma eventual evasão não será tão alto. Esta conjuntura favorável à autonomia pode ser explicada de várias maneiras: a instituição já afirmou tantas vezes sua posição, que uma derrota ocasional não irá reduzir sua autoridade; os mecanismos estruturais de contenção do legislativo são efetivos; ou porque goza de tanto *status* no concerto de poderes e junto à opinião pública, que possui mais certeza em sua respeitabilidade⁴³².

Nestas ocasiões, a sofisticação decisória assume a forma de uma sentença detalhada e precisa, que diminui a possibilidade de lacunas, limita a margem de leituras ambíguas e, por isso, dificulta a desobediência parlamentar⁴³³.

Outro meio de modulação deliberativa deste cenário é a manipulação estratégica na interpretação de algumas temáticas para obstruir sua reversão posterior. O instrumento mais usual desta conduta é o revestimento constitucional de uma questão, o que aumenta o constrangimento moral de uma evasão, além de

⁴²⁹ CLARK, Tom S, op. cit., pp. 972, 975 e 976; ROGERS, James, op. cit., p. 96.

⁴³⁰ Ibid., p. 92; VANBERG, Georg. “Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review.”, p. 352.

⁴³¹ ROGERS, James, op. cit., p. 92; VANBERG, Georg. “Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review.”, pp. 352-354.

⁴³² Ibid., pp. 350 e 351.

⁴³³ Ibid., p. 347-350.

exigir um complexo ajuste político para que a constituição seja alterada e permita outra compreensão alinhada à vontade legislativa⁴³⁴.

A terceira conjuntura é de supremacia legislativa, quando os parlamentares são capazes de cumprir sua agenda política sem considerar as preferências das cortes constitucionais. O legislador não vê maiores problemas em aprovar um ato ou escapar de sua invalidação⁴³⁵.

Uma corte divergente é hostil à ação legislativa e sua preferência primária é anulá-la. A situação mais deletéria seria uma invalidação seguida pela evasão de sua decisão e a melhor conjuntura seria agir da mesma forma, mas com o respeito e cumprimento de seus ditames pelo legislador⁴³⁶.

No entanto, se o pior cenário se estabelecer, a corte perderá duplamente: sua preferência será esvaziada e sua autoridade, abalada. Porém, se reconhecer a regularidade de uma lei, estará renunciando ao seu interesse, mas eliminará a hipótese de evasão e, conseqüentemente, de fraqueza institucional. Sendo assim, esta será a situação mais vantajosa e com risco menor, por isso, provavelmente irá validar a norma, assumindo um caráter submisso⁴³⁷.

Para não ofender os interesses legislativos e, ao mesmo tempo, reduzir críticas difusas por sua omissão, a Corte pode rejeitar sua própria competência em avaliar o caso ou viciar seu julgamento com fundamentos estritamente técnicos e formais⁴³⁸.

Outro mecanismo de sofisticação decisória neste cenário é o convite, uma espécie de apelo para que o legislador se manifeste expressamente a respeito da decisão. Numa perspectiva colegial, esta conduta serve para que os “dissenters” sinalizem à esfera parlamentar que a corte está desunida e, provavelmente, não rejeitaria uma postura evasiva⁴³⁹.

Numa dimensão estratégica institucional, esta prática se justifica quando a corte já percebe uma mobilização dos grupos de pressão no legislativo e a evasão

⁴³⁴ SEGAL, Jeffrey. “Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts.”, p. 31.

⁴³⁵ ROGERS, James, op. cit., p. 92; VANBERG, Georg. “Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review.”, pp. 352-354.

⁴³⁶ Ibid., p. 350.

⁴³⁷ Ibid., p. 350.

⁴³⁸ CLARK, Tom S, op. cit., p. 978; HARVEY, Anna; FRIEDMAN, Barry, op. cit., pp. 534 e 537.

⁴³⁹ BAUM, Lawrence; HAUSEGGER, Lori, op. cit., pp. 164-167; ESKRIDGE, William N. Jr., op. cit., pp. 387-389.

é mais provável⁴⁴⁰. Para não correr este risco de desrespeito e abalo em sua autoridade, os julgadores impõem suas preferências, afastando qualquer crítica de omissão, e preveem a competência parlamentar em regular a matéria, minorando qualquer acusação de usurpação⁴⁴¹.

O quarto cenário é o enfrentamento aberto – “jousting” – quando os atores compartilham um risco, pois não possuem informações completas e confiáveis sobre as consequências de sua ação. Como a capacidade de previsão dos prejuízos é reduzida, o comportamento estratégico perde sentido e dá lugar à busca espontânea por preferências. Nesta conjuntura do jogo, uma corte assertiva sempre tende a declarar a inconstitucionalidade na esperança que grupos de interesse, outras instituições políticas e o debate público impeçam a evasão. Ao mesmo tempo, o legislativo nunca se constrange de aprovar uma norma ou tentar escapar de sua invalidação⁴⁴².

Neste panorama agonístico, a sofisticação pode se estruturar por meio do julgamento por unanimidade, uma postura de grande potencial simbólico que transparece uma convicção institucional mais sólida. Efetivamente, pesquisas empíricas constataam que a votação unânime inibe a remodelação congressional de decisões da Suprema Corte⁴⁴³.

Em síntese, este seria o quadro das conjunturas que formam o pano de fundo das relações entre o legislativo e as cortes constitucionais:

Cenário Institucional	Mecanismos de Sofisticação Decisória das Cortes Constitucionais	Comportamento Legislativo	Tipologia das Cortes Constitucionais
Autocontenção Legislativa	–	Não legisla	–
Judiciário Independente ou Supremacia Judicial	Revestimento constitucional e decisões detalhadas	Obediência legislativa	Corte assertiva

⁴⁴⁰ BAUM, Lawrence; HAUSEGGER, Lori, op. cit., pp. 164-167.

⁴⁴¹ Numa ótica interpretativista, a Corte sabe que não deveria agir ou que sua interpretação não é correta, mas dado o conjunto legal e os precedentes à disposição, não tinha alternativa. Por isso, tem a prudência de convocar a manifestação congressional. Neste sentido, sua ação não poderia ser considerada uma sofisticação estratégica, mas uma convicção. Ibid., pp. 171-173. STANTON, Jeffrey K.; VANBERG, Georg. “The Value of Vagueness: Delegation, Defiance, and Judicial Opinions.” In: *American Journal of Political Science*, Vol. 52, nº 3, July 2008, pp. 504-519.

⁴⁴² VANBERG, Georg. “Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review.”, pp. 352-354.

⁴⁴³ ESKRIDGE, William N. Jr., op. cit., pp. 346 e 350; ZORN, Christopher J. W.; HETTINGER, Virginia A., op. cit., pp. 5 e 14.

Supremacia Legislativa	Rejeição de julgamento com base em aspectos formais ou convite ao legislador	Evasão legislativa	Corte submissa
Enfrentamento	Unanimidade	Evasão legislativa	Corte assertiva

Em todos estes quatro cenários institucionais, existem algumas circunstâncias conjunturais que favorecem uma atmosfera de autonomia judicial, como o desinteresse congressional⁴⁴⁴, o julgamento de questões que não perpassaram as decisões eleitorais que formaram os ramos majoritários de governo⁴⁴⁵ ou a invalidação de leis antigas, elaboradas por coalizões parlamentares passadas e cuja anulação não ofende a agenda legislativa contemporânea⁴⁴⁶.

A preocupação com as causas destas conjunturas é o objeto dos estudos institucionalistas históricos e não perpassa a abordagem do jogo estratégico entre legislativo e judiciário, que simplesmente enfoca o balanço decisório e seus mecanismos de sofisticação para indicar cenários institucionais que esclarecem o comportamento de autocontenção ou protagonismo das cortes constitucionais.

Por meio do resultado efetivo de um processo judicial e das diferentes modulações empregadas pelos julgadores, este enfoque consegue apresentar um quadro das motivações estratégicas dos tribunais constitucionais, que podem variar entre o resguardo de suas preferências decisórias ou a proteção institucional de eventuais críticas ou evasões legislativas.

Embora reduza a importância do ator individual e possua um escopo mais amplo das relações interinstitucionais, como a abordagem histórica, o jogo da separação de poderes guarda mais semelhanças com as análises realistas da escolha racional, pois destaca apenas as motivações estratégicas que permeiam as decisões das cortes constitucionais.

⁴⁴⁴ BAUM, Lawrence; HAUSEGGER, Lori, op. cit., pp. 168-171.

⁴⁴⁵ GRABER, Mark. "The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary.", p. 72.

⁴⁴⁶ ESKRIDGE, William N. Jr., op. cit., p. 405; SEGAL, Jeffrey; LINDQUIST Stefanie A., op. cit., p. 14.

Como premissa fundamental, esta perspectiva assume que a antecipação de ações legislativas força uma coletividade de julgadores a ajustar suas preferências para impedir comportamentos que minam sua autoridade institucional⁴⁴⁷.

Apesar de sua proximidade com o enfoque histórico e racionalista, a abordagem do jogo entre os poderes promove uma conciliação entre diferentes correntes institucionalistas. Dependendo do panorama estrutural e do cenário conjuntural, as cortes constitucionais poderão agir taticamente para reforçar sua autoridade e permanência – uma premissa típica dos estudos estratégicos – ou de maneira absolutamente livre e autônoma, em respeito aos valores e princípios sinceros de cada julgador – o que evidenciaria a pertinência de análises atitudinais⁴⁴⁸.

Nesta perspectiva, os atores decisórios não são condicionados apenas por suas preferências, mas também pelo grau de retaliação legislativa, o que une todo o colégio de julgadores numa preocupação compartilhada⁴⁴⁹. Um tribunal desgastado por ataques parlamentares não conseguirá atingir ou manter um grau de autonomia suficiente para que seus membros operem de maneira livre e autêntica⁴⁵⁰.

A antecipação do comportamento legislativo promove a renúncia de interesses individuais e a valorização de comportamentos estratégicos coletivos que resguardam a corte e criam a antessala de um cenário benfazejo. O próprio fortalecimento da instituição se transforma numa meta, porque é uma pré-condição ou uma etapa necessária para que juízes constitucionais possam desfrutar de uma atmosfera de liberdade decisória. A preservação da autoridade, integridade e permanência da corte é um meio para que os julgadores possam agir de maneira autônoma na afirmação de suas preferências⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ Ibid., p. 2; SPILLER, Pablo T.; RICHMAN, Barack; BERGARA, Mario, p. 267.

⁴⁴⁸ CLARK, Tom S., op. cit., p. 972; HELMKE, Gretchen; STATON, Jeffrey K., op. cit., p. 539; SPILLER, Pablo T.; RICHMAN, Barack; BERGARA, Mario, op. cit., pp. 266-267; VANBERG, Georg. "Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review.", pp. 346 e 347.

⁴⁴⁹ HELMKE, Gretchen; STATON, Jeffrey K., op. cit., p. 539.

⁴⁵⁰ CLARK, Tom S., op. cit., p. 972; SEGAL, Jeffrey; LINDQUIST Stefanie A., op. cit., pp. 2 e 14.

⁴⁵¹ CLARK, Tom S., op. cit., p. 972.

2.11

Conclusão

E tudo parece que decorre, realmente, de um jogo de Poder.

Ministro Marco Aurélio Mello

Exato. Jogo de Poderes no sentido de controvérsia entre Poderes.

Ministro Carlos Velloso

De harmonia, de busca de harmonia dos Poderes sempre que possível, sem o Supremo abrir mão de suas competências.

Ministro Carlos Aires Britto⁴⁵²

A apresentação e comparação de diversos modelos de análise institucional evidencia que cada um serve para esclarecer diferentes nuances que envolvem o comportamento de cortes constitucionais e de seus atores. Mais produtivo do que enaltecer a proeminência de um viés específico é aplicá-lo de modo correto, no objeto que possa ser explicado por meio de seus pressupostos teóricos.

Enquanto o atitudinalismo consegue mapear a busca individual por preferências, o caráter estratégico do processo decisório é desvendado por meio do jogo colegial e pelo enfoque sociológico da teoria política positiva, que se aproxima do interpretativismo ao apontar a dimensão constitutiva que os valores institucionais promovem nos julgadores.

Para identificar trajetórias que resultam em cenários de assimetria de poder, a perspectiva histórica valoriza a interação recíproca das instituições, uma preocupação que também permeia a abordagem do sistema político e do jogo da separação de poderes.

Embora cada modelo tenha uma conveniência específica, várias correntes comungam de objetos analíticos semelhantes, o que conduz a conclusões diferentes sobre um mesmo processo ou conduta. Os diversos exemplos de estudos norte-americanos citados apontaram de que maneira um fato idêntico pode ser interpretado de modo distinto, de acordo com a metodologia e a base teórica selecionada. Antes de promover a dúvida, a complementariedade deste enfoque plural permite um esclarecimento muito mais satisfatório do que a opção pela parcialidade, um fundamento que guiará a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

⁴⁵²

Debate entre ministros no MS 25.647-8/DF, fls. 239. Cf. item 3.5., *infra*.

Embora a experiência brasileira já tenha sido comparada pontualmente a diversas pesquisas institucionalistas, o próximo capítulo irá detalhar o exame de campos temáticos que realçam o grau de intervenção da Corte nas competências do Congresso Nacional.

Teoria Institucional Aplicada à Jurisprudência das Relações entre o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal

3.1

A Teoria Institucional como Instrumento Analítico da Jurisprudência

Volte, meu caro Visconde, volte (...) Parta imediatamente; é-me preciso aqui (...) o senhor abusa das minhas bondades, mesmo depois que deixou de aproveitá-las; e na alternativa de um ódio eterno ou de uma excessiva indulgência, a sua felicidade quer que a minha bondade a conduza.

Marquesa de Merteuil ao Visconde de Valmont, Carta II
As Ligações Perigosas, Choderlos Laclos

Este capítulo se dedica à aplicação da teoria institucional aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal que envolvem matéria de competência do Congresso Nacional. A opção pela análise jurisprudencial permite que as abordagens do jogo colegial, da teoria política positiva e do interpretativismo sociológico tenham maior acurácia para elucidar o modo como se desdobrou o processo decisório interno.

Todas as reflexões sobre o sistema político e a perspectiva histórica foram recolhidas a partir do exame exclusivo dos julgados, o que permitiu uma visão endógena das influências exógenas sobre a Corte e seus ministros.

Embora diversas manifestações individuais tenham sido citadas, o trabalho não se concentrou no rastreio individual da tendência de cada julgador. No entanto, algumas ocasiões indicaram uma atmosfera de autonomia deliberativa que projeta uma valorização do modelo atitudinal.

Além da pertinência com o objeto de estudo, o jogo de separação de poderes ganhou maior relevância ao promover uma síntese que integra diferentes correntes institucionalistas num esforço de explicação dos cenários que envolveram o comportamento do Supremo na sua relação com o Legislativo federal. A estrutura institucional que embasou a pesquisa foi definida a partir da Constituição de 1988 e abordada no item 2.10.2., *supra*. Já as circunstâncias variáveis de cada conjuntura serão descritas ao longo de cada campo analítico.

Como os modelos e conceitos neoinstitucionais já foram analisados em subcapítulos anteriores, a discriminação de sua fonte se tornaria repetitiva e desnecessária. No entanto, os autores especificamente referenciados serão formalmente citados.

Outro esclarecimento necessário reside no fato de as ações, recursos e processos possuírem algumas condições e pressupostos formais para serem apreciados ou “conhecidos”, conforme a terminologia técnica. Em algumas situações, o pedido principal depende de uma análise lógica e anterior de questões “prejudiciais”. Se estas exigências preliminares forem cumpridas, o feito prossegue normalmente até a decisão do mérito da causa. Se forem rejeitadas, o cerne jurídico central nem mesmo é objeto de consideração e votação.

Ao final de cada campo temático, será feito um balanço decisório de toda a jurisprudência analisada à luz da teoria institucional, reservando-se uma conclusão geral apenas para término do capítulo.

3.2.

O Processo de “Impeachment” Presidencial

As suas ordens são encantadoras; e a sua maneira de dá-las é mais amável ainda.

Visconde de Valmont à Marquesa de Merteuil, Carta IV
As Ligações Perigosas, Choderlos Laclos

A apuração de crimes de responsabilidade do presidente da República envolve duas fases: um juízo de admissibilidade, realizado pelo voto de dois terços da Câmara dos Deputados e a instauração do processo pelo Senado Federal, que importará no afastamento de suas atividades. Mediante o mesmo quórum, os senadores procedem ao julgamento do “impeachment” presidencial, que pode resultar na perda do cargo e na inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de oito anos⁴⁵³.

⁴⁵³ Art. 51, inciso I; art. 52, incisos I e II e parágrafo único; art. 85, parágrafo único; e art. 86, *caput* e § 1º, inciso II, CF.

Como o “impeachment” se desenvolve na esfera legislativa⁴⁵⁴, qualquer participação do Supremo Tribunal Federal pode incorporar a crítica de uma intervenção interinstitucional indevida.

O Mandado de Segurança 20.941-1/DF, julgado em 9 de fevereiro de 1990, questionou um ato do presidente da Câmara dos Deputados que arquivou sumariamente uma denúncia popular para abertura de processo de “impeachment”⁴⁵⁵.

A delicadeza do caso residia na possibilidade de uma ordem judicial intervir e mudar uma decisão tomada no seio da esfera parlamentar. As palavras do ministro Paulo Brossard evidenciaram o receio de eventuais represálias legislativas: *“Senhor Presidente, estamos participando de um julgamento que poderá ter profundas consequências e desdobramentos na nossa vida institucional, já não digo na jurisprudência desta alta Corte.”*⁴⁵⁶

Dois ministros que compunham a corrente minoritária por serem contrários ao controle judicial do Supremo Tribunal Federal nos processos de “impeachment” utilizaram expedientes que a abordagem colegial consideraria como uma estratégia para protelar o julgamento. Na sessão de 20 de setembro de 1989, o ministro Sepúlveda Pertence levantou uma Questão de Ordem para que os supostos interessados se manifestassem no processo, o que daria um peso muito maior à sua posição, uma vez que se tratava do presidente da República e de ministros de Estado. Além disso, pediu vista dos autos em 19 de dezembro de 1989, sendo sucedido com pedido idêntico do ministro Célio Borja, em 8 de fevereiro de 1990⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ A única previsão constitucional expressa de participação externa do Supremo Tribunal Federal seria por meio de seu presidente, que deve presidir as fases de instauração e julgamento do processo de “impeachment” no Senado Federal, de acordo com o art. 52, parágrafo único, da CF.

⁴⁵⁵ CF: “Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados: I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;” e “Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.” Lei nº 1.079 de 10 de abril de 1950: “Art. 14. É permitido a qualquer cidadão denunciar o Presidente da República ou Ministro de Estado, por crime de responsabilidade, perante a Câmara dos Deputados.” A denúncia popular com base neste dispositivo foi dirigida contra o presidente da República José Sarney, os ministros de Estado Antônio Carlos Magalhães, Maílson da Nóbrega, José Reinaldo Tavares, João Batista de Abreu e o consultor-geral da República Saulo Ramos. MS 20.941-1/DF, fls. 66-68.

⁴⁵⁶ MS 20.941-1/DF, fls. 160.

⁴⁵⁷ MS 20.941-1/DF, fls. 60-62 e 190.

Vencida a Questão de Ordem e após seu pedido de vista, o ministro Sepúlveda Pertence sustentou uma divisão constitucional da jurisdição:

“O alicerce do meu voto é o seguinte: a Constituição Federal dividiu a jurisdição e entregou quase tudo ao Poder Judiciário, numa amplitude que talvez o mundo não conheça outra. Mas entregou um caso específico ao Congresso Nacional, o impeachment, e aí, com tanto poder jurisdicional que o Supremo Tribunal.”⁴⁵⁸

Sendo assim, apenas o Congresso Nacional teria competência para decidir sobre o processo de “impeachment”, exercendo uma espécie de jurisdição política imune ao controle judicial⁴⁵⁹.

Do mesmo modo, o ministro Paulo Brossard defendeu exclusividade congressual no “impeachment” como uma exceção à regra de ouro do monopólio jurisdicional do Poder Judiciário⁴⁶⁰.

Em oposição, o ministro Moreira Alves destacou que a Constituição Federal não confinava o Supremo Tribunal Federal à tarefa de exercer a jurisdição em processos concretos, com interesses determinados das partes em litígio. Ao contrário, a Corte já gozava da prerrogativa de julgar os atos políticos de outros Poderes através do controle abstrato exercido nas ações diretas, em que se verificava a inconstitucionalidade em tese das normas num processo objetivo, ou seja, sem partes. Esta autoridade constitucional do Supremo em fiscalizar a atividade de outros ramos do governo embasou a intenção do ministro em conhecer do mandado de segurança para “ver até onde vai o nosso poder de guarda da Constituição” ou “verificar se ele está dentro da nossa competência política e excepcional.”⁴⁶¹

Em resposta, o ministro Paulo Brossard condenou de maneira veemente este papel de destaque do Tribunal no concerto de Poderes:

“S. Ex^a. diz que o Supremo Tribunal Federal está acima dos Poderes. Não está. Creio que cada um dos Poderes, no tocante à sua competência privativa, é

⁴⁵⁸ MS 20.941-1/DF, fls. 114.

⁴⁵⁹ MS 20.941-1/DF, fls. 81, 82 e 107.

⁴⁶⁰ MS 20.941-1/DF, fls. 86, 95 e 97. Os ministros Paulo Brossard e Célio Borja, que também não conhecera do MS, admitiram a possibilidade de averiguação de atos legislativos em hipóteses de violação de direito líquido e certo, o que não ocorrera no caso. MS 20.941-1/DF, fls. 95 e 105. Os ministros Sepúlveda Pertence e Paulo Brossard realçaram que não conheciam o mandado de segurança pela exclusividade constitucional do legislador em apreciar o “impeachment” e não por se negarem a abordar questões de conteúdo político. MS 20.941-1/DF, fls. 77, 78 e 115.

⁴⁶¹ MS 20.941-1/DF, fls. 118 e 119. Neste ponto, o ministro transcreveu trecho da CF que fundamentou seu voto: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:”.

superior aos demais, exatamente porque a competência é dele e não dos outros Poderes.”⁴⁶²

Embora defendesse a autonomia do Congresso Nacional, o ministro confessou que o legislador poderia cometer erros e abusos. No entanto, isso seria consequência das imperfeições comuns às leis fundamentais e da própria falibilidade humana. Mesmo nas hipóteses mais injustas, uma competência institucional não poderia ser violada pelo Judiciário sem a devida previsão constitucional⁴⁶³.

A maioria do Plenário seguiu a tendência do ministro-relator Aldir Passarinho e reconheceu a possibilidade de controle jurisdicional do Supremo nos processo de “impeachment”⁴⁶⁴.

No entanto, na análise do mérito do pedido, foi reconhecida a obrigatoriedade de o presidente da Câmara dos Deputados receber a denúncia popular no processo de “impeachment”, sendo-lhe facultada a rejeição liminar em caso de ausência de justa causa⁴⁶⁵.

Apesar de a maioria dos ministros ter rejeitado o pedido do Mandado de Segurança, isso não impediu o disputado debate em torno do controle jurisdicional sobre o ato legislativo⁴⁶⁶. Na verdade, a extensão e a intensidade com que os ministros defenderam seus pontos de vista demonstraram que a importância da causa transcendia as aspirações do autor. Não se tratava apenas de determinar o desarquivamento de uma denúncia popular – o que foi negado – mas de fixar-se um posicionamento a respeito dos limites institucionais de ação da Corte, o que efetivamente consumiu quase toda a energia dos magistrados.

Embora este intuito tenha sido esclarecido expressamente na intervenção do ministro Moreira Alves e na aderência que sua tese obteve no Plenário, diversos outros julgados da pesquisa também indicaram este comportamento de sofisticação decisória, construída como uma rejeição do pedido específico, mas com a fixação de uma competência preventiva. O Supremo não interferia no

⁴⁶² MS 20.941-1/DF, fls. 121.

⁴⁶³ MS 20.941-1/DF, fls. 160-162.

⁴⁶⁴ MS 20.941-1/DF, fls. 35-47, 108, 109, 117 e 118, 183 e 184.

⁴⁶⁵ O ministro Sepúlveda Pertence afirmou que a denúncia popular seria um mero direito de fazer comunicação à Câmara dos Deputados, excluindo-se que seu presidente tivesse que acatá-la como se fora um “funcionário de protocolo” ou um “autômato”, conforme expressão do ministro Paulo Brossard. MS 20.941-1/DF, fls. 129, 136 e 149.

⁴⁶⁶ Apenas os ministros Octávio Gallotti, Sydney Sanches, Moreira Alves e Néri da Silveira deferiram o pedido de desarquivamento da denúncia popular. MS 20.941-1/DF, fls. 170-189.

mérito da questão – seja por convicção, como uma corte receptiva, seja por compreender a fraqueza institucional para tomar medidas graves, como uma corte submissa – mas estrategicamente reservava a possibilidade de fazê-lo no futuro.

No mesmo Mandado de Segurança, no dia 27 de agosto de 1992, o Supremo Tribunal Federal acatou uma Questão de Ordem do ministro-presidente Néri da Silveira, que constatou certo descompasso entre a decisão e o acórdão e sua ementa. Como as notas taquigráficas com os votos ainda não haviam sido liberadas, o ministro-relator Aldir Passarinho sintetizou os fundamentos decisórios com base em sua posição. Já que este último se aposentara, a presidência indicou o ministro Sepúlveda Pertence para a redação do novo aresto. Esta passagem evidencia não só a importância estratégica da relatoria em sumarizar a decisão da Corte, mas também demonstra o grau de importância que se atribui à jurisprudência, como um posicionamento consolidado que serve de referência em julgados futuros⁴⁶⁷.

O Mandado de Segurança 21.564-0/DF abordou uma série de pedidos realizados pelo presidente da República Fernando Collor de Mello, que respondia por crimes de responsabilidade. Ao Supremo Tribunal Federal coube a delicada situação de intervir num processo de “impeachment”, como se fosse uma espécie de mediador entre o Legislativo e o Executivo. A gravidade da situação foi bem sintetizada pelo ministro Paulo Brossard:

“Dir-se-á que o Tribunal estaria a emprestar à causa um tratamento especial. Está mesmo! Esta é uma ação especial. Repito o que afirmei: pela primeira vez, na história republicana brasileira, a Corte Suprema, a Corte Constitucional é chamada a arbitrar um conflito entre o Presidente da Câmara e o Presidente da República, num processo de “impeachment.”⁴⁶⁸

Ao comentar sobre a grande repercussão do caso na opinião pública, o ministro Sydney Sanches assumiu um comportamento de proteção institucional ao responder ao erro da imprensa, que ventilava a exclusividade do voto do ministro-presidente apenas em caso de desempate. Na verdade, deveria se manifestar em todo julgamento de matéria constitucional, administrativa e regimental⁴⁶⁹.

Mesmo após uma década deste julgamento, o ministro Sepúlveda Pertence relembrou esta forte pressão exógena ao processo, com a descrição do

⁴⁶⁷ Neste sentido, o próprio ministro-presidente destacou a repercussão do caso na imprensa e sua importância na formação da jurisprudência. MS 20.941-1/DF QO, fls. 206 e 207.

⁴⁶⁸ MS MC 21.564-0/DF QO, fls. 152 e 153.

⁴⁶⁹ MS MC 21.564-0/DF QO, fls. 144.

comportamento de Ulisses Guimarães, ex-presidente da Assembleia Nacional Constituinte e da Câmara dos Deputados, que acompanhou todas as sessões decisórias do “impeachment” do auditório da Corte⁴⁷⁰.

Em decisão liminar de 10 de setembro de 1992, o Supremo Tribunal Federal julgou apenas a possibilidade de controle judicial do “impeachment” e o diminuto prazo de cinco dias que a Câmara dos Deputados havia concedido para a defesa do presidente da República⁴⁷¹.

De maneira isolada, apenas o ministro Paulo Brossard permaneceu fiel à tese que desenvolveu no Mandado de Segurança 20.941-1/DF. Primeiramente, reclamou da falta de atualização da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos na biblioteca do Tribunal para que pudesse realizar uma pesquisa comparada com maior acurácia⁴⁷². Depois, frisou que sua fundamentação não se relacionava com a intangibilidade do controle judicial de questões políticas, mas com a previsão constitucional de separação da jurisdição em matéria de “impeachment”, afastando qualquer possibilidade de interferência do Supremo neste processo⁴⁷³.

O ministro ainda lembrou que os erros eram comuns aos juízes e aos legisladores, mas o “impeachment” exigia a manifestação de uma ampla maioria de deputados e senadores, num quórum de dois terços, o que serviria como uma garantia contra eventuais arbitrariedades⁴⁷⁴.

Contrariamente, a maioria dos ministros citou o posicionamento no Mandado de Segurança 20.941-1/DF para afastar a alegação de incompetência do Supremo Tribunal Federal para o controle jurisdicional do processo de

⁴⁷⁰ A lembrança do ministro Sepúlveda Pertence ocorreu em 30 de novembro de 2005, no MS 25.647-8/DF, em fls. 354 e 355.

⁴⁷¹ MS MC 21.564-0/DF QO, fls. 89.

⁴⁷² MS MC 21.564-0/DF QO, fls. 136.

⁴⁷³ MS MC 21.564-0/DF QO, fls. 92, 114-125 e 132.

⁴⁷⁴ MS MC 21.564-0/DF QO, fls. 132. A CF prevê o voto de dois terços no “impeachment” no art. 51, inciso I e no art. 52, inciso I e parágrafo único: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;” “Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.” Posteriormente, este art. 52, inciso I, da CF foi alterado pela EC nº 23/1999, agregando-se os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica como autoridades passíveis de julgamento pelo Senado Federal nas hipóteses de crime de responsabilidade.

“impeachment”⁴⁷⁵. Até mesmo o ministro Sepúlveda Pertence abandonou o entendimento neste julgado anterior para declarar que, diante da gravidade de violação do direito constitucional de ampla defesa, mudava sua posição e permitia o controle judicial no “impeachment”⁴⁷⁶.

De modo semelhante, todos os demais ministros acolheram a tese da relatoria do ministro Octávio Gallotti para concessão do prazo de dez sessões legislativas para a defesa do presidente Fernando Collor na Câmara dos Deputados, mediante uma analogia com dispositivo regimental desta Casa⁴⁷⁷.

Numa dimensão interpretativista, a defesa dos direitos de defesa e a referência à jurisprudência nacional e estrangeira seria uma consequência da força constitutiva que a tradição institucional inspira nos julgadores. Porém, a teoria política realçaria que estes mesmos fundamentos decisórios serviram estrategicamente como um mecanismo de legitimidade e proteção institucional de sua decisão. No cenário maior do sistema político, a Corte interveio com a singela elasticidade de um prazo, o que afastava qualquer crítica de negligência na proteção do acusado, ao mesmo tempo em que reduzia uma censura institucional generalizada da opinião pública e do Legislativo.

No dia 23 de setembro do mesmo ano, a Corte retornou para o julgamento final do Mandado de Segurança. Embora preservado o prazo de dez sessões fixado na liminar, fixou-se o entendimento da plenitude do potencial de defesa apenas na fase senatorial, onde o presidente da República seria acusado e julgado⁴⁷⁸.

⁴⁷⁵ O precedente foi citado pelos ministros Carlos Velloso, em fls. 92, Sepúlveda Pertence, em fls. 94, e Néri da Silveira, em fls. 138-140, do MS MC 21.564-0/DF QO.

⁴⁷⁶ MS MC 21.564-0/DF QO, fls. 94, 109 e 112-114.

⁴⁷⁷ MS MC 21.564-0/DF QO, fls. 88, 89, 140, 144, 146, 148, 156, 157 e 159. Neste sentido, as sessões legislativas são sinônimas de dias de funcionamento da Câmara dos Deputados e não ao período anual de funcionamento do Legislativo. O dispositivo regimental tomado em analogia se referia ao prazo de defesa de autoridades nas hipóteses de infração penal comum, que sofreu modificações com a Resolução nº 22 de 18 de novembro 1992, mas sem alterar a substância do prazo disposto no RICD: “Art. 217. A solicitação do Presidente do Supremo Tribunal Federal para instauração de processo, nas infrações penais comuns, contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado será recebida pelo Presidente da Câmara dos Deputados, que notificará o acusado e despachará o expediente à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, observadas as seguintes normas: I - perante a Comissão, o acusado ou seu advogado terá o prazo de dez sessões para, querendo, manifestar-se;”.

⁴⁷⁸ MS 21.564-0/DF, fls. 164, 165 e 254.

Para o ministro Sepúlveda Pertence, sempre foi o espírito da história constitucional brasileira que não houvesse uma “concentração satânica” do “impeachment” apenas numa Casa Legislativa⁴⁷⁹.

Sendo assim, afastou-se a alegação de competência exclusiva do Senado Federal. Caberia à Câmara dos Deputados iniciar o processo mediante a autorização do “impeachment”, como um pressuposto de instauração válida que encontraria seu desfecho na Câmara Alta⁴⁸⁰.

No entanto, o pedido que mais repercutiu nos debates ministeriais e na opinião pública se referia ao tipo de escrutínio que a votação na Câmara dos Deputados deveria adotar⁴⁸¹.

Ao ilustrar esta forte pressão exógena para que se adotasse o voto aberto, o ministro Sepúlveda Pertence se manifestou nestes termos:

“A isso acresce, nas últimas semanas, essa apaixonada discussão nacional sobre o tema, em que nós, os Juízes desta Casa, nos tínhamos que manter calados, e que foi dos cenáculos jurídicos mais vetustos à imprensa e, da imprensa, chegou aos botequins.”⁴⁸²

Os ministros estabeleceram que o sigilo do voto seria uma garantia dos cidadãos, mas os legisladores, como representantes do povo, não poderiam ocultar sua decisão política dos eleitores. Ainda afirmaram que a Constituição adotou como regra geral a publicidade na votação parlamentar, declarando expressamente quando haveria escrutínio secreto, o que não ocorreu na previsão do “impeachment”. Por decisão majoritária, o Supremo determinou a aplicação da Lei nº 1.079 de 1950, que previa o voto nominal, ostensivo ou aberto para o escrutínio, confirmando a decisão do presidente da Câmara dos Deputados e rejeitando o pedido de Fernando Collor de Mello⁴⁸³.

⁴⁷⁹ MS 21.564-0/DF, fls. 278.

⁴⁸⁰ MS 21.564-0/DF, fls. 164, 165, 278, 341, 358-361 e 377. Nos termos da CF: “Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.”

⁴⁸¹ MS 21.564-0/DF, fls. 269. No MS 25.647-8/DF, em fls. 354 e 355, o ministro Sepúlveda Pertence fez referência à repercussão do caso e aos apelos públicos à votação aberta, citando a presença e as reações de Ulisses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 e líder do processo de redemocratização do país, que se fez presente durante nas sessões do STF.

⁴⁸² MS 21.564-0/DF, fls. 269.

⁴⁸³ Neste sentido, os ministros Celso de Mello, em fls. 266 e 267, Sepúlveda Pertence, em fls. 287, Néri da Silveira, em fls. 350 e 356 e Sydney Sanches, em fls. 377, no MS 21.564-0/DF. O ministro Paulo Brossard não conheceu o MS, mas como restara vencido, acabou por defender o voto aberto na discussão do mérito do processo, em fls. 327. Os ministros reconheceram que a CF

Como questão de fundo à definição da modalidade de votação a ser adotada, os ministros novamente ocuparam boa parte de seu voto discutindo a possibilidade de intervenção judicial num procedimento interno do Legislativo.

O ministro Paulo Brossard manteve-se fiel ao seu posicionamento, com palavras fortes. Numa atitude de substituição ao Congresso Nacional, o Supremo Tribunal se colocaria acima dos demais Poderes, praticando um verdadeiro “sacrilégio” ou “esbulho” da competência legislativa, em lesão ao princípio da separação de poderes que não pode ser considerada apenas como uma “ficção”, nem um “preceito acadêmico”⁴⁸⁴. Em síntese, esclareceu:

“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.”⁴⁸⁵

Ao reproduzir os mesmos argumentos citados no Mandado de Segurança 20.941-1/DF e no julgamento da liminar, o ministro julgou improvável que o Congresso Nacional condenasse um presidente inocente por dois terços de seu colegiado mediante um motivo fútil e, ademais, reconheceu que a possibilidade existiria para qualquer instituição, dada a imperfeição do elemento humano que as

não previa escrutínio secreto e ainda imputava à lei especial o regramento do “impeachment”: “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.” Portanto, afastaram a incidência do RICD em nome da regulamentação especial dos crimes de responsabilidade na Lei nº 1.079 de 1950, que previa: “Art. 23. Encerrada a discussão do parecer, será o mesmo submetido à votação nominal (...)” A votação nominal seria um sinônimo de voto ostensivo ou aberto, segundo os termos do RICD: “Art. 184. A votação poderá ser ostensiva, dotando-se o processo simbólico ou o nominal, e secreta, por meio do sistema eletrônico ou de cédulas.” e “Art. 187. A votação nominal far-se-á pelo sistema eletrônico de votos, obedecidas as instruções estabelecidas pela Mesa para sua utilização. (...)§ 1º Concluída a votação, encaminhar-se-á à Mesa a respectiva listagem, que conterá os seguintes registros: (...)VI - os nomes dos Deputados votantes, discriminando-se os que votaram a favor, os que votaram contra e os que se abstiveram.” Os ministros esclareceram que esta norma foi feita sob os auspícios do modelo presidencialista da Constituição de 1946, sendo revogada com a Emenda Constitucional nº 4 de 1961, que instituiu o parlamentarismo. Com o retorno ao presidencialismo na Emenda Constitucional nº 6 de 1963, haveria a repristinação automática da Lei nº 1.079, ou seja, sua validade e eficácia foram restabelecidas. Esta norma previra a instauração do processo pela Câmara dos Deputados, em conformidade com a Constituição de 1946, o que restaria incompatível com a CF de 1988, que apenas concedia a autorização do impeachment a esta Casa, com a instauração do “impeachment” no Senado Federal. Embora não recepcionada nesta parte, a Lei continuaria de plena eficácia para as outras situações, como o regramento do voto secreto. MS 21.564-0/DF, fls. 164, 165, 204, 208, 221-223, 252, 259 e 377.

⁴⁸⁴ MS 21.564-0/DF, fls. 289, 300, 302, 306 e 316.

⁴⁸⁵ MS 21.564-0/DF, fls. 291.

compõem⁴⁸⁶. Porém, advertiu para a inconveniência vindoura de se penetrar na seara legislativa:

“Refleti mais uma vez sobre a matéria e, para desgosto meu, hei de permanecer no insulamento a que me vejo reduzido, tendo viva a preocupação de que a questão não está tanto em interferir aqui ou ali ou deixar de fazê-lo, mas em, uma vez ingressado nessa área estranha, onde e como parar, retroceder e retirar-se.”⁴⁸⁷

As palavras do ministro conotam as possíveis inconveniências que a intervenção na esfera legislativa poderia acarretar ao Supremo Tribunal, o que demonstra uma efetiva preocupação institucional que perpassa as reflexões da teoria política positiva e do jogo do sistema político e da separação de poderes.

Em sentido oposto, o ministro Néri da Silveira fundou-se na influência histórica da democracia constitucional norte-americana para definir a identidade do judiciário como um poder político e soberano, investido do dever de manutenção da paz e da tranquilidade social⁴⁸⁸. Esta fórmula se concretizaria por meio do controle de constitucionalidade dos atos legislativos e executivos, elevando-se o Supremo Tribunal Federal à posição de “árbitro do conflito entre Poderes (...) numa autêntica função de poder moderador.”⁴⁸⁹

Para comprovar este feição, o ministro ainda citou o Imperador Dom Pedro II, que teria recomendado a uma missão de juristas em viagem aos Estados Unidos que compreendessem bem o sistema norte-americano, pois parecia recomendável que o Brasil abandonasse a concentração de poder na figura monárquica, para delegar esta competência moderadora ao seu órgão de cúpula do Judiciário⁴⁹⁰.

Esta tendência em delinear a função institucional do Supremo também foi destacada por outros ministros. Assim como na liminar, a decisão se sofisticou como uma oportunidade de reafirmação de competências futuras. Em uma conjuntura que conspirava para o alinhamento entre a opinião pública e a vontade parlamentar majoritária, com forte pressão a favor do voto aberto na Câmara dos

⁴⁸⁶ MS 21.564-0/DF, fls.293 e 294.

⁴⁸⁷ MS 21.564-0/DF, fls. 304.

⁴⁸⁸ MS 21.564-0/DF, fls. 328-330.

⁴⁸⁹ MS 21.564-0/DF, fls. 330 e 331.

⁴⁹⁰ MS 21.564-0/DF, fls. 332. O ministro citou como fonte o livro de Lêda Boechat Rodrigues: “História do Supremo Tribunal Federal”. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. Sobre a mesma temática: BASTOS, Érico Araújo. *O Oráculo do Poder Constituinte: Reminiscências do Poder Moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro, 2010. 234p. Dissertação (Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Puc-Rio.

Deputados, se a Corte desejasse assumir o risco de impor suas preferências, correria o risco do descrédito e da evasão legislativa.

Obviamente, a deliberação colegial pode ter sido sincera e meramente convergiu com influências exógenas. No entanto, se divergia, as condições do caso não franqueavam uma autonomia e o cenário de maior vantagem seria a submissão ao Legislativo, com a estratégica ressalva de possíveis intervenções vindouras.

No Mandado de Segurança 21.623-9/DF, julgado em 17 de dezembro de 1992, o Supremo Tribunal Federal avaliou as irregularidades no processo de “impeachment” de Fernando Collor de Mello, afastado do cargo de presidente da República e mantido sob julgamento no Senado Federal. Novamente, a Corte se encontrou na delicada situação de intervir no julgamento legislativo do “impeachment”, o que o ministro Sepúlveda Pertence qualificou como o tema político do ano e, talvez, a maior crise da história republicana⁴⁹¹.

Em resposta a alguns meios de comunicação, que condenavam a intervenção judicial no processo, o ministro Celso de Mello lembrou a posição adotada no Mandado de Segurança 21.564-0/DF, *supra*, para reafirmar a autoridade institucional do Supremo Tribunal Federal, destacando sua função arbitral na relação entre os Poderes⁴⁹², o que recebeu a anuência expressa do ministro Sepúlveda Pertence⁴⁹³.

Em direção oposta, o ministro Paulo Brossard condenou que os parlamentares atuassem “sob a curatela do STF”⁴⁹⁴, evidenciando mais uma vez sua preocupação com o resguardo da autoridade institucional e com eventuais retaliações do Legislativo, pois:

“Ingressar no âmago do processo que se desdobra no Senado, dizendo que deve ser reaberto prazo ao acusado ou à acusação, que este senador pode participar do julgamento e aquele não, que o voto deve ser secreto ou aberto, é perigoso para a harmonia dos poderes, um dos princípios fundamentais da organização política.”⁴⁹⁵

⁴⁹¹ MS 21.623-9/DF, fls. 339.

⁴⁹² MS 21.623-9/DF, fls. 294-296.

⁴⁹³ MS 21.623-9/DF, fls. 341.

⁴⁹⁴ MS 21.623-9/DF, fls. 373.

⁴⁹⁵ MS 21.623-9/DF, fls. 344 e 373. Embora não tenha conhecido o mandado de segurança, uma vez vencido, o ministro Paulo Brossard indeferiu o pedido, como a maioria do Plenário, em fls. 351, 364-366, 371 e 374.

No julgamento do mérito do Mandado de Segurança, o Supremo Tribunal Federal afastou duas alegações de cerceamento de defesa de Fernando Collor de Mello no Senado Federal: a recusa do depoimento de uma testemunha, uma vez que ela acabou sendo ouvida após as alegações finais⁴⁹⁶ e a falta de tempo hábil para avaliação de contas de telefone que fundavam a acusação, o que a Corte julgou impossível de aferir concretamente para constatar uma situação efetiva de prejuízo⁴⁹⁷.

Fernando Collor de Mello ainda alegou o impedimento de senadores que o investigaram numa comissão mista de inquérito, que já haviam declarado publicamente sua intenção condenatória e que tinham interesse pessoal em seu afastamento da presidência, porque eram suplentes de parlamentares que já ocupavam cargos ministeriais no novo governo⁴⁹⁸.

Em referência ao julgamento dos Mandados de Segurança 20.941-1/DF e 21.564-0/DF, os ministros lembraram que o “impeachment” é um processo de natureza política, que não poderia ser tratado com as mesmas formalidades legais dos atos judiciais⁴⁹⁹.

O ministro-relator Carlos Velloso chegou a fazer uma extensa comparação do instituto nos Estados Unidos e na Europa, para comprovar que a reprodução do sistema norte-americano pelo Brasil consagrava a tendência de um julgamento político, sem maiores exigências formais⁵⁰⁰.

Sendo assim, afastou-se a incidência das regras processuais penais alegadas pelo acusado para anular o processo de “impeachment”, com a aplicação da Lei nº 1.079 de 1950⁵⁰¹.

⁴⁹⁶ Neste sentido, os ministros Calor Velloso, em fls. 251, Celso de Mello, em fls. 301, Sepúlveda Pertence, em fls. 313-319, Néri da Silveira, em fls. 376-377, e Octávio Gallotti, em fls. 411, no MS 21.623-9/DF. Cf. o julgamento do MS 25.647-8/DF, *infra*.

⁴⁹⁷ De acordo com os ministros Carlos Velloso, em fls. 254, Celso de Mello, em fls. 302 e 303, Néri da Silveira, em fls. 376 e 377, e Octávio Gallotti, em fls. 408-410, no MS 21.623-9/DF,

⁴⁹⁸ Caso o ex-presidente fosse absolvido, os ministros seriam destituídos dos cargos e os senadores voltariam a ser suplentes, restando comprovado seu interesse pessoal na condenação. MS 21.623-9/DF, fls. 206 et. seq.

⁴⁹⁹ MS 21.623-9/DF, fls. 216-245, 260-262, 329, 364-366.

⁵⁰⁰ MS 21.623-9/DF, fls. 216 e 231. Encerrando seu voto, em fls. 274, o ministro-relator ainda pediu desculpas pela extensão de voto, com mais de 60 páginas, alegando que não teve tempo para ser sintético.

⁵⁰¹ Neste sentido, os ministros Carlos Velloso, em fls. 260, Celso de Mello, em fls. 304-311, Néri da Silveira, em fls. 377-387, e Octávio Gallotti, em fls. 408-410. Foi afastada incidência do art. 252, do Código de Processo Penal, que dispunha sobre uma série de vedações à participação do juiz, com a aplicação da Lei nº 1.079 de 1950, que dispunha sobre os crimes de responsabilidade: “Art. 63. (...) No dia definitivamente aprazado para o julgamento, verificado o número legal de senadores será aberta a sessão e facultado o ingresso às partes ou aos seus

3.2.1.

Balanço

O argumento de proteção dos direitos de defesa e as reiteradas referências à jurisprudência nacional e estrangeira foram a tônica deste campo analítico. Numa perspectiva interpretativista, os ministros apenas cumpriram seu papel institucional como membros do Judiciário e agiram de acordo com as expectativas tracionais que constituem seu *ethos*. No entanto, a teoria política positiva consideraria que estes mesmos fundamentos decisórios serviram apenas como uma tática que minimizava a preocupação do Supremo Tribunal em reservar sua competência interventiva numa dinâmica eminentemente legislativa.

Esta análise estratégica ganha mais peso na análise dos votos e debates, que demonstraram um engajamento especial na definição de limites e margens de poder à disposição da Corte, restando o mérito dos pedidos do acusado num plano secundário. No campo interinstitucional, a mensagem recebida pelo Congresso Nacional trazia a possibilidade de interferências futuras em circunstâncias congêneres, com a limitação de sua autonomia no julgamento de crimes de responsabilidade do presidente da República ou de outras autoridades.

Porém, de um ponto de vista efetivo, a única decisão refratária à vontade legislativa foi a simples ampliação do prazo para o presidente da República se defender, de cinco para dez dias, na decisão liminar do Mandado de Segurança 21.564-0/DF, *supra*. Além desta singela limitação não afetar gravemente os trabalhos parlamentares, nas outras hipóteses levantadas nos julgados – restrição aos direitos de defesa, questionamentos de competência e publicidade de votação – o Supremo meramente referendou as ações da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Apesar dos apelos da mídia e da maioria congressual para não intervir no processo de “impeachment”, a Corte afastou a possibilidade de maiores críticas ao ratificar substancialmente os atos legislativos.

procuradores. Serão juízes todos os senadores presentes, com exceção dos impedidos nos termos do art. 36.”e “Art. 36. Não pode interferir, em nenhuma fase do processo de responsabilidade do Presidente da República ou dos Ministros de Estado, o deputado ou senador; a) que tiver parentesco consanguíneo ou afim, com o acusado, em linha reta; em linha colateral, os irmãos cunhados, enquanto durar o cunhado, e os primos co-irmãos; b) que, como testemunha do processo tiver deposto de ciência própria.”

Obviamente, há uma dificuldade em definir o real intuito dos julgadores em contrariar estas pressões exógenas. Porém, o balanço decisório deste campo analítico indica duas possibilidades para o comportamento do Supremo: uma corte receptiva, que se posicionou sinceramente, ou uma corte submissa, que num cenário de supremacia legislativa e sem força institucional suficiente para afirmar suas preferências, sofisticou suas decisões para impedir retaliações e evasões, ao mesmo tempo em que garantia sua competência interventiva para uma conjuntura mais favorável.

Se não é possível afirmar que o alinhamento externo foi uma ação deliberada para manutenção de sua integridade institucional, é inegável que sua conduta conspirou para esta consequência natural.

3.3.

O Processo Legislativo

É bem verdade que eu faço tudo que posso e que gostaria de fazer ainda mais. Claro, não recuso em dizer que o amarei sempre.

Cécile de Volanges ao Cavalheiro Danceny, Carta LXXXII
As Ligações Perigosas, Choderlos Laclos

O processo legislativo é regulado pela Constituição Federal e pelo Regimento Interno da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Congresso Nacional⁵⁰², que especificam as diferentes espécies normativas e traçam as linhas mestras de como devem ser aprovadas.

Como a criação das leis se constitui na função mais natural e típica do Congresso Nacional, a intervenção do Supremo Tribunal Federal neste processo se transforma num tema extremamente sensível nas relações interinstitucionais.

Embora a pesquisa jurisprudencial recorte um marco posterior ao processo de redemocratização confirmado na Constituição de 1988, a retroatividade temporal se impõe para abordar um julgado que serviu de parâmetro decisório.

Sob a égide da Constituição de 1967, o Mandado de Segurança 20.257/DF, julgado em 8 de outubro de 1980, tratou de um projeto de emenda constitucional que prorrogava o mandato de vereadores e prefeitos de dois para quatro anos, o

⁵⁰² Art. 59 ao art. 69 da CF; Resolução do Congresso Nacional nº 1 de 1970; Resolução do Senado Federal nº 93 de 1970; Resolução da Câmara dos Deputados nº 17 de 1989.

que, segundo os impetrantes, os senadores Itamar Franco e Antônio Mendes Canale, violaria o princípio republicano de periodicidade e não perpetuação no poder⁵⁰³.

Esta possibilidade de intervenção na esfera legislativa mostrou divergência entre os ministros, dos quais se reproduzem duas posições antagônicas. Nas palavras do ministro Soares Muñoz:

“a pretendida intervenção do Supremo Tribunal Federal no processo legislativo, de forma a impedir que o Congresso Nacional pratique ato de ofício, que lhe é privativo, vale dizer, discuta, aprove ou não, e promulgue emenda constitucional, exorbita do controle que a Constituição Federal atribui ao Poder Judiciário.”⁵⁰⁴

Contrariamente, o ministro Moreira Alves, relator para o acórdão, defendeu o controle preventivo do processo legislativo:

“E cabe ao Poder Judiciário, nos sistemas em que o controle de constitucionalidade lhe é outorgado – impedir que se desrespeite a Constituição. Na guarda da observância desta, ele está acima dos demais poderes, não havendo, pois, que falar-se, a esse respeito, de independência dos poderes.”⁵⁰⁵

Apesar de alguma discordância colegial, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu um “leading case” que garantia a possibilidade de um parlamentar propor um mandado de segurança contra ato inconstitucional que violasse o processo legislativo⁵⁰⁶. No entanto, a segurança não foi concedida, pois prevaleceu o entendimento de que o princípio republicano não havia sido violado⁵⁰⁷. Conforme a análise do “impeachment” presidencial, a Corte favorecia a vontade majoritária do Congresso Nacional, mas sofisticava sua decisão para assegurar uma competência que poderia ser exercida em ocasião posterior.

Porém, em vários processos, esta interferência no nascedouro normativo esbarrou na questão prejudicial da conversão do projeto normativo em lei⁵⁰⁸ e na

⁵⁰³ MS 20.257/DF, fls. 314-324.

⁵⁰⁴ MS Ag. Reg. 20.257/DF, fls. 75.

⁵⁰⁵ MS 20.257/DF de 08/10/1980, Min. Moreira Alves, fls. 338.

⁵⁰⁶ O STF entendeu que o mandado de segurança seria um instrumento de defesa do direito público subjetivo do parlamentar em não participar de processo legislativo inconstitucional. MS 20.257/DF, fls. 312 e 313. No mesmo sentido, o MS 20.452-4/DF, fls. 174 a 179 e o MS 32.033/DF, processo eletrônico, p. 45.

⁵⁰⁷ MS 20.257/DF, fls. 312,313 e 339.

⁵⁰⁸ Quando o projeto normativo impugnado se transforma em lei durante o curso do processo judicial, o STF considera seu pedido prejudicado, pois se conhecesse o mandado de segurança, estaria lhe emprestando a função de ação direta de inconstitucionalidade, para a qual o parlamentar-impetrante seria ilegítimo, à luz do art. 103, incisos I a IX, da CF/88. MS 21.648-4/DF, julgado em 5 de maio de 1993; MS 22.442/DF, julgado em 5 de agosto de 1999. Argumento semelhante já havia sido levantado pelo ministro Décio Miranda, no MS 20.257/DF, fls. 325, quando alegou igual prejudicialidade com a aprovação da Emenda Constitucional nº 14 de 09 de

recusa do Supremo em interferir em questões *interna corporis*, baseadas na competência privativa das Casas Legislativas em interpretar seus regimentos internos⁵⁰⁹.

No Mandado de Segurança 21.754-5/RJ, julgado em 7 de outubro de 1993, os deputados federais Luiz Alfredo Salomão, Hélio Bicudo, Miguel Arraes e Aldo Rebelo questionaram ato de convocação de Sessão Extraordinária para proceder à Revisão da Constituição Federal, pois alegaram um quórum inferior ao estabelecido pelo Regimento Comum do Congresso Nacional⁵¹⁰.

Evidenciando a posição estratégica que o jogo colegial atribui à relatoria, o ministro Marco Aurélio Mello concedeu o pedido em caráter liminar, pois não entendeu que a temática envolvia um juízo político de conveniência e oportunidade do legislador, mas sim a agressão regimental, o que ensejaria o controle judicial, a defesa da ordem jurídica e do processo legislativo contra sua substituição “por critérios que variem ao sabor das forças políticas em conflito.”⁵¹¹

Anos depois da decisão, o ministro Sepúlveda Pertence fez referência à ressonância deste processo e às possibilidades de retaliação legislativa: “se fizeram notórias as reações de setores dominantes da Câmara dos Deputados contra o deferimento da liminar pelo Ministro **Marco Aurélio** no MS 21.754”⁵¹²

De fato, a Mesa do Congresso Nacional manifestou-se nos autos em tom elevado, alegando que o Poder Legislativo “não pode continuar com seus trabalhos suspensos diante da Nação estarecida, da economia traumatizada pelas

setembro de 1980 durante o curso do processo. No mesmo sentido, a Súmula 266 do STF, estabelece que “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.”. No MS 21.311/DF, julgado em 13 de maio de 1999, foi contestado o Projeto de Emenda Constitucional nº 1 de 1988, que propunha a instituição da pena de morte no país. Neste caso, o resultado foi o mesmo, mas por um motivo inverso: como o projeto foi inadmitido por unanimidade na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e, em seguida, arquivado, o mandado de segurança foi julgado prejudicado.

⁵⁰⁹ MS 22.503-3/DF, julgado em 8 de maio de 1993; MS Ag. Reg. 21.754-5/RJ, julgado em 7 de outubro de 1993; MS 22.183-6/DF, julgado em 05 de abril de 1995; MS 24.356-2/DF, julgado em 13 de fevereiro de 2003; MS 26.062-9/DF, julgado em 10 de março de 2008.

⁵¹⁰ Tratava-se da violação do art. 28 do RICN: “Art. 28. As sessões somente serão abertas com a presença mínima de 1/6 (um sexto) da composição de cada Casa do Congresso.” MS Ag. Reg. 21.754-5/RJ, fls. 281.

⁵¹¹ MS Ag. Reg. 21.754-5/DF, fls. 289 e 299.

⁵¹² Este comentário foi feito no MS Ag. Reg. 23.466-1/DF, julgado em 16 de junho de 1999, portanto, seis anos depois do MS 21.754-5/RJ, decidido liminarmente no dia 5 de outubro de 1993, e em caráter final, em 7 de outubro do mesmo ano.

incertezas institucionais e da reputação externa do País abalada pelo conflito de dois Poderes da República.”⁵¹³

À exceção do ministro-relator, todos os demais ministros acolheram o recurso à liminar⁵¹⁴ e não conheceram do mandado de segurança. Apelando que o Supremo não mudasse sua jurisprudência interferindo em questões políticas, o ministro Francisco Rezek fez referência à história institucional da Corte e afirmou que o judiciário no Brasil já possuía muitas competências:

“Esta não é uma casa de invenção recente. O Supremo Tribunal Federal existe há 164 anos, ao longo dos quais foi possível, em repetidas ocasiões, debater e decidir sobre o tema da regência constitucional dos poderes do Estado – mais exatamente, desde o advento do regime republicano, sobre a partilha horizontal do poder público entre o Congresso Nacional, o governo e autoridade judiciária.”⁵¹⁵

“Este é um dos países em que se terá chegado mais longe – em processo que começa no final do século passado e se estende ao longo deste século – na extensão da prerrogativa jurisdicional e, pois, na redução ao extremo daquilo que se exclui da análise judiciária.”⁵¹⁶

Seguindo a mesma linha argumentativa, o ministro destacou o modo como a estrutura institucional influencia na dinâmica entre os poderes⁵¹⁷, comparando o modelo brasileiro com o de países parlamentaristas:

“Pondero que não estamos sós; este país não é uma ilha de isolamento, e quando estimo que não deveríamos levar mais longe ainda o alcance do controle judiciário estou sendo motivado pela consideração de que a larga maioria numérica dos países hoje existentes no mundo sequer conhece a ideia do judicial review. São países praticantes do parlamentarismo. São países que por razões históricas e vezo local se conformam com um regime de assembleia; são países onde, em linhas gerais, o governo não é mais que uma comissão executiva do parlamento, e onde a autoridade judiciária faz apenas o que fazia no Império do Brasil: resolver assuntos criminais e assuntos civis dos particulares entre si, por amor dos seus interesses privados.”⁵¹⁸

Embora reconheça a filiação norte-americana, o ministro conclui por ressaltar as características próprias do modelo presidencialista brasileiro:

“Certo que aquele não é o nosso modelo. O modelo que dotamos com a República é o dos Estados Unidos da América, onde não é muito o que

⁵¹³ MS Ag. Reg. 21.754-5/RJ, fls. 285.

⁵¹⁴ O recurso tratava-se de um agravo regimental, interposto para impugnar decisões tomadas individualmente pelo relator de outro recurso.

⁵¹⁵ MS Ag. Reg. 21.754-5/RJ, fls. 318.

⁵¹⁶ MS Ag. Reg. 21.754-5/RJ, fls. 319.

⁵¹⁷ Cf. item 2.10.2.

⁵¹⁸ MS Ag. Reg. 21.754-5/RJ, fls. 325 e 326.

tradicionalmente escapa do controle da justiça, porque confinado do domínio político.”⁵¹⁹

“Mas aí ficamos. (...) Preservamos, pois, nosso sistema, onde os poderes do Estado são três – independentes, horizontais, harmônicos. Não acho que tenha cabimento estendermos, além de seus já largos limites tradicionais, o domínio do judicial review interferindo sob provocação da minoria em procedimentos de estrita índole congressional.”⁵²⁰

Este mandado de segurança foi decidido de maneira muito célere, com um intervalo de apenas quatorze dias até seu julgamento pelo Plenário, o que demonstra o empenho do Supremo em resolver a paralisia institucional que a liminar do ministro-relator causou ao Congresso Nacional⁵²¹. Diante de possíveis retaliações legislativas, a Corte preservou sua integridade institucional com extrema velocidade.

No Mandado de Segurança 22.503-3/DF, dezoito parlamentares alegaram ofensa ao processo legislativo e ao Regimento Interno da Câmara dos Deputados na votação da reforma da previdência, o Projeto de Emenda Constitucional nº 33-A de 1995⁵²².

Em decisão liminar de 12 de abril de 1996, o ministro Marco Aurélio Mello mais uma vez comprovou a importância colegial da relatoria ao acolher o pedido, determinando a suspensão do trâmite do Projeto⁵²³. Sozinho, mas em posição extremamente estratégica, o ministro interrompeu completamente o processo legislativo.

Tendo em vista este impasse interinstitucional, o Mandado de Segurança foi ao julgamento pelo Plenário de forma rápida, em menos de um mês após a liminar, em 8 de maio de 1996⁵²⁴. A maioria dos ministros rejeitou a verificação de qualquer violação regimental, por se tratar de um assunto *interna corporis* do legislador⁵²⁵. Este posicionamento se solidificou na ementa do acórdão e serviu de parâmetro para embasar outros julgados posteriores à decisão⁵²⁶.

⁵¹⁹ MS Ag. Reg. 21.754-5/RJ, fls. 326.

⁵²⁰ MS Ag. Reg. 21.754-5/RJ, fls. 328.

⁵²¹ Numa ordem cronológica: em 22 de setembro ocorreu a Sessão impugnada; em 23 de setembro o Mandado de Segurança foi impetrado; em 5 de outubro a liminar foi concedida; em 6 de outubro foi interposto o agravo regimental; e em 7 de outubro houve o julgamento final. Todos os andamentos no ano de 1993. Em seu voto, o ministro Francisco Rezek chega a se referir à “hora urgente” da decisão do mandado de segurança. MS Ag. Reg. 21.754-5/RJ, fls. 301.

⁵²² MS 22.503-3/DF.

⁵²³ MS 22.503-3/DF, fls. 402.

⁵²⁴ Na ordem cronológica, no ano de 1996: a distribuição do processo foi feita em 11 de abril, a liminar foi concedida no dia seguinte e o julgamento, em 05 de maio.

⁵²⁵ No MS 22.503-3/DF, os ministros Maurício Corrêa, fls. 436, Francisco Rezek, fls. 444, Carlos Velloso, fls. 449, Octávio Gallotti, fls. 484, Sydney Sanches, fls. 486, Néri da Silveira, fls.

Voto vencido, o ministro-relator Marco Aurélio Mello permaneceu fiel ao que estabelecera na concessão da liminar ao fazer coro à manipulação conceitual estratégica de seus pares, uma reflexão que perpassa tanto a abordagem do jogo colegial, quanto a teoria política positiva:

“As regras norteadoras do referido processo existem para serem respeitadas, pouco importando as consequências práticas e políticas daí decorrentes. A não se entender assim, a concluir-se que, diante de alegado quadro de abandono ao que nelas se contém, Deputados que formaram em corrente minoritária somente podem vir a se lamentar, é reconhecer a magia do rótulo *interna corporis*, elevando-o a dogma, transformando a maioria no soberano absoluto, passando a ter a faculdade de respeitar, ou não, o Direito objetivo, as regras disciplinadoras do processo legislativo.”⁵²⁷

O ministro-relator ainda tornou clara sua preocupação com a autoridade institucional do Supremo Tribunal, apelando que o Plenário fosse mais incisivo na definição da margem de competência, reação e intervenção diante das reformas constitucionais que se avizinhavam nos anos vindouros⁵²⁸. Diante da fixação de uma posição interventiva moderada, a Corte poderia ter problemas para exercer sua jurisdição em processos semelhantes no futuro.

Embora tenha rejeitado a interferência em matéria *interna corporis*, o Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre a possibilidade de conhecer o mandado de segurança para apurar a suposta violação do art. 60, §5º, da Constituição Federal⁵²⁹. Como um substitutivo ao Projeto de Emenda havia sido rejeitado pela Casa, os impetrantes do Mandado de Segurança condenavam que pudesse haver a votação da reforma da previdência na mesma sessão legislativa⁵³⁰.

Para defender que o Plenário apreciasse esta violação, o ministro Celso de Mello baseou a intervenção da Corte na Constituição e na democracia, um recurso

493-502, Moreira Alves, fls. 504 e 505 e Sepúlveda Pertence, fls. 507-514, defenderam que apenas uma suposta violação da Constituição poderia ser avaliada, rejeitando a interferência judicial em questões interpretativas regimentais, da esfera interna do Poder Legislativo.

⁵²⁶ Neste sentido, o MS 22.494-1/DF, julgado em 19 de dezembro de 1996, em fls. 374, 394 e 439.

⁵²⁷ MS 22.503-3/DF, fls. 411.

⁵²⁸ MS 22.503-3/DF, fls. 400.

⁵²⁹ Art. 60, § 2º, CF: “A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”. A sessão legislativa como um período anual de trabalhos parlamentares, está previsto no art. 57, *caput*, da CF. MS 22.503-3/DF, fls. 555.

⁵³⁰ MS 22.503-3/DF, fls. 387-391.

que a abordagem colegial qualificaria como uma tática de referência abstrata a valores para angariar legitimidade à sua preferência:

“A **questão básica**, que se coloca **neste momento** no presente mandado de segurança, consiste em definir os limites da atuação institucional do poder judiciário, **nomeadamente do Supremo Tribunal Federal**”⁵³¹

“Desse modo, eventuais decisões proferidas por esta Corte, no específico desempenho de sua magna função institucional de fazer prevalecer, **sempre**, a superioridade irrecusável de nossa Constituição – **inclusive no que se refere ao direito dos legisladores à fiel observância do devido processo** –, não podem ser qualificadas como gesto de interferência indevida do Supremo Tribunal Federal na esfera de atuação do Congresso Nacional.”⁵³²

“A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito – **onde o legislador e o Judiciário desempenham papel preponderante** – não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. **A opção pelo Estado democrático de direito há de ter consequências efetivas no plano de nossa organização política**, na esfera das relações institucionais entre os poderes da República e no âmbito da formulação de uma teoria das liberdades públicas. Em uma palavra: **ninguém se sobrepõe aos princípios consagrados pela Constituição**.”⁵³³

“Tenho enfatizado, em diversos votos que já proferi no Supremo Tribunal Federal – **e dos quais guardo firme convicção** – que os **poderes do Legislativo**, em nosso sistema constitucional – **tanto quanto os do Executivo e do Judiciário** – são essencialmente definidos e limitados pela própria Carta Política.”⁵³⁴

Em posição muito mais cuidadosa, cioso da inconveniência institucional de interferência da Corte no Legislativo, o ministro Sepúlveda Pertence se escorou em razões práticas e no mesmo apelo a um conceito abstrato de Constituição que o ministro Celso de Mello, porém, em sentido oposto:

“Mas, na verdade, é preciso ponderar, que, efetivamente, nas linhas em que se pôs a questão, o da existência de um direito público subjetivo de cada congressista ao que se chamou do ‘**devido processo legislativo**’, a doutrina dos dois magníficos votos, **data vênica**, converteria o Supremo Tribunal Federal numa câmara revisora de toda a elaboração legislativa pelo Congresso Nacional.

Com efeito, será rara a proposição que divida o politicante Congresso onde não haja, criada pela notável imaginação criadora dos grandes parlamentares, uma polêmica regimental que viria a ter a esta Casa.

Não creio vá a este ponto o judicialismo da nossa Constituição, ainda que não me proponha a estabelecer, com pretensões de rigor acadêmico (em relação às quais, ando cada vez mais cético), um critério **a priori**, uma base dogmática inequívoca para dimensionar essa contenção do Poder Judiciário.”⁵³⁵

A despeito do recurso a conceitos abstratos de Constituição que o jogo colegial considera como um mecanismo de constrangimento coletivo, o pano de

⁵³¹ MS 22.503-3/DF, fls. 456.

⁵³² MS 22.503-3/DF, fls. 458.

⁵³³ MS 22.503-3/DF, fls. 477.

⁵³⁴ MS 22.503-3/DF, fls. 479.

⁵³⁵ MS 22.503-3/DF, fls. 510.

fundo dos debates ministeriais sempre perpassou a definição de uma margem de ação institucional do Supremo Tribunal Federal.

Embora tenha conhecido o Mandado de Segurança para apurar a suposta violação inconstitucional do processo legislativo, a Corte assumiu as alegações da Presidência da Câmara de que a continuidade do trâmite de votação se baseava numa emenda aglutinativa de diversas propostas, que não guardava correspondência com o substitutivo rejeitado – este sim, impassível de reapresentação na mesma sessão legislativa. Sendo assim, a desaprovação anterior não viciava todo o Projeto de Emenda e a ação foi indeferida⁵³⁶.

Nas sessões de 7 e 8 de março de 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029/DF, proposta pela Associação Nacional dos Servidores do Ibama contra a Lei nº 11.516 de 2007, que criou o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade⁵³⁷.

A Corte reconheceu que a Constituição Federal buscou ampliar os canais democráticos de provocação da jurisdição constitucional abstrata, com a necessária superação de sua jurisprudência restritiva da legitimidade de associações nas ações diretas⁵³⁸. No entanto, declarou sua insuficiência técnica e incapacidade institucional em apreciar a conveniência da gestão do Sistema Nacional de Meio Ambiente e, por conseguinte, da criação do Instituto⁵³⁹.

O maior debate se concentrou no fato de a Lei nº 11.527 ter se originado da Medida Provisória nº 366 de 1997, apreciada pelo Plenário com base em um relatório singular de parlamentar, de acordo com dispositivo regimental⁵⁴⁰, mas em descumprimento à exigência constitucional de análise por uma comissão mista de deputados federais e senadores⁵⁴¹.

O ministro Ricardo Lewandowski elevou a medida provisória como um instituto contextualizado com a necessidade de celeridade decisória do mundo contemporâneo e não visualizou o dispositivo regimental como uma violação inconstitucional à atividade legislativa⁵⁴².

⁵³⁶ MS 22.503-3/DF, fls. 447-455, 481-483, 529, 534 e 542-544.

⁵³⁷ ADIN 4.029/DF, processo eletrônico, pp. 6-10.

⁵³⁸ ADIN 4029/DF, processo eletrônico, pp. 11.

⁵³⁹ ADIN 4029/DF, processo eletrônico, pp. 28 e 29.

⁵⁴⁰ Resolução do Congresso Nacional nº 1 de 2002, art. 5º, *caput* e art. 6º, *caput*.

⁵⁴¹ CF: “Art. 62. (...) § 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.”

⁵⁴² ADIN 4.029/DF, processo eletrônico, pp. 58-61.

Apesar desta posição isolada, o Plenário considerou que o desrespeito frontal da Constituição Federal implicava numa circunstância de déficit na fiscalização legislativa sobre o Executivo, com aprovações de medidas provisórias sem a devida cautela de uma avaliação mais ampla, ponderada e compartilhada da comissão mista⁵⁴³.

No entanto, a maioria⁵⁴⁴ dos ministros seguiu a reticência do ministro-relator Luiz Fux, que indicou o perigo de se reconhecer a invalidade de todas as leis derivadas da conversão de medidas provisórias que não respeitaram o comando constitucional, o que geraria consequências graves à segurança jurídica em diversas relações e situações já consolidadas⁵⁴⁵.

Sendo assim, foi adotada a tese da inconstitucionalidade futura – “prospective overruling” ou “pure prospectivity”. Apesar de reconhecer a irregularidade na aprovação da Lei nº 11.527, o Supremo modulou sua decisão para que não atingisse as normas já produzidas ou em trâmite no Congresso Nacional. Apenas as novas medidas provisórias seriam obrigadas a cumprir o crivo da comissão parlamentar mista⁵⁴⁶.

Numa ótica estratégica, esta sofisticação tinha como objetivo afirmar a preferência da ala majoritária do Tribunal sem gerar maiores dificuldades à atividade legislativa que resultassem em possíveis críticas e retaliações. Porém, numa dimensão interpretativista, houve uma sincera preocupação institucional em se preservar a segurança jurídica, ao mesmo tempo em que era sanado o quadro de inconstitucionalidade na aprovação das medidas provisórias, o que pode ser depreendido das palavras finais do ministro-relator Luiz Fux no processo: “Resolvido um problema nacional.”⁵⁴⁷

No Mandado de Segurança 31.816/DF, o deputado federal Alessandro Molon questionou o ato congressual de acolher o Requerimento nº 12 de 2012, que solicitava urgência na votação do Veto presidencial nº 38 de 2012 ao Projeto

⁵⁴³ ADIN 4.029/DF, processo eletrônico, pp. 19-26.

⁵⁴⁴ Além da posição contrária do ministro Ricardo Lewandowski, o ministro Marco Aurélio Mello adotou uma posição mais radical que o colegiado, acolhendo integralmente a inconstitucionalidade da Lei nº 11.527. ADIN 4.029/DF, processo eletrônico, pp. 58-65.

⁵⁴⁵ A exigência de apreciação das MPs pela comissão mista foi inaugurada em 2001, na EC nº 32. ADIN 4.029/DF, processo eletrônico, pp. 27 e 35.

⁵⁴⁶ ADIN 4.029/DF, processo eletrônico, pp. 4, 26-28, 62-88.

⁵⁴⁷ ADIN 4.029/DF, processo eletrônico, p. 88.

de Lei nº 2.565 de 2011, norma que estabelecia um novo sistema de distribuição dos “royalties” de exploração do petróleo entre os entes federativos⁵⁴⁸.

Em decisão liminar do dia 17 de dezembro de 2012, o ministro-relator Luiz Fux lembrou que a ordem constitucional de 1967 previa a aprovação tácita do veto presidencial caso não fosse apreciado pelo Congresso Nacional, o que favorecia a vontade do Executivo diante da dificuldade de organização e arregimentação de forças políticas parlamentares⁵⁴⁹.

No entanto, a Constituição Federal de 1988 previu um prazo de trinta dias para a apreciação, a partir do qual todas as demais proposições seriam sobrestadas até que o veto fosse deliberado. O privilégio presidencial foi afastado, concentrando-se a decisão na esfera volitiva do legislador⁵⁵⁰.

Apesar de a nova ordem motivar a “vitalidade legislativa”, os parlamentares se comportavam em descompasso frontal com a Constituição, num quadro omissivo de mais de três mil vetos sem deliberação congressional⁵⁵¹.

Além de reconhecer o desrespeito pelo processo legislativo constitucional, o ministro-relator criticou o posicionamento do Supremo em não avaliar questões políticas e concordou com diversas alegações de violação regimental, como a dispensa de uma comissão mista para análise do veto e a apreciação de requerimento ausente da ordem do dia. Este quadro de irregularidades criou um procedimento legislativo *ad hoc* que ofendia a segurança jurídica das minorias parlamentares, o que fundamentou ainda mais sua decisão em determinar a abstenção legislativa de deliberar sobre o Veto nº 38⁵⁵².

Este posicionamento motivou o recurso da Mesa do Congresso Nacional, discutido pelo Plenário em 27 de fevereiro de 2013. O ministro-relator Luiz Fux renovou seu posicionamento de que o “desenho institucional traçado pelo constituinte” tinha o objetivo de estimular a manifestação legislativa tempestiva e evitar omissões que favorecessem manobras políticas contrárias à Constituição

⁵⁴⁸ MS MC 31.816/DF, processo eletrônico, pp. 1-6.

⁵⁴⁹ MS MC 31.816/DF, processo eletrônico, p. 13.

⁵⁵⁰ CF: “Art. 66. (...) § 4º - O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto. § 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.” MS MC 31.816/DF, processo eletrônico, pp. 12-13.

⁵⁵¹ MS MC 31.816/DF, processo eletrônico, pp. 13 e 19.

⁵⁵² MS MC 31.816/DF, processo eletrônico, pp. 17-24.

Federal⁵⁵³ e ainda reforçou que quando “não quer pagar o custo social de uma decisão, os Poderes vêm ao Judiciário e a conta fica para nós”⁵⁵⁴. Diante desta provocação externa, seria despropositado dizer que o Supremo realiza interferências indevidas na esfera legislativa, principalmente, com base no “mito” de não interferência em normas regimentais⁵⁵⁵.

No mesmo sentido, o ministro Marco Aurélio Mello citou um artigo da imprensa para cancelar a posição da relatoria em determinar o cumprimento da ordem cronológica de apreciação dos vetos presidenciais⁵⁵⁶ e usou recursos colegiais apelativos para afirmar que a prática legislativa estava “rasgando a Constituição Federal”, numa conduta em que “a maioria esmaga a minoria”⁵⁵⁷, favorecendo que o veto presidencial se consubstanciasse numa ascensão do Executivo sobre o Legislativo, considerações que também perpassaram o voto do ministro Joaquim Barbosa⁵⁵⁸.

No entanto, o posicionamento majoritário do Tribunal se fixou na jurisprudência de refração à análise de matéria regimental e *interna corporis*⁵⁵⁹ e no argumento pragmático de que a obrigação de uma votação cronológica de mais de três mil vetos presidenciais paralisados há treze anos no Congresso seria impossível no curto prazo, trazendo consequências deletérias ao funcionamento legislativo⁵⁶⁰, prejudicando seu poder de agenda e desequilibrando sua força institucional em relação ao Executivo⁵⁶¹.

Embora não tenha desprezado a flagrante inconstitucionalidade do caso⁵⁶², uma decisão desta natureza traria um quadro de insegurança jurídica sobre a validade de todas as normas criadas ao longo deste tempo, aprovadas em desrespeito ao processo legislativo⁵⁶³. Além disso, alguns ministros afirmaram que o caso não trazia um mandado de segurança protetivo de direito violado, mas

⁵⁵³ MS MC Ag. Reg. 31.816/DF, processo eletrônico, p. 15.

⁵⁵⁴ MS MC Ag. Reg. 31.816/DF, processo eletrônico, p. 25.

⁵⁵⁵ MS MC Ag. Reg. 31.816/DF, processo eletrônico, p. 24.

⁵⁵⁶ MS MC Ag. Reg. 31.816/DF, processo eletrônico, pp. 11 e 95.

⁵⁵⁷ MS MC Ag. Reg. 31.816/DF, processo eletrônico, p. 92.

⁵⁵⁸ MS MC Ag. Reg. 31.816/DF, processo eletrônico, pp. 96-97.

⁵⁵⁹ MS MC Ag. Reg. 31.816/DF, processo eletrônico, pp. 31 e 46.

⁵⁶⁰ MS MC Ag. Reg. 31.816/DF, processo eletrônico, pp. 32-35, 46, 47 e 62.

⁵⁶¹ MS MC Ag. Reg. 31.816/DF, processo eletrônico, p. 72.

⁵⁶² MS MC Ag. Reg. 31.816/DF, processo eletrônico, pp. 31 e 60.

⁵⁶³ MS MC Ag. Reg. 31.816/DF, processo eletrônico, p. 33. A maioria do Plenário destacou a insegurança jurídica que a votação cronológica dos vetos traria para a discussão da Lei Orçamentária, embora a ala minoritária tenha ressalvado que a posição da relatoria excluía a votação desta norma do âmbito da decisão. MS MC Ag. Reg. 31.816/DF, processo eletrônico, pp. 24, 56, 68, 69, 83, 86 e 91.

se configurava num meio de controle preventivo de constitucionalidade, fato inaceitável pela jurisprudência da Corte⁵⁶⁴.

O ministro Gilmar Mendes criticou duramente a desídia legislativa como indicação de “alguma doença, alguma patologia, alguma distorção” e minorou o argumento do ministro Ricardo Lewandowski, que suscitara a possibilidade de a omissão se basear no hiato temporal entre a comunicação presidencial do veto e o recebimento desta deliberação pelo Congresso Nacional – “Realmente, é preciso que haja um mínimo de seriedade argumentativa.”⁵⁶⁵

No entanto, afirmou que o caso tratava de um costume constitucional *contra legem*, apelou à integridade institucional para que os casos sobre atividades legislativas sempre fossem submetidas ao Plenário ao invés da análise singular e preferiu indeferir a liminar, apontando a necessidade de modulação da decisão futura para que a prática parlamentar fosse sanada sem consequências deletérias ao seu funcionamento ordinário⁵⁶⁶.

Esta consideração suscitou um debate em Plenário sobre a banalização da modulação, com posicionamentos que oscilaram entre a crítica e a defesa destes instrumentos de sofisticação decisória como um imperativo de acomodação à realidade institucional⁵⁶⁷. Numa abordagem estratégica, esta preocupação seria um meio de impedir retaliações legislativas, enquanto o interpretativismo sociológico consideraria como uma legítima preocupação com a estabilidade do sistema político.

Porém, esta modulação prometida nem veio a ocorrer, uma vez que o Congresso Nacional derrubou o veto presidencial em votação do dia 14 de março de 2013, o que culminou com a extinção do processo por perda do objeto, em 23 de agosto de 2013.

No Mandado de Segurança 32.033/DF, foi discutida a constitucionalidade do Projeto de Lei nº 14 de 2013, que vedava a transferência das cotas do Fundo

⁵⁶⁴ MS MC Ag. Reg. 31.816/DF, processo eletrônico, pp. 39 e 40.

⁵⁶⁵ MS MC Ag. Reg. 31.816/DF, processo eletrônico, p. 83.

⁵⁶⁶ MS MC Ag. Reg. 31.816/DF, processo eletrônico, p. 82-85 e 88. No mesmo sentido, a ministra Carmem Lúcia Antunes, preferiu indeferir a liminar para construir uma solução mais ponderada no julgamento final da ação. MS MC Ag. Reg. 31.816/DF, processo eletrônico, p. 62.

⁵⁶⁷ MS MC Ag. Reg. 31.816/DF, processo eletrônico, p. 87.

Partidário⁵⁶⁸ e do tempo de propaganda eleitoral gratuita em rádio e televisão aos parlamentares que trocassem de legenda numa legislatura⁵⁶⁹.

Embora o caso importasse na grave possibilidade de intervenção judicial no processo legislativo, o ministro-relator Gilmar Mendes abdicou da faculdade de compartilhar a responsabilidade de sua decisão com o colegiado para julgar o Mandado de Segurança de maneira solitária.

Tendo em vista que a jurisprudência analisada não apontou nenhuma hipótese de chancela do controle preventivo de constitucionalidade⁵⁷⁰, nem de interferência mais aguda no processo legislativo, a conduta do ministro-relator pode ser interpretada como uma tentativa de forçar o colegiado a mudar sua posição na matéria, uma vez que os efeitos de sua decisão perdurariam até o julgamento final do mérito pelo Plenário.

Além dessa consideração estratégica colegial, não se pode desprezar o fato de que, mesmo sabendo da posição majoritária, o ministro concedeu a liminar, o que pode comprovar a tese atitudinal de que os juízes constitucionais sempre buscam suas preferências, sem preocupações com as críticas da opinião pública ou as possíveis retaliações internas ou legislativas.

Em outra ação que o jogo colegial consideraria como um recurso estratégico disponível ao papel central da relatoria, o ministro Gilmar Mendes usou de sua prerrogativa permissiva do *amicus curiae* para aceitar a participação dos partidos potencialmente afetados pela legislação gestada no Congresso Nacional, o que poderia encorpar sua preferência pela declaração de inconstitucionalidade do Projeto de Lei⁵⁷¹.

⁵⁶⁸ O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos receitas orçamentárias da União, multas, penalidades e doações que são distribuídas entre os partidos na forma das Leis nº 9.096 de 1995 e nº 9.504 de 1997.

⁵⁶⁹ O MS 32.033/DF também será analisado à luz do campo analítico sobre as intervenções do STF no sistema político e na dinâmica partidária do país, item 3.6.5., *infra*.

⁵⁷⁰ Embora a possibilidade de intervenção judicial tenha sido afixada como uma possibilidade na ementa do MS 20.257-2/DF – citado pelo ministro-relator Gilmar Mendes no MS MC 32.033/DF, processo eletrônico, p. 9 e no MS 32.033/DF, processo eletrônico, p. 32 – a pesquisa jurisprudencial não acusou nenhum caso em que o STF tenha realmente realizado o controle preventivo de constitucionalidade de projetos de lei.

⁵⁷¹ MS 32.033/DF, processo eletrônico, p. 9 e 10. O advogado-geral da União defendia que diante da ausência de efeito vinculante da decisão em mandados de segurança, não haveria a necessidade de manifestação de elementos externos ao feito, como os partidos em formação. Por isso, citou uma série de julgados do STF que vedavam a participação do *amicus curiae* no controle difuso de constitucionalidade, como se verificava no caso em tela. MS 32.033, processo eletrônico, p. 13. Como estava alinhado com a relatoria, o ministro Dias Toffoli também realizou defesa enfática da manifestação processual das novas agremiações políticas, o que reforça o uso do

Todos estes expedientes surtiram efeitos parciais, uma vez que o Plenário aceitou a manifestação das agremiações políticas em formação⁵⁷² e sua decisão liminar suspendeu o trâmite do projeto de lei no Congresso Nacional em quase dois meses⁵⁷³.

Retomado o julgamento pelo Plenário, em 20 de junho de 2013, o ministro-relator iniciou o processo de votação antepondo a “polêmica instaurada nos meios de comunicação” como base para sua argumentação, o que evidencia a força que os fatores exógenos possuem na decisão da Corte, conforme destacado pela abordagem do sistema político:

“a medida teria sido heterodoxa, não orientada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e invasiva da competência reservada pela Constituição ao Poder Legislativo. Demonstrar-se-á, portanto, a absoluta impropriedade dessas posições.”⁵⁷⁴.

Apesar dos apelos da relatoria, por decisão majoritária, a Corte conheceu o Mandado de Segurança, cassou a liminar concedida e o indeferiu. O fundamento comum dos ministros foi a inviabilidade de intervenção no processo legislativo, uma esfera de competência parlamentar⁵⁷⁵.

amicus curiae como um recurso estratégico garantidor de uma preferência. MS 32.033, processo eletrônico, p. 19-20.

⁵⁷² MS 32.033/DF, processo eletrônico, p. 15-31.

⁵⁷³ Os efeitos da decisão liminar duraram do dia 24 de abril de 2013 até o dia de sua rejeição, no julgamento final, em 20 de junho de 2013.

⁵⁷⁴ MS 32.033/DF, processo eletrônico, p. 32.

⁵⁷⁵ No MS 32.033/DF, processo eletrônico, o ministro Joaquim Barbosa reputou como “bizarra a intervenção de uma Corte Judiciária no sentido de proibir o Legislativo de deliberar.” (p. 168 e 169); o ministro Teoria Zavascki descaracterizou que os parlamentares estivessem impedidos de participar de sua votação (p. 137) e reservou ao STF a possibilidade de que o controle repressivo – posterior à edição da lei – pudesse ser empregado sustando qualquer inconstitucionalidade (p. 148); o ministro Luiz Fux fundou-se na jurisprudência da Corte para determinar que não se aceitava o controle preventivo de constitucionalidade pelo STF (p. 166); o ministro Marco Aurélio Mello esclareceu que não houve frustração do processo legislativo constitucional, mas suposta violação de cláusulas pétreas, o que importaria na transformação do mandado de segurança em meio de controle preventivo de constitucionalidade, fato intolerável no histórico decisório do Supremo. Este posicionamento de que a jurisprudência da Corte não aceitava o controle preventivo pelo STF foi duramente combatido pelo ministro-relator Gilmar Mendes em seu voto (p.32-41) e em debates no plenário. Ao ministro Joaquim Barbosa, afirmou que “essa jurisprudência do Tribunal tem mais de cem anos.” (p. 169), fato corroborado pelo ministro Celso de Mello (p. 309), e, ao ministro Luiz Fux, advertiu que “eu penso que está demonstrado no meu voto que não havia nenhuma novidade.” (p. 312-314). Já no MS MC 26.915/DF, julgado em 8 de outubro de 2007, o ministro Gilmar Mendes havia defendido a possibilidade de controle de constitucionalidade de normas constitucionais interpostas, ou seja, que não estão na Constituição Federal, mas são previstas pelo texto constitucional, como os regimentos internos das Casas Legislativas. Informativo 483 do STF, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo483.htm>, acesso em 3 de março de 2014.

Os únicos votos discordantes foram do ministro Celso de Mello, do ministro Dias Toffoli e do ministro-relator Gilmar Mendes⁵⁷⁶, o que já demonstra uma corrente mais substancial de votos do que as posições isoladas do ministro Marco Aurélio nos outros mandados de segurança analisados sobre a intervenção do Supremo no processo legislativo. Em debate com o ministro Dias Toffoli, o ministro-relator Gilmar Mendes defendeu uma posição institucional mais protetiva das prerrogativas decisórias do Supremo, inclusive, contra o Poder Legislativo. Em diálogo com o ministro Dias Toffoli:

“O Senhor Ministro Dias Toffoli: Essas tentativas não ocorrem só em regimes de exceção.(...) Nós estamos verificando na Argentina, atualmente, um intenso debate, inclusive com um pacote de leis editadas para impedir decisões liminares das Cortes de Justiça e do Judiciário contra atos de Governo.(...)”

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator) - E no dia em que esse projeto foi aprovado – é bom não esquecer isso, eu friso porque há um dado simbólico importante –, na Câmara dos Deputados, foi aprovada, também na Comissão de Constituição e Justiça, a proposta daquele Deputado Nazareno de tal que fechava este Tribunal, encerrava as suas atividades, se aprovada. É preciso que isso seja lembrado e reafirmado.”⁵⁷⁷

Ambos os ministros adotaram a estratégia colegial de colocar o Supremo como uma possível vítima de intervenções legislativas futuras como mecanismo de convencer seus pares a adotar sua preferência pelo controle preventivo de constitucionalidade. Embora sem surtir efeito, este recurso conota o peso que a permanência e integridade institucional podem exercer sobre a dinâmica decisória da Corte.

⁵⁷⁶ O ministro Gilmar Mendes defendeu a possibilidade mais abrangente de o Supremo declarar a invalidade de projetos de emenda constitucional ou de lei que afrontem materialmente as cláusulas pétreas da Constituição Federal: **“Basta que imaginemos, à guisa de exemplo, que uma maioria parlamentar, por meio de projeto de lei, decida aprovar a pena de morte ou, por absurdo, a descriminalização da pedofilia ou, ainda, estabelecer a censura prévia a jornais, livros e periódicos. Essas hipóteses extremadas revelam não fazer sentido admitir-se o mandado de segurança preventivo em face de proposta de emenda e não o admitir em face de projetos de lei violadores de cláusulas pétreas. Dessa forma, se a jurisprudência admite o mandado de segurança em face da tramitação de PEC, também o deve fazer, e o faz, ante o processamento de projeto de lei. Isso porque os limites materiais ao Poder Constituinte Derivado são logicamente aplicáveis ao Poder Legislativo, sob pena de se autorizar o legislador ordinário a alterar a Constituição naquilo que ela mesma vedou.”** Grifado no original. MS 32.033/DF, processo eletrônico, julgado em 20 de junho de 2013, p. 45.

⁵⁷⁷ MS 32.033/DF, processo eletrônico, p. 311.

3.3.1.

Balanço

O campo analítico demonstrou que o Supremo Tribunal Federal reconhece sua competência interventiva no processo legislativo. Obviamente, a Corte só pode agir mediante provocação e a jurisprudência é clara em citar que apenas parlamentares teriam a legitimidade de impetrar mandado de segurança nestas situações de violação inconstitucional⁵⁷⁸.

Porém, esta restrição deve ser minorada pelo caráter agonístico da atividade legislativa, que cria um cenário habitual de disputas entre bancadas específicas e partidos. Após derrotas internas, estas forças minoritárias sempre poderão explorar o Supremo como uma esfera de apelação em *ultima ratio*.

De maneira efetiva, o processo legislativo só foi paralisado em caráter liminar, rapidamente revertida no julgamento pelo Plenário. Além destas hipóteses, somente a ADI 4.029/DF interveio com impacto relevante, ao impedir a relatoria singular das medidas provisórias em nome de uma comissão parlamentar. Apesar da limitação, esta decisão representou um afronta muito maior ao Executivo Federal, interessado na aprovação célere de seu ato, do que à competência legislativa.

Numa perspectiva atitudinal, vários ministros já demonstraram total aderência à intervenção no processo de elaboração das normas. Numa eventual alteração da formação plenarial ou diante das circunstâncias específicas de um caso, a chance de que a minoria se torne maioria é bastante grande, com a consequente aceitação ampla da tese do controle de constitucionalidade preventivo. Neste panorama, o legislador permanece sob a possível ameaça de um cenário que restrinja suas competências de forma mais incisiva.

⁵⁷⁸ Além do precedente fixado no MS 20.257/DF, citam-se o MS 20.452-4/DF, julgado em 7 de novembro de 1984, em que se negou ao Vice-Governador de São Paulo, Orestes Quércia, a possibilidade de figurar como impetrante de mandado de segurança contra a aprovação de projeto de emenda constitucional; o MS Ag. Reg. 21.303-5 /DF, julgado em 19 de junho de 1991, em que se negou possibilidade de cidadão brasileiro impetrar mandado de segurança contra ato de Comissão da Câmara dos Deputados tendente à adoção da pena de morte mediante consulta plebiscitária; o MS 27.971/DF, julgado em 1º de julho de 2011, em que se negava a legitimidade de mandado de segurança por deputado federal que, no momento do julgamento pelo STF, perdeu sua condição de parlamentar; o MS Ag. Reg. 24.667/DF, julgado em 04 de dezembro de 2003, em que foi vedado a servidores públicos federais a impetração de mandado de segurança contra iminente ato de deliberação pelo Senado Federal de projeto de emenda constitucional que previa contribuição previdenciária de servidores públicos inativos e pensionistas.

Sob o enfoque colegial, a jurisprudência apontou a relevância de atores individuais e a estratégica posição da relatoria na interferência de assuntos da economia interna do Congresso Nacional. O “leading case” estabelecido no Mandado de Segurança 20.257/DF se configurou numa oportunidade para que alguns ministros do Supremo Tribunal Federal pudessem intervir no nascedouro da atividade típica do legislador, em decisões que paralisavam projetos contrários a suas preferências e servindo como uma alavanca de frenagem institucional à autonomia parlamentar.

Como estratégia de convencimento, o debate colegial se dividiu em torno da adoção de concepções abstratas, como o conceito de intangibilidade de questões políticas ou *interna corporis* – que vedam a intervenção do Supremo – ou de “Constituição” – que inspira o controle judicial sobre o Congresso Nacional. Independente do fundamento argumentativo adotado, a questão central que perpassou os julgados sempre discutiu as margens de competência da Corte, o que ficou mais evidenciado na manifestação dos ministros Marco Aurélio Mello e Celso de Mello no Mandado de Segurança 22.503-3/DF, e dos ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, no Mandado de Segurança 32.033/DF, que apelaram fortemente à proteção da autoridade do Tribunal.

Uma análise institucional mais ampla poderia indicar a supremacia legislativa neste campo analítico. Este cenário seria comprovado tanto pela timidez na restrição efetiva ao labor parlamentar, quanto pelos mecanismos de sofisticação decisória, como a modulação temporal estabelecida na ADI 4.029/DF e a fundamentação em aspectos técnico-formais para a abstenção interventiva, verificada na rejeição doutrinária do controle de constitucionalidade preventivo e na ausência de competência para apreciar questões *interna corporis*.

No entanto, uma abordagem do jogo de separação de poderes combinada com a teoria política positiva aponta num sentido diferente. Tendo em vista que a Corte goza de uma aceitação tradicional do seu papel de controle de constitucionalidade repressivo, após o processo legislativo, não precisaria se desgastar com a afirmação de sua competência para viciar a gênese normativa, o que poderia corroer seus pressupostos de legitimidade e comportamento rotinizado na cultura jurídica.

Uma interferência temerária e questionável na atividade parlamentar típica poderia despertar críticas exógenas, num cenário muito menos vantajoso que a

provocação natural de atores descontentes após o aperfeiçoamento normativo, quando a atuação do Tribunal teria uma aceitação muito mais consensual. Entre o risco de enfraquecimento institucional e a maior certeza no exercício de sua competência, a Corte meramente posterga a afirmação de sua preferência ao segundo momento, quando a possibilidade de contestação decisória e evasão legislativa são muito menores.

3.4.

As Comissões Parlamentares de Inquérito

Tão suave em sua marcha, quanto inconsequente de suas lembranças, você esqueceu suas promessas ou logo entrou num jogo para as violar e, depois de me elogiar, você vem sem ser chamado; sem atentar para minhas súplicas, minhas razões, sem nem mesmo fazer a atenção de me prevenir.

Presidente de Tourvel ao Visconde de Valmont, Carta LXXVIII
As Ligações Perigosas, Choderlos Laclos

As comissões parlamentares de inquérito são órgãos legislativos temporários, encarregados de apurar eventuais irregularidades em qualquer atividade do aparelho estatal⁵⁷⁹. Como o exercício desta função fiscalizatória se desenvolve num âmbito eminentemente legislativo, qualquer decisão limitadora do Supremo Tribunal Federal gera a acusação de uma interferência indevida e, às vezes, contrária à ação investigativa, um fato potencializado pela intensa cobertura da mídia nestes processos.

Como base para o controle dos atos abusivos das comissões parlamentares de inquérito, vários julgados⁵⁸⁰ apontaram o Mandado de Segurança 1.959 de 1953, impetrado pelo Sindicato dos Bancos do Rio de Janeiro, que discutia a regularidade da publicação do relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito que investigava irregularidades no Banco do Brasil.

Ao apreciar o mérito da ação, o pedido foi unanimemente indeferido pelos ministros, que analisaram e rejeitaram qualquer ofensa ao Regimento Interno da Câmara dos Deputados e ainda reconheceram o fato de a imprensa já ter divulgado todo o conteúdo do relatório, o que esvaziava o sentido de se questionar o ato legislativo⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ Art. 58, §3º, CF.

⁵⁸⁰ HC 71.039-5/RJ, fls. 278, MS 26.441-1/DF, fls. 348, MS 23.452-1/RJ, fls. 100.

⁵⁸¹ MS 1.959, fls. 49, 50, 114 e 134.

No entanto, a maior parte do julgamento foi ocupada pela afirmação da possibilidade de controle judicial do Congresso Nacional pelo Supremo Tribunal Federal. O ministro-relator Luiz Gallotti esclareceu que a discricionariedade legislativa e administrativa é uma questão interna de cada ramo de governo, o que não significa que possam atuar “fora dos limites constitucionais ou legais, ultrapassar as raías que condicionam o exercício legítimo do poder”⁵⁸². No mesmo sentido, o ministro Nélson Hungria afirmou que é um “ponto morto” estabelecer a imunidade de atos políticos⁵⁸³. Os demais ministros acompanharam a mesma tendência e reconheceram a competência judicial em apreciar qualquer hipótese de lesão a direitos individuais⁵⁸⁴.

Ao longo da pesquisa jurisprudencial sobre comissões parlamentares de inquérito, este debate sobre a possibilidade de intervenção do Supremo Tribunal Federal retornou diversas vezes, como se constata a seguir.

Este subcapítulo será dividido numa combinação do critério cronológico com o temático, o que facilita a compreensão do processo de construção das restrições à dinâmica legislativa.

3.4.1.

O Prazo do Inquérito Parlamentar

Em 6 de abril de 1994, no *Habeas Corpus* 71.193-6/SP, foi examinada a limitação temporal dos inquéritos parlamentares⁵⁸⁵. A delicadeza da questão residia na possibilidade de o Supremo Tribunal Federal restringir o curso de um procedimento *interna corporis* da Câmara dos Deputados. Se a limitação fosse estabelecida nos termos do pedido, isto significaria uma drástica medida judicial de interrupção dos trabalhos legislativos da Comissão Parlamentar que apurava irregularidades na concessão de benefícios previdenciários pelo Instituto Nacional de Seguridade Social⁵⁸⁶.

O debate dos ministros percorreu três disposições normativas: o “prazo certo” estabelecido na Constituição Federal; a limitação temporal de uma “sessão

⁵⁸² MS 1.959, fls. 70.

⁵⁸³ MS 1.959, fls. 86.

⁵⁸⁴ MS 1.959, fls. 49, 50 e 134.

⁵⁸⁵ Em 24 de fevereiro de 1994, a liminar já havia sido concedida no HC 71.193-6/SP.

⁵⁸⁶ HC 71.193-6/SP.

legislativa”, com possibilidade de prorrogações na mesma legislatura, prevista na Lei nº 1.579 de 1952; e o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que limitava o inquérito parlamentar a cento e vinte dias, com renovação máxima de até metade desta duração⁵⁸⁷. Como a Comissão já havia ultrapassado o prazo regimental, sua continuidade foi questionada.

Após interpretar o termo “sessão legislativa” contido na Lei nº 1.579 como “legislatura”⁵⁸⁸, o ministro-relator Sepúlveda Pertence esclareceu que apenas esta limitação deveria reger a duração do inquérito parlamentar, sendo desnecessário debater se o Supremo teria competência para interpretar uma matéria *interna corporis*. Sendo assim, a relatoria preservou o Tribunal de eventual retaliação legislativa por considerar que uma interpretação pontual já seria o suficiente para resolução do caso. A norma regimental da Câmara dos Deputados esgotaria “sua eficácia na esfera interna dos protagonistas do jogo parlamentar e só para eles cria direitos e deveres”⁵⁸⁹. Como o dispositivo legal seria a única norma aplicável e seu prazo não fora violado pela Comissão, concluiu com a negativa do pedido do *Habeas Corpus*⁵⁹⁰.

O ministro Paulo Brossard explicou que, diante de alguns votos divergentes da relatoria, decidiu se alongar mais em sua explanação⁵⁹¹. Inicialmente, trouxe vários exemplos da importância das comissões de inquérito na história legislativa de outros países, garantiu que “o direito parlamentar

⁵⁸⁷ Art. 58, § 3º, CF/88: “Art. 58. (...) § 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.”; art. 5º, § 2º, da Lei nº 1.579 de 1952: “Art. 5º (...) § 2º - A incumbência da Comissão Parlamentar de Inquérito termina com a sessão legislativa em que tiver sido outorgada, salvo deliberação da respectiva Câmara, prorrogando-a dentro da Legislatura em curso.” Art. 35, § 3º, do RICD: “Art. 35 (...) § 3º A Comissão, que poderá atuar também durante o recesso parlamentar, terá o prazo de cento e vinte dias, prorrogável por até metade, mediante deliberação do Plenário, para conclusão de seus trabalhos.”

⁵⁸⁸ Enquanto a “sessão legislativa” significa a duração anual dos trabalhos legislativos, a legislatura tem um prazo maior, de quatro anos, conforme a CF/88: “Art. 44 (...) Parágrafo único. Cada legislatura terá a duração de quatro anos.”; “Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro. § 2º - A sessão legislativa não será interrompida sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias.” Esta interpretação se baseou não só nos termos constitucionais, mas também à luz da própria Lei nº 1.579, que pareceu assemelhar os termos “sessão legislativa” e “legislatura”.

⁵⁸⁹ HC 71.193-6/SP, fls. 447-448.

⁵⁹⁰ HC 71.193-6/SP, fls. 448.

⁵⁹¹ HC 71.193-6/SP, fls. 454.

universal” sempre restringia os trabalhos investigatórios a uma legislatura e realçou a gravidade dos fatos apurados no inquérito parlamentar. Para defender sua posição, o ministro se manifestou com apelos enfáticos, o que a abordagem colegial qualificaria como uma estratégia endógena de colocar o Tribunal na delicada posição de anuência com as fraudes previdenciárias para constranger seus pares a não se afastarem de sua preferência:

“E o Supremo Tribunal Federal vai cobrir com sua toga imaculada esta gangrena administrativa? Não, Sr. Presidente, não pode fazer.”⁵⁹²

“Vai o Supremo Tribunal comprometer o seu nome, tornar-se conivente com uma fraude à Constituição de modo a impedir que ela realize uma investigação, investigação de uma das regiões mais ulcerosas da administração, que é a Previdência Social?”⁵⁹³

Com novas perguntas retóricas, o ministro ainda utilizou o argumento de usurpação de competências para embasar a continuidade da Comissão de Inquérito:

“Vai agora o Supremo Tribunal interpretar, contra a decisão da Câmara, um artigo do seu Regimento? É isto que o Tribunal quer? É imiscuir-se no coração da Câmara para dizer: ‘O Regimento foi mal interpretado, O Regimento deve ser entendido assim’. É isto que o Supremo Tribunal deve fazer? É desta maneira que deve proceder? Ou tudo que li até hoje está errado ou o Supremo Tribunal não deve enveredar por este caminho.”⁵⁹⁴

Após defender que as comissões de inquérito são um direito das minorias parlamentares⁵⁹⁵, o ministro Paulo Brossard ainda levantou um questionamento pragmático. Se o Supremo determinasse o término dos trabalhos investigativos, a Câmara provavelmente iria se manifestar majoritariamente pela instalação de uma segunda comissão de inquérito sobre o mesmo tema, o que destituiria a decisão judicial de praticidade, efetividade e sentido⁵⁹⁶.

A corrente minoritária prendeu-se no argumento da autolimitação imposta pelo Regimento da Câmara aos seus trabalhos investigatórios⁵⁹⁷. O ministro Sydney Sanches ainda argumentou que a determinação de término do inquérito parlamentar não prejudicaria a apuração das irregularidades e a própria Comissão

⁵⁹² HC 71.193-6/DF, fls. 460.

⁵⁹³ HC 71.193-6/SP, fls. 461.

⁵⁹⁴ HC 71.193-6/SP, fls. 460.

⁵⁹⁵ HC 71.193-6/SP, fls. 456.

⁵⁹⁶ HC 71.193-6/SP, fls. 461.

⁵⁹⁷ Neste sentido, os ministros Marco Aurélio Mello, em fls. 449-450, Carlos Velloso, em fls. 453, Sydney Sanches, em fls. 464, Moreira Alves, em fls. 470, Octávio Gallotti, em fls. 471. HC 71.193-6/SP.

nem seria absolutamente indispensável, uma vez que um cenário conclusivo só seria alcançado pela atividade da Polícia Federal, do Ministério Público e do Poder Judiciário⁵⁹⁸.

Porém, este posicionamento não vicejou e o *Habeas Corpus* foi negado por decisão majoritária⁵⁹⁹.

3.4.2.

O Depoimento de Testemunhas

Em 7 de abril de 1994, o Supremo Tribunal Federal julgou o *Habeas Corpus* 71.039-5/RJ, que discutia a possibilidade de a Comissão Parlamentar de Inquérito que apurava fraudes previdenciárias determinar a prisão de cidadão que se furtava a depor⁶⁰⁰.

Em seu voto condutor, aprovado por unanimidade, o ministro-relator Paulo Brossard detalhou a previsão constitucional de poderes investigatórios próprios das autoridades judiciais às comissões de parlamentares de inquérito⁶⁰¹, que podiam inquirir testemunhas, requisitar documentos e meios de prova, inclusive em ordens de busca e apreensão, desde que observada certa prudência e moderação⁶⁰². Apesar de resguardado o direito a não autoincriminação, a testemunha assumiria o risco de cometer crime caso seu silêncio fosse equivalente ao falseamento da verdade. De todo modo, nenhum intimado poderia se recusar a comparecer para prestar esclarecimentos⁶⁰³.

A relatoria ainda realçou que se a Constituição Federal estabeleceu amplo poder de atuação às comissões de inquérito, os meios para seu exercício também

⁵⁹⁸ HC 71.193-6/SP, fls. 464. No mesmo sentido do reconhecimento do limite temporal de uma legislatura, foi o julgamento do HC 71.261-4/RJ, em 11 de maio de 1994.

⁵⁹⁹ HC 71.193-6/SP, fls. 426, 427 e 472.

⁶⁰⁰ Em período de recesso da Corte, no dia 22 de dezembro de 1993, o ministro-presidente Octávio Gallotti já havia concedido a liminar no HC 71.039-5/RJ.

⁶⁰¹ HC 71.039-5/RJ, fls. 279-280, 292 e 310. Art. 58, § 3º, CF/88: “Art. 58. (...) § 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.”

⁶⁰² HC 71.039-5/RJ, fls. 279-280, 306-311, 333-337.

⁶⁰³ HC 71.039-5/RJ, fls. 279-280, 332-336.

deveriam ser garantidos, pois não poderiam “andar esmolando ao Judiciário o socorro de um meirinho, para que possa desempenhar suas tarefas normais.”⁶⁰⁴

Após trazer exemplos ilustrativos internacionais, o ministro-relator consumiu mais da metade de seu voto para destacar a importância do papel fiscalizatório do Poder Legislativo, o que demonstra um receio de proteção institucional da própria decisão do Supremo contra eventuais represálias congressuais à revogação da prisão decretada⁶⁰⁵. Esta justificação cautelosa pode ser conferida em suas palavras:

“Na apreciação deste caso deixei de observar o critério, que tenho procurado seguir, de dizer apenas o necessário ao deslinde da controvérsia e o caso vertente poderia ser decidido em breves palavras. Mas, como a concessão do habeas corpus se impõe, não desejaria que o julgado fosse visto como hostil às comissões parlamentares de inquérito e sua atuação.”⁶⁰⁶

O Supremo determinou que embora amplo, o poder das comissões investigatórias não é ilimitado e a medida de sua contenção é a própria Casa Legislativa a que pertencem, pois a “criatura não é, nem haveria de ser maior que seu criador”⁶⁰⁷.

Afastando a autonomia funcional absoluta do legislador, o ministro Celso de Mello garantiu a possibilidade de intervenção da Corte em caso de excessos:

“Atenta a esse princípio básico, a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal **jamais tolerou** que a invocação da natureza *interna corporis* do ato emanado das Casas Legislativas pudesse constituir – **naquelas hipóteses de lesão atual ou potencial ao direito de terceiros** – um ilegítimo manto protetor de comportamentos abusivos, iníquos e arbitrários.”⁶⁰⁸

O mesmo conceito de “questão *interna corporis*”, que havia limitado a atuação do Supremo Tribunal Federal no processo legislativo⁶⁰⁹, foi utilizado pelo ministro Celso de Mello de maneira oposta, como se a jurisprudência da Corte fosse pacífica em permitir a interferência em matéria pertinente ao Congresso Nacional. Esta diferente manipulação de significados e precedentes consagra a análise da teoria política positiva, que prescreve o uso estratégico da tradição como um meio de defender preferências.

⁶⁰⁴ HC 71.039-5/RJ, fls. 333-335.

⁶⁰⁵ HC 71.039-5/RJ, fls. 283-316.

⁶⁰⁶ HC 71.039-5/RJ, fls. 337.

⁶⁰⁷ Ministro-relator Paulo Brossard, HC 71.039-5/RJ, fls. 301. No mesmo sentido, o ministro Celso de Mello, em fls. 351.

⁶⁰⁸ HC 71.039-5/RJ, fls. 351.

⁶⁰⁹ MS 22.503/DF.

Embora aceita a possibilidade de conduta coercitiva de testemunha, por unanimidade de votos restou consolidado o posicionamento de que as comissões de inquérito não poderiam decretar a prisão preventiva de qualquer pessoa, um poder reservado, apenas, à esfera judicial⁶¹⁰. A punição por delitos não caberia aos legisladores, mas aos Poderes Executivo e Judiciário, inclusive na hipótese de o depoente prestar falso testemunho⁶¹¹. Além disso, a obrigatoriedade do depoimento não poderia acarretar na violação do sigilo profissional, um direito resguardado constitucionalmente⁶¹².

Este julgamento iniciou uma série de demarcações que restringiram a margem de autonomia das comissões parlamentares de inquérito.

No *Habeas Corpus* 71.231-2/RJ, julgado em 5 de maio de 1994, um advogado requereu um salvo conduto para não ser levado a depor coercitivamente perante a mesma Comissão Parlamentar de Inquérito⁶¹³.

Por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal negou o pedido ao reconhecer a obrigatoriedade de depoimento de qualquer intimado. No entanto, garantiu o direito de o advogado se recusar a depor caso suas declarações violassem o dever de sigilo mantido com seu cliente investigado pela Comissão, na esfera de proteção de sua prerrogativa profissional⁶¹⁴.

No *Habeas Corpus* 73.035-3/DF, em liminar do dia 24 de agosto de 1995⁶¹⁵, o ministro-relator Carlos Velloso determinou a soltura de um depoente preso em flagrante pelo presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito do ECAD⁶¹⁶, descaracterizando como crime o fato de uma testemunha se negar a falar ou mentir sobre fatos que possam incriminá-la no curso de uma investigação

⁶¹⁰ HC 71.039-5/RJ, fls. 279-280, 332, 337-342, 346, 354, 363 e 364. Nos termos da Constituição: “Art. 5º (...) LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;”

⁶¹¹ HC 71.039-5/RJ, fls. 279-280, 311, 336-338.

⁶¹² HC 71.039-5/RJ, fls. 279-280, 320.

⁶¹³ HC 71.231-1/RJ, fls. 50.

⁶¹⁴ HC 71.231-1/RJ, fls. 49, 66-68 e 73. Como fundamento da inviolabilidade do sigilo profissional do advogado, o art. 133, da CF/88: “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

⁶¹⁵ A decisão foi posteriormente confirmada por unanimidade dos ministros do STF em 13 de novembro de 1996.

⁶¹⁶ Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, que reúne associações de profissionais ligados à produção artística, na forma da Lei nº 9.610 de 1998.

legislativa, o que o ministro Celso de Mello destacou como o “direito ao silêncio”⁶¹⁷.

Em 29 de novembro de 1999, no *Habeas Corpus* 79.812-8/SP, o Supremo Tribunal Federal julgou um caso semelhante, mas com pedido preventivo, para que um investigador de polícia não fosse preso caso se recusasse a prestar depoimento que o incriminasse perante a Comissão Parlamentar de Inquérito do Narcotráfico. A liminar foi concedida por unanimidade de votos⁶¹⁸.

3.4.3.

A Atividade Profissional do Advogado

No Mandado de Segurança 23.576, decido liminarmente na mesma sessão do julgamento do *Habeas Corpus* 79.812-8/SP, em 29 de novembro de 1999, foi abordada a possibilidade e extensão da participação de advogados na assistência de investigados e testemunhas em comissões de inquérito.

O caso tratava do cerceamento da defesa técnica, incluindo-se a retirada forçosa de um advogado que se manifestara oralmente no curso dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito do Narcotráfico.

Mediante ampla referência a concepções teóricas de “Constituição”, “regime democrático” e “separação de poderes”, o ministro-relator Celso de Mello defendeu a possibilidade de intervenção judicial nas situações de abusos legislativos, o que a teoria política positiva e o jogo colegial classificariam como um recurso a conceitos genéricos e indeterminados como uma estratégia de convencimento dos pares:

“Nem se diga, de outro lado, na perspectiva do caso em exame, que a atuação do Poder Judiciário, nas hipóteses de lesão a direitos subjetivos amparados pelo ordenamento jurídico do Estado, configuraria intervenção ilegítima dos juízes e Tribunais na esfera de atuação do Poder Legislativo.(...)”

Isso significa, na fórmula política do regime democrático, que nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição e das leis. Nenhum órgão do

⁶¹⁷ HC 73.035-3/DF, fls. 240-249 e 259. No mesmo sentido foi o HC 79.244-8/DF, impetrado contra ato do presidente da CPI do sistema financeiro, em que Francisco Lafaiete de Pádua Lopes fora preso por se recusar a prestar depoimento, sendo posto em liberdade na decisão liminar do ministro-relator Sepúlveda Pertence, no dia 26 de abril de 1999.

⁶¹⁸ HC 79.812-8/SP, fls. 196 e 197. No mesmo sentido de garantia preventiva da liberdade foram o HC 79.589-7/DF, julgado em 05 de abril de 2000 e o HC 100.200/DF, julgado em 8 de abril de 2010.

Estado - situe-se ele no Poder Judiciário, ou no Poder Executivo, ou no Poder Legislativo - é imune à força da Constituição e ao império das leis.(...)

A separação de poderes - consideradas as circunstâncias históricas que justificaram a sua concepção no plano da teoria constitucional - não pode ser jamais invocada como princípio destinado a frustrar a resistência jurídica a qualquer ensaio de opressão estatal ou a inviabilizar a oposição a qualquer tentativa de comprometer, sem justa causa, o exercício do direito de protesto contra abusos que possam ser cometidos pelas instituições do Estado.”⁶¹⁹

Embora a Comissão determinasse que o direito à manifestação oral era reservado aos parlamentares e que a natureza de sua investigação seria inquisitorial, sem possibilidade do contraditório, o ministro Celso de Mello assegurou que a advocacia poderia ser exercida em qualquer espaço institucional, convertendo-se em instrumento constitucional de defesa da liberdade e de contenção da prepotência e do abuso no inquérito parlamentar⁶²⁰.

Sendo assim, foi assegurado direito ao tratamento digno do advogado, à imunidade pela prática de suas atividades profissionais, à manifestação oral ou por escrito, ao contato com o cliente durante a acareação para aconselhá-lo sobre a prerrogativa de não se incriminar, vedando-se qualquer ato de comissão parlamentar de inquérito que dificultasse ou impedisse o exercício da advocacia⁶²¹.

3.4.4.

O Dever de Fundamentação

No Mandado de Segurança 23.466-1/DF, o Supremo Tribunal Federal discutiu a requisição de dados sigilosos de natureza bancária, fiscal e telefônica de

⁶¹⁹ MS 23.576, em 14 de dezembro de 1999, em pedido de reconsideração da liminar.

⁶²⁰ MS 23.576, em 14 de dezembro de 1999, em pedido de reconsideração da liminar.

⁶²¹ MS 23.576, em decisão liminar, com base na Lei 8.906 de 1994, o Estatuto da Advocacia: “Art 7º (...)X - usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas; XI - reclamar, verbalmente ou por escrito, perante qualquer juízo, tribunal ou autoridade, contra a inobservância de preceito de lei, regulamento ou regimento; XII - falar, sentado ou em pé, em juízo, tribunal ou órgão de deliberação coletiva da Administração Pública ou do Poder Legislativo; (...) § 2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.” No mesmo sentido foi a decisão no MS MC 25.617/DF, contra a CPMI da “Compra de Votos”, em 24 de outubro de 2005; no HC 100.200/DF, contra a CPMI da Pedofilia, em liminar de 4 de agosto de 2009; e no MS MC 30.906/DF, contra a CPI do ECAD, em decisão de 5 de outubro de 2011.

Francisco Lafaiete de Pádua Lopes pela Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal que apurava irregularidades no sistema financeiro nacional.

Em decisão liminar de 16 de junho de 1999⁶²², o ministro-relator Sepúlveda Pertence reconheceu que a Constituição Federal determinava poderes investigatórios próprios das autoridades judiciais às comissões parlamentares de inquérito. No entanto, ponderou que se o Poder Judiciário estava condicionado ao dever de fundamentar suas decisões, estes órgãos legislativos também deveriam obedecer a este ditame constitucional, inclusive, para o controle judicial posterior de eventuais abusos⁶²³.

3.4.5.

A Cláusula de Reserva de Jurisdição

Em 18 de agosto de 1999, no Mandado de Segurança 23.446-6/DF, o Supremo Tribunal Federal julgou o bloqueio de contas bancárias de Salvatore Alberto Cacciola e outros diretores e empresas investigados pela Comissão de Inquérito que apurava condutas ilegais de instituições que compunham o sistema financeiro nacional⁶²⁴. Por unanimidade de votos, os ministros concordaram que o decreto de indisponibilidade de bens não seria uma medida de produção de provas para a verificação parlamentar, mas um provimento cautelar para assegurar a eficácia de sentença judicial condenatória. Impedir o acesso e a movimentação financeira dos investigados seria um ato de resguardo ao Erário, mas a competência de decretá-lo era exclusiva do Poder Judiciário⁶²⁵.

O ministro Nélson Jobim destacou que a relevância da investigação legislativa foi um desdobramento do papel protagonista assumido pelo Congresso

⁶²² Contra este posicionamento, foi interposto agravo regimental, negado por unanimidade, em 1º de julho de 1999, com fundamento na jurisprudência do STF que negava este recurso contra decisão liminar. MS Ag. Reg. 23.466-1/DF, fls. 683, 700-703. Em 4 de maio de 2000, também por unanimidade, o pedido do mandado de segurança foi considerado prejudicado, tendo em vista o término das atividades da CPI.

⁶²³ MS 23.466-1/DF, em decisão liminar. Sobre o dever de motivação, estabelece o art. 93, inciso IX, da CF/88: “Art. 93 (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;”. Posteriormente, este inciso foi alterado pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que agregou ao seu final o seguinte trecho “em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

⁶²⁴ Em 16 de junho de 1999, o ministro-relator Ilmar Galvão já havia concedido a decisão em caráter liminar. MS 23.446-6/DF.

⁶²⁵ MS 23.446-6/DF, fls. 276, 282, 286, 287, 296, 298 e 299.

Nacional após a redemocratização e reconstitucionalização do país. Neste processo, as comissões mantiveram seu papel habitual de coletar dados para uma legislação bem fundamentada, mas também incorporaram uma renovada modalidade investigativa, o que despertava a necessidade de sua definição e delimitação. Após lembrar sua experiência de oito anos na Câmara dos Deputados e em diversas comissões de inquérito, usou termos fortes para resguardar a autoridade institucional do Supremo Tribunal contra a eventual repercussão negativa de se garantir direitos a acusados de crimes financeiros. Em suas palavras, a investigação parlamentar estaria se transformando em “verdadeiros tribunais de inquisição”⁶²⁶.

Embora tenha cedido que, em circunstâncias especiais, a indisponibilidade de bens pudesse ser decretada pelo legislador como medida assecuratória da investigação, o ministro rejeitou terminantemente que uma decretação desta natureza fosse exercida em caráter cautelar, para garantia de uma sentença condenatória posterior. Em clara atitude de resguardo da competência institucional, afirmou que o processo se configurava como “um momento crucial do Tribunal no que diz respeito a definir esse tipo de função ao Poder Judiciário.”⁶²⁷.

Neste caso, a reserva de jurisdição se constituiu num argumento jurídico sólido para limitar a competência legislativa. No entanto, esta tese causou discordâncias em outros julgados abordados em sequência.

Em 19 de agosto de 1999⁶²⁸ foi julgado o Mandado de Segurança 23.454-7/DF contra a mesma Comissão de Inquérito, que expediu uma ordem de busca e apreensão a ser cumprida pela Polícia Federal, responsável por investigar

“em qualquer empresa, escritório, depósito ou local do trabalho das pessoas naturais mencionadas, bem como dos sócios do Banco Marka onde, a critério da autoridade policial, haja indícios de que possam ser localizados documentos relativos às atividades profissionais, financeiras, contábeis ou comerciais dessas pessoas físicas ou jurídicas.”⁶²⁹

Analisando este ato, o debate dos ministros percorreu três temáticas: a cláusula de reserva de jurisdição, que neste caso se corporificava na necessária

⁶²⁶ MS 23.446-6/DF, fls. 285.

⁶²⁷ MS 23.446-6/DF, fls. 286.

⁶²⁸ Em 29 de maio de 1999, o pedido do mandado de segurança já havia sido concedido em caráter liminar pelo ministro-relator Marco Aurélio Mello. MS 23.454-7/DF.

⁶²⁹ MS 23.454-7/DF, fls. 505 e 506.

autorização judicial para a expedição de mandados de busca e apreensão em domicílio⁶³⁰; a indeterminação da ordem que concedia ampla autonomia para que a autoridade policial recolhesse provas; e a necessária fundamentação das decisões da comissão contra interesses de particulares⁶³¹.

Tanto a abrangência da ordem, quanto sua fundamentação eram entraves de simples resolução mediante uma motivação explícita e uma determinação mais detalhada e específica da Comissão de Inquérito. O tema mais delicado era a reserva de jurisdição, porque implicava numa limitação institucional externa da competência de investigação do legislador.

O ministro-relator Marco Aurélio Mello, que como relator tinha prerrogativa de votar antes dos demais, fez uma distinção preventiva à possibilidade de seus pares citarem o *Habeas Corpus* 71.039-5/RJ como um precedente que vinculasse o caso em tela. Em referência àquela ocasião de julgamento, o ministro-relator Paulo Brossard havia defendido a possibilidade de a comissão de inquérito determinar a busca e apreensão de documentos como uma opinião pessoal, sem que o Plenário houvesse debatido ou fixado jurisprudência sobre a questão⁶³².

Sabendo do peso que as decisões do próprio Tribunal assumiam no colegiado, em consonância aos estudos da teoria política positiva, o ministro-relator antecipou estrategicamente o comportamento de seus pares para que não se escorassem numa jurisprudência contrária ao seu interesse de conceder a segurança.

Perfilhado a esta tendência, o ministro Celso de Mello fez referência às previsões constitucionais de exclusividade judicial na prática de alguns atos estatais, como a busca e apreensão em domicílio, e declarou que eventuais desvios jurídico-constitucionais das comissões de inquérito deviam ser limitados pelo Supremo Tribunal Federal⁶³³.

Contrariamente, o ministro Nélson Jobim afirmou que a atividade jurisdicional não se restringia ao Judiciário, pois a Constituição previa hipóteses

⁶³⁰ Art. 5º, inciso XI, da CF/88: “Art. 5º.(...)XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;”

⁶³¹ MS 23.454-7/DF, fls. 519 e 520.

⁶³² MS 23.454-7/DF, fls. 517.

⁶³³ MS 23.454-7/DF, fls. 543 e 554.

de deliberação do Poder Legislativo em processos de cassação de mandato por quebra de decoro parlamentar⁶³⁴.

Ao ser questionado pelo ministro-relator Marco Aurélio Mello sobre possíveis arbitrariedades legislativas, o ministro Nélson Jobim equiparou as margens de autonomia decisória das instituições, apontando vantagens na publicidade da atividade parlamentar:

“Creio que não podemos raciocinar, caro Ministro, com o argumento *ad terrorem*, no sentido de que alguém possa, porque, se for verdadeiro que o Congresso Nacional possa dizer que o preto é o branco, também poderá ser verdadeiro que o Supremo o faça. Aquele talvez com mais transparência e visibilidade que este, tendo em vista o tipo de debate que aqui se trava.”⁶³⁵

Prosseguindo em sua linha argumentativa, o ministro Nélson Jobim defendeu que ao conferir poderes investigatórios próprios das autoridades judiciais às comissões de inquérito⁶³⁶, a Constituição resguardou amplas possibilidades de atuação do legislador na busca de provas, ainda que o objeto investigativo fosse indeterminado⁶³⁷.

Esta imprevisão sofreu duras críticas do Plenário. O ministro Sydney Sanches afirmou que as comissões de inquérito não poderiam autorizar uma verdadeira “devassa” indiscriminada, sem especificação de qual prova deveria ser recolhida e, pior, com delegação deste juízo de arbitrariedade à autoridade policial⁶³⁸.

Em consonância, o ministro Sepúlveda Pertence atacou a indeterminação da autorização de busca e apreensão⁶³⁹ e questionou se o ministro Nélson Jobim atribuía tantos poderes às comissões que desejava revogar a orientação do *Habeas Corpus* 71.039-5/RJ⁶⁴⁰, que proibiu o decreto de prisão preventiva por estes órgãos. O ministro usou a tendência jurisprudencial garantidora dos direitos do

⁶³⁴ MS 23.454-7/DF, fls. 520.

⁶³⁵ MS 23.454-7/DF, fls. 517.

⁶³⁶ Art. 58, § 3º, CF/88: “Art. 58. (...) § 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.”

⁶³⁷ MS 23.454-7/DF, fls. 523-527.

⁶³⁸ MS 23.454-7/DF, fls. 560. No mesmo sentido, o ministro Moreira Alves, em fls. 534.

⁶³⁹ MS 23.454-7/DF, fls. 535-536 e 567. Referindo-se à indeterminação do mandado, o ministro disse, em tom jocoso: “Aí cabe tudo: de balanço de S.A. a cobrança de cartão de crédito (...) desde que contabilizado...”, em fls. 567.

⁶⁴⁰ MS 23.454-7/DF, fls. 530.

acusado como um meio de constranger seu interlocutor a não violar a tradição institucional do Tribunal, uma estratégia típica de juízes constitucionais, conforme a prescrição da teoria política positiva.

Apesar desta crítica, a tônica do voto do ministro Sepúlveda Pertence se fixou na ameaça de conflito entre os Poderes que pairava sobre o processo:

“A questão institucional mais grave é a discussão surgida, entre os votos que me precederam, a propósito da chamada ‘reserva de jurisdição’ e de seus limites na relação entre o Poder Judiciário e os ‘poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias’ conferidos às comissões parlamentares de inquérito”⁶⁴¹

Embora tenha reconhecido a importância do tema, o ministro preferiu não abordar quais atos praticados pela comissão de inquérito deveriam se submeter à análise judicial prévia, assumindo uma postura de resguardo da autoridade institucional e prevenção de eventual represália legislativa: “Mas, como se trata de questão delicada, a envolver um ponto extremamente sensível das relações Judiciário-Legislativo, fico na boa prudência de não ir além do estritamente necessário à decisão deste caso.”⁶⁴²

Como todos os ministros haviam concordado com o dever de fundamentação dos atos da comissão e a maior parte do Plenário já havia negado a possibilidade de um mandado amplo e de juízo investigativo da autoridade policial, seu interesse no desfecho do caso já restava garantido⁶⁴³. Sendo assim, o ministro Sepúlveda Pertence optou pela cautela ao enfrentamento, desnecessário para assegurar sua preferência na decisão do caso e evitando um possível estranhamento das relações institucionais com o legislador por conta da defesa da reserva de jurisdição⁶⁴⁴.

Em 16 de setembro de 1999⁶⁴⁵, no Mandado de Segurança 23.452-1/RJ, o Supremo Tribunal Federal voltou a julgar ato da mesma Comissão Parlamentar de Inquérito que havia determinado busca e apreensão domiciliar e a disponibilização

⁶⁴¹ MS 23.454-7/DF, fls. 561.

⁶⁴² MS 23.454-7/DF, fls. 565.

⁶⁴³ MS 23.454-7/DF, fls. 503. Embora concordasse com a necessária fundamentação dos atos praticados pela comissão de inquérito contra particulares, os ministros Nélson Jobim e Moreira Alves realçaram que este dever poderia ser colhido de maneira mais informal que uma sentença judicial, em qualquer etapa do processo deliberativo parlamentar, o que não se comprovou no caso. MS 23.454-7/DF, fls. 533 e 571.

⁶⁴⁴ Os ministros Marco Aurélio Mello, Celso de Mello e Carlos Velloso votaram a favor da reserva de jurisdição e o ministro Nélson Jobim, contra. MS 23.454-7/DF, fls. 516-518, 519-527, 543, 572 e 573.

⁶⁴⁵ Em 1º de junho de 1999, o ministro-relator Celso de Mello já havia concedido a liminar no MS 23.452-1/RJ.

de dados sigilosos de natureza bancária, fiscal e telefônica de Luís Carlos Barretti Júnior, advogado que atuava junto aos investigados por irregularidades contra o sistema financeiro nacional⁶⁴⁶.

O ministro-relator Celso de Mello iniciou pela defesa do princípio da separação dos poderes como um mecanismo de frenagem à usurpação e subordinação de competências alheias:

“Com efeito, o sistema constitucional brasileiro, **ao consagrar o princípio da limitação dos poderes**, teve por objetivo instituir modelo destinado a **impedir** a formação de **instâncias hegemônicas de poder** no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional.”⁶⁴⁷

E como principal instituição do concerto de poderes, investida da função de impedir a usurpação de competências e de proteção de direitos individuais, apresenta-se o Supremo Tribunal Federal:

“Daí a precisa observação de JOÃO MANGABEIRA (*‘Em torno da Constituição’*, p. 99, 1934, Companhia Editora Nacional), para quem o **Supremo Tribunal Federal**, qualificando-se como *‘O grande poder político’* da República, **foi concebido** como órgão destinado a **conter** *‘O Legislativo e o Executivo nas órbitas que a Carta Constitucional lhes traça’* e a **garantir** *‘Os direitos do indivíduo com o amparo de uma proteção irresistível’*”.⁶⁴⁸

Resguardado o poder de contenção do Supremo, o ministro-relator passou a abordar o caso em espécie. Com a concordância de seus pares, firmou-se o entendimento de que os dados bancários, fiscais e telefônicos poderiam ser requisitados em nome da prerrogativa constitucional que dotava as comissões parlamentares de inquérito de poderes investigativos próprios das autoridades judiciais⁶⁴⁹.

No entanto, seguindo a tendência do Mandado de Segurança 23.454-7/DF, por unanimidade de votos, os ministros condenaram o ato por ausência de fundamentação prévia, com destaque para a gravidade de se invadir a relação de sigilo profissional entre advogado e cliente⁶⁵⁰.

Retomando a discussão do julgado anterior, cinco ministros adotaram a tese de que as comissões de inquérito não poderiam praticar atos legal e

⁶⁴⁶ MS 23.452-1/RJ, fls. 93-98.

⁶⁴⁷ MS 23.452-1/RJ, fls. 101.

⁶⁴⁸ MS 23.452-1/RJ, fls. 102.

⁶⁴⁹ Art. 58, § 3º, CF/88.

⁶⁵⁰ MS 23.452-1/RJ, fls. 88-92, 124, 125, 141-145.

constitucionalmente reservados à competência judicial⁶⁵¹. Embora decisões pretéritas já houvessem fixado este entendimento para hipóteses do decreto de indisponibilidade de bens, no Mandado de Segurança 23.446-1/DF, e prisão preventiva, no Habeas Corpus 71.039-5/SP, a maior parte dos ministros preferiu seguir a linha do ministro Sydney Sanches e apreciá-la “numa outra oportunidade.”⁶⁵²

Assim como o ministro Sepúlveda Pertence havia se escusado de defender a reserva de jurisdição no Mandado de Segurança 23.454-7/DF, desta vez seus pares também sofisticaram sua decisão na abordagem de uma questão delicada nas relações interinstitucionais. Como sua preferência já restava garantida com a inobservância do dever de fundamentação das ordens da comissão de inquérito, recuaram em sua preferência primária de aceitar a reserva de jurisdição e optaram por não enfrentar o ônus da crítica ou da evasão legislativa com uma restrição mais generalizada. Uma vez que a decisão se baseava em jurisprudência já fixada pelo Tribunal, a capacidade de contestação externa seria menor e não deveria se arriscar a dar um passo além que comprometesse sua vitória.

Sob a ótica do jogo de poderes e da teoria política positiva, esta sofisticação pode ser descrita como um recuo estratégico de convicção para garantia da autoridade da corte. Se defendesse a reserva de jurisdição, poderia correr o risco de evasão legislativa, o que acarretaria descrédito institucional e perda de poder, um cenário agudizado pelo costumeiro apoio público às atividades investigativas irrestritas das comissões de inquérito. A conjuntura de maior vantagem para a Corte seria se contentar com uma vitória parcial, escorada no peso de sua jurisprudência – exigência de fundamentação das ordens parlamentares – o que diminuiria o risco de desrespeito à decisão e garantiria o sucesso de sua preferência no caso em espécie. Por maioria de votos, esta foi a conduta adotada pelo Supremo Tribunal Federal⁶⁵³.

⁶⁵¹ Enfrentando diretamente a reserva de jurisdição, neste julgado o ministro Sepúlveda Pertence fez coro aos ministros Celso de Mello, Marco Aurélio Mello, Néri da Silveira e Carlos Velloso, para quem os atos de determinação de prisão (salvo em flagrante) e flexibilização do direito à intimidade nas hipóteses de busca e apreensão em domicílio, interceptação de comunicação telefônica e acesso a dados sigilosos de profissionais da advocacia deveriam respeitar a reserva de jurisdição. MS 23.452-1/RJ, fls. 91, 92, 139, 140, 147, 151-154, 157, 158, 160 e 161.

⁶⁵² MS 23.452-1/RJ, fls. 91, 92 e 149.

⁶⁵³ MS 23.452-1/RJ, fls. 91, 92, 139, 140, 147, 149, 151-154, 157, 158, 160 e 161.

Tal quadro se alterou no transcorrer da Comissão Parlamentar de Inquérito do Narcotráfico, que requisitou os dados bancários, fiscais e telefônicos de José Aleksandro da Silva. O ministro-relator Celso de Mello havia impugnado este ato no Mandado de Segurança 23.549/DF, por ausência de motivação⁶⁵⁴. No entanto, a Comissão comunicara formalmente ao Supremo Tribunal Federal que, por iniciativa própria, havia revogado a resolução de acesso às informações sigilosas, o que resultou na cassação da liminar por perda do objeto⁶⁵⁵. Antes mesmo do julgamento, os parlamentares alteraram a forma de sua ordem para que não fosse anulada, o que demonstra em que medida a jurisprudência da Corte influencia a antecipação estratégica legislativa.

Em ordem posterior, a Comissão requisitou novamente o acesso aos dados confidenciais do mesmo investigado, o que resultou na impetração do Mandado de Segurança 23.652-3/DF, julgado em 22 de novembro de 2000. Como desta vez o ato havia sido fundamentado, tanto a liminar do ministro-relator Celso de Mello, quanto a decisão unânime dos ministros indeferiram o pedido de impugnação, fazendo referências ao Mandado de Segurança 23.452-1/RJ⁶⁵⁶. O ministro-relator fez questão de lembrar que a cláusula de reserva de jurisdição não se aplicaria ao caso, tendo em vista que o precedente citado garantira às comissões de inquérito a possibilidade de acesso a dados sigilosos mediante motivação⁶⁵⁷.

Embora desnecessário para o deslinde do processo, ao elaborar a ementa do acórdão, o ministro-relator previu expressamente a cláusula de reserva de jurisdição, detalhando sua aplicabilidade às hipóteses de busca domiciliar, interceptação de comunicação telefônica e prisão, salvo em casos de flagrância⁶⁵⁸.

A Corte aproveitou o fato de julgar favoravelmente à vontade legislativa no caso em espécie para assegurar sua competência em ocasiões futuras. Como o interesse da Comissão fora resguardado, reduzia-se a possibilidade de contestação na fixação deste precedente.

⁶⁵⁴ MS 23.549/DF, em decisão liminar do dia 11 de outubro de 1999.

⁶⁵⁵ A liminar foi cassada e o processo foi extinto sem julgamento do mérito em 28 de fevereiro de 2000, MS 23.549/DF e MS 23.452-1/RJ, fls. 116-118.

⁶⁵⁶ MS 23.652-3/DF, fls. 130-133. A liminar foi indeferida no dia 18 de maio de 2000.

⁶⁵⁷ MS 23.652-3/DF, fls. 106, 107, 116-118, 130-133.

⁶⁵⁸ MS 23.652-3/DF, fls. 107. A previsão das hipóteses de reserva de jurisdição na Constituição Federal citadas estão no art. 5º, inciso XI, busca domiciliar; art. 5º, inciso LXI, prisão; e no art. 5º, inciso XII, interceptação telefônica: “Art. 5º (...)XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

Sendo assim, a ementa ratificada pelos ministros foi utilizada estrategicamente para fixar um entendimento que vinha ganhando mais espaço no colegiado desde os Mandados de Segurança 23.454-7/DF e 23.452-1/RJ, um ano antes deste julgamento⁶⁵⁹.

3.4.6.

O Princípio da Colegialidade

Em julgamento de 3 de fevereiro de 2005, no Mandado de Segurança 24.817/DF, impetrado contra ato do presidente da investigação legislativa do banco BANESTADO, por votação unânime, o Supremo Tribunal Federal definiu as comissões parlamentares de inquérito como órgãos que devem deliberar coletivamente sobre seus atos e procedimentos, mediante votação de seus membros, excluindo-se a possibilidade de que os parlamentares gozem individualmente de tais poderes⁶⁶⁰.

Embora o Mandado tenha sido indeferido porque não se constatou a violação ao princípio da colegialidade⁶⁶¹, a fixação de seu cumprimento obrigatório limitou bastante a ação das comissões de inquérito para tomarem decisões e empreender suas ações investigatórias por meio de seus presidentes.

3.4.7.

A Requisição de Dados sob Segredo de Justiça

Em 14 de agosto de 2008, a liminar concedida no Mandado de Segurança 27.483-2/DF foi submetida a referendo do Plenário. O caso abordava a delicada posição de uma operadora de telecomunicações a quem a Comissão Parlamentar de Inquérito sobre escutas telefônicas clandestinas requisitou informações e registros que já constavam em processo judicial mantido sob segredo de justiça.

⁶⁵⁹ Estes Mandados de Segurança foram julgados em 19 de agosto de 1999 e 16 de setembro de 1999, respectivamente.

⁶⁶⁰ MS 24.817/DF, fls. 572 e 586-588, julgado em 3 de fevereiro de 2005, impetrado contra ato do presidente da CPMI do BANESTADO; No mesmo sentido foi decidido o MS 31.475/DF, em liminar do dia 7 de agosto de 2012, com julgamento final em 22 de outubro de 2013, quando seu pedido foi considerado prejudicado por perda do objeto, pois haviam se encerrado os trabalhos da CPMI que tratava das Operações VEGAS e MONTE CARLO, da Polícia Federal.

⁶⁶¹ MS 24.817/DF, fls. 588; MS 31.475/DF, na decisão liminar.

Se cumprisse a ordem parlamentar, a companhia violaria o dever de segredo, mas se não apresentasse os documentos, incorreria em desobediência à requisição⁶⁶².

Do ponto de vista institucional, também havia uma questão problemática a ser enfrentada. Se o Supremo concordasse com a ordem parlamentar, estaria violando o segredo de um processo mantido sob a égide do Poder Judiciário. Se discordasse, limitaria a margem de ação da investigação legislativa.

Diante da complexidade do caso e para resguardar a autoridade da decisão da Corte, o ministro-relator César Peluso resolveu dividir a responsabilidade de concessão da liminar com o Plenário. Em seu voto, negou que as comissões de inquérito pudessem violar o dever de sigilo imposto pelo Judiciário em um processo. Como garantia do direito à intimidade, o segredo de justiça seria submetido à reserva constitucional de jurisdição, tese acompanhada pelo ministro Carlos Ayres Britto⁶⁶³, que ainda citou a exclusividade judicial para determinação de acesso à comunicação telefônica⁶⁶⁴.

O ministro-relator realçou que nem mesmo outro órgão judiciário, incluindo-se o próprio Supremo Tribunal Federal, poderia comprometer este sigilo. Se o Poder Legislativo tivesse acesso às informações, como uma espécie de “corregedoria de decisões judiciais”, haveria uma violação inaceitável do princípio da separação de poderes, consideração que mereceu a chancela da ministra Carmem Lúcia Rocha⁶⁶⁵.

O ministro Celso de Mello, porém, discordou que o Supremo não pudesse ter acesso a dados sigilosos de processo judiciais, uma vez que isto inviabilizaria qualquer revisão de atos irregulares praticados por outra jurisdição⁶⁶⁶.

O ministro Marco Aurélio ponderou que o caso não tratava do acesso às comunicações telefônicas, mas apenas de requisição parlamentar dos mandados de interceptação expedidos pela Justiça, o que configuraria uma informação pública. Se o Supremo negasse o acesso aos dados, a própria Comissão de Inquérito teria seus trabalhos comprometidos, restringindo-se os poderes investigatórios

⁶⁶² MS 27.483-2/DF, fls. 191 e 192.

⁶⁶³ MS 27.483-2/DF, fls. 194 e 212.

⁶⁶⁴ MS 27.483-2/DF, fls. 212 e 213. Assim determina o art. 5º, inciso XII, da CF/88: “Art. 5º (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”. No mesmo sentido, a Lei nº 9.296 de 1996.

⁶⁶⁵ MS 27.483-2/DF, fls. 195, 199 e 222.

⁶⁶⁶ MS 27.483-2/DF, fls. 219 e 220.

garantidos pela Constituição e “gerando, permito-me o desassombro, aqui sim, um conflito verdadeiramente institucional.”⁶⁶⁷

O ministro-relator esclareceu que muitos mandados judiciais vinham com cópia da decisão judicial que os ensejou, o que poderia trazer informações sigilosas e, por isso, não poderiam ser fornecidos⁶⁶⁸. Sendo assim, negou o acesso ao número dos processos, ao nome das partes e a quaisquer documentos que pudessem comprometer o sigilo judicial. No entanto, para não obstaculizar o andamento da Comissão, determinou que a companhia telefônica poderia disponibilizar alguns dados gerais ao legislador⁶⁶⁹.

De modo a deixar clara a sua decisão, acompanhada pela maioria da Corte, o ministro-relator prometeu empenhar-se na elaboração da ementa do acórdão, cuja parte final foi redigida com a expressa declaração limitativa dos poderes das investigações legislativas:

“Comissão Parlamentar de Inquérito não tem poder jurídico de, mediante requisição, a operadoras de telefonia, de cópias de decisão nem de mandado judicial de interceptação telefônica, quebrar sigilo imposto a processo sujeito a segredo de justiça. Este é oponível a Comissão Parlamentar de Inquérito, representando expressiva limitação aos seus poderes constitucionais.”⁶⁷⁰

Longe de se adstringir ao caso em tela, a ementa foi redigida para servir de precedente limitador das comissões de inquérito, em qualquer hipótese congênere. Numa abordagem colegial, este empenho em esclarecer a posição do Tribunal destaca a função estratégica da relatoria em elaborar os termos da deliberação coletiva como um parâmetro de orientação para julgamentos posteriores.

3.4.8.

O Direito das Minorias Parlamentares

No Mandado de Segurança 22.494-1/DF, julgado em 19 de dezembro de 1996, o Supremo Tribunal Federal abordou uma intrincada questão interna do jogo de poder no Senado Federal.

⁶⁶⁷ MS 27.483-2/DF, fls. 216.

⁶⁶⁸ MS 27.483-2/DF, fls. 218 e 219.

⁶⁶⁹ Em quais juízos os processos tramitaram, quantos mandados de interceptação foram expedidos, quais órgãos policiais forma destinatários das ordens, a relação de cidades em que se situavam os terminais telefônicos e a duração total das interceptações. MS 27.483-2/DF, fls. 199 e 200.

⁶⁷⁰ MS 27.483-2/DF, fls. 189 e 225.

Com base no Requerimento nº 198, o presidente da Casa havia determinado a abertura da Comissão Parlamentar de Inquérito de fraudes bancárias cometidas contra o sistema financeiro nacional, seja pela apresentação de balancetes fictícios ao Banco Central, seja pela suposta remessa ilegal de recursos ao exterior⁶⁷¹.

O senador Hugo Napoleão levantou uma Questão de Ordem para impugnar os trabalhos da Comissão por violação do dever constitucional de apuração de fato determinado e da previsão regimental de indicação do limite de despesas com os trabalhos investigativos⁶⁷².

O presidente do Senado rejeitou a Questão de Ordem, o que suscitou um recurso ao Plenário da Casa, que decidiu pelo arquivamento do Requerimento nº 198 e pela extinção do inquérito parlamentar⁶⁷³.

Cabia ao Supremo Tribunal avaliar este ato do presidente do Senado Federal, que atendeu à votação da maioria. Como pano de fundo do Mandado de Segurança, restava patente a dimensão de conflito institucional, caso a Corte rejeitasse a decisão legislativa.

Esclarecendo este cenário, o ministro-presidente Sepúlveda Pertence destacou a gravidade do tema:

“Tenho assinalado que a questão que ora se repõe ao Plenário é dos problemas mais delicados dessa tensão dialética permanente entre o empenho com que os poderes políticos defendem o seu âmbito de poder e a função constitucional desta Casa.”⁶⁷⁴

Duas correntes distintas dividiram o Plenário. A primeira seguia o ministro-relator Maurício Corrêa, que propunha não conhecer o Mandado de Segurança por se tratar de questão *interna corporis* ao Senado, um fato pacificado na jurisprudência do Tribunal⁶⁷⁵. Tal como ocorreu nos julgamentos sobre o processo legislativo, mais uma vez este conceito abstrato servia de fundamento para intangibilidade da atividade parlamentar. Para ilustrar a gravidade da

⁶⁷¹ MS 22.494-1/DF, fls. 374-377. A comissão ficou conhecida como a “CPI dos Bancos”.

⁶⁷² MS 22.494-1/DF, fls. 375-380. A norma constitucional referida era o art. 58, § 3º, *supra* e o art. 145, § 1º, do RISF: “Art. 145 (...) § 1º O requerimento de criação da comissão parlamentar de inquérito determinará o fato a ser apurado, o número de membros, o prazo de duração da comissão e o limite das despesas a serem realizadas.”

⁶⁷³ MS 22.494-1/DF, fls. 375-380.

⁶⁷⁴ MS 22.494-1/DF, fls. 439.

⁶⁷⁵ O ministro relator se referiu expressamente à decisão do MS 22.503-3/DF, *supra*. MS 22.494-1/DF, fls. 494.

interferência judicial no Legislativo, a relatoria apelou à estratégia colegial de perguntas retóricas:

“Vamos entrar na economia interna daquela Casa do Poder Legislativo? Estaremos rasgando o Regimento Interno do Senado? Gostaríamos que aquela maioria do Senado rasgasse o Regimento Interno deste Tribunal?”⁶⁷⁶

Embora tenha realçado a lesividade das alegações que pesavam contra instituições financeiras – “Diria ser essa a hora de clarificar tais operações para o devido esclarecimento à nação, sentindo um impulso que brota de meu estado de estupefação” – o ministro-relator afirmou não poder “colocar o exame sereno e tranquilo do meu dever de juiz, submetendo-o à minha indignação, vontade e revolta, à avaliação técnica, sob o prisma jurídico da outorga jurisdicional que se deve realizar, distante de emoções e opções subjetivas.”⁶⁷⁷

Conforme a prescrição da teoria política positiva, a relatoria utilizou princípios tradicionais de neutralidade, objetividade e isenção da função judicial como uma estratégia de preservação institucional de possíveis críticas à rejeição de autorizar a abertura da Comissão Parlamentar.

Além de condenar a violação da competência legislativa, esta corrente defendeu um posicionamento mais pragmático do órgão jurisdicional, que não deveria se perder em discussões sobre a eventual inconstitucionalidade da extinção da Comissão, se não poderia resolver o caso em tela que se fundava em problemática regimental de outro Poder:

“Se não há condições de ultrapassar esta regra regimental, por que vou conhecer, se já por um fundamento entendo que não se deve dar provimento ao pedido judicial? É por isso; é uma questão de lógica e de economia processual. Creio que no Órgão Judiciário também temos que caminhar para soluções que nos evitem a perda desnecessária de tempo, sobretudo no meio desta vastidão de processos que atualmente recaem sobre os ombros de cada Ministro desta Corte. Ora, conhecer do mandado de segurança para depois dizer que há obstáculo de natureza regimental seria perda de tempo a que eu não me presto.”⁶⁷⁸

No mesmo sentido da inutilidade de apreciar o fundamento de inconstitucionalidade, o ministro Octávio Gallotti afirmou: “Apreciar o outro

⁶⁷⁶ MS 22.494-1/DF, fls. 428. No mesmo sentido, o ministro Sydney Sanches, em fls. 434.

⁶⁷⁷ MS 22.494-1/DF, fls. 398.

⁶⁷⁸ MS 22.494-1/DF, fls. 429.

fundamento, sem influência prática no resultado, seria dotar a nossa decisão de um cunho acadêmico que não lhe é adequado.”⁶⁷⁹

Este posicionamento foi albergado pela maioria dos ministros, que nem conheceram do Mandado de Segurança para lhe avaliar o mérito⁶⁸⁰. De um ponto de vista exógeno, este posicionamento se converteria numa informação estrategicamente relevante ao Legislativo: uma conduta da maioria parlamentar sempre iria prevalecer, desde que baseada em disposição regimental, invulnerável, portanto, ao controle judicial pelo Supremo.

Porém, a corrente vencida do Tribunal posicionou-se em sentido totalmente oposto, fundamentando que a violação do direito da minoria parlamentar e da Constituição seriam motivos suficientes para conhecer e julgar o Mandado de Segurança⁶⁸¹.

Diante da ausência de alguns membros na sessão julgadora, o ministro Celso de Mello pediu vista do processo, esclarecendo expressamente que uma composição plena poderia encorpar sua posição de apreciar a questão regimental. Embora esta ação seja uma estratégia própria do jogo colegial do Supremo Tribunal, não se pode desprezar sua interpretação sob uma ótica atitudinal: o ministro claramente vislumbrou que o desfecho do caso não dependeria de um senso de responsabilidade coletiva ou na crença de uma missão institucional compartilhada, mas do somatório das preferências de cada ministro da Corte⁶⁸².

Retomado o julgamento, o ministro Celso de Mello sintetizou o elo da corrente minoritária com reservas agudas à relatoria:

“O voto do Ministro-Relator, **ao valorizar um aspecto absolutamente secundário da questão**, reduziu a controvérsia constitucional – que se demonstra tão decisiva, tão importante e tão essencial na definição dos poderes de fiscalização das minorias parlamentares – a uma dimensão de pura e inferior regimentalidade, evidentemente incompatível com a magnitude do tema que emerge da interpretação pertinente ao alcance e ao sentido do art. 58, § 3º, da Carta Política. **Não posso**, Sr. Presidente, exatamente porque **existe**, no caso, um claro fundamento constitucional sobre o qual se apóia a pretensão dos impetrantes, conferir **inaceitável** precedência a um argumento menor, de caráter meramente regimental, para, a partir dele – e com **incompreensível**

⁶⁷⁹ MS 22.494-1/DF, fls. 433.

⁶⁸⁰ MS 22.494-1/DF, fls. 374 e 375.

⁶⁸¹ Em harmonia na corrente minoritária, os ministros Celso de Mello, em fls. 406-420, Marco Aurélio Mello, em fls. 430-432, Néri da Silveira, em fls. 436, e Sepúlveda Pertence, em fls. 439-441, no MS 22.494-1/DF.

⁶⁸² MS 22.494-1/DF, fls. 399 e 406. Essa estratégia surtiu efeito parcial, pois apenas dois dos quatro ministros ausentes do julgamento em 12 de dezembro de 1996, Marco Aurélio Mello e Sepúlveda Pertence, perfilharam-se como o ministro Celso de Mello.

preponderância sobre a grave afirmação de desrespeito ao texto da Constituição da República –, **frustrar** o controle jurisdicional sobre deliberação parlamentar **alegadamente** violadora de uma prerrogativa constitucional, assegurada, em tema de fiscalização legislativa, às **minorias** existentes no âmbito das Casas do Congresso Nacional.”⁶⁸³

Além do forte apelo ao convencimento colegial, sob um enfoque da teoria política positiva, o texto aponta o recurso às referências abstratas da “Constituição” e das “minorias” como um meio de combater outro princípio igualmente indeterminado, a intangibilidade de “questões regimentais” como uma violação da autonomia legislativa.

Apesar da defesa enfática do ministro Celso de Mello, por decisão majoritária, o Supremo Tribunal negou o conhecimento ao Mandado de Segurança⁶⁸⁴.

Na Ação Direta 1.635-1, o Supremo Tribunal Federal discutiu se a limitação regimental de cinco comissões de inquérito concomitantes na Câmara dos Deputados seria inconstitucional⁶⁸⁵.

Em decisão liminar do dia 25 de setembro de 1997, o ministro-relator Maurício Corrêa apontou que a própria Constituição Federal franqueava a autonomia legislativa para elaborar suas normas regimentais⁶⁸⁶ e ainda apontou que a restrição do número de comissões de inquérito seria uma garantia de sua operacionalidade⁶⁸⁷.

Em harmonia com este argumento de viabilidade e organização dos procedimentos internos, o ministro Nélson Jobim lembrou seu mandato como deputado federal e os anos de experiência parlamentar do ministro-relator para esclarecer que a limitação de comissões de inquérito teria um objetivo de

⁶⁸³ MS 22.494-1/DF, fls. 409 e 410.

⁶⁸⁴ MS 22.494-1/DF, fls. 374, 375 e 443.

⁶⁸⁵ As agremiações políticas que propuseram a ADIN – Partido dos Trabalhadores, Partido Comunista do Brasil, Partido Democrático Trabalhista e Partido Socialista do Brasil – apontaram que o art. 58, § 3º, da CF, *supra*, não previa a hipótese restritiva do art. 35, § 4º, do RICD “Art. 35. A Câmara dos Deputados, a requerimento de um terço de seus membros, instituirá Comissão Parlamentar de Inquérito para apuração de fato determinado e por prazo certo, a qual terá poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos em lei e neste Regimento. (...) §4º Não será criada Comissão Parlamentar de Inquérito enquanto estiverem funcionando pelo menos cinco na Câmara, salvo mediante projeto de resolução com o mesmo quórum de apresentação previsto no caput deste artigo.” ADIN MC 1.635-1, fls. 224 e 225.

⁶⁸⁶ Art. 51, incisos III e IV, da CF: “Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados: (...) III - elaborar seu regimento interno; IV - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;”

⁶⁸⁷ ADIN MC 1.635-1, fls. 231-234.

restringir seu uso como um mecanismo de negociação política, o que o enfoque colegial classificaria como uma estratégia fundada na prática legislativa para constranger o excesso de idealismo no voto de seus pares⁶⁸⁸.

Em direção oposta, o ministro Marco Aurélio Mello condenou que o Regimento Interno da Câmara limitasse a ação das minorias parlamentares sem qualquer autorização constitucional⁶⁸⁹.

Com referência ao seu voto no Mandado de Segurança 22.494-1/DF, o ministro Sepúlveda Pertence também compartilhou da preocupação com a ala parlamentar minoritária⁶⁹⁰, o que suscitou uma manifestação divergente do ministro Carlos Velloso:

“Ouvi que as Comissões de Inquérito são instrumentos das minorias. Isto é certo. Tudo deve se desenvolver, entretanto, num devido procedimento legislativo, certo que a ditadura das minorias costuma ser pior do que a ditadura da maioria. Esta, pelo menos, tem em seu favor o voto da maioria. E numa democracia a legitimidade está no consentimento da maioria, ao qual a minoria deve conformar-se.”⁶⁹¹

Indeferida a liminar pelo voto da maioria, a Ação Direta 1.635-1 voltou a ser julgada em definitivo no dia 19 de outubro de 2000⁶⁹².

Novamente, o debate mostrou o antagonismo entre a proteção das minorias parlamentares e as consequências práticas da decisão.

Alinhando-se ao ministro Marco Aurélio Mello, o ministro Celso de Mello repetiu alguns posicionamentos de seu voto no Mandado de Segurança 22.494-1/DF para defender que as comissões de inquérito são instrumentos de amparo das minorias parlamentares contra blocos hegemônicos de poder⁶⁹³. Limitar sua

⁶⁸⁸ ADIN MC 1.635-1, fls.235-237. O ministro Nélson Jobim foi deputado federal de 1987 a 1994 e o ministro Maurício Corrêa foi senador federal de 1987 a 1992.

⁶⁸⁹ ADIN MC 1.635-1, fls. 239.

⁶⁹⁰ ADIN MC 1.635-1, fls.240 e 241.

⁶⁹¹ ADIN MC 1.635-1, fls. 244.

⁶⁹² ADIN MC 1.635-1 e ADIN 1.635-1. Sobre a mesma problemática foi o MS 23.418-1/DF, que discutiu a possibilidade de instalação de comissão de inquérito destinada a apurar a regularidade de contrato firmado pela Confederação Brasileira de Futebol e a empresa NIKE, tendo em vista já existirem, à época, cinco inquéritos legislativos em curso. Em 18 de maio de 1999, o ministro Octávio Gallotti já havia indeferido o pedido de instalação da CPI em caráter liminar; no dia 4 de abril de 1999, o ministro Maurício Corrêa, relator da ADIN 1.635-1, pediu vista dos autos; o julgamento acabou retomado na própria data da decisão na ADIN 1.635-1, sendo considerado prejudicado o pedido porque a comissão já havia sido instalada.

⁶⁹³ ADIN 1.635-1, fls. 196 e no MS 22.494-1/DF, em fls. 409.

atuação seria equivalente à redução do poder fiscalizatório legislativo sobre o Poder Executivo⁶⁹⁴.

De maneira semelhante, o ministro Sepúlveda Pertence fez reservas ao entendimento da Corte no Mandado de Segurança 22.494-1/DF, que havia fundado um “domínio majoritário absoluto”⁶⁹⁵ na temática das comissões de inquérito:

“o que distingue a democracia das ditaduras majoritárias é que, na democracia, a maioria se submete às regras do jogo. E, dentre elas, talvez, as mais relevantes sejam aquelas que garantam, à minoria, poder de fogo para o eterno jogo de composição que é o processo democrático de governar.”⁶⁹⁶

No bloco majoritário do Plenário, o ministro-relator Maurício Corrêa apontou que um número excessivo de comissões de inquérito não poderia funcionar por uma inviabilidade de tempo, estrutura e, segundo o ministro Nélson Jobim, de parlamentares suficientes. Mediante algumas simulações matemáticas, demonstrou que seria impossível a convivência das comissões permanentes com vários inquéritos legislativos, tendo em vista o número de deputados federais à disposição da Casa⁶⁹⁷.

Para fundamentar ainda mais seu pragmatismo, o ministro Nélson Jobim comparou um número exacerbado de comissões de inquérito com o excesso de processos do Supremo Tribunal Federal, o que geraria uma consequência semelhante, de limitação extrema da capacidade operacional⁶⁹⁸.

Valendo-se novamente do recurso colegial de expor sua experiência legislativa para salientar sua maior autoridade sobre a temática, relembrou que como presidente da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, em 1989, houve um momento em que se acumularam cinquenta pedidos para abertura de inquéritos parlamentares⁶⁹⁹.

Em intervenção ao voto do ministro Celso de Mello, afirmou que as investigações legislativas não se verificavam na prática como um instrumento de fiscalização das minorias sobre o governo, mas estavam relacionadas a interesses específicos, que desejavam usar a instalação das comissões de inquérito como um

⁶⁹⁴ ADIN 1.635-1, fls. 198. No mesmo sentido, o ministro já havia destacado esta função no MS 22.494-1/DF, em fls. 413.

⁶⁹⁵ ADIN 1.635-1, fls. 213.

⁶⁹⁶ ADIN 1.635-1, fls. 213.

⁶⁹⁷ ADIN 1.635-1, fls. 179-182.

⁶⁹⁸ ADIN 1.635-1, fls. 185 e 187.

⁶⁹⁹ ADIN 1.635-1, fls. 199 e 200.

mecanismo de barganha e pressão política. Esta seria a justificativa para a Câmara dos Deputados ter imposto uma limitação regimental⁷⁰⁰.

Em alusão ao aspecto realista do voto dos ministros Maurício Corrêa e, principalmente, Nelson Jobim, o ministro Sepúlveda Pertence denunciou que a posição institucional da Corte permitiria a chancela de uma manobra regimental das maiorias parlamentares na criação de “comissões fantasmas”, instauradas meramente para compor o limite de cinco e inviabilizar outras investigações legislativas⁷⁰¹.

O ministro Sepúlveda Pertence ainda argumentou que caso um número absurdo de comissões se formasse, o legislador seria hábil em construir suas próprias soluções, no que foi rechaçado por um apelo do ministro Nelson Jobim à autonomia da Câmara dos Deputados: “Deixe que eles as construam. Eles sabem o que estão fazendo.”⁷⁰²

Em áspera resposta, que demonstra o grau de rivalidade presente no ambiente colegial, o ministro Sepúlveda Pertence argumentou que seu colega expôs nos debates em Plenário o que a corrente minoritária do Supremo desejava combater:

“O que o Ministro Maurício Corrêa falou, explicitamente, V. Ex^a demonstrou sem o dizer. Na verdade, o que se pretende é submeter a CPI à vontade da maioria. Ela é, repito, essencialmente, um instrumento de minoria. Peço vênica a todas as negações do ministro Nelson Jobim, com sua vocação de líder da maioria.”⁷⁰³

Apesar do tom crítico do ministro Sepúlveda Pertence, foi reconhecida a constitucionalidade da restrição de cinco investigações legislativas concomitantes.

Como informação estratégica ao Congresso Nacional, restava protegida a prerrogativa do bloco parlamentar hegemônico em fomentar comissões de inquérito até o limite regimental para que seus interesses não fossem contrariados em múltiplas investigações legislativas arregimentadas pelas minorias.

Em 22 de junho de 2005, no Mandado de Segurança 24.831-9/DF, o Supremo Tribunal Federal julgou outra questão relacionada à participação dos grupos parlamentares insulares nos inquéritos legislativos⁷⁰⁴.

⁷⁰⁰ ADIN 1.635-1, fls. 199 e 200. Esta limitação regimental veio com a aprovação do novo RICD, com a Resolução nº 17 de 1989.

⁷⁰¹ ADIN 1.635-1, fls. 213 e 214.

⁷⁰² ADIN 1.635-1, fls. 214.

⁷⁰³ ADIN 1.635-1, fls. 214.

O caso foi deflagrado com um requerimento parlamentar para apuração de práticas criminosas das casas de bingo. Conforme a regra da proporcionalidade, foi solicitado aos partidos políticos que determinassem os integrantes da Comissão de Inquérito⁷⁰⁵. No entanto, apenas as lideranças da minoria de oposição apontaram seus respectivos membros, enquanto o bloco majoritário governista se furtou de fazer as indicações. Mesmo diante do impasse, o presidente do Senado Federal se recusou a tomar qualquer medida saneadora, pois o Regimento Interno era silente sobre tal hipótese de omissão⁷⁰⁶.

Se o Supremo defendesse o direito da minoria, a liberdade de negociações políticas e composições de interesses seria limitada. Haveria uma intervenção no próprio *habitus* de comportamento parlamentar e nem mesmo uma coalizão majoritária seria capaz de impedir a formação de comissões de inquérito. Por outro lado, se não intervisse no episódio, o Supremo estaria cancelando a inviabilidade de qualquer investigação legislativa no Senado Federal que contrariasse a maioria.

Em seu voto condutor, o ministro-relator Celso de Mello recorreu a fundamentos abstratos numa argumentação linear que se iniciou com a função do princípio da separação de poderes:

“Como sabemos, o sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos poderes da República (ou daqueles que o integram) sobre os demais órgãos e agentes da soberania nacional.”⁷⁰⁷

Como um desdobramento da separação de poderes, o ministro-relator utilizou o controle de constitucionalidade como base para defender a intervenção

⁷⁰⁴ O STF julgou na mesma sessão o MS 24.849-1/DF e o MS 24.847-5/DF, com temática e pedidos idênticos e decididos no mesmo sentido do MS 24.831-9/DF. Em julgamento de 19 de outubro de 2000, a Corte já havia enfrentado a questão da vedação regimental a mais de cinco comissões de inquérito concomitantes. No entanto, como a própria Câmara acabara autorizando a instalação da investigação legislativa, o pedido foi julgado prejudicado por perda do objeto. MS 23.418-1/DF.

⁷⁰⁵ Art. 58, § 1º, da CF: “Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.”; art. 78, do RISF: “Os membros das comissões serão designados pelo Presidente, por indicação escrita dos respectivos líderes, assegurada, tanto quanto possível, a participação proporcional das representações partidárias ou dos blocos parlamentares com atuação no Senado Federal”

⁷⁰⁶ MS 24.831-9/DF, fls. 236-239.

⁷⁰⁷ MS 24.831-9/DF, fls. 252.

do Supremo na esfera legislativa. Nesta linha, afirmou que desde a primeira década da experiência republicana brasileira, a jurisprudência

“**consagra** a possibilidade jurídico-constitucional **de fiscalização** de determinados atos emanados do Poder Legislativo, **quando** alegadamente **eivados** de vício da inconstitucionalidade, **sem que**, ao assim proceder, o Tribunal vulnere o postulado fundamental da separação de poderes.”⁷⁰⁸

Além de servir como parâmetro para a intervenção judicial, o controle de constitucionalidade ainda poderia servir à reflexão sobre o caso em tela:

“**Impõe-se observar**, neste ponto, por necessário, que o exame da postulação deduzida na **presente** sede mandamental **justifica** – na **estrita** perspectiva do princípio da separação de poderes – **algumas** reflexões prévias em torno das **relevantíssimas** questões pertinentes ao controle jurisdicional do poder político e às implicações jurídico constitucionais que necessariamente decorrem do exercício do ‘*judicial review*’.”⁷⁰⁹

Tomando-se como base a intervenção judicial inerente ao controle de constitucionalidade, da mesma forma deveria ser facultado ao Supremo atuar em circunstância congênere, de ameaça à Constituição e à democracia.

“A **opção** do legislador constituinte **pela concepção democrática** do Estado de Direito **não pode** esgotar-se numa simples proclamação retórica. A **opção** pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo, **há de ter consequências efetivas**, Senhor Presidente, no plano de nossa organização política, **na esfera** das relações institucionais entre os poderes da República **e no âmbito** da formulação de uma teoria das liberdades públicas **e do próprio regime democrático**. **Em uma palavra: ninguém** se sobrepõe, **nem mesmo** os grupos majoritários, **aos princípios superiores** consagrados pela Constituição da República.”⁷¹⁰

Em harmonia com a relatoria, o ministro Joaquim Barbosa também reivindicou um papel mais incisivo da jurisdição constitucional na defesa da democracia:

“Longe de se confinar no papel tradicional de proteção a direitos subjetivos, cabe ao órgão da jurisdição constitucional velar com a máxima atenção pela preservação de certos equilíbrios institucionais, entre os quais o que se

⁷⁰⁸ MS 24.831-9/DF, fls. 248. O controle de constitucionalidade como fundamento da intervenção do judicial em hipóteses de arbitrariedades do Poder Público já havia sido exposto em breves palavras de um parágrafo reproduzido de maneira idêntica em dois votos anteriores do ministro Celso de Mello, no MS 22.494-1/DF, em fls. 415 e 416 e na ADIN 1.635-1, em fls. 205. Apenas no MS 24.831-9/DF esta argumentação foi aprofundada pelo ministro.

⁷⁰⁹ MS 24.831-9/DF, fls. 248.

⁷¹⁰ MS 24.831-9/DF, fls. 306. No mesmo sentido, em fls. 250-253, 304 e 305.

consubstancia na necessidade de conferir uma espécie de estatuto às minorias parlamentares, que é, a meu ver, um imperativo do regime democrático.”⁷¹¹

A defesa das minorias parlamentares como um imperativo democrático também ressoou no voto do ministro Cezar Peluso, que afirmou ser “preciso encarar a minoria parlamentar como parcela representativa do povo, de segmento significativo do povo, que é o detentor último da soberania, e cuja voz não pode ser obscurecida nem sufocada na economia do Parlamento.”⁷¹²

Para o ministro Carlos Ayres Britto, era justamente a defesa das minorias parlamentares que autorizava a intervenção do Supremo no Poder Legislativo:

“Não se trata aqui, portanto, de intromissão do Poder Judiciário nos negócios internos, nos assuntos domésticos do Poder Legislativo. Trata-se, isso sim, de assegurar o estatuto dessa minoria qualificada de um terço, para ver instalada, criada uma comissão parlamentar de inquérito.”⁷¹³

Esta intervenção do Supremo como instrumento de defesa das minorias parlamentares ganhou contornos mais enfáticos no voto do ministro-relator Celso de Mello, que não demonstrou constrangimentos ao defender a limitação institucional externa do legislador:

“Com a finalidade de **obstar** que o **exercício abusivo** das prerrogativas estatais **possa** conduzir a práticas que transgridam o regime de liberdades públicas e que sufoquem, **pela opressão do poder**, os direitos e garantias individuais, inclusive aqueles assegurados **às minorias** nas Câmaras legislativas (**como** o direito de oposição **e** a prerrogativa de fazer instaurar comissões parlamentares de inquérito), **atribuiu-se**, ao Judiciário, **a função eminente de controlar os excessos** cometidos por **qualquer** das esferas governamentais, **mesmo aqueles** praticados pela Presidência das Casas do Congresso Nacional, **quando** tais órgãos ou agentes incidirem em abuso de poder **ou** desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência institucional.”⁷¹⁴

No caso em tela, esta função tutorial do Judiciário manifestava-se como uma exigência de remediar a conduta omissiva do presidente do Senado Federal⁷¹⁵. Ainda que reconhecida a imprevisão de seu Regimento Interno, o ministro-relator apontou que a conduta das lideranças majoritárias poderia ser

⁷¹¹ MS 24.831-9/DF, fls. 372. Na mesma linha argumentativa, o ministro Gilmar Mendes afirma que a jurisdição constitucional e a oposição parlamentar servem ao propósito de garantir os limites das instituições democráticas. MS 24.831-9/DF, fls. 383-386.

⁷¹² MS 24.831-9/DF, fls. 379.

⁷¹³ MS 24.831-9/DF, fls. 377.

⁷¹⁴ MS 24.831-9/DF, fls. 252.

⁷¹⁵ Segundo o ministro-relator, foram os estratagemas e manobras obstrucionistas do presidente do Senado Federal que inviabilizaram o inquérito parlamentar. MS 24.831-9/DF, fls. 343, 346 e 347.

contornada mediante uma interpretação analógica, tomando-se como base os dispositivos regimentais da Câmara dos Deputados e do Congresso Nacional⁷¹⁶.

Apesar de esta solução depender de uma interpretação de normas internas, o ministro-relator defendeu sua legitimidade diante do comportamento obstrucionista das maiorias senatoriais:

“Vê-se, daí, na perspectiva do caso ora em exame, que a intervenção do Poder Judiciário, nas hipóteses de suposta lesão a direitos subjetivos amparados pelo ordenamento jurídico do Estado, reveste-se de plena legitimidade constitucional, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica do Poder Legislativo, como se registra naquelas situações em que se atribuem, à instância parlamentar, condutas alegadamente tipificadoras de abuso de poder, seja por ação, seja por omissão.”⁷¹⁷

Numa dimensão colegial, o voto do ministro-relator Celso de Mello buscou legitimidade em conceitos fortemente abstratos que amparavam seu objetivo de persuadir e constranger seus pares. Sob o enfoque da teoria política positiva, esta defesa da democracia, das minorias, dos direitos individuais e da Constituição pode ser qualificada como uma estratégia de convencimento baseada no apelo ao comportamento tradicionalmente esperado de um juiz constitucional.

Esta perspectiva analítica ganha ainda mais peso pela enumeração de uma série de manifestações de ex-ministros ao longo da história jurisprudencial do Supremo Tribunal, o que reforçava a posição da relatoria como um desdobramento natural do que a cultura institucional já houvera construído.

⁷¹⁶ MS 24.831-9/DF, fls. 242, 243, 272, 273, 309-317. Art. 28, §1º, do RICD: “Art. 28. Estabelecida a representação numérica dos Partidos e dos Blocos Parlamentares nas Comissões, os Líderes comunicarão ao Presidente da Câmara, no prazo de cinco sessões, os nomes dos membros das respectivas bancadas que, como titulares e suplentes, irão integrar cada Comissão. § 1º O Presidente fará, de ofício, a designação se, no prazo fixado, a Liderança não comunicar os nomes de sua representação para compor as Comissões, nos termos do § 3º do art. 45.”; art. 45, § 3º, do RICD: “§ 3º A vaga em Comissão será preenchida por designação do Presidente da Câmara, no interregno de três sessões, de acordo com a indicação feita pelo Líder do Partido ou de Bloco Parlamentar a que pertencer o lugar, ou independentemente dessa comunicação, se não for feita naquele prazo.”; art. 9º, § 1º, do RICN: “Art. 9º Os membros das Comissões Mistas do Congresso Nacional serão designados pelo Presidente do Senado¹¹ mediante indicação das lideranças. § 1º Se os Líderes não fizerem a indicação, a escolha caberá ao Presidente.”; art. 412, inciso VI, do RISF: “Art. 412. A legitimidade na elaboração de norma legal é assegurada pela observância rigorosa das disposições regimentais, mediante os seguintes princípios básicos: (...) VI—decisão dos casos omissos de acordo com a analogia e os princípios gerais de Direito.” O ministro Sepúlveda Pertence lembrou que o art. 85 do RISF poderia resolver a omissão de modo ainda mais fácil, com a indicação de membros pela Mesa do Senado Federal. MS 24.831-9/DF, fls. 405. Art. 85, do RISF: “Em caso de impedimento temporário de membro da comissão e não havendo suplente a convocar, o Presidente desta solicitará à Presidência da Mesa a designação de substituto, devendo a escolha recair em Senador do mesmo partido ou bloco parlamentar do substituído, salvo se os demais representantes do partido ou bloco não puderem ou não quiserem aceitar a designação.”

⁷¹⁷ MS 24.831-9/DF, fls. 250.

Neste sentido, o ministro relator citou um artigo de jornal escrito pelo ex-ministro Paulo Brossard⁷¹⁸, além de fazer referência a votos pretéritos expostos em outros julgados do Tribunal: do ministro Guimarães Natal, que reconhecia a possibilidade de controle do Supremo Tribunal sobre questões da esfera política e do ministro Octávio Gallotti, que reconhecia apenas três exigências para a instauração do inquérito parlamentar: fato determinado, requerimento subscrito por um terço da casa legislativa e caráter temporário⁷¹⁹.

Na companhia do ministro Gilmar Mendes, o ministro-relator também se baseou em posicionamento anterior do ministro Sepúlveda Pertence, ainda em atividade no momento do julgamento, para reforçar sua tese pela admissibilidade de as minorias parlamentares abrirem uma comissão investigativa⁷²⁰.

Situando o debate em torno da forma com que o ministro-relator solucionou o caso, o ministro Sepúlveda Pertence revelou o desconfortável pano de fundo da decisão – a intromissão do Supremo na esfera interna do legislador:

“nessa delicadíssima demarcação de limites do controle jurisdicional da atividade parlamentar e, conseqüentemente, do jogo político dos parlamentos, o Tribunal tendia ou tende a estabelecer, como marco divisor, cuidar-se de norma constitucional ou regimental, escusando-se de intervir quando se cuida de interpretação de norma regimental. Apenas ressalvo que jamais aderi a essa demarcação rígida. Que, aliás, não é tão rígida assim, por exemplo, quando se cuida de assegurar a defesa de deputados submetidos a processo de cassação de mandato: sequer se discutiu que tínhamos, para prestar a jurisdição, de nos intrometer na interpretação, no entendimento de normas regimentais que materializavam, negavam ou fragilizavam a garantia constitucional da ampla defesa.”⁷²¹

Das palavras do ministro Sepúlveda Pertence depreende-se de que maneira o recurso a um termo abstrato pode servir à manipulação conceitual estratégica na fixação de uma preferência. Neste caso, a crítica foi direcionada ao modo como o Supremo recorria à expressão “regimental” como um meio de fugir à análise de uma questão por outros vieses.

Na sessão do dia 04 de maio de 2005, a decisão do processo se encaminhava para um desfecho de concessão do direito de as minorias parlamentares requisitarem a abertura de comissão de inquérito, tendo em vista

⁷¹⁸ O artigo fora escrito no Jornal Zero Hora. MS 24.831-9/DF, fls. 288 e 289.

⁷¹⁹ MS 24.831-9/DF, fls. 256 e 297. O voto do ministro Guimarães Natal foi exposto no HC 8.584/DF e o do ministro Octávio Gallotti, no MS 23.418-1/DF.

⁷²⁰ MS 24.831-9/DF, fls. 255 e 391. O voto do ministro Sepúlveda Pertence havia sido exposto no MS 22.494-1/DF.

⁷²¹ MS 24.831-9/DF, fls. 404.

que quatro ministros já haviam exposto seu voto. Sendo assim, o ministro Eros Grau recorreu a um expediente que o jogo colegial consideraria de alta relevância estratégica, pedindo vista do processo. Este ato paralisou seu trâmite até o dia 22 de junho do mesmo ano, quando o julgamento foi retomado e o solicitante expôs claramente sua refração à tese que ganhava a simpatia de seus pares⁷²². Com este artifício, o inquérito parlamentar foi adiado em mais de um mês, o que consagrou parcialmente o interesse do ministro em obstaculizar sua instalação.

Retomado o julgamento, o ministro expôs sua preocupação com tema:

“Pedi vista dos autos por adotar como premissa o entendimento de que o Poder Judiciário deve escusar-se ao controle de atos interna corporis do parlamento. Eis aí uma exigência do princípio da harmonia e interdependência dos poderes.”⁷²³

Opondo-se aos seus colegas, o ministro criticou a interferência judicial na esfera senatorial:

“para manter a jurisprudência que, segundo me parece, é adequada à harmonia entre os poderes e especialmente para impedir a intromissão do Judiciário no funcionamento interno do Senado Federal, caminho no sentido de indeferir a segurança.”⁷²⁴

Ao aprofundar sua reserva à violação da autonomia legislativa, o ministro Eros Grau escorou-se no silêncio da Constituição:

“não vejo como ordenar ao Presidente do Senado Federal que, se os líderes de partidos políticos não o fizerem, indique os seus integrantes, como pretendido pelo impetrante. Não há norma constitucional que lhe atribua essa responsabilidade. De modo que vejo com espanto a possibilidade de o Poder Judiciário dispor-se a dar ordens ao Legislativo, atinentes ao funcionamento das comissões parlamentares de inquérito.”⁷²⁵

Sendo contrário à possibilidade interventiva do Supremo, o ministro Eros Grau empregou uma estratégia colegial de construir seu voto-vista com inúmeras questões prejudiciais que se desdobraram em apartes sucessivos dos demais ministros⁷²⁶.

Após negar que o Supremo pudesse interpretar dispositivo regimental do Senado Federal, o ministro desconsiderou o Mandado de Segurança ao entender

⁷²² MS 24.831-9/DF, fls.322 e 325.

⁷²³ MS 24.831-9/DF, fls. 326.

⁷²⁴ MS 24.831-9/DF, fls. 333.

⁷²⁵ MS 24.831-9/DF, fls. 334.

⁷²⁶ MS 24.831-9/DF, fls. 341-407.

que seus requisitos de liquidez e certeza não poderiam se fundar numa interpretação por analogia⁷²⁷. Além disso, assumiu que a Comissão já se instalara com o requerimento de sua abertura e, sendo assim, seu prazo de instalação já restaria vencido, segundo o Regimento senatorial⁷²⁸. Ao empreender esta interpretação de normas internas, mesmo após ter censurado que o Tribunal agisse de igual maneira, o ministro Eros grau recebeu a crítica jocosa do ministro Sepúlveda Pertence: “Isto é que é **interna corporis** mesmo.”⁷²⁹

Embora o ministro Nelson Jobim reforçasse a tese de que os requerimentos eram considerados como atos de criação na praxe parlamentar⁷³⁰, o Plenário fez a distinção entre a criação e a instalação de um inquérito parlamentar, ressaltando-se que seus trabalhos sequer haviam se iniciado, sendo inviável qualquer afirmação quanto ao limite temporal de suas atividades⁷³¹.

O ministro Eros Grau colocou-se em posição isolada no Plenário, que reconheceu o direito de as minorias parlamentares exercerem o papel fiscalizatório do inquérito legislativo mediante o cumprimento das três exigências constitucionais: fato determinado, requerimento subscrito por um terço da casa legislativa e caráter temporário⁷³². Tendo em vista a regularidade dos requisitos, o Supremo Tribunal concluiu por determinar que o presidente do Senado Federal designasse o nome dos parlamentares faltantes para a composição da Comissão de Inquérito⁷³³.

De um ponto de vista endógeno, o julgado apresentou um fértil campo para a análise de estratégias colegiais: o uso da ironia, o pedido de vista e a referência a conceitos de grande abstração como reforço a uma tese, recursos também explorados no estudo da teoria política positiva.

⁷²⁷ MS 24.831-9/DF, fls. 334.

⁷²⁸ MS 24.831-9/DF, fls. 328-332, 349 e 350. Como o requerimento de abertura previra a duração de cento e vinte dias, na data do julgamento este prazo já restava vencido e, portanto, o pedido do mandado de segurança estaria prejudicado. Para fundamentar sua posição, o ministro se escorou no art. 145, § 1º, do RISF, *supra* e no art. 76, inciso II, do RISF: “Art. 76. As comissões temporárias se extinguem: (...) II – ao término de seu prazo.”

⁷²⁹ MS 24.831-9/DF, fls. 349.

⁷³⁰ MS 24.831-9/DF, fls. 364 e 406.

⁷³¹ MS 24.831-9/DF, fls. 343-368.

⁷³² MS 24.831-9/DF, fls. 231-234, 260, 286 e 296. Art. 58, § 3º, da CF, *supra*.

⁷³³ MS 24.831-9/DF, fls. 407. No dia seguinte ao julgamento, em 23 de junho de 2005, o presidente do Senado Federal designou integrantes indicados pelas lideranças e a Comissão Parlamentar de Inquérito foi instalada no Senado Federal no dia 29 do mesmo mês e ano. <http://www.senado.leg.br/comissoes/CPI/Bingos/RelFinalBingos.pdf>, acesso em 12 de janeiro de 2014.

Quanto aos desdobramentos exógenos, esta decisão garantiu a possibilidade de as comissões de inquérito serem criadas no exercício da função fiscalizatória ou como estratégias de contestação política de grupos parlamentares insulares. Independente da correlação de forças legislativas, seja de maioria ou de minoria, alinhadas como o Executivo ou não, a instalação da investigação legislativa sempre poderia ocorrer.

Além desta possibilidade se constituir num importante dado estratégico *a priori*, que deve estar presente nos cálculos políticos dos partidos, o funcionamento das comissões de inquérito pode consumir as energias legislativas, atrasando outras pautas ditadas pelas lideranças, em consonância ou não com o governo. Num panorama mais amplo, a decisão da Corte semeou a rivalidade interna no Congresso Nacional, diminuindo sua capacidade de manobra como uma instituição una, dotada de uma vontade ditada pelo seu bloco majoritário e capaz de criar e implementar uma agenda sem sobressaltos.

Na perspectiva da estrutura institucional do jogo entre os Poderes, esta decisão beneficiou o Supremo Tribunal Federal ao fomentar o agonismo parlamentar, potencializado às expensas da coerência hegemônica interna e da capacidade de influência do Poder Executivo.

A partir do posicionamento firmado na decisão anterior, o Supremo Tribunal Federal julgou o Mandado de Segurança 26.441-1/DF, em 25 de abril de 2007⁷³⁴, que discutiu uma dinâmica semelhante ao Mandado de Segurança 22.494-1/DF, porém, com desfecho totalmente oposto.

Com base no Requerimento nº 1/2007 foi aberta a Comissão Parlamentar de Inquérito do sistema de controle do tráfego aéreo. Ato contínuo, o líder do Partido dos Trabalhadores endereçou uma questão de ordem ao presidente da Câmara dos Deputados, que a negou, suscitando um recurso ao Plenário da Casa.

Em relação ao Mandado de Segurança 22.494-1/DF, este caso ainda possuía uma especificidade, pois houve a desistência de alguns deputados que originalmente subscreveram o Requerimento, mas foram contrários à formação da investigação parlamentar, durante a votação do recurso em Plenário⁷³⁵.

⁷³⁴ Em 29 de março de 2007, o ministro Celso de Mello já havia concedido a segurança em caráter liminar.

⁷³⁵ MS 26.441-1/DF, fls. 298-307.

O ministro-relator Celso de Mello iniciou seu voto com o esclarecimento de que o requisito constitucional de manifestação da vontade de um terço dos votos dos parlamentares deveria ser aferido no ato de instauração do inquérito legislativo, sem possibilidade ratificação posterior pelo Plenário ou de retirada das assinaturas dos subscritores originais, consoante previsão da normativa interna da própria Câmara dos Deputados⁷³⁶.

Sem nenhum constrangimento em apontar a interpretação regimental legislativa para fundamentar seu voto, o ministro-relator ainda citou a doutrina das questões políticas, que durante muito tempo turvou o debate sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal interferir em arenas eleitoralmente constituídas. Neste sentido, a relatoria reproduziu a mesma crítica sobre a manipulação conceitual de “matérias regimentais” que o ministro Sepúlveda Pertence já havia exposto no Mandado de Segurança 24.831-9/DF⁷³⁷.

Porém, para referendar a necessidade de intervenção judicial, o próprio relator recorreu a outros conceitos abstratos de garantia da democracia e da Constituição, citando o ex-ministro da Corte e ex-presidente da República Epitácio Pessoa, que no exercício de mandato como senador, proferiu o seguinte discurso em sua Casa Legislativa:

“Diz-se, Sr. Presidente, que se trata de casos políticos e que o Supremo Tribunal Federal não pode conhecer de questões políticas. (...) Para mim, e nisto nada mais faço do que seguir a opinião dos competentes, o Poder Judiciário tem jurisdição para conhecer de todas as questões políticas, desde que a solução delas seja indispensável à garantia de um direito consagrado em lei ou na Constituição.”⁷³⁸

Ao aprofundar o debate sobre a doutrina das questões políticas, o ministro-relator novamente defendeu o Supremo Tribunal Federal como tutor da democracia constitucional⁷³⁹, pois deveria exercer um papel institucional de regulação do antagonismo político:

⁷³⁶ MS 26.441-1/DF, fls. 316, 317 e 366. Assim dispunha o RICD: “Art. 102 (...) § 4o Nos casos em que as assinaturas de uma proposição sejam necessárias ao seu trâmite, não poderão ser retiradas ou acrescentadas após a respectiva publicação ou, em se tratando de requerimento, depois de sua apresentação à Mesa.”

⁷³⁷ MS 26.441-1/DF, fls. 340 e MS 24.831-9/DF, fls. 404.

⁷³⁸ MS 26.441-1/DF, fls. 340. O ministro Celso de Mello referenciou o trecho: “Revista do Supremo Tribunal Federal – Volume I, Segunda Parte, agosto a dezembro de 1914, p. 387 a 390. O grifo utiliza na citação pelo ministro-relator foi retirado.

⁷³⁹ A defesa deste papel tutorial reproduziu os mesmos argumentos que o ministro Celso de Mello utilizou no julgamento do MS 24.831-9/DF, fls. 252.

“Um desses mecanismos, cuja atuação permite superar situações de tensão dialética que opõem grupos políticos no âmbito e na estrutura da instituição parlamentar, reside na possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, a quem incumbe – uma vez configurada a controvérsia constitucional – desempenhar função arbitral, que reconstrua e restaure direitos injustamente lesados. Essa é a missão institucional do Poder Judiciário. Essa é a função moderadora, em temas de conflitos institucionais, de que se acha investido, por expresse mandato constitucional, o Supremo Tribunal Constitucional.”⁷⁴⁰

Nesta passagem, o ministro-relator expôs claramente quais suas impressões sobre o comportamento aceitável e esperado do Supremo Tribunal Federal – sua missão é a proteção de direitos lesados injustamente. O exercício deste dever apontaria para a relevância que a Corte assume no sistema político, sua função social de apaziguar eventuais conflitos institucionais.

Se esta autocompreensão ressoa no interpretativismo sociológico como uma evidência do espírito gregário que afilia seus membros e constrói uma identidade institucional, numa abordagem estratégica, todo este discurso da relatoria deve ser considerado numa perspectiva mais realista, como uma fixação conceitual de competências que explora as expectativas sociojurídicas de conduta aceitável das cortes constitucionais para autorizar sua intervenção em outras esferas de poder.

A despeito destas considerações neoinstitucionais, o ministro-relator Celso de Mello citou expressamente que a nova composição do Supremo Tribunal foi a responsável pela superação do entendimento restritivo da jurisprudência firmado no Mandado de Segurança 22.494-1/DF, um reconhecimento que consagraria a perspectiva atitudinal⁷⁴¹.

O ministro Marco Aurélio Mello ainda fez questão de externar seu orgulho ao constatar que seu posicionamento minoritário e vencido no Mandado de Segurança 22.494-1/DF, havia se consagrado pelo Plenário no presente caso, com o reconhecimento da possibilidade de o Supremo interferir em questões *interna corporis* do legislador⁷⁴².

⁷⁴⁰ MS 26.441-1/DF, fls. 341.

⁷⁴¹ A superação deste entendimento restritivo se deu na comparação que o ministro Celso de Mello fez entre o julgamento do MS 22.494-1/DF, em 19 de dezembro de 1996 e do MS 24.831-9/DF, em 22 de junho de 2005. Do primeiro para o segundo Mandado de Segurança, sete ocupantes do cargo haviam mudado: Ilmar Galvão, Sydney Sanches, Néri da Silveira, Maurício Corrêa, Francisco Rezek, Octávio Gallotti e Moreira Alves foram substituídos por Ellen Gracie, Carlos Aires Britto, Eros Grau, Nelson Jobim, Gilmar Mendes, César Peluso e Joaquim Barbosa. MS 26.441-1/DF, fls. 353.

⁷⁴² MS 26.441-1/DF, fls. 423.

No mesmo sentido, os ministros Sepúlveda Pertence e Gilmar Mendes ressaltaram que a minoria parlamentar oprimida que impetrou o Mandado de Segurança 22.494-1/DF, *supra*, havia se tornado governo e compunha a maioria legislativa no presente caso, tentando conter a criação da comissão de inquérito⁷⁴³:

“O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – A única diferença é que se mudou a legenda dos impetrantes e dos impetrados.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – Ministro, contentemo-nos com a discussão sobre fidelidade partidária. Fidelidade jurídica é demais.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes – Os serviços jurídicos dos partidos poderiam fazer um intercâmbio, trocar as suas peças.”⁷⁴⁴

Seja como minoria de oposição, seja como maioria de governo, o Partido dos Trabalhadores não teria controle sobre o resultado das decisões do Supremo, apesar de ter seis dos onze ministros que compunham o Plenário na época do julgamento⁷⁴⁵. Isto comprovaria a tese atitudinal segundo a qual o fator determinante para a decisão da corte constitucional são as características e preferências individuais dos juízes que a compõem, independente do perfil político dos outros poderes ou das forças que apoiaram sua indicação.

Com referência ao julgamento do Mandado de Segurança 24.831-9/DF, os ministros seguiram o voto condutor do ministro-relator por unanimidade, viabilizando a efetiva instalação do inquérito parlamentar⁷⁴⁶.

3.4.9.

Balanço

Toda a jurisprudência sobre comissões parlamentares de inquérito demonstrou o emprego reiterado de conceitos abstratos sobre questões políticas, regimentais e *interna corporis*, direitos individuais, minorias, maiorias, democracia e constituição.

⁷⁴³ Embora sem alusão textual expressa, os ministros se referiam ao Partido dos Trabalhadores. Cf. MS 22.494-1/DF.

⁷⁴⁴ MS 26.441-1/DF, fls. 406.

⁷⁴⁵ Em ordem cronológica, pela data da posse: em 25 de junho de 2003, os ministros Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso; em 30 de junho de 2004, o ministro Eros Grau; em 16 de março de 2006, o ministro Ricardo Lewandowski; e em 21 de junho de 2006, a ministra Carmem Lúcia Rocha. Fonte: citar página do STF

⁷⁴⁶ A referência à jurisprudência firmada no MS 24.831-9/DF foi feita pelos ministros Joaquim Barbosa, em fls. 410, 411 e 416, Cezar Peluso, em fls. 419, Gilmar Mendes, em fls. 422 e Sepúlveda Pertence, em fls. 424, no MS 26.441-1/DF.

Sob o enfoque do interpretativismo sociológico, esta tendência conota o aspecto constitutivo que o exercício da magistratura constitucional exerce sobre os agentes decisórios. Diante de situações de flagrantes irregularidades, a Corte necessariamente deveria assumir sua missão institucional, conforme indicado no Mandado de Segurança 26.441-1/DF, numa conduta compatível com o tradicional papel judicial de proteção aos direitos individuais e das minorias legislativas.

No entanto, a teoria política positiva considera que este recurso às mais variadas concepções genéricas e indeterminadas que povoam o debate da jurisdição constitucional seria uma demonstração do grau limitativo que as expectativas socioculturais de comportamento exercem sobre a conduta estratégica dos agentes decisórios, uma interpretação que pode se estender ao apelo reiterado à jurisprudência como um meio de fundamentação legítima de preferências.

Sem atentar para o aspecto simbólico-constitutivo dos princípios jurídicos e dos precedentes, o jogo colegial também comunga desta abordagem tática e realista da teoria política positiva, prescrevendo que o uso de conceitos abstratos, declarações apelativas, perguntas retóricas e pedidos de vista, empregados fartamente ao longo deste campo analítico, inserem-se no arsenal de estratégias endógenas para o constrangimento coletivo, um fato que pode ser reforçado pela consciência de cada julgador sobre a publicidade das sessões deliberativas do Tribunal.

A despeito de qualquer das três análises adotadas, é inquestionável que a jurisprudência da Corte demonstrou uma timidez inicial em interferir nos trabalhos legislativos, conforme o julgamento da limitação do prazo das comissões de inquérito no *Habeas Corpus* 71.193-6/SP, em 1994, no cuidado ao proteger direitos do acusado, no *Habeas Corpus* 71.039-5/RJ, no mesmo ano, e na refração em apreciar questões *interna corporis*, no Mandado de Segurança 22.494-1/DF, em 1996. Apesar do precedente estabelecido no Mandado de Segurança 1.959, o Supremo ainda adotava um comportamento de autocontenção.

Porém, esta reticência evoluiu para um comportamento muito mais incisivo nos processos mais recentes, quando o Tribunal passou a exercer uma competência interventiva maior, definir uma série de restrições à atuação das comissões de inquérito e possibilitar a participação das minorias com o delineamento das regras do jogo parlamentar.

Embora contemplasse o apoio de um nicho bem definido de partidos minoritários, o Supremo atuou como uma corte assertiva, em descompasso às forças políticas majoritárias do Congresso, o que indica um cenário de supremacia judicial. As diversas sofisticações que tendem a garantir a efetividade da decisão, como o detalhamento decisório, nos Mandados de Segurança 23.652-3/DF e 27.483-2/DF, e o revestimento constitucional da interpretação, nos Mandados de Segurança 24.831-9/DF e 26.441-1/DF, reforçam ainda mais esta conjuntura de autonomia no comportamento institucional, indicando a pertinência de abordagens atitudinais, conforme expresso no próprio Mandado de Segurança 26.441-1/DF.

Como consequência do delineamento binário entre o que é facultado ou não ao legislador, resta ao Congresso Nacional antecipar estrategicamente possíveis ações do Supremo, atuando de acordo com o conjunto normativo fixado na jurisprudência sobre os inquéritos parlamentares.

3.5.

A Perda de Mandato por Quebra de Decoro Parlamentar

Madame, retomemos este costume, infelizmente rompido! Que eu possa lhe provar como sou diferente deste retrato odioso que fez de mim; que eu possa, sobretudo gozar ainda de sua amável confiança.

Visconde de Valmont à Presidente de Tourvel, Carta LXXXIII
As Ligações Perigosas, Choderlos Laclos

Os processos de cassação de mandato parlamentar desenvolvem-se dentro da esfera legislativa, num ato tipicamente interno de reprovação por uma conduta incompatível com a dignidade do cargo. Sendo assim, a intervenção do Supremo Tribunal Federal nestes casos significa uma delicada interferência na economia congressual interna, uma atividade ainda mais problemática diante da eventual condenação que a mídia e a opinião pública podem reservar aos acusados nestas situações.

No Mandado de Segurança 21.360-4/DF, o deputado federal Antônio Nobel Aires Moura pleiteava que seu advogado pudesse realizar uma sustentação

oral na tribuna de sua Casa Legislativa, como forma de defesa em seu processo de cassação de mandato por agressão a outro parlamentar⁷⁴⁷.

A importância do caso residia na possibilidade de fixação de um precedente permissivo da intromissão do Supremo Tribunal Federal em procedimento tipicamente legislativo, conforme destacado pelo ministro Marco Aurélio “a Corte assentará um princípio que repercutirá no âmbito interno das Casas do Congresso Nacional.”⁷⁴⁸

Em caráter liminar, no dia 13 de agosto de 1991, o ministro-relator Néri da Silveira deferiu a possibilidade de o advogado do deputado federal produzir defesa oral.

No julgamento pelo Plenário, em 13 de março de 1992, o ministro-relator reafirmou sua decisão, qualificando-a como conciliatória, por permitir a defesa técnica do acusado, ao mesmo tempo em que negava a presença do advogado na fase posterior de votação sobre a perda do mandato, que deveria ser secreta, segundo dispositivo regimental⁷⁴⁹.

Contrariamente, o ministro Paulo Brossard declarou que o “Judiciário não poderia penetrar nas entranhas da Câmara” e defendeu sua autonomia para decidir todos os aspectos referentes à cassação, inclusive, sobre a defesa do acusado⁷⁵⁰. Do mesmo modo, o ministro Marco Aurélio Mello defendeu dispositivo regimental que previa o uso da tribuna legislativa apenas por deputados e senadores, o que “homenageia a boa convivência dos Poderes da União, revelando a observância da independência e harmonia que lhe são peculiares.”⁷⁵¹

O ministro Célio Borja lembrou sua experiência parlamentar para destacar que o Poder Legislativo já sofrera demais com interferências externas,

⁷⁴⁷ MS 21.360-4/DF, fls.632-939 e 661.

⁷⁴⁸ MS 21.360-4/DF, fls. 645.

⁷⁴⁹ MS 21.360-4/DF, fls.640-644. No mesmo sentido foram os votos dos ministros Carlos Velloso, em fls.651 e 652, Celso de Mello, em fls. 653-656, Sepúlveda Pertence, em fls. 657 e 658, Ilmar Galvão, em fls. 697. A base de fundamentação estava no art. 246, § 1º, do RICD: “a penalidade será aplicada pelo Plenário, em escrutínio secreto e por maioria simples, assegurada ao infrator a oportunidade de ampla defesa.” Posteriormente, este dispositivo foi revogado pela Resolução nº 25 de 2001 da CD.

⁷⁵⁰ MS 21.360-4/DF, fls. 675. Sobre a autonomia da CD, o ministro teceu longo comentário com doutrinas jurídicas e exemplos nacionais e estrangeiros, em fls. 661-678.

⁷⁵¹ MS 21.360-4/DF, fls. 645. Sobre a participação exclusiva de parlamentares, assim dispõe o RICD: “Art. 94.Só Deputados e Senadores poderão assistir às sessões secretas do Plenário; os Ministros de Estado, quando convocados, ou as testemunhas chamadas a depor participarão dessas sessões apenas durante o tempo necessário.”

principalmente, na ditadura militar. Sendo assim, apelou à sensibilidade histórica de seus pares para que a autonomia da Câmara dos Deputados fosse respeitada⁷⁵².

Depois, utilizou apelos genéricos à ética, numa abordagem que o jogo colegial classificaria como um meio estratégico de constranger seus pares a abandonarem a fundamentação puramente jurídica de algumas questões:

“Sr. Presidente, as nações começam a arruinar-se quando elas não são capazes mais de distinguir a regra ética, da norma jurídica. O juridicismo, este mal do nosso tempo, que quer reduzir tudo à perspectiva da lei, é que está levando a Nação brasileira à ruína moral; rigorosamente, a Nação se arruína, Sr. Presidente, porque já não existem regras morais, nem regras éticas obrigatoriamente observáveis, nem na função pública, nem na vida particular.”⁷⁵³

Na mesma linha de um relevo ético e interno, o ministro-presidente Sydney Sanches negou a possibilidade interventiva do Supremo e, tendo em vista o empate colegial, coube-lhe resolver o impasse⁷⁵⁴. Diante do caráter político e *interna corporis* do processo de cassação, a maioria dos ministros considerou o respeito aos canais regimentais para manifestação do acusado, afastando a garantia de defesa oral da tribuna por elemento estranho ao corpo legislativo⁷⁵⁵.

Embora o pedido específico do Mandado de Segurança tenha sido negado, foi reconhecida a possibilidade de acesso ao Judiciário, bem como o direito à ampla defesa nas hipóteses de cassação de mandato parlamentar, com a garantia da assistência advocatícia. Ainda que o Legislativo tenha sido respeitado em sua autonomia, o acórdão fez questão de mencionar a reserva de competência interventiva do Supremo Tribunal Federal em processos congêneres, o que abria uma oportunidade de interferência mais aguda em ocasiões futuras⁷⁵⁶.

No Mandado de Segurança 21.861-4/DF, o deputado federal Onaireves Moura alegou irregularidades no processo que respondia por quebra de decoro parlamentar. Como a liminar de 14 de dezembro não viciara o procedimento da Comissão de Constituição, Justiça e Redação, o pedido se convertera numa questão ainda mais delicada. Se o Supremo Tribunal Federal acolhesse a demanda

⁷⁵² O ministro Célio Borja relembrou uma ocasião anterior ao Golpe Militar de 1964, quando exercia mandato de deputado estadual na Assembleia Legislativa do Estado da Guanabara e teve que se opor à entrada de um almirante fardado, com metralhadora em punho. Além disso, citou as dificuldades que enfrentou ao presidir a Câmara dos Deputados no período ditatorial. MS 21.360-4/DF, fls. 686.

⁷⁵³ MS 21.360-4/DF, fls. 684 e 685.

⁷⁵⁴ MS 21.360-4/DF, fls. 693. Além dos ministros Paulo Brossard, Marco Aurélio Mello e Célio Borja, o ministro Moreira Alves também indeferiu o pedido, em fls. 692.

⁷⁵⁵ MS 21.360-4/DF, fls. 630, 631 e 697.

⁷⁵⁶ MS 21.360-4/DF, fls. 630, 631 e 697.

do deputado, isto importaria na grave decisão de anular a deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados, que cassara seu mandato⁷⁵⁷.

Em sindicância legislativa prévia, alguns depoimentos foram colhidos e informaram a acusação. Iniciado o processo por quebra de decoro, o deputado solicitou a reinquirição destas testemunhas, a reconvocação de três pessoas que embasariam sua defesa e haviam faltado à sessão pertinente, além da produção de provas periciais. Todos os pedidos foram negados pela Comissão⁷⁵⁸.

O ministro-relator Néri da Silveira reconheceu o caráter eminentemente político do processo e considerou que apenas os legisladores poderiam proceder à correta valoração das provas requeridas pelo deputado para concluir se eram importantes para sua defesa⁷⁵⁹.

Além disso, destacou que apenas as comissões parlamentares de inquérito gozavam do poder de condução coercitiva para depoimento, o que não se verificava na hipótese de apuração de quebra de decoro e, portanto, não haveria como se responsabilizar a Comissão pelo fato de as três testemunhas de defesa não terem comparecido⁷⁶⁰.

Em posição minoritária, o ministro Ilmar Galvão considerou que a rejeição de convocar as mesmas testemunhas que informaram a sindicância para o processo retirava do deputado qualquer possibilidade de contraditá-las e ainda lembrou que qualquer procedimento apurativo ou condenatório deveria seguir a ordem de depoimento acusatório anterior ao de defesa, o que não ocorreu⁷⁶¹.

Apesar deste apelo, por decisão majoritária, em julgamento final do dia 29 de setembro de 1994, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a regularidade do processo e indeferiu seu pedido⁷⁶².

No mandado de Segurança 23.529-2/DF, tanto na liminar de 23 de setembro de 1999 quanto na decisão final pelo Plenário, em 27 de setembro de

⁷⁵⁷ MS 21.861-4/DF, fls. 159-168, 195.

⁷⁵⁸ MS 21.861-4/DF, fls. 159-168, 208 e 209.

⁷⁵⁹ MS 21.861-4/DF, fls. 177, 182 e 183. No mesmo sentido, os ministros Francisco Rezek, em fls. 184, Carlos Velloso, em fls. 216, Sepúlveda Pertence, em fls. 222-224, Paulo Brossard, em fls. 225, e Sydney Sanches, em fls. 226. Segundo o ministro Carlos Velloso, a impossibilidade de o STF proceder à valoração da importância das provas “faz ruir o direito líquido e certo do impetrante.”, fls. 216.

⁷⁶⁰ MS 21.861-4/DF, fls. 178.

⁷⁶¹ MS 21.861-4/DF, fls. 191-194. Este posicionamento minoritário foi seguido apenas pelo ministro Marco Aurélio Mello, em fls. 198 e 199. O ministro Ilmar Galvão ainda afirmou que a CCJR poderia ter reconvocado as três testemunhas de defesa, o que não ocorreu, em fls. 192.

⁷⁶² MS 21.861-4/DF, fls. 158 e 227.

2000, o Supremo excluiu sua competência para qualificar o que seria um fato indecoroso, um exame que deveria ser aferido com exclusividade da esfera legislativa⁷⁶³.

Além disso, reconheceu que o deputado federal Hildebrando Pascoal Nogueira Neto não sofreu cerceamento de defesa, o que resultou no indeferimento de seu pedido de anulação do processo de cassação de mandato⁷⁶⁴.

No julgamento liminar do Mandado de Segurança 25.579-0/DF, em 19 de outubro de 2005, o ministro-relator Sepúlveda Pertence ponderou que a importância da matéria exigia sua submissão ao Plenário, o que poderia atribuir um peso maior à eventual decisão que restringisse a autonomia legislativa⁷⁶⁵. Ao comentar sobre a delicada situação, afirmou que o Supremo Tribunal correria “sobre um fio da navalha, entre a usurpação do poder alheio e a demissão do seu próprio poder-dever de prestar a jurisdição.”⁷⁶⁶

No caso específico, o deputado federal José Dirceu questionava como poderia ser processado por quebra de decoro parlamentar se, na época das alegações, estava afastado da vida legislativa e desempenhava a função de chefia da Casa Civil⁷⁶⁷, uma alegação reconhecida pelo ministro-relator. Se o acusado ocupava um cargo ministerial no governo, não poderia acumular a responsabilidade política como legislador⁷⁶⁸.

Em sentido oposto manifestou-se o ministro Carlos Aires Britto, cujo voto provocou intensa discussão com a ala minoritária do Plenário. Em um debate rico de diversas estratégias colegiais de uso da ironia, comparações conceituais abstratas e interpelações formuladas para apontar a inconsistência argumentativa, o ministro se escorou na Constituição Federal⁷⁶⁹ para afirmar que o parlamentar

⁷⁶³ MS 23.529-2/DF, fls. 397, 398, 399 e 401. Os ministros convencionaram averiguar apenas a possível ofensa ao direito de defesa, não conhecendo do MS para constatar a tipicidade do fato indecoroso. Neste ponto, ficou vencido o ministro Marco Aurélio Mello, que o conheceu até para apurar o subjetivismo inerente à qualificação do decoro, em fls. 400.

⁷⁶⁴ MS 23.529-2/DF, fls. 401.

⁷⁶⁵ Apenas o ministro Marco Aurélio Mello negou que o ministro-relator gozasse da faculdade de submeter a decisão ao Plenário. MS 25.579-0/DF, fls. 431-446.

⁷⁶⁶ MS MC 25.579-0/DF, fls. 423.

⁷⁶⁷ Pesava sobre o deputado a alegação de cooptação econômica de outros parlamentares a votarem de acordo com o governo. MS MC 25.579-0/DF, fls. 402-404.

⁷⁶⁸ MS 25.579-0/DF, fls. 418 e 427-429.

⁷⁶⁹ O ministro citou este dispositivo da CF para afirmar a vinculação dupla do ministro-parlamentar: “Art. 56. Não perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - investido no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária;” MS 25.579-0/DF, fls. 471.

foi apenas investido do cargo de chefe da Casa Civil, sem perder seu caráter de membro do corpo legislativo. Para ilustrar sua posição, elaborou uma pergunta a si mesmo: “Vossa Excelência, Ministro Carlos Aires Britto, está defendendo o instituto da cotitularidade?”⁷⁷⁰ e autoquestionou-se sobre a possibilidade de um corpo ocupar dois lugares ao mesmo tempo, a que o ministro Sepúlveda Pertence respondeu: “Conforme seja o caso, não é metafísica: é física.”⁷⁷¹

Insatisfeito com este aparte, o ministro Carlos Aires Britto persistiu na referência à física quântica e defendeu a possibilidade de “uma coisa ser e não ser ao mesmo tempo”, o que foi diferenciado pelo ministro Nélson Jobim: “Mas isso vale para os quasares; deputado e ministro não é quasar.”⁷⁷²

Para apontar a incoerência de seu interlocutor, o ministro Nélson Jobim questionou se um ministro de Estado que não fosse deputado também poderia perder seu mandato parlamentar. Na verdade, a pergunta tinha o objetivo de testar o argumento de que um ministro pudesse ser julgado por quebra de decoro parlamentar sem estar exercendo seu mandato legislativo⁷⁷³.

Em resposta, o ministro Carlos Aires Britto afirmou que o ministro de Estado sem mandato responderia por crime de responsabilidade e não por quebra de decoro, o que suscitou mais indagações:

“O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator) – O Deputado licenciado, então, não responde por crime de responsabilidade que haja cometido como Ministro de Estado?

O Senhor Ministro Carlos Britto – Não é bem isso.

O Senhor Ministro Eros Grau: – Pela linha de seu raciocínio é isso; ele não responde. Lógico.

O Senhor Ministro Carlos Britto – Não.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator) – Confesso que estou muito espantado.

O Senhor Ministro Eros Grau: – É um ‘princípio da separação de poderes’ que privilegia alguns poderes...

O Senhor Ministro Carlos Britto – Veja, Excelência, o caso dos autos é delicado.

O Senhor Ministro Marco Aurélio – Ministro Aires Britto, não abra a guarda.

O Senhor Ministro Carlos Britto – Não estou abrindo a guarda; falo com muita tranquilidade.

O Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente) – Cuidado com as alianças.”⁷⁷⁴.

⁷⁷⁰ MS MC 25.579-0/DF, fls. 471.

⁷⁷¹ MS MC 25.579-0/DF, fls. 471.

⁷⁷² MS MC 25.579-0/DF, fls. 471.

⁷⁷³ MS MC 25.579-0/DF, fls. 476 e 477.

⁷⁷⁴ MS MC 25.579-0/DF, fls. 478.

A advertência jocosa do ministro Nélson Jobim se referenciava ao alinhamento com o ministro Marco Aurélio Mello, um julgador com a tradição do voto discordante e da composição de correntes minoritárias de decisão⁷⁷⁵. Após esta intervenção, que ilustra a tensão colegial de cooptação de votos para garantia de preferências no resultado deliberativo final, o debate prosseguiu:

“O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator) – E se não for nem Deputado, nem Vereador, Excelência, como se faz?

O Senhor Ministro Carlos Britto – Aí já é outra coisa.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator) – Não é outra coisa, não. É ministro de Estado também! Há um paradoxo no raciocínio de Vossa Excelência – enfim, eu até me recolho.”⁷⁷⁶

Encerrando a manifestação dos votos, o ministro Nélson Jobim lembrou sua experiência parlamentar para destacar que os processos de cassação de mandato levam em consideração circunstâncias conjunturais, muitas vezes, sob forte inspiração da opinião pública, sem preocupações com a dignidade ou a ofensa a qualquer valor moral, tal como destacara o ministro Celso de Mello⁷⁷⁷.

O ministro Nélson Jobim ainda considerou o perigo de que a autonomia legislativa irrestrita na definição e manipulação do termo “decoro” poderia ocasionar um domínio opressor do bloco majoritário contra as minorias parlamentares. Além disso, destacou que ministros de Estado e congressistas perfilhados ao governo sofreriam ameaça de perda de mandato caso não decidissem de acordo com estas maiorias⁷⁷⁸.

A extensão de poder que se concedia no caso em tela poderia reverberar até no Supremo Tribunal, uma vez que caberia ao Senado Federal processar seus ministros por uma suposta ofensa ao “decoro”⁷⁷⁹.

A despeito da perspicácia colegial em se explorar o caso em tela como uma ameaça a ser enfrentada pelos seus pares, a intervenção do ministro Nélson Jobim apelou para o senso de integridade e proteção da Corte, uma preocupação

⁷⁷⁵ Como exemplos desde comportamento do ministro Marco Aurélio: MI 712-8/PA, em fls. 582; MS MC Ag. Reg. 31.816/DF, processo eletrônico, p. 93; ADIN 2.626-7/DF, em fls. 533.

⁷⁷⁶ MS MC 25.579-0 /DF, fls. 477-480.

⁷⁷⁷ MS MC 25.579-0/DF, fls. 526-530, 547 e 551.

⁷⁷⁸ MS MC 25.579-0/DF, fls. 549-551.

⁷⁷⁹ MS MC 25.579-0/DF, fls. 547 e 548. CF: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;”; Lei nº 1.079 de 1950: “Art. 39. São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: (...) 5 - proceder de modo incompatível com a honra, dignidade e decôro de suas funções.”

que a abordagem estratégica considera em todas as situações de conflito interinstitucional. Para o ministro Nélson Jobim, o excesso de autonomia do Legislador poderia comprometer o próprio status do Tribunal em todo o sistema político.

Sem considerar estas advertências, a maioria do colegiado reconheceu que o deputado agira como ministro de Estado, mas contra sua Casa Legislativa, a que permanecia organicamente vinculado por dever ético inafastável. Sendo assim, o pedido do Mandado de Segurança foi indeferido⁷⁸⁰.

Em 23 de novembro de 2005, o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento da liminar do Mandado de Segurança 25.647-8/DF, também impetrado pelo deputado federal José Dirceu, que apontava irregularidades no processo de cassação de seu mandato parlamentar.

Apesar de o ministro Marco Aurélio Mello reconhecer apenas a competência da relatoria para a concessão da liminar⁷⁸¹, o ministro Carlos Aires Britto justificou a submissão da decisão ao Plenário por reconhecer a ocorrência de conflito interinstitucional⁷⁸². Assim, o colegiado serviria como um refúgio da potencial gravidade de uma decisão contrária à autonomia da Câmara dos Deputados:

“Averbo, neste passo, que a relevância dos temas e a natureza do pleito que se contém neste ‘writ’, com sua ponderável repercussão nas relações dos Poderes Judiciário e Legislativo, me levam a submeter o pedido acautelatório ao crivo deste egrégio Plenário.”⁷⁸³

E ainda:

⁷⁸⁰ Neste sentido foram os votos dos ministros Joaquim Barbosa, em fls. 468 e 469, Carlos Ayres Britto, em fls. 471, Gilmar Mendes, em fls. 505-511, Ellen Gracie, em fls. 512, Marco Aurélio Mello, em fls. 513-517, Carlos Velloso, em fls. 518-525, e Celso de Mello, em fls. 537e 538, no MS MC 25.579-0/DF. Em 18 de fevereiro de 2010, o processo foi extinto sem julgamento do mérito por perda do objeto, uma vez que o processo de cassação se iniciara e esgotara seus trabalhos, nos termos da decisão liminar.

⁷⁸¹ Para defender sua posição, o ministro Marco Aurélio Mello citou o RISTF: “Art. 203 (...) § 1º Quando relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso deferida, o Relator determinar-lhe-á a suspensão, salvo nos casos vedados em lei.” O ministro ainda reputou como incoerente o fato da súmula nº 622 do STF vedar a possibilidade de questionamento de decisão liminar do relator por meio de agravo de instrumento e, ao mesmo tempo, permitir que ele submeta a questão ao Plenário. MS 25.647-8/DF, fls. 234. Posteriormente, esta súmula foi superada com a edição da Lei 12.016 de 2009, que em seu art. 7º, §1º, previa a hipótese de agravo de instrumento de decisão liminar do juiz de primeiro grau, fato reconhecido pelo STF no MS MC Ag. Reg. 28.177/DF.

⁷⁸² MS 25.647-8/DF, fls. 232.

⁷⁸³ MS 25.647-8/DF, fls. 232.

“O Senhor Ministro Carlos Britto (Relator): Sempre que posso, Excelência, prestígio o princípio da colegialidade, mormente quando se trata de um mandado de segurança que versa delicadas relações interinstitucionais.

O Senhor Ministro Carlos Velloso: Penso que o Relator só deve trazer quando realmente há relevância, por exemplo, controvérsia entre Poderes. (...)

O Senhor Ministro Marco Aurélio: E tudo parece que decorre, realmente, de um jogo de Poder.

O Senhor Ministro Carlos Velloso: Exato. Jogo de Poderes no sentido de controvérsia entre Poderes.”⁷⁸⁴

Tendo em vista a possibilidade de retaliação legislativa potencializada pela repercussão negativa que o resguardo dos direitos do acusado poderia assumir na opinião pública, o ministro-relator tomou uma medida de extrema cautela e resguardo da autoridade da Corte, compartilhando a responsabilidade decisória com seus pares.

Se este comportamento estratégico consagra a preocupação institucional descrita pela teoria política positiva, no entanto, inverte a consideração de Vanberg sobre a transparência da estrutura institucional⁷⁸⁵. Ao invés de servir para o monitoramento legislativo, grande parte da opinião pública se voltou para o próprio Tribunal, o que explica a reticência da relatoria em decidir solitariamente.

No julgamento da liminar, o Plenário rejeitou três alegações do deputado: o vencimento do prazo de duração do processo de cassação, o que os ministros verificaram que não ocorreu, mediante a análise de documentos nos autos, além de constatarem a previsão regimental expressa de prorrogação⁷⁸⁶; o uso de prova ilícita colhida numa comissão parlamentar de inquérito e fornecida ao Conselho de Ética da Câmara dos Deputados, uma vez que os dados apresentados vieram a público e, portanto, tornaram sem efeito a violação de qualquer cláusula de sigilo⁷⁸⁷; e a irregularidade no fato de o deputado Ricardo Izar ter sido o autor de matéria posta em debate e, ao mesmo tempo, presidir a respectiva reunião de votação.

⁷⁸⁴ MS 25.647-8/DF, fls. 239.

⁷⁸⁵ VANBERG, Georg. “Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review”.

⁷⁸⁶ MS 25.647-8/DF, fls. 250-252, 264, 265 e 275. A Resolução nº 25/2001, Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, assim dispõe sobre o prazo - : “Art. 16 (...) § 1º O prazo para deliberação do Plenário sobre os processos que concluírem pela perda do mandato, conforme o inciso IV do art. 10, não poderá exceder 90 (noventa) dias úteis.”. O Regulamento do mesmo Código Ética, porém, prevê a possibilidade de prorrogação: “Art. 22. Havendo necessidade, o presidente, ouvido o Conselho, requererá à Mesa da Câmara que submeta ao Plenário a prorrogação dos prazos a que se referem o caput e § 1º do art. 16 do Código de Ética”

⁷⁸⁷ MS 25.647-8/DF, fls. 261, 267, 270, 271 e 275.

O Supremo entendeu que este deputado não fez e nem relatou a questão submetida ao Conselho de Ética e Decoro Parlamentar. Na verdade, houve a solicitação de um parecer à assessoria técnica legislativa, dotada de independência funcional, que opinou pela impropriedade que um partido pudesse retirar a representação contra o deputado José Dirceu, após o início do processo de cassação. Além disso, os ministros ressaltaram que o tema da quebra de decoro parlamentar seria de ordem pública e, por isso, insuscetível de desistência⁷⁸⁸.

Embora todas estas alegações tenham sido rejeitadas por unanimidade pelos ministros, o Plenário se dividiu ao analisar a inversão da ordem de depoimentos realizada pelo Conselho de Ética. Kátia Rabello, indicada pela acusação, teria prestado declarações após as testemunhas de José Dirceu. Diante da negação do órgão parlamentar em reconvocar pessoas que pudessem contraditar estas informações, o deputado apontou um prejuízo ao seu direito de defesa⁷⁸⁹.

O ministro-relator Carlos Aires Britto compreendeu que o processo parlamentar possuía uma dinâmica política, com uma ontologia distinta do processo penal, em que o percurso normal seria a oitiva inicial das testemunhas de acusação e, depois, as de defesa. Em referência ao silêncio das disposições regimentais, apontou que o Conselho de Ética não gozava da prerrogativa judicial de convocação obrigatória para depoimento, sendo desprovido de um manejo ortodoxo do cronograma de comparecimento⁷⁹⁰.

O ministro Carlos Velloso iniciou seu voto com alusões às dificuldades enfrentadas pelo Judiciário em interferir em outras esferas políticas durante o período autoritário: “No tempo em que essas questões eram difíceis de serem expostas, porque geralmente são contra o governo, eu as expus, no antigo Tribunal Federal de Recursos”⁷⁹¹No entanto, condenou a anulação de “um

⁷⁸⁸ MS 25.647-8/DF, fls. 242-250, 264, 271, 274 e 275.

⁷⁸⁹ O Deputado Federal José Dirceu alegou que o depoimento de Kátia Rabello, tomado após a oitiva de suas testemunhas, havia causado um prejuízo à defesa. Diante da negação do Conselho em convocar novamente as testemunhas de defesa, o Deputado decidiu impetrar o Mandado de Segurança. MS 25.647-8/DF, fls. 229-233.

⁷⁹⁰ MS 25.647-8/DF, fls. 253-258 e 289. O ministro afirmou que o Deputado José Dirceu desejava que suas testemunhas fossem ouvidas novamente apenas como uma manobra regimental, para que o prazo de duração do processo fosse vencido. MS 25.647-8/DF, fls. 285.

⁷⁹¹ MS 25.647-8/DF, fls. 334. O Tribunal Federal de Recursos se transformou no Superior Tribunal de Justiça, após a Constituição de 1988. Carlos Velloso foi ministro do TFR/STJ de dezembro de 1977 até tomar posse no STF, em 13 de junho de 1990, retirando-se do cargo em 19 de janeiro de 2006. Fonte:

procedimento realizado por um Poder da República” e reputou como indevida a interferência judicial no âmbito do Legislativo⁷⁹².

Seja por não reconhecer o prejuízo na defesa do acusado, seja por negar a análise de matéria *interna corporis*, quatro ministros se perfilharam à relatoria: Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes⁷⁹³.

Contrariamente a esta corrente, o ministro Celso de Mello contextualizou o caso nas relações interinstitucionais, refutando que a referência a “questões políticas” pudesse excluir a competência da Corte:

“Em uma palavra, Senhor Presidente: a índole política dos atos parlamentares não basta, por si só, para subtraí-los à esfera de controle jurisdicional, eis que sempre caberá, a esta Suprema Corte, mediante formal provocação da parte lesada, o exercício da jurisdição constitucional – que lhe é inerente – nos casos em que se alegue ofensa, atual ou iminente, a um direito individual, pois nenhum Poder da República tem legitimidade para desrespeitar a Constituição ou para ferir direitos públicos e privados de seus cidadãos. Nem se diga, portanto, na perspectiva do caso em exame, que a atuação do Supremo Tribunal Federal, nas hipóteses de lesão a direitos subjetivos amparados pelo ordenamento jurídico do Estado, configuraria intervenção ilegítima do Poder Judiciário na esfera de atuação do Congresso Nacional.”⁷⁹⁴

Em consonância, o ministro Cezar Peluso alçou o réu à condição “mais sagrada das pessoas perante a ordem jurídica”⁷⁹⁵ e propôs que o testemunho de Kátia Rabello fosse retirado do relatório do Conselho⁷⁹⁶.

O ministro Marco Aurélio Mello também fez coro a este pensamento ao determinar que o prejuízo ao acusado deveria ser retificado com a anulação do relatório e a reinquirição das testemunhas de defesa⁷⁹⁷, o que contou com a anuência do ministro-presidente Nelson Jobim⁷⁹⁸.

Após negar o prejuízo ao acusado, o ministro Eros Grau mudou seu voto, justificando que havia percebido a rejeição de um requerimento de reinquirição

⁷⁹² MS 25.647-8/DF, fls. 336.

⁷⁹³ MS 25.647-8/DF, fls. 272, 298, 336-344. O ministro Gilmar Mendes, que inicialmente viciara o processo de cassação por desrespeito ao devido processo legal, retificou sua posição após a intervenção do ministro Carlos Velloso, considerando que não houve nem grande prejuízo, nem haveria grande benefício, caso as testemunhas do deputado fossem ouvidas novamente. MS 25.647-8/DF, fls. 337 e 343.

⁷⁹⁴ MS 25.647-8/DF, fls. 312 e 313.

⁷⁹⁵ MS 25.647-8/DF, fls. 290. O ministro Cezar Peluso desprezou a alegação de que o depoimento de Kátia Rabello não teria trazido problemas à defesa do réu, posto que a ausência de prejuízo só poderia ser aferida ao término do processo, com uma possível absolvição. MS 25.647-8/DF, fls. 278.

⁷⁹⁶ MS 25.647-8/DF, fls. 279 e 280.

⁷⁹⁷ MS 25.647-8/DF, fls. 304 e 341.

⁷⁹⁸ MS 25.647-8/DF, fls. 347-350.

das testemunhas de defesa pelo Conselho⁷⁹⁹. Sendo assim, apelou para a neutralidade e a proteção dos direitos de defesa, princípios inerentes à função judicial, numa estratégia que a teoria política positiva qualificaria como um meio de convencimento baseado na tradição institucional:

“Entendo que, naquela balança, Ministro Carlos Velloso, de um lado estão os direitos de defesa e, no outro, seguramente, não está o clamor público nem o da imprensa. Quer dizer, apesar do peso do clamor público, o direito de defesa pesa mais.”⁸⁰⁰

Em resposta, o ministro Carlos Velloso rechaçou seu interlocutor e buscou a tática colegial de vincular sua posição às pressões exógenas que emanavam do Legislativo e da opinião pública, uma estratégia que faz bastante sentido na conjuntura de publicidade das decisões da Corte:

“Em nome do clamor público, não! O clamor público condenou um inocente e absolveu um malfeitor. É a história de Cristo. Não nos move o clamor público. Estou querendo dizer que os pratos da balança não podem ficar em desequilíbrio, tendo em consideração os valores postos num e noutro. A Suprema Corte tem o dever de estar atenta ao que está ocorrendo. Temos uma casa do Poder Legislativo que se esforça para dar resposta à sociedade.”⁸⁰¹

Apesar da intervenção do ministro Carlos Velloso, a situação culminou para um empate entre a corrente que seguia a relatoria e indeferia o Mandado de Segurança e a outra ala que reconhecia a violação do direito de defesa do acusado⁸⁰². Sendo assim, a sessão foi suspensa para que se aguardasse o voto decisivo de um ministro, afastado por licença médica.

Retomado o julgamento uma semana depois, em 30 de novembro de 2005, o ministro-presidente Nelson Jobim citou os dispositivos regimentais que determinavam a espera do ministro ausente⁸⁰³ e rebateu de forma grave as acusações de que se furtara a exercer sua prerrogativa de desempate da votação do Plenário:

“As críticas aqui desenvolvidas foram de dupla natureza: uma, de juristas que se arvoraram em jornalistas; e outra, de jornalistas que se arvoraram em juristas.

⁷⁹⁹ MS 25.647-8/DF, fls. 344.

⁸⁰⁰ MS 25.647-8/DF, fls. 344 e 345.

⁸⁰¹ MS 25.647-8/DF, fls. 344 e 345.

⁸⁰² MS 25.647-8/DF, fls. 278, 290, 304, 312, 313, 341, 344, 351 e 352.

⁸⁰³ O ministro Nelson Jobim citou o art. 146 do RISTF, posteriormente alterado pela Emenda Regimental nº 35/2009, que estabelecia as hipóteses em que o presidente deveria votar, além de citar o art. 205, inciso I, do próprio diploma normativo que dispunha: “não havendo votado algum Ministro, por motivo de ausência ou licença que não deva durar por mais de três meses, aguardar-se-á o seu voto;” MS 25.647-8/DF, fls. 370 e 371.

Aos jornalistas que seguiram os juristas, aponho a boa-fé, porque tiveram a informação de juristas de ocasião que afirmaram determinada situação e, daí, eles fixaram suas ilações – absolutamente de boa-fé. Mas aos juristas de ocasião, todos conhecidos desta Casa, eu faria referência exclusivamente para mostrar a origem da sua má-fé.”⁸⁰⁴

O ministro ausente que suscitara a reivindicação da imprensa sobre o voto de minerva da presidência foi Sepúlveda Pertence, acusado de tirar licença médica para não prejudicar interesses de pessoas que lhe eram próximas⁸⁰⁵. Quando retornou para proferir seu voto decisivo, repudiou energicamente as críticas que se fizeram sobre a conveniência de seu afastamento, realçando ainda mais a premissa do jogo do sistema político, segundo a qual as cortes constitucionais são fortemente pressionadas por estímulos exógenos:

“Lembro-me, nesta sala, na primeira fila, duas cenas do grande comandante da retomada do processo democrático, o saudoso Ulisses Guimarães. Furibundo, quase apoplético, quando o Tribunal concedeu liminar para ampliar o prazo de defesa do então Presidente Fernando Collor; e, vinte dias depois, eufórico, a comemorar, na segunda assentada do mesmo processo, a definição do voto aberto para admissão do processo de ‘impeachment’. Tudo isso é do jogo; tudo isso são os dramas da democracia, aos quais o Tribunal tem de habituar-se.”⁸⁰⁶

E com referência ao ministro-presidente Nélson Jobim, continuou:

“Para hoje, estar aqui, desejava tomar de empréstimo a V. Ex^a a capacidade de manter-se incólume às agressões. A rigor, nem deveria precisar de empréstimo. (...) Essa longa experiência, (...) me obrigaria a já ser insensível às ofensas dos interesses contrariados e, o que é pior, das paixões desaçaimadas.”⁸⁰⁷

“Poupo, é claro o Tribunal da resposta comprovada à mentira dissimulada em tão velhacas insinuações, que não ousam afirmar-se para não ter sequer a coragem da calúnia.”⁸⁰⁸

Em solidariedade ao desabafo de seu colega, o ministro-presidente Nélson Jobim volta a expor sua insatisfação com as manifestações externas ao caso:

“Ministro Pertence, agradeço as ponderações e, como não tenho a capacidade verbal de V. Ex^a., lembro que me trouxe à mente a frase de Nélson Rodrigues: ‘Hoje os idiotas perderam a modéstia’.”⁸⁰⁹

Esta passagem demonstra novamente que a reflexão teórica de Vanberg sobre a transparência da estrutura institucional merece algumas adaptações no

⁸⁰⁴ MS 25.647-8/DF, fls. 370 e 371.

⁸⁰⁵ “Por isso, nesses dias, sequer me pouparem da dúvida de que, de fato, estivesse doente, porque – chegou-se a sugerir – a hora de minha doença anunciada teria sido conveniente ao amigo de um amigo meu...” MS 25.647-8/DF, fls. 355.

⁸⁰⁶ MS 25.647-8/DF, fls. 354 e 355.

⁸⁰⁷ MS 25.647-8/DF, fls. 354.

⁸⁰⁸ MS 25.647-8/DF, fls. 355.

⁸⁰⁹ MS 25.647-8/DF, fls. 357.

contexto brasileiro, uma vez que a mídia e a opinião pública nem sempre se alinham ao Supremo Tribunal Federal⁸¹⁰. Neste caso, tanto a recusa do ministro-presidente quanto a ausência do ministro Sepúlveda Pertence foram fortemente criticadas, o que ocasionou uma resposta dura de ambos, em sessão plenária, como um mecanismo de proteção de sua posição individual e, também, da própria integridade da Corte:

“Pelo Supremo Tribunal é que me preocupa a semana que vimos de viver, todos nós, porque membros da instituição, e, de modo particular, V. Ex^a. – seu Presidente – e eu mesmo, dado que, ausente na semana passada, me tornei o foco das expectativas – melhor diria, das exigências raivosas deste final de julgamento, que certa mídia se vem acostumando a instilar com presunção crescente. (...) Mas não posso deixar a respeitabilidade deste Tribunal – instituição que tenho venerado e à qual dediquei, com honradez e sem nenhum pesar, décadas irrecuperáveis da minha vida –, sem o repúdio veemente e indignado a certo modo de fazer imprensa que, para fugir à responsabilidade do que não se pode sustentar, se esconde sob o manto protetor da insinuação que não se ousa assumir.”⁸¹¹

Além da ausência do ministro Sepúlveda Pertence e da recusa do desempate do ministro presidente, a crítica da opinião pública e da imprensa mirava a possibilidade de o Tribunal embargar o processo de cassação de mandato de parlamentar acusado de irregularidades, conforme destacado no debate entre os ministros Eros Grau e Carlos Velloso, sobre o clamor público e os direitos de defesa. Este repercussão se verificou antes mesmo do interregno de uma semana, que afastou o início do julgamento de seu desfecho.

Esta tendência se afirmava com tanta força que o ministro Marco Aurélio Mello apresentou informações de que a Comissão de Ética e Decoro Parlamentar iria reelaborar seu relatório com base na posição do ministro Cézar Peluso, com a exclusão do depoimento de Kátia Rabello. Ainda sem a confirmação da orientação decisória, os legisladores já estariam agindo de modo antecipado à salvaguarda dos direitos de defesa do acusado, tomando ações estratégicas preventivas para sanar seu procedimento antes mesmo de sua impugnação pela Corte⁸¹².

⁸¹⁰ VANBERG, Georg. “Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review”.

⁸¹¹ MS 25.647-8/DF, fls. 355.

⁸¹² Este relatório seria reelaborado com base no posicionamento do ministro Cézar Peluso, que apontara irregularidades no fato de uma testemunha ter sido ouvida pela Comissão sem possibilidade de o parlamentar acusado de quebra de decoro pudesse contraditá-la. MS 25.647-8/DF, fls. 376.

Após sua “nota pessoal” contra os “insultos e provocações” que recebeu⁸¹³, o ministro Sepúlveda Pertence alinhou-se ao ministro Marco Aurélio Mello ao concordar com a anulação do relatório e reconvocação das testemunhas⁸¹⁴, uma posição que se basearia na própria função institucional do Supremo Tribunal Federal:

“Desde há muito, é certo, não mais me molestam as críticas aos meus votos, por mais acerbas que sejam: é o preço que se há de pagar – e prazerosamente – não à ilusória vaidade de ser Ministro, mas ao relevo das decisões, de que temos de participar, num Tribunal cuja importância social e política é o penhor da tentativa de construir e consolidar um Estado Democrático de Direito no Brasil.”⁸¹⁵

Ao aprofundar esta premissa interventiva do Judiciário na dinâmica interinstitucional, o ministro Celso de Mello despertou uma intensa discussão a respeito do conceito de intangibilidade de “questões políticas”, do papel da jurisdição constitucional e da manipulação tendenciosa da jurisprudência nacional ou estrangeira. Sob a perspectiva da teoria política positiva, este debate assume importância na garantia da legitimidade decisória da Corte, enquanto o jogo colegial o considera como uma estratégia de constrangimento dos demais atores:

“Penso que expus, de maneira suficientemente clara, esse aspecto da questão, **relembrando**, no voto que proferi nesta causa, em 23/11/2005, **que a cognoscibilidade** do presente mandado de segurança **encontra plena legitimação** nos princípios **que informam** o Estado Democrático **e que regem**, em nosso sistema institucional, as relações entre os Poderes da República. **Na realidade**, essa compreensão do tema **nada mais representa** senão o reflexo **de expressiva** prática jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal **consagrou** ao longo de sua existência republicana. (...)”

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – Ministro, também estou de pleno acordo com Vossa Excelência e já me manifestei nesse sentido várias vezes. Essa indagação da questão política no constitucionalismo brasileiro é, como dizia Castro Nunes, salvo engano, é um peso morto na discussão do âmbito da jurisdição do Poder Judiciário. Nada a tem a fazer nessa discussão.

Mas as teses jurídicas nunca se podem dizer inteiramente superadas. Ao ouvir hoje que estamos tentando impor filigranas ou bizantinices processuais – eu diria processuais – constitucionais – a uma decisão política, veja, Vossa Excelência, que as objeções ‘florianistas’ ainda causam saudade.

O Senhor Ministro Joaquim Barbosa – Eu gostaria de lembrar a Corte de que a doutrina brasileira e o Supremo Tribunal Federal brasileiro não ‘inventaram’ essa questão. Não somos pioneiros nesta matéria, de maneira que acho irrelevante essa discussão. Para mim, relevante é a constatação de que, na maioria esmagadora das democracias, uma questão como esta, sobretudo com as minúcias processualísticas com que ela está sendo discutida aqui, jamais seria sequer discutida por uma Corte Suprema ou Constitucional.

⁸¹³ MS 25.647-8/DF, fls. 353.

⁸¹⁴ MS 25.647-8/DF, fls. 365 e 366.

⁸¹⁵ MS 25.647-8/DF, fls. 354, em julgamento do dia 30 de novembro de 2005.

Esse é meu ponto de vista. Para chegar a essa conclusão, digo abertamente, deixo de lado a doutrina brasileira, por ser insuficiente.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – Eu já desconfiava.

O Senhor Ministro Joaquim Barbosa – Sim, claro, não me baseio apenas na doutrina brasileira na solução das questões trazidas à Corte.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – Somos então da minoria esmagada: aqui, a objeção da ‘questão política’ nunca foi levada a sério ante a universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Indaga-se se há, ou não, uma pretensão de direito a decidir.”⁸¹⁶

O ministro Joaquim Babosa permaneceu negando a possibilidade de apreciar uma questão *interna corporis* e criticou a incoerência da Corte em selecionar experiências jurisprudenciais estrangeiras de maneira parcial, apenas para reforçar a tese de intervenção judicial no Poder Legislativo⁸¹⁷.

Por sua vez, o ministro Sepúlveda Pertence fez alusão ao debate sobre a crise institucional entre os Poderes para esclarecer que o papel de monitoramento do Supremo Tribunal sobre o legislador estaria longe de ser inédito:

“Curiosamente, eu vi um desses juristas que professaram nesta semana a dizer que a chamada crise institucional que estamos a viver teria sido causada pelo abandono pelo Supremo Tribunal na postura que tomara no caso do ‘*impeachment*’ Collor, onde só teríamos exercido jurisdição após encerrado o processo. É desconhecer dados elementares da história daquele episódio, em que todo o processo de **impeachment**, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, foi praticamente monitorado passo a passo, por sucessivos mandados de segurança julgados por esta Corte.”⁸¹⁸

Por fim, a tese vencedora considerou que as declarações de Kátia Rabello deveriam ser suprimidas dos autos do processo e de qualquer relatório lido no Plenário da Câmara dos Deputados, vedando-se qualquer referência ao seu depoimento⁸¹⁹.

No Mandado de Segurança 25.917-5/DF, julgado em 1º de junho de 2006, o deputado federal José Mohamed Janene tentou impugnar processo de cassação de seu mandato parlamentar porque não fora ouvido no Conselho de Ética e Decoro Parlamentar. Tendo em vista que fora representado por seu advogado, em

⁸¹⁶ MS 25.647-8/DF, fls. 389-391.

⁸¹⁷ MS 25.647-8/DF, fls. 391 e 396.

⁸¹⁸ MS 25.647-8/DF, fls. 396.

⁸¹⁹ Os ministros Celso de Mello, Eros Grau, Sepúlveda Pertence e Nélson Jobim seguiram o voto do ministro Marco Aurélio Mello, que propunha a confecção de um novo relatório do processo, com a reinquirição das testemunhas, enquanto o ministro César Peluso propôs uma solução que qualificou como intermediária, de mera exclusão do depoimento viciado de Kátia Rabello. Embora a corrente majoritária reconhecesse a ofensa ao direito de defesa, houve um impasse sobre qual das duas soluções deveria ser aplicada. Por proposta do ministro Sepúlveda Pertence, a opção foi submetida novamente ao Plenário, que escolheu a proposta do ministro César Peluso. MS 25.647-8/DF, fls. 279, 293, 304, 371-403.

votação unânime, o Supremo Tribunal Federal afastou qualquer vício à defesa do parlamentar e indeferiu Mandado de Segurança⁸²⁰.

Em 12 de setembro de 2007, no Mandado de Segurança 26.900-6/DF, o Supremo Tribunal Federal julgou o direito de deputados federais assistirem uma sessão deliberativa do Senado Federal que discutia a possibilidade de perda do mandato de seu presidente, o senador Renan Calheiros⁸²¹.

O ministro-relator Ricardo Lewandowski deferiu a liminar em 11 de setembro de 2007, mas a afetou para o referendo do Plenário, que reconheceu a delicadeza da questão e a pautou para julgamento na sessão do dia seguinte⁸²².

Todos os ministros elogiaram a prudência em compartilhar a responsabilidade da decisão⁸²³, à exceção do ministro Marco Aurélio Mello, que contestou tal medida como desnecessária, reservada apenas ao próprio relator⁸²⁴.

O debate entre a maioria e o ministro Marco Aurélio Mello apontou precedentes nos dois sentidos, seja para a concessão solitária da liminar pela relatoria, seja de sua faculdade em submetê-la ao Plenário⁸²⁵.

Esta seletividade da jurisprudência, que também foi objeto de debate entre os ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa no Mandado de Segurança 25.647-8/DF, evidencia não só uma tática colegial de convencimento, mas o peso da tradição institucional como um limite estratégico à legitimidade decisória, conforme a análise da teoria política positiva.

Além deste aspecto constitutivo, o comportamento da relatoria provoca uma reflexão sobre a tese atitudinal de que os juízes constitucionais sempre estão livres para implementar suas preferências. Se isto fosse verdadeiro, não haveria motivo para que o ministro Ricardo Lewandowski submetesse a matéria sobre sua esfera de poder ao colegiado. Sua conduta resultava num meio de proteção individual contra críticas e também servia ao resguardo da própria autoridade da Corte, em um caso que mobilizara ampla cobertura da mídia⁸²⁶.

A despeito da motivação que guiou a relatoria, não se pode negar que o referendo de seus pares reforçava um mecanismo institucional de decisão. Não

⁸²⁰ MS 25.917-5/DF, fls. 458 e 459.

⁸²¹ MS MC 26.900-6/DF.

⁸²² MS MC 26.900-6/DF.

⁸²³ MS MC 26.900-6/DF, fls. 500-517.

⁸²⁴ MS MC 26.900-6/DF, fls. 504.

⁸²⁵ MS MC 26.900-6/DF, fls. 500-517.

⁸²⁶ O ministro Carlos Aires Britto confessou saber da decisão da relatoria devido à ampla cobertura que a mídia dedicou ao caso. MS MC 26.900-6/DF, fls. 518.

seria o ato de um julgador contra uma deliberação parlamentar, mas de todo o Tribunal, o que ganharia um peso muito maior contra eventuais represálias legislativas ou críticas da opinião pública.

Este expediente realça a perspectiva do sistema político e do jogo de poderes, que situa as ações das cortes constitucionais no panorama reativo de atores exógenos. Antecipando qualquer retaliação do Senado Federal, o ministro-relator se precaveu para que o Supremo não sofresse um abalo em sua autoridade, um comportamento que também favorece as premissas de senso coletivo da abordagem estratégica sociológica. Tal conduta foi extremamente elogiada em Plenário:

“O Senhor Ministro Celso De Mello: Exatamente. É um louvável exercício de prudência que o Plenário pratica, quando, em sede colegiada, examina uma questão que pode ter profundas repercussões no plano das relações institucionais entre os dois Poderes da República.”⁸²⁷

“O Senhor Ministro Carlos Britto – Senhora Presidente, também entendo que o tema é de elevada estatura constitucional.

O Ministro Ricardo Lewandowski, autor da liminar, traz a sua decisão jurídica a referendo e se trata, volto a dizer, de um tema sensível, que diz com o relacionamento entre os poderes.”⁸²⁸

“A Sra Ministra Ellen Gracie (Presidente) – Também eu peço vênica ao ministro Marco Aurélio para acompanhar a maioria já formada e, inclusive, louvar o exercício de prudência do eminente Relator em compartilhar com seus Colegas a responsabilidade dessa decisão.”⁸²⁹

Por maioria de votos, foi afastada a natureza exclusivamente *interna corporis* da questão, uma vez que a necessidade de transparência das decisões legislativas se revestia de uma índole constitucional⁸³⁰.

Contrariamente, o ministro César Peluso afirmou que na maior democracia do mundo, nos Estados Unidos, a Suprema Corte decidia em sigilo e não em sessões públicas e nem por isso sua legitimidade era contestada⁸³¹. Sendo assim, expôs um pensamento de autocontenção institucional, pois

⁸²⁷ MS MC 26.900-6/DF, fls. 507.

⁸²⁸ MS MC 26.900-6/DF, fls. 511.

⁸²⁹ MS MC 26.900-6/DF, fls. 517.

⁸³⁰ MS MC 26.900-6/DF, fls. 501-503, 523, 524 e 546. Como o art. 55, § 2º, da Constituição se referia apenas ao segredo do voto e não da sessão, a maioria dos ministros decidiu garantir a participação dos parlamentares na sessão do Senado Federal, tendo os ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio Mello proposto ainda mais, a abertura total da sessão ao acesso público irrestrito, no que foram vencidos. MS MC 26.900-6/DF, fls. 550 e 551.

⁸³¹ MS MC 26.900-6/DF, fls. 548.

“não se pode judicializar aquilo que é típico da luta e da arena político-democrática, não se pode trazer ao Judiciário decisão que cabe explicitamente aos corpos políticos.

Noutras palavras, creio que o Senado Federal deve assumir a responsabilidade política de decidir como deve realizar-se a sessão e arcar com as suas consequências políticas. Não deve transferi-la ao Supremo Tribunal Federal sob pretexto de estar em jogo direito subjetivo ou prerrogativa institucional.”⁸³²

Sob um enfoque institucional-sociológico, a manifestação do ministro Cézár Peluso realçou o uso da chancela judicial como um mecanismo apaziguador do conflito político, tendo em vista que seu processo decisório neutro e técnico se reveste de respeitabilidade e legitimidade maiores. No entanto, a passagem também elucida o que a teoria política positiva qualificaria como uma reticência decisória estratégica, uma vez que o ministro defendia a omissão para não sofrer possíveis repercussões negativas que a resolução do problema traria à integridade da Corte.

Apesar destes apelos, o Supremo Tribunal reconheceu sua competência de julgamento e franqueou a possibilidade de participação dos deputados federais na sessão de julgamento no Senado Federal⁸³³.

3.5.1.

Balanço

O campo analítico demonstrou uma intensa disputa em torno de conceitos abstratos. A postura mais moderada buscou refúgio no respeito à ética, à separação de poderes e a questões políticas e *interna corporis* ligadas à autonomia legislativa em definir as hipóteses de ofensa ao decoro parlamentar.

Já os ministros que propunham um alargamento do controle do Supremo Tribunal Federal nos processos de cassação de mandato se fixaram em concepções de democracia e de constituição, além de recorrerem à jurisprudência e ao papel atribuído à esfera judicial no resguardo dos direitos de defesa.

Em ambas as correntes, estes expedientes podem ser considerados estratégias colegiais de convencimento. No entanto, a conduta que reivindicou uma intervenção mais aguda da Corte também pode ser descrita na perspectiva do constrangimento que os precedentes e os princípios jurídicos ligados à proteção de

⁸³² MS MC 26.900-6/DF, fls. 538.

⁸³³ MS MC 26.900-6/DF, fls. 518-553.

direitos individuais despertam nos juízes constitucionais, um fato ainda mais reforçado nas manifestações sobre o dever institucional do Supremo Tribunal. Neste espectro interpretativista, as noções de missão e de função da Corte assumiram importância destacada na explicação da conduta interventiva no Poder Legislativo.

Embora preserve o mesmo pressuposto constitutivo, a teoria política positiva se diferencia desta abordagem ao considerar que esta fundamentação tradicional serve apenas como um mecanismo de resguardo da conduta intromissiva, uma análise comprovada nas diversas ocasiões em que os ministros resguardaram sua posição para manutenção da integridade da Corte, como na submissão da decisão liminar ao Plenário, nos Mandados de Segurança 25.647-8/DF e 26.900-6/DF e nas intervenções específicas dos ministros Nélson Jobim, no Mandado de Segurança 25.579-0/DF e César Peluso, no Mandado de Segurança 26.900-6/DF.

Este enfoque realista-estratégico pode ser comprovado desde o primeiro julgado analisado, no Mandado de Segurança 21.360-4/DF, quando o Supremo Tribunal se eximiu de contrariar a vontade legislativa, mas fez questão de reservar sua competência fiscalizatória no processo de cassação parlamentar, um comportamento típico de resguardo de sua autoridade institucional.

Embora a jurisprudência aponte a possibilidade de uso deste canal interventivo, apenas dois casos indicaram restrições concretas à autonomia legislativa, no Mandado de Segurança 25.647-8/DF, com a singela exclusão de um depoimento do relatório de acusação a ser lido no Plenário da Casa Legislativa e no Mandado de Segurança 26.900-6/DF, que meramente permitiu a entrada de deputados federais numa sessão deliberativa de cassação de mandato no Senado Federal. São casos esparsos e que não traduzem uma diminuição efetiva de poder do Congresso Nacional.

Se o comportamento mais cauteloso do legislador seria a antecipação estratégica de qualquer hipótese de anulação de seus atos no Supremo⁸³⁴, também é certo que a tendência da Corte não demonstrou uma interferência mais frequente ou grave nos processos de cassação por quebra de decoro.

⁸³⁴ Tal antecipação estratégica ocorreu na reformulação do relatório de acusação da Comissão de Ética e Decoro Parlamentar, no Mandado de Segurança 25.647-8/DF, *supra*.

Embora seja temerário afirmar que as pressões exógenas tiveram o condão de influenciar completamente o comportamento institucional, não se pode desconsiderar que os ministros fizeram referências amplas e veementes à crítica da opinião pública e da imprensa na possibilidade de o Tribunal defender direitos dos acusados nos processos.

Embora a conduta do Supremo Tribunal possa ser caracterizada como de uma corte receptiva, que concordou com a regularidade das cassações ou não lhe opunha maiores restrições, a força deste elemento exógeno pode ter influenciado na moderação interventiva da Corte, que não se achava num ambiente institucional favorável ao risco de tolher um procedimento legislativo com apoio público. Diante de uma conjuntura desvantajosa, o Supremo Tribunal se comportou como uma corte submissa, porque uma atitude mais aguda geraria evasão legislativa, com o consequente enfraquecimento de sua autoridade institucional.

O emprego de mecanismos de sofisticação que apelaram à rejeição da própria competência decisória da Corte reforça ainda mais este cenário de supremacia legislativa na jurisprudência sobre a cassação de mandato por quebra de decoro parlamentar.

3.6.

O Sistema Político

Eu tive tempo de refletir e armei-me de severidade. Não é que eu recuse sempre, mais divirjo e tenho razão. Talvez tenha sido vaidosa e, uma vez picada pelo jogo, não se sabe quando parar.

Marquesa de Merteuil ao Visconde de Valmont, Carta XX
As Ligações Perigosas, Choderlos Laclos

Neste campo analítico, a atuação do Supremo Tribunal Federal se reveste de grave impacto, pois além de atingir a estrutura do jogo político, ainda interfere na própria competência legislativa em definir suas regras.

Para facilitar a análise, a pesquisa seguiu o critério cronológico e a divisão em seis subitens temáticos: a limitação de vereadores por município, a

verticalização das candidaturas, a cláusula de barreira, a fidelidade partidária, a portabilidade eleitoral e o financiamento eleitoral.

3.6.1.

A Limitação de Vereadores por Município

O art. 29, inciso IV, da Constituição Federal estabelecia limites mínimo e máximo de vereadores de acordo com determinadas faixas de população municipal⁸³⁵. Como estes intervalos populacionais eram relativamente grandes – municípios até um milhão, até cinco milhões ou com mais de cinco milhões – muitas vezes as Câmaras de Vereadores optavam pelo limite máximo de representantes.

Esta problemática foi enfrentada em algumas oportunidades pela Justiça Eleitoral e pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que desconsideraram qualquer hipótese de as Constituições Estaduais fixarem de critérios exatos de representação legislativa da municipalidade, de acordo com sua população⁸³⁶.

Tal panorama foi alterado no Recurso Extraordinário 197.917-8/SP, julgado em 24 de março de 2004, quando o Supremo reputou como absurdo que alguns municípios optassem sempre pelo limite máximo de vereadores, mesmo tendo uma população diminuta. Haveria um afronta lógica à proporcionalidade prevista pela Constituição, que chegava à inconcebível constatação de haver cidades mais populosas com um número de vereadores inferior a outras, de população bem menor⁸³⁷.

O ministro-presidente Nélson Jobim esclareceu que a Constituição Federal não foi mais clara quanto ao número de vereadores de cada município por uma demanda acadêmica de economia e sintetização de artigos, durante o processo constituinte⁸³⁸. Lembrando-se da mesma circunstância histórica, o ministro-relator

⁸³⁵ Antes da EC nº 58 de 2009, assim versava o antigo art. 29, inciso IV, da CF: “IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites: a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes; b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes; c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes;”.

⁸³⁶ No TSE, MS 1.945 e RMS 1.949; no STF, RCL Ag. Reg. 488-TO, ADIN MC 692 e ADIN MC 1.038.

⁸³⁷ RE 197.917-8/SP, fls. 382-384 e 483.

⁸³⁸ RE 197.917-8/SP, fls. 467 e 468.

Maurício Corrêa fez referência expressa ao debate na Comissão de Sistematização, que se posicionou no sentido da proporcionalidade entre a vereança e a população municipal⁸³⁹, o que se tornaria mais claro se o Projeto de Emenda Constitucional nº 82 de 1991, de relatoria do então deputado federal Nélson Jobim, tivesse sido aprovado no Congresso Nacional⁸⁴⁰.

Por maioria de votos, a Corte acatou a proposta do ministro-relator Maurício Corrêa que se inspirou no texto constitucional para estabelecer um quadro de correlação direta e exata entre o intervalo populacional e o número de vereadores em cada município⁸⁴¹.

Em direção oposta à da maioria colegial, o ministro Marco Aurélio Mello empreendeu verdadeira autocrítica institucional, ao igualar um ato decisório do Supremo à atividade legislativa:

“a fixação do número de vereadores faz-se, desde que respeitado o piso e o máximo constitucionais, a partir de uma opção político-legislativa do próprio município, não havendo campo para atuar-se nessa mesma fixação, inserindo, no cenário nacional, um acórdão do Supremo Tribunal Federal com contornos, com conteúdo, de verdadeira lei complementar.”⁸⁴²

Embora o Recurso Extraordinário tratasse de um caso específico, o município de Mira Estrela, no Estado de São Paulo, o ministro-presidente Nélson Jobim solicitou que o Tribunal Superior Eleitoral regulamentasse a questão, sob o pretexto de dotar o quadro político nacional de maior certeza e segurança jurídica. Como se comprovasse a crítica do ministro Marco Aurélio Mello, para quem a decisão se revestia de caráter essencialmente legislativo, o ministro Nélson Jobim apontou a necessidade de uma regulamentação mais abstrata e geral, para que todos os municípios do país se pautassem de acordo com o entendimento do Supremo e impedindo a repetição de processos semelhantes às vésperas das eleições municipais de 2004⁸⁴³.

⁸³⁹ RE 197.917-8/SP, fls. 380-381.

⁸⁴⁰ RE 197.917-8/SP, fls. 386.

⁸⁴¹ RE 197.917-8/SP, fls. 388-393. Para que não houvesse o comprometimento da segurança jurídica, houve uma modulação dos efeitos da decisão, que só incidiriam no futuro, com a redução do número de vereadores para a próxima legislatura. RE 197.917-8/SP, fls. 369, 407, 492 e 493. No mesmo sentido a QO MC AC 189-7/SP, julgada em 9 de junho de 2004.

⁸⁴² RE 197.917-8/SP, fls. 482.

⁸⁴³ RE 197.917-8/SP, fls. 506 e 507.

Havendo uma limitação jurídico-institucional para que o Supremo fizesse isso no controle difuso⁸⁴⁴, o Tribunal Superior Eleitoral foi eleito como um braço estratégico, encarregado de normatizar a questão sem constrangimentos, no exercício de sua competência regulamentar em matéria eleitoral⁸⁴⁵.

Na esteira deste pensamento, o ministro Gilmar Mendes declarou ser desnecessário o cumprimento da exigência constitucional de ciência ao Senado Federal para que suspendesse parcialmente a execução da lei municipal inconstitucional⁸⁴⁶.

Esta previsão seria uma mera formalidade para dar publicidade à decisão da Corte, que já continha efeitos transcendentais e atingiria casos congêneres de outros municípios violadores da proporcionalidade de representação municipal⁸⁴⁷. Como resposta, obteve o rechaço do ministro Sepúlveda Pertence, também presidente do Tribunal Superior Eleitoral: “O caso transcendente é problema do eleitoral. Peço a Vossa Excelência que não compre briga com o eleitoral.”⁸⁴⁸

A despeito da manifestação do ministro Sepúlveda Pertence, a tese do ministro Gilmar Mendes demonstra uma tendência de minar a competência legislativa senatorial em resguardo de uma decisão final, superior e generalizadora do Supremo Tribunal Federal.

Em resposta à representação do Ministério Público Eleitoral e conforme a proposta do ministro-presidente Nélson Jobim, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução nº 21.702, em 2 de abril de 2004, reproduzindo integralmente

⁸⁴⁴ Esta limitação do controle difuso determina que os efeitos da decisão afetam somente as partes em litígio no processo. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*, pp. 363-421.

⁸⁴⁵ Art. 23, inciso XVIII, do Código Eleitoral, Lei nº 4.737 de 1965: Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior, (...) IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código; (...)XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político; (...)XVIII - tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral.

⁸⁴⁶ RE 197.917-8/SP, fls. 509. O art. 52, inciso X, da Constituição Federal estabelece que se uma lei for declarada inconstitucional no controle difuso de constitucionalidade, há faculdade de o Senado Federal suspender-lhe a execução, o que acarretaria um efeito maior da própria decisão do Supremo, para todos os casos que discutissem a constitucionalidade da mesma norma invalidada: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;”

⁸⁴⁷ O ministro Gilmar Mendes defendia a adoção, no controle difuso de constitucionalidade, da teoria da eficácia transcendental ou irradiante dos motivos determinantes, que tem o objetivo de abstrair a fundamentação ou *ratio decidendi* de um caso a líder como parâmetro decisório para todos os demais casos congêneres, que reproduzissem debate em torno de temática semelhante. RE 197.917-8/SP, fls. 509.

⁸⁴⁸ RE 197.917-8/SP, fls. 509.

os critérios exatos fixados pelo Recurso Extraordinário 197.917-8/SP para o número de vereadores em cada município, proporcionalmente a sua população⁸⁴⁹. Restava generalizada a questão para ser aplicada a todos as Câmaras Municipais do país.

Alegando a inconstitucionalidade desta Resolução, foram propostas as Ações Diretas 3.345/DF e 3.365/DF, julgadas em conjunto no dia 25 de agosto de 2005.

Em seu voto condutor, seguido na íntegra por nove ministros, o ministro-relator Celso de Mello desenvolveu uma argumentação linear para defender a Resolução nº 21.702⁸⁵⁰.

Inicialmente, reconheceu sua autonomia, como um ato normativo primário que concretizava a Constituição Federal e, por isso, passível de contestação por meio de ações diretas. No entanto, desprezou o fato de ter sido produzida a poucos meses das eleições municipais de 2004, em descompasso com a exigência da anterioridade.

Segundo o ministro-relator, este princípio constitucional, que veda a produção de efeitos de qualquer alteração do processo eleitoral antes do prazo de um ano de sua edição⁸⁵¹, era uma norma “moralizadora” destinada a coibir “abusos” e “casuísmos” de uma “deformante manipulação legislativa”, não tendo aplicabilidade contra a Justiça Eleitoral⁸⁵².

Além disso, arguiu que a resolução meramente dissipou dúvidas e explicitou o julgamento do Recurso Extraordinário 197.917-8/SP, quando o Supremo houvera reconhecido a eficácia irradiante dos motivos determinantes de sua decisão, ou seja, estabelecera que não só Mira Estrela, mas todos os

⁸⁴⁹ Resolução nº 21.702 – Petição nº 1.442 – Classe 18ª – Distrito Federal. Posteriormente, em 08 de junho de 2004, o TSE editou a Resolução nº 21.803 – Petição nº 1.442 – Classe 18ª – Distrito Federal, que trazia uma lista completa com o número de vereadores disponível para cada município do país, aplicando a tabela de equivalência prevista na Resolução 21.702.

⁸⁵⁰ À exceção do ministro Marco Aurélio Mello, todos os ministros seguiram os termos do voto do ministro-relator na íntegra, expondo sua decisão em votos muito curtos, às vezes com apenas um parágrafo ou uma página. ADIN 3.345/DF, fls. 191 e 218.

⁸⁵¹ Art. 16, Constituição Federal: “Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.”

⁸⁵² Tais termos foram colhidos do voto do ministro-relator Celso de Mello. ADIN 3.345/DF, fls. 156-162. Para justificar que a violação da anterioridade não teria consequências práticas, o ministro-relator ainda citou que a fase pré-eleitoral, de realização das convenções eleitorais, seria realizada apenas a partir do dia 10 de junho de 2004, consoante a Resolução nº 21.518/2003, uma data posterior à decisão do TSE. Sendo assim, não haveria prejuízo à segurança jurídica com a alteração do regramento eleitoral. ADIN 3.345/DF, fls. 163-165.

municípios deveriam obedecer à regra de proporcionalidade entre a população e número de vereadores, definida em tabela de correlação direta no voto do ministro-relator daquele julgado⁸⁵³.

Tendo em vista que a resolução apenas esclareceu e executou este Recurso Extraordinário, restava ao ministro-relator proteger a própria competência do Supremo em emitir decisão de tamanha envergadura:

“É preciso ter em perspectiva que, **em sede de fiscalização constitucional, o exercício jurisdicional** do poder de controle destinado a preservar a supremacia da Constituição **põe em evidência** a dimensão essencialmente política **em que se projeta** a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, **pois**, no processo de indagação constitucional, **reside** a magna prerrogativa outorgada a esta Corte **de definir** os limites das competências estatais, **de determinar** o alcance dos direitos e garantias fundamentais **e de decidir**, em última análise, sobre a própria substância do poder.”⁸⁵⁴

Como se mais não bastasse para enfatizar o amplo espectro de competência do Supremo, o ministro-relator ainda citou Francisco Campos

“cujo magistério enfatiza, corretamente, que, no poder de interpretar, inclui-se a prerrogativa de formular e de revelar o próprio sentido do texto constitucional. É que – segundo a lição desse eminente publicista – **‘O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la.** A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...) Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte.”⁸⁵⁵

Em síntese, o ministro-relator defendeu que o Supremo Tribunal Federal fosse o próprio artesão da sociedade política, a quem caberia a função de definir o conteúdo do poder, fixar competências e afetá-las a uma instituição, o que se legitima pela sua atividade de criação da Constituição por via de interpretação.

⁸⁵³ ADIN 3.345/DF, fls. 168, 169, 174 e 175. A tabela de correlação foi definida pelo ministro-relator Maurício Corrêa, no RE 197.917-8/SP, fls. 388-393.

⁸⁵⁴ ADIN 3.345/DF, fls. 182.

⁸⁵⁵ ADIN 3.345/DF, fls. 182. O ministro-relator Celso de Mello apontou a referência bibliográfica: *Direito Constitucional*, vol. II/403, 1956, Freitas Bastos. Embora reivindicado ao STF, o poder constituinte é um conceito empregado pela Teoria Constitucional para descrever uma força social ampla, franca, aberta e espontânea, que é titularizada pelo povo e que estrutura o desenho jurídico-institucional de um país ao formar o poder constituído. NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte. Ensaio sobre as Alternativas da Modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, trad. Adriano Pilatti; SIEYES, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?* Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, trad. Aurélio Wander Bastos. Embora seja ilimitado e permanente, o poder constituinte se revela com mais vigor momentos de grande mobilização reformista, revolucionária ou de construção de uma nova ordem política, como o processo constituinte brasileiro de 1987 e 1988, quando seu exercício foi delegado a representantes eleitos numa Assembleia Nacional. PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988. Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*.

Mantendo-se consonante ao seu voto no Recurso Extraordinário 197.917-8/DF, o ministro Marco Aurélio criticou a fixação rígida de vereadores pela Justiça Eleitoral, condenando que as leis orgânicas municipais fossem “apagadas num passe de mágica (...) em penada única e em atropelo” e deslegitimando que qualquer órgão judicial, inclusive o Supremo Tribunal, pudesse atuar em tamanho descompasso com a Constituição⁸⁵⁶.

Em discordância de seus pares⁸⁵⁷, o ministro transcreveu trecho do acórdão deste Recurso Extraordinário para afirmar categoricamente que não houve nenhuma concessão de efeitos transcendentais à decisão, limitada apenas ao município de Mira Estrela. Sendo assim, a própria Resolução nº 21.702 estaria viciada em sua origem, pois se fundamentara num efeito que o próprio Tribunal não havia concedido⁸⁵⁸.

Embora também discordasse da eficácia transcendental e apesar de ser voto vencido no Recurso Extraordinário 197.917-8/SP, o ministro Sepúlveda Pertence esclareceu que como presidente do Tribunal Superior Eleitoral, não poderia ser omissor diante da provável insegurança jurídica do panorama político municipal que se avizinhava em 2004. Sendo assim, promoveu a edição da Resolução nº 21.702 por um fundamento institucional e, por consequência lógica, não poderia refutar sua constitucionalidade⁸⁵⁹.

Esta tendência ganhou a maioria do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Em obediência à sua decisão, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº 58 de 2009, que reconheceu o critério de correspondência direta entre a população e o número de vereadores de cada município⁸⁶⁰.

⁸⁵⁶ O ministro Marco Aurélio faz referência ao intervalo curto de tempo entre a decisão do RE 197.917-8/SP e a edição da Resolução 21.702, de apenas nove dias. ADIN 3.345/DF, fls. 225-227.

⁸⁵⁷ Em sentido oposto ao do ministro Marco Aurélio Mello e reconhecendo expressamente a eficácia transcendental dos motivos determinantes do RE 197.917-8/SP, manifestaram-se em seu voto, na ADIN 3.345/DF, o ministro Celso de Mello (fls. 169 e 174), Carlos Velloso (fls. 193), Ellen Gracie (fls. 218) e Gilmar Mendes (fls. 202-212).

⁸⁵⁸ ADIN 3.345/DF, fls. 219, 222 e 224.

⁸⁵⁹ ADIN 3.345/DF, fls. 230-235.

⁸⁶⁰ *Grosso modo*, as mesmas bases definidas no RE 197.917-8/SP e na Resolução 21.7002 do TSE foram reproduzidas na EC nº 58/2009, com pequenas diferenças, como a definição de um número sempre ímpar de vereadores para cada faixa populacional. Art. 29, inciso IV, da CF/88.

3.6.2.

A Verticalização das Candidaturas

Em 26 de fevereiro de 2002, a Instrução Normativa nº 55 do Tribunal Superior Eleitoral determinou que os partidos políticos que lançassem candidato à presidência da República não poderiam formar aliança diversa ou disputar isoladamente, as eleições estaduais⁸⁶¹.

Esta “verticalização das candidaturas” causou uma intensa alteração no quadro político do país, uma vez que os partidos perderam sua flexibilidade em estabelecer alianças que atendessem à distinta correlação de forças eleitorais nas esferas federal e estadual⁸⁶².

Os ministros afirmaram que o caráter nacional do sistema partidário brasileiro, estampado tanto na Constituição Federal⁸⁶³, quanto na Lei Geral das Eleições⁸⁶⁴, prezava o princípio da coerência, sem qualquer possibilidade de alianças estaduais divergentes da coligação partidária federal⁸⁶⁵.

⁸⁶¹ Em 10 de agosto de 2001, quatro deputados federais do Partido Democrata Trabalhista, Miro Teixeira, José Roberto Batocchio, Fernando Coruja e Pompeo de Mattos realizaram a Consulta nº 715, que motivou Resolução nº 21.002 de 26 de fevereiro de 2002 do TSE. Reproduzindo os termos da resposta à Consulta e da Resolução nº 21.002, na mesma data, a Corte Eleitoral editou a Resolução nº 20.993, que aprovou a Instrução nº 55, Classe 12ª, Distrito Federal, com a seguinte determinação: “Art. 4º. (...) § 1º Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato/a à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador/a de estado ou do Distrito Federal, senador/a, deputado/a federal e deputado/a estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato/a à eleição presidencial”.

⁸⁶² Condenando este posicionamento, o ministro Marco Aurélio Mello se baseou na essência da Lei Geral das Eleições: “Chegamos, então, à Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, um diploma que, para mim, em bom vernáculo, homenageia o princípio da autonomia dos Partidos Políticos, sem colocá-los numa camisa-de-força, sem desconhecer que as forças políticas, neste Brasil continental, consideradas as unidades da Federação, são forças políticas distintas. A realidade encontrada no Acre não é a realidade de São Paulo, de Pernambuco, do Rio de Janeiro.” Esta análise foi feita na ADIN 3.685-8/DF, fls. 298, que será abordada em seguida.

⁸⁶³ Art. 17, inciso I, da Constituição Federal: “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I - caráter nacional;”

⁸⁶⁴ Art. 6º, *caput*, da Lei 9.504 de 1997: “Art. 6º. É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.”

⁸⁶⁵ Resolução nº 21.002 de 26 de fevereiro de 2002, fls. 4, 29-37, 47 e 48. A decisão do TSE contou com três ministros do STF. Os ministros Nélson Jobim e Ellen Gracie votaram a favor da verticalização, vencido o ministro Sepúlveda Pertence.

Contrariamente à verticalização, foram propostas as Ações Diretas 2626-7/DF e 2628-3/DF, julgadas pelo Supremo Tribunal Federal em sessão conjunta do dia 18 de abril de 2002.

Antes de discutir qualquer inconstitucionalidade da Instrução Normativa nº 55, o Tribunal discutiu preliminarmente se poderia ou não conhecer das Ações. O ministro Sepúlveda Pertence rechaçou que a normativa eleitoral fosse uma simples regulamentação legal e afirmou que houve uma verdadeira interpretação constitucional⁸⁶⁶.

A divergência seria entre qual parte do art. 17 da Constituição Federal seria escolhida como parâmetro interpretativo, se o caráter nacional dos partidos, que ensejaria a verticalização, ou a autonomia das agremiações políticas, o que conduziria à desvinculação entre as coligações partidárias nas esferas federal e estadual⁸⁶⁷.

Além de concordar com o conhecimento da Ação, o ministro Ilmar Galvão se antecipou à discussão do mérito da inconstitucionalidade para afirmar que não via sentido “em que a competência do órgão judicial fosse mais ampla do que a do Poder Legislativo”, sendo ainda mais categórico ao afirmar que a normatização da Corte Eleitoral é “inovadora da ordem jurídica, havendo, por isso, de ser considerada ofensiva ao princípio da legalidade e usurpadora da competência privativa do Congresso Nacional, não podendo prevalecer.”⁸⁶⁸

No mesmo sentido, o ministro-relator Sydney Sanches preservou a importância do Tribunal Superior Eleitoral, mas afirmou que não caberia aos juízes substituírem as opções do legislador pelas suas⁸⁶⁹. Pela dimensão de suas provisões, a Instrução Normativa nº 55 deveria ser considerada um ato normativo e autônomo, ensejando o conhecimento das Ações e o posterior controle de constitucionalidade, conforme o art. 102, inciso I, “a”, da Constituição Federal⁸⁷⁰.

⁸⁶⁶ ADIN 2.626-7/DF, fls.517 e 519.

⁸⁶⁷ ADIN 2.626-7/DF, fls. 516. O art. 17 da CF dispõe sobre o caráter nacional no inciso I e sobre a autonomia no §1º, dispositivo que foi alterado pela EC nº 52 de 2006, como se verá a seguir.

⁸⁶⁸ ADIN 2.626-7/DF, fls.479-482.

⁸⁶⁹ O ministro se escorou amplamente no voto que o ministro Sepúlveda Pertence havia proferido na resposta do TSE à Consulta nº 715, que deflagrou o processo decisório sobre a verticalização de candidaturas. ADIN 2.626-7/DF, fls. 423-433.

⁸⁷⁰ CF: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;” ADIN 2.626-7/DF, fls. 379.

Ao abordar o julgamento do mérito da inconstitucionalidade, a relatoria citou dispositivos constitucionais para preservar a competência legislativa federal sobre a matéria⁸⁷¹ e ainda condenou a violação da anterioridade eleitoral. Como a normatização foi feita em 2002 e produzia efeitos imediatos, atingiria as eleições deste ano, violando o princípio constitucional⁸⁷².

Esta discussão direta do mérito também percorreu os votos dos ministros Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e Marco Aurélio Mello, que destacaram a violação da segurança jurídica que uma mudança das regras políticas acarretaria em prazo tão exíguo para as eleições de 2002⁸⁷³.

A despeito da pertinência na discussão da anterioridade eleitoral, não se pode desprezar que sua abordagem pelos ministros seria interpretada pelo jogo colegial como uma estratégia de antecipar a discussão do mérito para constranger seus pares pelo conhecimento das Ações. Este fato é ainda mais reforçado pela ampla proporção que o caso assumiu na opinião pública, que pressionava o Supremo a se pronunciar sobre “a celeuma”⁸⁷⁴ que a decisão do Tribunal Superior Eleitoral causara ao país.

Para reforçar esta posição, vários ministros apontaram a estupefação de políticos e as afirmações da imprensa sobre a reprovável omissão da Corte, caso se negasse a apreciar o mérito⁸⁷⁵.

⁸⁷¹ A relatoria citou expressamente os seguintes dispositivos da CF: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;” e “Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União”. ADIN 2.626-7/DF, fls. 422.

⁸⁷² O art. 65 da Instrução nº 55 previa sua entrada em vigor na data da publicação, em 26 de fevereiro de 2002 e, portanto, atingindo as eleições federais e estaduais do corrente ano.

⁸⁷³ ADIN 2.626-7/DF, fls. 479, 480, 486, 510, 516, 529 e 533. Em fls. 510, o ministro Sepúlveda Pertence defendeu a importância do princípio da anualidade, que afirmou ter nascido de sua sugestão na Comissão Afonso Arinos, como um antídoto contra os casuísmos eleitorais que marcaram a ditadura militar. Em fls. 533, o ministro Marco Aurélio Mello apelou para que o judiciário não se transformasse numa “caixa de surpresas”.

⁸⁷⁴ ADIN 2.626-7/DF, fls. 379.

⁸⁷⁵ Na ADIN 2.626-7/DF, em fls. 422, o ministro Sydney Sanches reproduziu suposta frase do presidente da República Fernando Henrique Cardoso: “começou a reforma política no Brasil”. Em fls. 518, o ministro Sepúlveda Pertence comentou a cobertura do noticiário sobre o tema da “mula sem cabeça”. Em fls. 529 e 532, o ministro Marco Aurélio Mello citou um clipping notícias com várias manifestações de políticos que se referiam à normativa do TSE como “intempestiva”, “um quase golpe”, “uma aberração”, “uma armação” e apontou a entrevista de setoristas com um ministro de Estado que havia ficado “tonto” com as mudanças. Em fls. 533, apelou que o STF conhecesse das Ações para acalmar os ânimos e visões distorcidas com que os meios de comunicação taxavam a possível omissão da Corte em discutir o mérito, como se estivesse “à beira de lavar as mãos, de adotar a postura de Pôncio Pilatos”. Esta referência da imprensa também foi lembrada no voto do ministro Carlos Velloso, em fls. 494.

No entanto, a transgressão da anterioridade eleitoral não foi objeto de votação, porque a maioria do colegiado entendeu que a regulamentação do Tribunal Superior Eleitoral apenas interpretou a legislação eleitoral vigente⁸⁷⁶, sem trazer qualquer tipo de inovação normativa e, por isso, sequer poderia ser objeto de análise do controle concentrado de constitucionalidade das leis⁸⁷⁷. Neste sentido, a corrente majoritária citou fartamente a jurisprudência da Casa⁸⁷⁸, o que a teoria política positiva descreveria como uma ação estratégica de resguardo da integridade da Corte, fundada nas expectativas sociais de seu comportamento esperado. Ante a crítica da opinião pública sobre a sua omissão, os ministros se resguardaram na própria tradição decisória da instituição.

Perfilhada à maioria colegial, a ministra Ellen Gracie ainda argumentou que não havia como arguir a inconstitucionalidade da normativa da Justiça Eleitoral se a própria Constituição Federal era silente sobre a temática das coligações partidárias e de seu âmbito de circunscrição⁸⁷⁹.

A despeito das críticas sobre a usurpação da competência do Congresso Nacional para legislar em matéria eleitoral, o ministro Celso de Mello defendeu a atuação do Tribunal Superior Eleitoral, fundada na própria função institucional do Judiciário:

“Cumpre Insistir que a **função de interpretar** as leis – cuja prática **não faz instaurar** situação de normatividade – **revela-se** prerrogativa essencial daqueles que as aplicam, **incumbindo**, ao Poder Judiciário, **por efeito** das próprias **funções institucionais** que lhe competem, o exercício dessa atribuição de ordem jurídica.”⁸⁸⁰

Ato contínuo à decisão do Supremo Tribunal, houve uma resposta do Congresso Nacional, num comportamento claro de evasão legislativa. Foi aprovada a Emenda Constitucional nº 52, em 8 de março de 2006, que previa

⁸⁷⁶ Art. 6º, *caput*, da Lei nº 9.054 de 1997.

⁸⁷⁷ Neste sentido, os ministros Nélson Jobim, em fls. 464-469, Ellen Gracie, em fls. 438, Moreira Alves, em fls. 473, Maurício Corrêa, em fls. 475, Carlos Velloso, em fls. 492, Celso de Mello, em fls. 496-498, e Néri da Silveira, em fls. 529 frisaram que atos normativos primários são as leis que descendem da Constituição Federal e, portanto, são passíveis do controle concentrado de constitucionalidade. Já a Instrução nº 55 do TSE seria uma espécie de regulamento, ou seja, atos normativos secundários com a função de concretizar as leis e, portanto, só seriam passíveis de controle de legalidade e não de constitucionalidade. ADIN 2.626-7/DF.

⁸⁷⁸ ADIN 2.626-7/DF, fls. 433, 438-440, 493, 494, 498, 501-504.

⁸⁷⁹ ADIN 2.626-7/DF, fls. 354, 355, 440 e 449. Embora tenha apontado o fundamento constitucional do caráter nacional dos partidos na Resolução 21.002 de 2002 (fls. 48), na ADIN 2.626-7/DF (fls. 440), a ministra Ellen Gracie afirmou que a Constituição era silente sobre o tema, invalidando qualquer hipótese de alegação de inconstitucionalidade da normativa eleitoral.

⁸⁸⁰ ADIN 2.626-7/DF, fls. 497.

textualmente a absoluta desvinculação das coligações partidárias nos planos federal, estadual, distrital e municipal⁸⁸¹.

Para não debater a competência do Tribunal Superior Eleitoral e assegurar sua preferência pela validade da Instrução Normativa nº 55, o Supremo se negou a apreciar o mérito da Ação Direta 2.626-7/DF. Com isso, perdeu a oportunidade de emitir um juízo sobre a verticalização das candidaturas, o que poderia servir como um precedente à declaração de inconstitucionalidade da Emenda nº 52. Esta armadilha hermenêutica fica mais evidente na manifestação da ministra Ellen Gracie, que apontou o silêncio constitucional como justificativa para aceitar a normativa eleitoral. Ora, se a Lei fundamental não regulamentava a questão, não se poderia criticar a qualquer reforma empreendida pelo Congresso Nacional.

Este erro de cálculo pode ser comparado a uma circunstância semelhante na jurisprudência norte-americana. Numa estratégia para ganhar a maioria colegial, a Corte Warren interpretou questões socioeconômicas na perspectiva da proteção à igualdade formal e da vedação à discriminação baseada na pobreza. Direitos formalmente reconhecidos como “sociais” estariam delegados à competência estadual. Posteriormente, quando o conservador William Rehnquist assumiu como “chief justice”, não teve grande dificuldade em pautar julgamentos nestes cânones decisórios para desconsiderar o status constitucional dos direitos sociais⁸⁸².

Tanto no Brasil, quanto nos Estados Unidos, este vínculo às tradições decisórias aponta o grau de constrangimento que os princípios e precedentes exercem sobre as preferências de juízes e cortes constitucionais, uma premissa central da teoria política positiva.

No entanto, a Emenda Constitucional nº 52 previra o início de sua vigência a partir da data de sua edição, em 2006⁸⁸³, quando já haveria eleições. Sendo

⁸⁸¹ Com a EC nº 52, a redação do art. 17, §1º passou a ser “Art. 17. (...) § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.”

⁸⁸² Bussière, Elizabeth, op. cit., pp. 169-172. Cf. item 2.5.1., *supra*.

⁸⁸³ O art. 2º da EC nº 52 de 2006 estabelece “Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se às eleições que ocorrerão no ano de 2002.” A data de “2002” referida no texto normativo produziu um intenso debate na ADIN 3.685-8/DF. Poderia ser uma tentativa inepta de burlar a verticalização nas eleições de 2002, o que seria inútil, pois o pleito já havia ocorrido em conformidade com a decisão da ADIN 2626-7/DF e da ADIN 2628-7/DF; a tentativa de fugir ao princípio da anterioridade eleitoral para o ano de 2006; ou um mero erro de

assim, foi proposta a Ação Direta 3.685-8/DF, julgada em 23 de março do mesmo ano, que reputava a inconstitucionalidade desta mudança constitucional por violação do princípio constitucional da anterioridade eleitoral⁸⁸⁴.

O ministro Marco Aurélio Mello fez questão de apontar que a normatização do Tribunal Superior Eleitoral atinente à verticalização das candidaturas foi adotada sem o respeito pela anterioridade, tal como alegado pelo ministro-relator da Ação Direta 2.626-7/DF, Sydney Sanches⁸⁸⁵. Neste argumento, foi contestado pelo ministro Nélson Jobim, que distinguiu o ato de interpretar uma lei – feito pela Justiça Eleitoral – do ato de criar uma lei em desrespeito à anterioridade – com a edição da Emenda Constitucional nº 52⁸⁸⁶.

Ambos os ministros travaram intensa discussão sobre as possibilidades recíprocas de vitória ou derrota a partir da adoção de seus posicionamentos, evidenciando o caráter agonístico de disputa de preferências descrito pela abordagem do jogo colegial⁸⁸⁷.

Os ministros da corrente majoritária de decisão estipularam que a aplicação da Emenda no ano de sua edição violaria as garantias individuais da segurança jurídica e do devido processo legal, cláusulas pétreas que vedavam a alteração da Constituição Federal⁸⁸⁸.

Contrariamente a esta interpretação, o ministro Sepúlveda Pertence negou que a violação da anterioridade eleitoral ofendesse qualquer limite material da Constituição e confessou, em tom irônico, ter ficado “frustrado e invejoso, na pesquisa ‘*mineralógica*’ à procura de cláusula pétrea ofendida, neste caso, a minha, ao contrário dos achados tão frutuosos dos meus eminentes Colegas, foi absolutamente infrutífera.”⁸⁸⁹

redação, fruto da celeridade com que o projeto de emenda constitucional foi aprovado; ou a permanência da data de sua tramitação no Senado Federal, que remonta justamente ao ano de 2002. ADIN 3.685-8/DF, fls. 201, 211, 220, 225 e 295.

⁸⁸⁴ ADIN 3.685-5/DF, fls. 217.

⁸⁸⁵ ADIN 3.685-5/DF, fls.302 e ADIN 2.626-7/DF, fls. 422.

⁸⁸⁶ ADIN 3.685-5/DF, fls. 353 e 354.

⁸⁸⁷ ADIN 3.685-5/DF, fls. 357 e 358.

⁸⁸⁸ ADIN 3.685-5/DF, fls.214, 216, 217, 219, 227, 228 e 292. Os limites à alteração constitucional encontram-se no art. 60, §4º, da CF: “Art. 60 (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.”

⁸⁸⁹ ADIN 3.685-5/DF, fls. 336.

Defendendo o papel institucional do Supremo Tribunal Federal no concerto dos poderes, o ministro Ricardo Lewandowski citou a discussão norte-americana em torno do protagonismo judicial:

“Essa discussão ganhou força nos Estados Unidos, num passado recente, a partir de um movimento de setores mais conservadores da sociedade, que se insurgiram contra os avanços dos tribunais sobre espaços que entendiam reservados ao processo político, notadamente ao Poder Legislativo e Executivo, seu principais protagonistas. Essa questão foi bem estudada por Alexandre Bickel, em seu livro denominado *The Least Dangerous Branch*, ou seja, ‘O menos perigoso dos poderes’, no qual assentou que o Judiciário está mais capacitado para lidar com questões de princípio, com valores permanentes da sociedade, do que o Legislativo e o Executivo, em face de seu maior distanciamento das paixões político-partidárias, não só do ponto de vista institucional como também temporal.”⁸⁹⁰

Alçando o Supremo à posição de garantidor da segurança político-institucional, o ministro Ricardo Lewandowski imunizou a Corte das injunções da esfera partidária e revestiu-lhe da função de tutoria das regras do jogo democrático⁸⁹¹.

Ao destacar este papel institucional da Corte, o Ministro Celso de Mello apontou que a anterioridade tinha o objetivo de imunizar o processo eleitoral do casuismo e do oportunismo congressional, pois **“eleição é coisa séria demais para ser legislativamente versada na undécima hora.”**⁸⁹² Aprofundando sua crítica:

“Já se disse, nesta Suprema Corte, que o Congresso Nacional, em matéria constitucional, pode muito, **mas não pode tudo**, pois, **acima do poder**, que se reconhece ao Legislativo, **situa-se a autoridade incontestável** da Constituição da República (...) a Câmara dos Deputados e o Senado Federal **não podem transgredir**, como o fizeram no caso em exame, o núcleo da Constituição, **sob pena** de tais Casas legislativas **perpetrarem lesão gravíssima** aos postulados que refletem o espírito e que permitem preservar a própria identidade do texto constitucional.”⁸⁹³

“o legislador constituinte, atento à necessidade de coibir abusos e casuísmos **descaracterizadores** da normalidade **ou** da própria legitimidade do processo eleitoral **e sensível** às inquietações da sociedade civil, **preocupada e indignada** com a deformante **manipulação legislativa** das regras eleitorais (...) **fez inscrever**, no texto constante **do art. 16** de nossa Carta Política, **um postulado** de irrecusável importância ético-jurídica”⁸⁹⁴

“Em uma palavra: O Congresso Nacional **não** tem poder, **nem** autoridade, **para**, a pretexto de reformar o texto constitucional, **destruir** a própria Constituição, **mediante** desrespeito frontal àquele conjunto de valores **que informam e dão**

⁸⁹⁰ ADIN 3.685-5/DF, fls.222 e 223.

⁸⁹¹ ADIN 3.685-5/DF, fls. 225. Fundamentação semelhante apresentaram os ministros Nélson Jobim (fls. 354) e Gilmar Mendes (fls. 273).

⁸⁹² ADIN 3.685-5/DF, fls. 238-241.

⁸⁹³ ADIN 3.685-5/DF, fls. 329.

⁸⁹⁴ ADIN 3.685-5/DF, fls.321 e 322.

substância à declaração de direitos, **dentre os quais** avulta (...) da garantia básica da anterioridade eleitoral.”⁸⁹⁵

“**O poder de reformar** a Constituição, portanto, **não confere** ao Congresso Nacional, atribuições ilimitadas **e**, muito menos, **não lhe outorga** o poder de destruir a ordem normativa positivada no texto da Lei Fundamental do Estado.”⁸⁹⁶

Pela transcrição, percebe-se que o ministro Celso de Mello não economizou máculas. Em tom veemente, sequer considerou qualquer possibilidade de motivação razoável do Congresso Nacional, fez questão de reduzir sua margem de competência e não demonstrou nenhuma reticência em denegrir seu comportamento. Na verdade, a escolha de palavras do ministro não revela apenas seu desprezo, mas também a ausência de temeridade por represálias institucionais legislativas⁸⁹⁷, o que reforça a tese do institucionalismo atitudinal. Neste cenário, o *status* da Corte pode ter alcançado níveis de autonomia para o exercício do poder que favoreceram a absoluta liberdade de julgamento de seus membros.

Por maioria de votos, o Supremo Tribunal frustrou a expectativa de liberdade coligativa dos partidos para as eleições de 2006. A Emenda Constitucional nº 52 teria eficácia somente um ano após sua edição, o que, em termos práticos, resultava na sua aplicação apenas em 2010, ano do próximo pleito federal, estadual e distrital⁸⁹⁸.

Um dado bastante revelador neste processo foi a celeridade com que a Ação 3.685-8/DF foi julgada, ao longo do mês de março de 2006. Proposta pelo Conselho Federal da OAB, a ação foi distribuída no dia 9 para a ministra-relatora Ellen Gracie e seu julgamento realizado no dia 23, com incríveis quatorze dias de trâmite total, publicando-se a decisão no Diário Oficial da União no dia 31. Tendo em vista que o tempo médio de permanência de uma ação direta no Supremo é de trinta e cinco meses, percebe-se que houve um o engajamento especial em julgar a questão e garantir sua preferência institucional⁸⁹⁹.

⁸⁹⁵ ADIN 3.685-5/DF, fls. 320.

⁸⁹⁶ ADIN 3.685-5/DF, fls. 313. Na esteira do jogo entre os poderes, destaca-se o voto do ministro Carlos Aires Britto, que lembrou a necessidade de que toda a Justiça Eleitoral se adaptasse às novas regras eleitorais dentro de um prazo razoável, o que revela um senso de autopreservação institucional do Judiciário. ADIN 3.685-5/DF, fls. 242.

⁸⁹⁷ ADIN 3.685-5/DF, fls. 308-329.

⁸⁹⁸ Com as eleições municipais acontecem de maneira singular, sem pleito eleitoral concomitante das esferas federal e estadual, o certame de 2008 não sofreria nenhum impacto da decisão.

⁸⁹⁹ Estes dados se referem ao tempo de julgamento médio das ADINs sem pedido de liminar. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Definição da Pauta no Supremo

3.6.3.

A Cláusula de Barreira

Em 07 de fevereiro de 1996, o Supremo Tribunal Federal julgou a liminar da Ação Direta 1.354-8/DF, proposta pelo Partido Social Cristão contra a Lei nº 9.096 de 1995, que supostamente ofendia a igualdade entre as agremiações políticas⁹⁰⁰.

Especificamente, a norma estabelecia que a cada eleição para a Câmara dos Deputados, o partido deveria obter o mínimo de cinco por cento de votos válidos distribuídos em um terço dos Estados, com pelo menos dois por cento da expressão eleitoral em cada um⁹⁰¹.

Sem atender a este critério, o partido estava condenado a ter apenas dois minutos de propaganda política em cadeia nacional a cada semestre, repartir apenas um por cento do Fundo Partidário e ficar excluído do funcionamento parlamentar, o que inviabilizava uma série de atividades legislativas, como a participação no Colégio de Líderes⁹⁰², a indicação de membros para comissões internas e o exercício de cargos e funções na Câmara⁹⁰³.

Contrariamente, os partidos que atendessem às exigências legais teriam inserções de duas horas totais por semestre em programas eleitorais nacionais e

Tribunal Federal e (Auto)Criação do Processo Objetivo. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF, novembro de 2008, p. 4366. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_194.pdf, acesso em 20 de fevereiro de 2014. Para ilustrar a celeridade do julgamento, citam-se os exemplos do ministro Ricardo Lewandowski, que chegou a citar seu voto como “notas rascunhadas” (fls. 221) e o ministro Marco Aurélio Mello, que assumiu a falta de tempo para preparar um voto escrito (fls. 303), ADIN 3.685-5/DF.

⁹⁰⁰ ADIN MC 1.354-8/DF, fls. 199-204.

⁹⁰¹ Lei nº 9.096 de 1995: “Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.”

⁹⁰² Nascido durante a constituinte de 1987-88, o Colégio de Líderes se institucionalizou no RICD e tem o objetivo de dinamizar os trabalhos legislativos por meio da concentração do processo decisório nas lideranças partidárias. JOBIM, Nélon. “O Colégio de Líderes e Câmara dos Deputados.” *Cadernos de Pesquisa*. CEBRAP, nº 3, Novembro de 1994; FIGUEIREDO, Juliana Baldoni. “O Colégio de Líderes: Surgimento e Evolução.” *E-legis*. Brasília, n. 8, p. 6-33, 1º semestre de 2012.

⁹⁰³ ADIN 1.345-8/DF, fls. 241 e 273. Lei 9.096 de 1995: “Art. 41. (...) I - um por cento do total do Fundo Partidário será destacado para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral; (...) Art. 48. O partido registrado no Tribunal Superior Eleitoral que não atenda ao disposto no art. 13 tem assegurada a realização de um programa em cadeia nacional, em cada semestre, com a duração de dois minutos.”

estaduais, repartiriam noventa e nove por cento do Fundo Partidário e teriam funcionamento parlamentar⁹⁰⁴.

Apesar das alegações de assimetria de tratamento, os ministros do Supremo decidiram rejeitar a liminar por unanimidade, com fundamento no voto condutor da relatoria, que reconheceu os critérios legais como uma concretização da exigência constitucional do caráter nacional dos partidos⁹⁰⁵. O ministro-relator Maurício Corrêa ainda lembrou seu discurso de despedida das funções parlamentares e a justificativa do Senador José Fogaça ao projeto que se converteu na Lei nº 9.096 para apontar os efeitos prejudiciais da multiplicação de partidos políticos na democracia brasileira⁹⁰⁶.

Em 7 de dezembro de 2006, o Supremo Tribunal Federal retomou o julgamento Ação Direta 1.354-8/DF⁹⁰⁷. Contrariamente à decisão liminar, os ministros lembraram a restrição a novas agremiações políticas na ordem constitucional anterior, um recurso colegial de legitimação decisória que explorava o caráter autoritário da Carta Política de 1967 como um meio de autorizar uma nova interpretação sobre o tema⁹⁰⁸.

A fundamentação do Plenário partiu do pressuposto de que a Constituição Federal não criou partidos de classes diferentes, mas a Lei nº 9.096 criara uma “cláusula de barreira ou de desempenho”⁹⁰⁹. Este entrave, que impedia a igualdade de chances na disputa política, foi ilustrado por declarações impactantes que blindavam a posição da Corte. Segundo o ministro Sepúlveda Pertence, a norma eleitoral “não mata, mas deixa morrer”⁹¹⁰ e segundo outros ministros, “as normas draconianas da Lei”⁹¹¹ colocavam as agremiações menores em um “corredor da

⁹⁰⁴ Lei nº 9.096 de 1995: “Art. 41 (...) II - noventa e nove por cento do total do Fundo Partidário serão distribuídos aos partidos que tenham preenchido as condições do art. 13, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados. (...) Art. 49. O partido que atenda ao disposto no art. 13 tem assegurado: I - a realização de um programa, em cadeia nacional e de um programa, em cadeia estadual em cada semestre, com a duração de vinte minutos cada; II - a utilização do tempo total de quarenta minutos, por semestre, para inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais, e de igual tempo nas emissoras estaduais.”

⁹⁰⁵ ADIN 1.354-8/DF, fls. 207, 218, 219, 220 e 224.

⁹⁰⁶ ADIN 1.354-8/DF, fls. 214 e 215.

⁹⁰⁷ Nesta sessão houve o julgamento conjunto da Ação Direta 1.351-3/DF, que versava sobre a mesma inconstitucionalidade da Lei nº 9.096.

⁹⁰⁸ ADIN 1.354-8/DF, fls. 196.

⁹⁰⁹ ADIN 1.354-8/DF, fls. 240-242, 253-276, 306-B.

⁹¹⁰ ADIN 1.354-8/DF, fls. 289.

⁹¹¹ Ministra Ellen Gracie, ADIN 1.354-8/DF, fls. 324.

morte”⁹¹², criando uma “vida soberba de alguns partidos políticos e a morte humilhante de outros.”⁹¹³

Para o ministro-relator Marco Aurélio Mello, a democracia não era “a escravidão da minoria pela maioria”⁹¹⁴ e nem a “ditadura da maioria”⁹¹⁵, uma interpretação chancelada por outros colegas⁹¹⁶. Na verdade, a Constituição Federal inspirou o pluralismo político e a manifestação de diversas formas de manifestações socioculturais, o que era valorizado pelo sistema proporcional de eleição da Câmara, mas foi desprezado pela cláusula de barreira, que impedia o funcionamento parlamentar, a difusão de ideias variadas no eleitorado e prejudicava a sobrevivência econômico-financeira dos partidos de pouca expressão⁹¹⁷.

Todos os votos revelaram o uso destas expressões altamente retóricas como um recurso estratégico que legitimava um posicionamento frontalmente contrário à produção normativa do legislador e o interesse das forças políticas majoritárias que se beneficiavam com seus termos. Os ministros delegaram discussões técnico-jurídicas ao segundo plano, apelando a argumentos abstratos de proteção das minorias e da democracia que resguardavam o Tribunal de possíveis críticas. Numa ótica estratégica, esta conduta de preservação institucional seria ainda mais evidente pelo voto em unanimidade, um mecanismo de sofisticação decisória típica de cenários de enfrentamento aberto entre poderes, sem uma proeminência legislativa ou judicial.

Curiosamente, três ministros que votaram pela rejeição da liminar mudaram seu posicionamento e declararam a inconstitucionalidade da lei: Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio Mello e Celso de Mello.

Numa dimensão histórica, a modificação radical de sua interpretação conduz à conclusão de uma transformação de cenário que permitiu a afirmação de preferências sinceras. Porém, numa ótica atitudinal, esta alteração enfatiza a

⁹¹² Ministro Gilmar Mendes, ADIN 1.354-8/DF, fls. 293 e ministro Eros Grau, citando que a autoria da expressão pertencia a Marcelo Cerqueira, ADIN 1.354-8/DF, fls. 306-A.

⁹¹³ ADIN 1.354-8/DF, fls. 204.

⁹¹⁴ ADIN 1.354-8/DF, fls. 215.

⁹¹⁵ ADIN 1.354-8/DF, fls. 217. No mesmo sentido, o ministro Gilmar Mendes disse que a Lei 9.096 gerava o sacrifício radical das minorias, ADIN 1.354-8/DF, fls. 253.

⁹¹⁶ Ministro Ricardo Lewandowski, ADIN 1.354-8/DF, fls. 301, ministra Carmem Lúcia Antunes, ADIN 1.354-8/DF, fls. 303 e o ministro Gilmar Mendes, que apontou o “sacrifício radical das minorias” pela legislação eleitoral vigente, ADIN 1.354-8/DF, fls. 253.

⁹¹⁷ Ministro Marco Aurélio Mello, ADIN 1.354-8/DF, fls. 203, ministra Carmem Lúcia Antunes, ADIN 1.354-8/DF, fls. 304 e ministro Carlos Aires Britto, ADIN 1.354-8/DF, fls. 309.

autonomia decisória de cada juiz constitucional, um fato realçado pela deliberação ser refratária ao Congresso Nacional e pela ousadia interpretativa dos ministros, que alteraram o sentido restritivo da lei como se fossem “legisladores positivos”, na expressão do ministro Marco Aurélio Mello⁹¹⁸.

Especificamente, a decisão foi construída por meio de debates sucessivos, com reformas pontuais aos artigos da Lei 9.096 que mudaram seu sentido e eliminaram a cláusula de barreira. Um critério transitório constante na própria norma eleitoral foi restabelecido para que os recursos do Fundo Partidário fossem divididos com base na última eleição geral da Câmara dos Deputados⁹¹⁹ e o funcionamento parlamentar dependesse apenas da presença de um mínimo de três representantes eleitos em diferentes Estados, conforme regulação da Mesa Diretora⁹²⁰. Quanto ao tempo de inserção em cadeia estadual e nacional, foi garantida a igualdade entre os partidos⁹²¹.

No entanto, o colegiado assumiu um comportamento estratégico cauteloso ao afirmar que o quadro normativo poderia ser alterado por intervenções legislativas futuras, que estabelecessem critérios menos restritivos aos partidos de pouca expressão⁹²². Embora esta sofisticação decisória seja típica de um cenário de supremacia legislativa, o grau de intervenção do Supremo não permite esta conclusão, que deve ser interpretada como um mecanismo de amenizar o impacto

⁹¹⁸ ADIN 1.354-8/DF, fls. 221.

⁹¹⁹ A regra dos incisos I e II do art. 41 foi declarada inconstitucional (vide nota *supra*), com a adoção do art. 57, inciso II, porém, com uma interpretação supressiva da expressão “no art. 13” e da limitação temporal do *caput* do artigo: “Art. 57. No período entre o início da próxima Legislatura e a proclamação dos resultados da segunda eleição geral subsequente para a Câmara dos Deputados, será observado o seguinte: (...)II - vinte e nove por cento do Fundo Partidário será destacado para distribuição, aos Partidos que cumpram o disposto no art. 13 ou no inciso anterior, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados;” Lei 9.096/95. ADIN 1.354-8/DF, fls. 218-237, 289-298, 325.

⁹²⁰ A regra do art. 13 (vide nota *supra*) foi declarada inconstitucional, adotando-se o critério do art. 56, mas desprezando-se sua restrição temporal: “Art. 56. No período entre a data da publicação desta Lei e o início da próxima legislatura, será observado o seguinte: I - fica assegurado o direito ao funcionamento parlamentar na Câmara dos Deputados ao partido que tenha eleito e mantenha filiados, no mínimo, três representantes de diferentes Estados; II - a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados disporá sobre o funcionamento da representação partidária conferida, nesse período, ao partido que possua representação eleita ou filiada em número inferior ao disposto no inciso anterior”. Lei 9.096/95. ADI 1.354-8/DF, fls. 218-237, 289-298, 325.

⁹²¹ O art. 48 foi declarado inconstitucional (Vide nota *supra*), com a adoção da regra do art. 49, porém, com a supressão do termo “que atenda ao disposto no art. 13”, ou seja, eliminando qualquer restrição entre partidos para a propaganda eleitoral: “Art. 49. O partido que atenda ao disposto no art. 13 tem assegurado: I - a realização de um programa, em cadeia nacional e de um programa, em cadeia estadual em cada semestre, com a duração de vinte minutos cada; II - a utilização do tempo total de quarenta minutos, por semestre, para inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais, e de igual tempo nas emissoras estaduais.” Lei 9.096/95. ADIN 1.354-8/DF, fls. 218-237, 289-298, 325.

⁹²² ADI 1.354-8/DF, fls. 221 e 228.

das mudanças com uma espécie de convite à manifestação legislativa, que ocorreu três meses após a decisão, em 21 de março de 2007, com a Lei nº 11.459.

Como o Supremo eliminara o critério diferencial de rateio do Fundo Partidário, restabelecendo meramente a divisão proporcional de vinte e nove por cento de acordo com a representatividade eleitoral na Câmara dos Deputados, restava ao legislador regulamentar novamente esta temática.

Enquanto a Lei nº 9.096 previa a divisão de um por cento entre todos os partidos e noventa e nove por cento apenas para aqueles que cumprissem a cláusula de barreira de seu art. 13, a nova previsão legal separou cinco por cento das cotas para todas as agremiações com estatuto registrado no Tribunal Superior Eleitoral e noventa e cinco por cento distribuídos na proporção dos votos obtidos nas últimas eleições para a Câmara dos Deputados⁹²³.

Com esta normativa, reafirmada posteriormente pela Lei nº 12.875 de 2013⁹²⁴, a cláusula de barreira havia sido afastada, permanecendo apenas uma divisão entre partidos com candidatos eleitos ou não para a Câmara dos Deputados. O Congresso Nacional preferiu não se arriscar numa evasão legislativa, submetendo-se às linhas mestras da decisão do Supremo.

Em ponderação colateral à Ação Direta 1.354-8, o ministro Gilmar Mendes criticou o excesso de personalismo no sistema político brasileiro e defendeu uma revisão da jurisprudência do Tribunal que autorizava a troca de partido no curso do mandato, o que qualificou como um “falseamento grotesco do modelo de representação popular pela via da democracia de partidos.”⁹²⁵ A questão levantada suscitou uma discussão que levou os ministros Eros Grau e César Peluso a criticarem o “seminário” que se desenvolvera⁹²⁶.

Esta projeção de jurisprudência aponta um cenário de conversão institucional, uma vez que o ministro claramente reivindicava ao Tribunal uma

⁹²³ Lei nº 11.459 de 2007: “Art. 1º A Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 41-A: ‘Art. 41-A. 5% (cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral e 95% (noventa e cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão distribuídos a eles na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.’”

⁹²⁴ Lei nº 12.875 de 2013: “Art. 41-A. Do total do Fundo Partidário: I - 5% (cinco por cento) serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral; e II - 95% (noventa e cinco por cento) serão distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.” Lei nº 12.875 de 2013.

⁹²⁵ ADI 1.354-8/DF, fls. 249, 250, 277-279 e 294.

⁹²⁶ ADI 1.354-8/DF, fls. 294-296, 313.

competência tipicamente legislativa de regar o jogo político. Embora este apelo inserido na agenda da Corte tenha sido isolado, despertou um debate e serviu como um sinal para que atores externos pudessem provocar sua jurisdição, o que efetivamente sobreveio com a resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta nº 1.398 de 2007 e no julgamento dos Mandados de Segurança 26.602-3/DF, 26.603-1/DF e 26.604-0/DF, em 4 de outubro do mesmo ano, conforme se constata a seguir.

3.6.4.

A Fidelidade Partidária

O tema da fidelidade partidária discute a possibilidade de desvinculação de um parlamentar da agremiação pela qual foi eleito, durante um mandato.

Nos Mandados de Segurança 20.916-0/DF e 20.927-5/DF, julgados em 11 de outubro de 1989, discutia-se a possibilidade de o Presidente da Câmara dos Deputados negar a posse de suplente que havia trocado de partido no curso daquela legislatura.

Por decisão majoritária, o Supremo determinou que se a Constituição Federal não previra esta hipótese nem para os titulares de cargo político, o mesmo entendimento deveria ser estendido aos suplentes⁹²⁷.

Perfilhando-se à corrente majoritária, o ministro Célio Borja defendeu que o cerne da questão era a competência para determinar a perda de mandato, que pertencia à Justiça Eleitoral e não ao Legislativo. Segundo o ministro, os parlamentos já haviam cumprido uma série de funções na história ocidental, mas sua feição representativa e seu elo eleitoral eram relativamente recentes para que o juízo sobre a legitimidade de mandatos ficasse ao seu próprio alvitre⁹²⁸.

Contrariamente, o ministro Sydney Sanches condenou a posição da maioria em cancelar a “infidelidade partidária”⁹²⁹, numa escolha de termos que a abordagem colegial consideraria como um expediente para constranger seus pares a adotarem uma posição diferente:

⁹²⁷ MS 20.927-5/DF, fls.143-145 e 186.

⁹²⁸ MS 20.927-5/DF, fls. 166-169.

⁹²⁹ MS 20.927-5/DF, fls. 173.

“Torno a dizer que todos nós nos mostramos indignados com a possibilidade de o parlamentar já empossado se conduzir com a infidelidade ao Partido, e, mais que isso, ao eleitor, sem sofrer sanções. E, apesar disso, é acatada, agora, pela douta maioria, a extensão do direito à infidelidade partidária, mesmo ao que ainda não se empossou, permitindo que se empossasse em outro Partido, mesmo o adversário e vencido na disputa. E até sem qualquer vinculação partidária. Essa extensão, a meu ver, amplia o ilogismo constitucional, com um novo ilogismo, este extra-constitucional e extra-legal, senão ilegal”⁹³⁰

Sem discordar essencialmente do ministro Sydney Sanches, o ministro Francisco Rezek tentou situar sua interpretação contrária em bases histórico-constituintes, asseverando que a refundada ordem democrática caminharia num sentido diverso do que legalidade permitia àquele momento:

“Tenho a certeza de que as coisas não permanecerão como hoje se encontram. Em breve ou a médio prazo, os partidos políticos no Brasil – de cujo exato número receio eu próprio haver perdido a conta – serão em número consentâneo com aquela divisão natural das facções políticas de que se compõe nossa sociedade. Nesse momento serão mais coesos, haverá maior homogeneidade entre seus filiados, e poder-se-á falar com mais firmeza a respeito da fidelidade a eles devida. A Constituição de 1988 tem naturalmente um subsolo. Este consiste, basicamente, nas suas circunstâncias, no seu momento histórico. Não foi por acaso que o constituinte de 88 se omitiu de prescrever, com riqueza vernacular quantitativa que usou em tantos temas menores, sobre fidelidade partidária. Não quis fazê-lo por acreditar, provavelmente, que não saímos ainda daquela zona cinzenta em que nos encontramos desde os acontecimentos de 64, ou, mais precisamente, desde quando dissolvidos os antigos partidos – resultando no abandono da vida pública por homens da estatura do nosso antigo colega Oscar Corrêa. Isso é uma realidade que o constituinte deve ter querido prestigiar, e ao direito positivo me atendo. Sei que o futuro renderá homenagem à generosa inspiração cívica da tese que norteou os votos dos eminentes ministros Celso Mello, Paulo Brossard, Carlos Madeira e Sydney Sanches.”⁹³¹

Do voto do ministro Francisco Rezek depreende-se um conhecimento da inviabilidade do momento histórico para que o Tribunal tomasse uma posição mais aguda na defesa de um princípio que os ministros consideravam plenamente correto, o que consagra as análises do institucionalismo histórico que situa o comportamento de uma corte no panorama maior da conjuntura temporal que cria condições para um efetivo papel de protagonismo no sistema político.

No mesmo sentido, foi a manifestação do ministro-presidente Néri da Silveira, que integrou a corrente majoritária, mas fez questão de demonstrar um zelo institucional típico do comportamento de presidentes de cortes constitucionais, conforme a abordagem da teoria política positiva. Ao esclarecer o

⁹³⁰ MS 20.927-5/DF, fls. 173.

⁹³¹ MS 20.927-5/DF, fls. 174.

pensamento da Corte, o ministro-presidente buscou protegê-la de possíveis críticas negativas:

“Estou querendo resumir o pensamento da Corte para que, depois, não se afirme que a decisão do Tribunal chegou à conclusão de que a fidelidade partidária é algo superado, algo que não tem importância alguma para a ordem democrática. Este Tribunal, enquanto intérprete e guarda da Constituição, há de emitir seus pronunciamentos de forma clara.”⁹³²

A fundamentação fixada no argumento formal de imprevisibilidade constitucional se configura num mecanismo de sofisticação decisória, que junto com a intervenção dos ministros Francisco Rezek e Néri da Silveira, pode indicar um cenário de autocontenção judicial. Embora tenha repudiado a infidelidade partidária para não sofrer críticas externas, o Tribunal não a invalidou, o que demonstra uma preocupação em preservar sua autoridade institucional no panorama mais amplo do sistema político e de suas práticas habituais, ainda que isto importasse no desrespeito pontual da deliberação do presidente da Câmara dos Deputados.

No julgamento conjunto dos Mandados de Segurança 26.602-3/DF, 26.603-1/DF e 26.604-0/DF, em 4 de outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal enfrentou novamente o tema da fidelidade partidária.

Em resposta à Consulta nº 1.398 de 2007, o Tribunal Superior Eleitoral fixou entendimento de que os partidos conservariam o direito de manter as vagas obtidas em eleições proporcionais, nas hipóteses de desfiliação ou troca de agremiação política no curso do mandato parlamentar⁹³³.

Como o presidente da Câmara dos Deputados se fixava no Regimento Interno da Casa⁹³⁴ para não declarar vago o mandato de parlamentar que se desfiliasse e nem convocar suplente da legenda pela qual se elegeu, o partido Democratas impetrou o Mandado de Segurança 26.604-0/DF⁹³⁵.

⁹³² MS 20.927-5/DF, fls. 183.

⁹³³ MS 26.604-0/DF, fls. 139.

⁹³⁴ RICD: “Art. 238. As vagas, na Câmara, verificar-se-ão em virtude de: I - falecimento; II - renúncia; III - perda de mandato. Art. 239. A declaração de renúncia do Deputado ao mandato deve ser dirigida por escrito à Mesa, e independe de aprovação da Câmara, mas somente se tornará efetiva e irretratável depois de lida no expediente e publicada no Diário da Câmara dos Deputados. § 1º Considera-se também haver renunciado: I - o Deputado que não prestar compromisso no prazo estabelecido neste Regimento; II - o Suplente que, convocado, não se apresentar para entrar em exercício no prazo regimental. § 2º A vacância, nos casos de renúncia, será declarada em sessão pelo Presidente.”

⁹³⁵ MS 26.604-0/DF, fls. 139 e 140.

Após citar o ministro Cezar Asfor Rocha, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior Eleitoral, para definir a importância dos partidos no sistema político, o ministro Menezes Direito defendeu a competência da Justiça Eleitoral que não estaria “criando norma artificial” nem “ingressando em seara reservada ao poder de legislar.”⁹³⁶

Em direção contrária, o ministro Ricardo Lewandowski trouxe um comentário do ministro Nelson Jobim, já retirado do cargo, para demonstração da dificuldade de julgar questões da prática política, como as afetas às eleições e à fidelidade partidária⁹³⁷. Em sequência, fez um apelo à segurança jurídica e à confiança em um “Direito Judicial”⁹³⁸, construído na jurisprudência do próprio Tribunal, para firmar sua posição contrária à intervenção do Supremo nesta temática. Como referência, citou o Mandado de Segurança 20.927-5/DF e, em especial, o voto do ministro Gilmar Mendes que decidira a favor da possibilidade de troca de partidos naquela oportunidade⁹³⁹.

Esclarecendo sua alteração de posicionamento, o ministro Gilmar Mendes, fundamentou seu voto no sentido da dimensão prospectiva dos votos do Mandado de Segurança 20.927-5/DF, que anteciparam uma mudança da jurisprudência no futuro⁹⁴⁰. Neste sentido, citou várias decisões das cortes constitucionais norte-americanas e alemã para embasar a possibilidade de mudança de entendimento da jurisdição constitucional⁹⁴¹.

O ministro Cezar Peluso se socorreu de inspiração constitucional e da segurança jurídica para anuir com a fixação da fidelidade partidária:

“a Corte dá segurança jurídica à vida parlamentar e à sociedade. Saberão todos, a partir de hoje, se a tese, com todas as suas consequências, for aprovada pela Corte, como se devam comportar perante a ordem jurídico-constitucional”⁹⁴².

No mesmo espectro, o ministro Carlos Aires Britto sustentou que existem duas democracias e duas legitimidades, sendo que

“A nossa não é eletiva. Não fomos eleitos, mas somos os supremos guardiões da Constituição. Dessa guarda maior retiramos nossa legitimidade. Desse modo, interpretar e aplicar a Constituição, inclusive na perspectiva da demarcação dos

⁹³⁶ MS 26.604-0/DF, fls. 293.

⁹³⁷ MS 26.604-0, fls. 306.

⁹³⁸ MS 26.604-0, fls. 317.

⁹³⁹ MS 26.604-0, fls. 312-314.

⁹⁴⁰ MS 26.604-0, fls. 406 e 407.

⁹⁴¹ MS 26.604-0/DF, em fls. 441-445.

⁹⁴² MS 26.604-0/DF, fls. 400.

espaços de legítima atuação dos Poderes, não é usurpação, é isso que nos cabe fazer. E nessa medida, (...) cumprimos uma função política, porém, com necessária fundamentação técnica ou jurídica.”⁹⁴³

A despeito dos conceitos abstratos utilizados pelos ministros se constituírem em importantes meios colegiais de convencimento, o modo como foram construídos revela o tipo de normas socioculturais a que os juízes constitucionais estão submetidos. O recurso à segurança jurídica, ao rigor técnico, ao voto de ministros e ex-ministros da Casa e de outros tribunais, à jurisprudência interna e estrangeira e ao Direito construído na Corte evidencia a premissa da teoria política positiva de que a tradição decisória das cortes constitucionais possuem especificidades e limites constitutivos que condicionam o comportamento estratégico dos atores.

Este vínculo aos cânones judiciais tornou-se mais necessário pelo fato de os ministros disputarem entre a continuidade do precedente estabelecido no Mandado de Segurança 20.927-5/DF ou sua superação por um novo entendimento, o que gerava um ônus argumentativo muito maior. Sob pena de crítica à ruptura de sua essência, a fixação de um novo parâmetro não poderia ser feita de uma forma isolada, mas cuidadosamente construída segundo seus princípios tradicionais de conduta e legitimidade.

Por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento pretérito, reconhecendo que o mandato parlamentar não pertencia ao candidato eleito, mas ao partido pelo qual conseguiu o sucesso eleitoral e a quem deve respeito ao ideário e ao programa⁹⁴⁴.

Esta orientação respeitaria os ditames constitucionais que estabelecem o critério proporcional de ocupação de cadeiras parlamentares de acordo com a expressividade eleitoral obtida pelo partido, seja pelo voto num candidato da agremiação ou, ainda com mais razão, no voto de legenda⁹⁴⁵.

Sendo assim, o Supremo determinou que a desfiliação no curso do mandato parlamentar resultaria na perda do direito de exercê-lo, com a consequente ocupação da vaga legislativa por outro membro do partido⁹⁴⁶.

⁹⁴³ MS 26.604-0/DF, fls. 345.

⁹⁴⁴ MS 26.604-0/DF, fls.181-190, 362 e 363.

⁹⁴⁵ MS 26.604-0/DF, fls. 179-182.

⁹⁴⁶ MS 26.604-0/DF, fls. 244-246. Embora reconhecendo a exigência de fidelidade partidária, por questões de segurança jurídica o Supremo deu eficácia à decisão a partir da resposta à Consulta 1.398/2007, do TSE, que havia firmado entendimento proibitivo da migração de

Vencido o mérito, restava ao colegiado velar pela segurança jurídica e estabelecer o momento em que esta interpretação teria eficácia. O ministro Marco Aurélio Mello lembrou que a Justiça Eleitoral havia se manifestado em processo administrativo e que a mudança do entendimento deveria se fixar numa manifestação jurisdicional. Tendo em vista que “a Constituição é o que o Supremo diz que ela é” e a própria Corte acabara de se pronunciar, defendeu que a data de julgamento fosse tomada como base para a produção dos efeitos jurídicos⁹⁴⁷.

Contrariamente, o colegiado preferiu modular os efeitos da decisão, que atingiriam apenas as hipóteses de desfiliação posterior à data da Consulta nº 1.398 de 2007⁹⁴⁸, o que atribuía um peso bem maior à competência do Tribunal Superior Eleitoral e retomava a proposta do ministro Célio Borja, no Mandado de Segurança 20.927-5/DF⁹⁴⁹.

A decisão se constituiu numa ordem para que o presidente da Câmara dos Deputados remetesse o pedido de vacância de apenas uma deputada federal ao Tribunal Superior Eleitoral, que deveria editar resolução disciplinadora da matéria⁹⁵⁰ e decidir sobre este caso específico. No balanço final, o Supremo impôs sua interpretação sobre a fidelidade partidária, afastou a incidência de norma regimental legislativa sobre as vagas na Câmara dos Deputados e reconheceu a competência da Justiça Eleitoral para regular a matéria.

Embora apenas uma vaga parlamentar discutida no julgamento conjunto dos Mandados de Segurança se enquadrasse na hipótese de perda do mandato, a Corte construiu um entendimento que retirava do legislador a competência da questão, criando a estrutura normativa de como o jogo político deveria ocorrer⁹⁵¹.

Com ampla cobertura na mídia, o caso trouxe uma oportunidade para que o Supremo Tribunal Federal ganhasse o apoio da opinião pública, fato corroborado pela transcrição de reportagens nos votos dos ministros que

legenda. Sendo assim, os parlamentares que mudaram de partido antes desta data e eram questionados no MS 26.602-3/DF e no MS 26.603-1/DF, não perderam seus mandatos. MS 26.602-3/DF, fls. 191 e MS 26.603-1/DF, fls. 324 e 470.

⁹⁴⁷ MS 26.604-0/DF, fls. 464 e 465.

⁹⁴⁸ A data da Consulta foi 27 de março de 2007. MS 26.604-0/DF, fls. 464-469.

⁹⁴⁹ MS 20.927-5/DF, fls. 166-169.

⁹⁵⁰ Esta norma foi produzida vinte e um dias após o julgamento, em 25 de outubro de 2007, com a Resolução nº 22.610, que se referenciou expressamente nos Mandados de Segurança 26.602-3/DF, 26.603-1/DF e 26.604-5/DF.

⁹⁵¹ MS 26.604-0/DF, fls. 135-138, 345, 464-469.

apontavam e criticavam a intensa troca de partidos entre os parlamentares⁹⁵². Segundo a reflexão teórica de Vanberg⁹⁵³, este cenário tornava mais difícil a possibilidade de evasão legislativa à decisão e favorecia a assunção de um comportamento de corte assertiva, que possui um ambiente favorável ao fiel cumprimento de suas deliberações.

Esta evidência se comprovou no apelo recorrente de vários ministros que consideraram que a troca de partido após a eleição se constituiria em verdadeira fraude à vontade popular, posto que a escolha pessoal viabilizada pelo sistema de lista aberta não despreza o fato de que o cidadão também faz opções de caráter mais abrangente, com um enfoque no rol de propostas do partido⁹⁵⁴. Ao utilizar este argumento, revestia-se a decisão de um caráter de legitimidade democrático-representativa, o que garantia uma aderência ainda maior da opinião pública.

3.6.5.

A Portabilidade Eleitoral

Na Ação Direta 4.430, julgada em 29 de junho de 2012, foi discutido o critério de divisão do tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão, que dependia da representação proporcional do partido na última eleição da Câmara dos Deputados⁹⁵⁵. Como a Constituição Federal previa a criação, fusão e

⁹⁵² No MS 26.604-0/DF, o ministro Gilmar Mendes chega a transcrever reportagem de um jornal em seu voto, em fls. 421 e 422. No mesmo Mandado de Segurança, para ressaltar a importância dos partidos, o ministro Marco Aurélio aponta dados apresentados de um jornalista, em um programa de entrevista, registrando que de todos os deputados eleitos para uma legislatura, apenas trinta e nove conseguiriam sua vaga por conta própria, sem o voto de legenda, em fls. 456.

⁹⁵³ VANBERG, Georg. "Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review."

⁹⁵⁴ MS 26.604-0/DF, fls. 189, 201, 354 e 355. Nas palavras da ministra-relatora Carmem Lúcia Rocha: "O eleitor comparece às urnas em busca dos efeitos que poderão advir da eleição. Não é visitante ocasional da sessão eleitoral. A eleição é ponto de partida, não de chegada. Portanto, se o que o eleitor marca e demarca com o voto pode ser, essencial e rigorosamente, alterado no momento subsequente pela mudança de configuração do quadro partidário e, consequência inegável, dos fins e formas de concretização do processo político, pode-se aí vislumbrar uma fraude ao resultado eleitoral e ruptura da ética constitucional vigente." MS 26.604-0, fls.222. Nas palavras do ministro Cezar Peluso: "Afere-se aqui, não a fidelidade partidária, mas a fidelidade do eleitor!" MS 26.604-0, fls. 380.

⁹⁵⁵ O art. 47 da Lei nº 9.504 de 1997 assim dispunha sobre a temática: "Art. 47 (...) § 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do parágrafo anterior, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato e representação na Câmara dos Deputados, observados os seguintes critérios: I - um terço, igualitariamente; II - dois terços, proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso

incorporação de partidos sem nenhuma diferença hierárquica ou de classe entre estas hipóteses de formação, o Supremo Tribunal Federal concedeu interpretação conforme⁹⁵⁶ à normativa eleitoral para estabelecer que os parlamentares que formassem nova agremiação política portariam consigo esta representatividade, reservando-lhe o direito proporcional ao tempo de propaganda eleitoral⁹⁵⁷.

Em desacordo à decisão do Supremo, numa conduta de evasão legislativa, foi apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 14 de 2013, que determinava a perda das prerrogativas de representação, ou seja, o tempo de rádio e TV e as cotas do Fundo Partidário àqueles que trocassem de partido numa legislatura.

Em resposta, o Senador Rodrigo Sobral Rollemberg impetrou o Mandado de Segurança 32.033/DF apontando a inconstitucionalidade deste projeto de lei⁹⁵⁸.

Na decisão liminar, o ministro-relator Gilmar Mendes suspendeu o trâmite do Projeto de Lei nº 14 de 2013, alegando o desrespeito pelas minorias políticas⁹⁵⁹, o casuísmo legislativo, a violação inconstitucional da igualdade de

de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram. § 3º Para efeito do disposto neste artigo, a representação de cada partido na Câmara dos Deputados será a existente na data de início da legislatura que estiver em curso. § 4º O número de representantes de partido que tenha resultado de fusão ou a que se tenha incorporado outro corresponderá à soma dos representantes que os partidos de origem possuíam na data mencionada no parágrafo anterior.”

⁹⁵⁶ Este princípio determina que, dentre todas as interpretações possíveis de uma norma jurídica, deve ser adotada a que guarda maior proximidade com os termos da Constituição. SILVA, Virgílio Afonso da. “Interpretação Conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial.” Revista Direito GV. V. 2, n. 1, p. 191 – 210, Jan-Jun, 2006. Sendo assim, o STF julgou a inconstitucionalidade da expressão “e representação na Câmara dos Deputados” contida no § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/1997 e deu interpretação conforme à Constituição Federal ao inciso II do § 2º do art. 47 da mesma lei, assegurando aos novos partidos criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral no rádio e na televisão. ADIN 4.430/DF.

⁹⁵⁷ Art. 17, *caput*, da CF/88: “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:”.

⁹⁵⁸ Este MS já foi analisado no subcapítulo 3.3., *supra*, referente às decisões do STF sobre o processo legislativo federal.

⁹⁵⁹ MS MC 32.033/DF, processo eletrônico, p. 17. No mesmo sentido, manifestou-se o ministro-relator no julgamento do mandado de segurança pelo Plenário, MS 32.033/DF, processo eletrônico: “A inclusão de elementos ou procedimentos “estranhos” ou diferentes dos inicialmente previstos, além de afetar a segurança jurídica das regras do devido processo legal eleitoral, influencia a própria possibilidade de que as minorias exerçam suas estratégias de articulação política em conformidade com os parâmetros inicialmente instituídos”, p. 76, 80, 104 e 117. Fazendo alusão que o governo arquitetara o PL nº 14 de 2013 para enfraquecer forças políticas que se arregimentavam na formação de novos partidos, o ministro-relator aponta que “Esse projeto poderia se chamar ‘Projeto Anti-Marina Silva’”, p. 168.

tratamento dos partidos⁹⁶⁰ e o desrespeito da decisão do Tribunal na Ação Direta 4.430⁹⁶¹.

Por decisão majoritária, o Supremo conheceu o Mandado de Segurança, cassou a liminar concedida e o indeferiu. Os ministros se basearam em argumentos técnico-formais que fundamentavam a inviabilidade de intervenção no processo legislativo, uma esfera de competência parlamentar. O uso deste mecanismo de sofisticação decisória indica um meio de resguardar a Corte de possíveis críticas por sua omissão em julgar a temática.

Sendo assim, o Projeto de Lei nº 14 de 2013 continuou seu trâmite legislativo e se transformou na Lei nº 12.875 de 10 de outubro de 2013, vedando a possibilidade da portabilidade eleitoral de parlamentares que deixam seus partidos para formarem uma nova agremiação⁹⁶². O que antes era uma promessa de o

⁹⁶⁰ MC MS 32.033/DF, processo eletrônico, p. 13: “A aprovação do projeto de lei em exame significará, assim, o tratamento desigual de parlamentares e partidos políticos em uma mesma legislatura. Essa interferência seria ofensiva à lealdade da concorrência democrática, afigurando-se casuística e direcionada a atores políticos específicos.” e, ainda, “Observo que não se está a impedir a livre conformação legislativa. O que se pretende resguardar é a manifestação do Pleno do Tribunal acerca de sua fiel interpretação da Constituição e o tratamento isonômico, em uma mesma legislatura, de todos os atores e partidos políticos interessados, sob pena de violação aos princípios democrático, do pluripartidarismo e da liberdade de criação de legendas.” (p. 16). No MS 32.033/DF, processo eletrônico, p. 117. Segundo o ministro-relator, haveria uma verdadeira “doutrina brasileira do mandado de segurança” desenvolvida pelo STF, o que viabilizava que o mandado de segurança pudesse ser usado por parlamentar para frustrar processo legislativo contrário às cláusulas pétreas, como a igualdade dos partidos e o art. 17 da CF/88, que representaria verdadeiro direito à participação política. MS 32.033/DF, processo eletrônico, p. 64 et. seq..

⁹⁶¹ MC MS 32.033/DF, processo eletrônico, p. 13: “O PLC 14/2013 parece afrontar diretamente a interpretação constitucional veiculada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN 4.430, Rel. Min. Dias Toffoli, a qual resultou de gradual evolução da jurisprudência da Corte, conforme demonstrado.”

⁹⁶² Assim dispõe a Lei nº 12.875 de 2013: “Art. 1º A Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, passa a vigorar com as seguintes alterações: ‘Art. 29 (...) § 6º Havendo fusão ou incorporação, devem ser somados exclusivamente os votos dos partidos fundidos ou incorporados obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, para efeito da distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão.’ ‘Art. 41-A. Do total do Fundo Partidário: I - 5% (cinco por cento) serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral; II - 95% (noventa e cinco por cento) serão distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados. Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6º do art. 29.’ Art. 2º O art. 47 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações: ‘Art. 47 (...) § 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1º, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios: I - 2/3 (dois terços) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram; II - do restante, 1/3 (um terço) distribuído igualitariamente e 2/3 (dois terços) proporcionalmente ao número de representantes eleitos no pleito imediatamente anterior para a Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram. (...) § 7º Para efeito do disposto no § 2o, serão desconsideradas as

Congresso Nacional esquivar-se da decisão do Supremo na Ação Direta 4.430, transformou-se numa evasão legislativa concreta.

Contestando a constitucionalidade da Lei nº 12.875, o partido político Solidariedade propôs a Ação Direta 5.105 em 31 de março de 2014, ainda pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal⁹⁶³.

A narrativa dos acontecimentos mostra que o Supremo Tribunal condenou a restrição aos novos partidos, mas negou-se a declarar a inconstitucionalidade preventiva do Projeto de Lei contrário a sua decisão, no Mandado de Segurança 32.033/DF. Sob um enfoque interpretativista, este comportamento pode ser descrito pela força que a tradição jurisprudencial exerceu sobre a corrente majoritária dos ministros. Mesmo diante da clara tentativa evasiva, a Corte permaneceu fiel ao seu precedente refratário à intervenção no processo legislativo.

No entanto, segundo a teoria política positiva, o Tribunal não se desvirtuou de sua jurisprudência para impedir possíveis críticas sobre um comportamento imparcial e tendencioso, reservando-se para julgar a inconstitucionalidade da lei quando o cenário fosse mais propício e quando as chances de contestação da legitimidade de sua decisão seriam menores. Se o controle preventivo de constitucionalidade significava um desvio de sua tradição, preferiu aguardar para reafirmar a portabilidade eleitoral quando o exercício de sua competência não pudesse sofrer contestações exacerbadas, o que finalmente veio a ocorrer na Ação Direta 5.105.

3.6.6.

O Financiamento Eleitoral

Na Ação Direta 4.650/DF, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil questionou alguns aspectos do financiamento eleitoral, como o uso de recursos do próprio candidato, os limites de contribuições para campanhas e a doação de pessoa jurídica. Como o processo ainda aguarda a manifestação de

mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6º do art. 29 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.”

⁹⁶³ ADIN 5.105, processo eletrônico.

todos os ministros, existe certa carência de fontes oficiais de consulta⁹⁶⁴. No entanto, sua relevância para o sistema político exige uma análise parcial do julgamento, que já aponta um cenário conclusivo.

A maioria do colegiado considerou que as empresas privadas possuem um protagonismo exorbitante do processo eleitoral brasileiro, o que causa várias distorções. Com base nas informações trazidas em audiências públicas, o ministro-relator Luiz Fux destacou que o custo das campanhas brasileiras é muito superior às experiências estrangeiras. Segundo o ministro Marco Aurélio Mello, alguns atores concentram o poder econômico e transformam o processo eleitoral numa compra de políticas públicas futuras. A contribuição equânime para candidatos rivais desmerece sua motivação ideológica e pode denunciar uma tentativa de neutralizar possíveis perseguições. Este caráter coercitivo da cobrança de apoio também perpassou o voto dos ministros Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli, que ainda realçou a desigualdade de chances entre diferentes interesses sociais:

“Sem o voto censitário, sem o voto de cabresto, restou às forças econômicas do país atuar no financiamento das campanhas. Antes, as elites agrárias - os produtores de cana-de-açúcar e de café -, hoje, as elites empresariais - as instituições financeiras, as empreiteiras e as grandes indústrias (...) o financiamento eleitoral por pessoas jurídicas nada mais é do que uma reminiscência dessas práticas oligárquicas e da participação hipertrofiada do poder privado na nossa realidade eleitoral, em direta violação às cláusulas pétreas da Constituição de 1988, também chamada, convém lembrar, de ‘Carta Cidadã’.”

⁹⁶⁴ O Informativo 732 do STF forneceu uma síntese indireta dos votos. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo732.htm>, acesso em 10 de setembro de 2014. A página de acompanhamento processual dispôs os andamentos e as decisões de julgamento das sessões dos dias 11 e 12 de dezembro de 2013 e 4 de abril de 2014. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>, acesso em 12 de setembro de 2014. A manifestação de cada ministro só foi franqueada por meio da página de notícias do STF, que ofereceu documentos específicos com o voto de cada julgador. A decisão dos ministros Dias Toffoli, Teoria Savascki e Marco Aurélio Mello estão disponíveis, respectivamente, em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI_4650__Voto_Min_Dias_Toffoli.pdf, <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4650TZ.pdf>, <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4650MA.pdf>, todas com acesso em 15 de setembro de 2014. Apenas o voto do ministro Luís Roberto Barroso foi consultado em fonte externa ao endereço eletrônico do STF, disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Voto-sobre-financiamento-de-campanha-ADI-46501.pdf>, acesso em 16 de setembro de 2014. Como estes votos podem sofrer revisão e ainda serão sistematizados no acórdão decisório, sua página não foi referenciada especificamente neste subitem.

No mesmo sentido, o ministro-relator Luiz Fux destacou o panorama desigual criado pelo art. 24 da Lei nº, que veda a doação de entidades sindicais, de classe e do terceiro setor. Segundo o ministro Marco Aurélio Mello:

“O valor da igualdade política é substituído, desde o primeiro momento, pela riqueza das grandes empresas doadoras que controlam o processo eletivo. Não vivemos uma democracia autêntica, mas uma plutocracia – um sistema político no qual o poder é exercido pelo grupo mais rico, implicando a exclusão dos menos favorecidos.”

O ministro Marco Aurélio Mello afirmou que esta desigualdade perverte a própria representação política em nome da influência do poder econômico:

“o poder financeiro acaba promovendo influências indevidas sobre as decisões políticas do país, os cidadãos médios não são levados em consideração – digo eu, são invisíveis – e o esforço de espírito público em obter o bem comum revela-se, na realidade, uma competição entre grupos de interesses que buscam maximizar ganhos. O sistema político mostra-se carente de transparência, dependente do dinheiro privado, vazio de ideologia partidária e marcado por um processo eleitoral injusto e corrompido. O dinheiro faz as vezes do eleitor (...) Para mostrar-se efetiva como direito fundamental, a democracia precisa desenvolver-se por meio de um processo eleitoral justo e igualitário. Processo governado por normas que o impeçam de ser subvertido pela influência do poder econômico”

De modo enfático, o ministro Dias Toffoli defendeu que a cidadania não comportava a participação de empresas e, portanto, o efeito pernicioso de sua influência no sistema eleitoral não poderia mais vicejar:

“Não há, portanto, comando ou princípio constitucional que justifique a participação de pessoas jurídicas no processo eleitoral brasileiro, em qualquer fase ou forma, já que não podem exercer a soberania pelo voto direto e secreto, pois não gozam de cidadania -, admitir que possam financiar o processo eleitoral é violar um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, qual seja, o da soberania popular.”

Em sentido contrário, o ministro Teoria Savascki advertiu sobre a inconveniência de uma interpretação excessivamente abstrata, uma espécie de crítica que se coaduna com a premissa de manipulação conceitual estratégica típica do jogo colegial e da teoria política positiva:

“é importante que o Supremo Tribunal Federal tenha o cuidado de não extrair das raras disposições da Constituição sobre abuso do poder econômico ou, o que seria

mais grave, da amplitude semântica e da plurissignificação dos princípios democrático, republicano e da igualdade, interpretações voluntaristas que imponham gessos artificiais e permanentes às alternativas que ela, Constituição, oferece ao legislador encarregado de promover ajustes normativos ao sistema de financiamento dos partidos políticos e das campanhas eleitorais.”

O ministro ainda fez reservas às soluções propostas na petição inicial da Ação, que propunha a inconstitucionalidade da normativa atual como um meio de provocar uma legislação que incorporasse a igualdade no financiamento eleitoral. Frustrada esta tentativa, a Justiça Eleitoral buscava uma regulamentação temporária para a temática:

“Cumpre desde logo registrar que o “diálogo interinstitucional” proposto constituiria, na verdade, apenas um monólogo unidirecional: o STF “exortaria” o Congresso a legislar em determinado sentido, num certo prazo, sob pena de, não o fazendo, ficar essa incumbência transferida ao Tribunal Superior Eleitoral. É, como se percebe, uma proposta inovadora, estranha e, no meu entender, incompatível com os modelos constitucionais de solução de omissão ou insuficiência da atividade legislativa, especialmente no âmbito de ação direta de inconstitucionalidade. Mesmo nas hipóteses especiais de procedência de ação de mandado de injunção ou de inconstitucionalidade por omissão, não haveria base constitucional para o Judiciário avançar sobre atribuições típicas do Poder Legislativo, nos moldes pretendidos, especialmente para delegá-las ao Tribunal Superior Eleitoral.”

Em tom realista, o ministro Teori Savascki incorporou uma preocupação com a integridade institucional que reforça as perspectivas coletivas da abordagem sociológica constitutiva:

“Só por messianismo judicial se poderia afirmar que, declarando a inconstitucionalidade da norma que autoriza doações por pessoas jurídicas e, assim, retornar ao regime anterior, se caminhará para a eliminação da indevida interferência do poder econômico nos pleitos eleitorais. É ilusão imaginar que isso possa ocorrer, e seria extremamente desgastante à própria imagem do Poder Judiciário alimentar na sociedade, cansada de testemunhar práticas ilegítimas, uma ilusão que não tardará em se transformar em nova desilusão.”

Com perspectiva distinta, o ministro Luís Roberto Barroso reconheceu uma trajetória de consolidação institucional e conquista de credibilidade pública pelo Poder Judiciário. Neste panorama, o Supremo Tribunal Federal se firmou como um defensor dos direitos fundamentais que não esgota sua responsabilidade

na defesa das minorias. Em situações de impasse político, a Corte deveria assumir o papel vanguardista de catalisar o processo histórico.

Neste caso, caberia ao Supremo exercer sua jurisdição para deflagrar um diálogo com o Congresso Nacional que a acelerasse algumas reformas democráticas, como a rediscussão do financiamento eleitoral⁹⁶⁵. Este processo daria um alento à própria esfera parlamentar, que poderia se libertar da influência do poder econômico para se estabelecer em bases mais legítimas e representativas da sociedade.

Sob o enfoque do sistema político, o ministro Luís Roberto Barroso tentou minimizar eventuais críticas exógenas ao justificar a intervenção da Corte com base no fortalecimento do próprio Poder Legislativo, um expediente estratégico de suma relevância na conjuntura de transparência das decisões colegiais. No entanto, seu voto indica diversas passagens que sublinham o peso dos constrangimentos institucionais sobre o *habitus* da magistratura constitucional.

Embora a exclusão do financiamento empresarial de campanhas possa ensejar outras práticas antirrepublicanas de doações não contabilizadas, o ministro defendeu a missão institucional do Supremo, pois “o fato de se fazer uma coisa certa, correndo o risco de o certo, por vezes, ser descumprido, não muda o caráter de correção de um determinado ponto de vista” e ainda “É quase intuitivo que isso vá acontecer, mas isso não modifica o nosso papel de dizer: o que é errado é errado.” Apesar de antecipar uma intervenção inócua da Corte, com provável abalo de sua efetividade decisória, não haveria outra linha de conduta aceitável.

A própria iniciativa de “fazer andar a história, quando ela tenha parado” também evidencia uma perspectiva que encara o Supremo dentro de sua função social no cenário político. Este viés constitutivo ainda é reforçado pelo ministro Luís Roberto Barroso ao advogar que uma “judicialização excessiva” cria um procedimento antidemocrático, pois a linguagem e o acesso à Corte são excludentes. O verdadeiro fórum de debate público deveria ser o Legislativo.

Embora esta narrativa sirva para fundamentar a intervenção do Tribunal, o reconhecimento da legitimidade parlamentar pode desmerecer sua dimensão como

⁹⁶⁵ Sobre as teorias do diálogo institucional: BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; Rangel, Henrique. “Problemas Institucionais no Constitucionalismo Contemporâneo.” *Direitos Fundamentais & Justiça* - Ano 5, nº 17, P. 288-309, OUT./DEZ. 2011; BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012; MENDES, Conrado Hubner, op. cit.

uma estratégia retórica. Numa ótica interpretativista, o ministro atuou de maneira sincera, de acordo com a responsabilidade inerente ao seu encargo constitucional, ainda que isto incorporasse uma autocrítica à atuação da Corte.

A manifestação dos demais ministros também pode ser analisada diante do peso destas circunstâncias de constrangimento da cultura institucional. Este viés analítico é reforçado pela própria ousadia em intervir de maneira estrutural na dinâmica do sistema político, sem uma reticência extremada com as possíveis retaliações de suas decisões.

A Ação Direta 4.650/DF já conta com a anuência de seis votos favoráveis à exclusão das pessoas jurídicas no financiamento de campanhas eleitorais e partidos políticos e à regulação do limite e da forma participativa de pessoas físicas⁹⁶⁶.

⁹⁶⁶ Com base no voto condutor do ministro-relator Luiz Fux, a corrente majoritária fixou três modalidades de interpretação: a declaração de inconstitucionalidade; o reconhecimento de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade imediata, o que abre a possibilidade de regulação da temática num prazo determinado; ou a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, com a exclusão específica dos termos que se referiam à possibilidade do financiamento eleitoral por “pessoa jurídica”. Na Lei nº 9.504 de 1997 – Lei Geral das Eleições – houve a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, do art. 23, § 1º, I e II: “Art. 23. Pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido o disposto nesta Lei. § 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas: I - no caso de pessoa física, a dez por cento dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição; II - no caso em que o candidato utilize recursos próprios, ao valor máximo de gastos estabelecido pelo seu partido, na forma desta Lei.” No art. 24, parágrafo único, foi declarada inconstitucionalidade parcial sem redução de texto na parte em que autoriza, *a contrario sensu*, a doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais e a inconstitucionalidade do parágrafo único: “Art. 24. É vedado, a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de: I - entidade ou governo estrangeiro; II - órgão da administração pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público; III - concessionário ou permissionário de serviço público; IV - entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, contribuição compulsória em virtude de disposição legal; V - entidade de utilidade pública; VI - entidade de classe ou sindical; VII - pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior; VIII - entidades beneficentes e religiosas; IX - entidades esportivas; X - organizações não-governamentais que recebam recursos públicos; XI - organizações da sociedade civil de interesse público. Parágrafo único. Não se incluem nas vedações de que trata este artigo as cooperativas cujos cooperados não sejam concessionários ou permissionários de serviços públicos, desde que não estejam sendo beneficiadas com recursos públicos, observado o disposto no art. 81.” O art. 81, *caput* e §1º também foi declarado inconstitucional: “Art. 81. As doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações. § 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição.” Na Lei nº 9.096 de 1995 – Lei Orgânica dos Partidos Políticos – houve a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 31, na parte em que autoriza, *a contrario sensu*, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos: “Art. 31. É vedado ao partido receber, direta ou indiretamente, sob qualquer forma ou pretexto, contribuição ou auxílio pecuniário ou estimável em dinheiro, inclusive através de publicidade de qualquer espécie, procedente de: I - entidade ou governo estrangeiros; II - autoridade ou órgãos públicos, ressalvadas as dotações referidas no art. 38; III - autarquias, empresas públicas ou concessionárias de serviços públicos, sociedades de economia mista e fundações instituídas em virtude de lei e para cujos recursos concorram órgãos

Único voto discordante, o ministro Teoria Savascki solicitou vista do processo na sessão do dia 12 de dezembro de 2003, o que embargou seu julgamento até o dia 2 de abril de 2014, quando o ministro Gilmar Mendes empreendeu pedido idêntico.

Embora estes recursos da estratégia colegial possam postergar o desfecho da Ação, sua tendência parece apontar um panorama conclusivo, a menos que algum ministro da corrente majoritária altere seu posicionamento ou o Congresso Nacional se manifeste até o julgamento final.

Antes deste desenlace decisório, não se pode apurar a resposta congressional à intervenção da Corte. No entanto, pelo balanço parcial dos acontecimentos, dois cenários se avizinham: o enfrentamento aberto entre Poderes, caso haja evasão legislativa ou a supremacia judicial, caso uma possível normativa parlamentar obedeça aos ditames do acórdão.

Em qualquer hipótese, os ministros não parecem ter incorporado a ameaça de retaliação do Congresso Nacional no seu horizonte deliberativo, o que desenha uma atmosfera de autonomia descrita pela abordagem atitudinal. Este painel ganhará contornos mais nítidos se o Supremo aceitar a proposta da petição inicial, com a abertura de prazo de vinte e quatro meses para o legislador regulamentar o limite de doação por pessoas naturais e o uso de recursos próprios do candidato. Caso esta normativa não seja elaborada em dezoito meses, o Tribunal Superior Eleitoral poderá produzi-la até que sobrevenha a disciplina legal da temática.

Além da aguda intervenção da esfera política, a Corte ainda pautou o trabalho legislativo e reivindicou uma competência residual de outro órgão judicial sobre o qual possui ascensão direta.

ou entidades governamentais; IV - entidade de classe ou sindical” No art. 38, III, foi declarada a inconstitucionalidade da expressão “*ou pessoa jurídica*”: “Art. 38. O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) é constituído por: (...) III - doações de pessoa física ou jurídica, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário”. No art. 39, *caput* e §5º, houve declaração de inconstitucionalidade da expressão “*e jurídicas*” e a declaração de a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, do art. 39, § 5º, da Lei nº 9.096/95: “Art. 39. Ressalvado o disposto no art. 31, o partido político pode receber doações de pessoas físicas e jurídicas para constituição de seus fundos. (...) § 5º Em ano eleitoral, os partidos políticos poderão aplicar ou distribuir pelas diversas eleições os recursos financeiros recebidos de pessoas físicas e jurídicas, observando-se o disposto no § 1º do art. 23, no art. 24 e no § 1º do art. 81 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, e os critérios definidos pelos respectivos órgãos de direção e pelas normas estatutárias.” À exceção das considerações sobre o art. 23 da Lei nº 9.504, o ministro Marco Aurélio Mello acompanhou a tendência majoritária.

3.6.7.

Balanço

As discussões sobre o sistema político trouxeram ao Supremo Tribunal Federal um debate abstrato e intenso em torno de conceitos de Constituição, democracia e partidos, que foram definidos de acordo com a tendência decisória de cada ministro. Esta parcialidade se repetiu na seleção da jurisprudência nacional ou estrangeira a ser aplicada em cada caso e na forma com que alguns princípios, como a segurança jurídica e a anterioridade eleitoral, foram escolhidos para o resguardo de uma posição.

Se o interpretativismo sociológico reconhece este vínculo às tradições institucionais como um elemento formacional do comportamento dos juízes constitucionais, a teoria política positiva os qualifica como uma estratégia de validar preferências com base em cânones judiciais consuetudinários formados na instituição e em sua interação com a sociedade.

Numa perspectiva do jogo colegial, estes expedientes ainda foram completados por outros recursos de constrangimento da alteridade, como o uso da ironia e de termos apelativos, geralmente, empregados para fundamentar a crítica ao comportamento legislativo e autorizar a intervenção judicial.

A despeito da abordagem adotada, todos os reparos à conduta do Congresso Nacional e os diversos argumentos de que a Corte seria mais neutra, técnica e alheia às injunções eleitorais apontam para um esforço de legitimação da competência do Supremo Tribunal Federal em esculpir o sistema político.

Este empenho no resguardo da autoridade perpassou todos os julgados analisados, mas se esclareceu expressamente na atribuição do poder constituinte ao Tribunal, na Ação Direta 3.345/DF, e na defesa de sua função institucional de definir e estruturar as regras do jogo político, nas Ações Diretas 2.26-7/DF, 3.345/DF, 3.685-5/DF e 4.650/DF.

Contrariamente aos julgados sobre o processo legislativo e a cassação de parlamentares por quebra de decoro, em que a possibilidade de intervenção judicial foi garantida, mas, pouco exercida, na jurisprudência sobre o sistema

partidário e eleitoral as decisões da Corte efetivamente causaram alterações profundas no cenário institucional e no comportamento de seus atores.

De todos os casos, a fidelidade partidária e a limitação de vereadores por município foram os que mais se consolidaram. Este último julgado apresentou uma obediência legislativa tão evidente que se transformou na Emenda Constitucional nº 58 de 2009, que sedimentou a decisão do Supremo.

Embora tenha causado um forte impacto no sistema político, a verticalização das candidaturas acabou resultando numa evasão legislativa clara, com a edição da Emenda Constitucional nº 52 de 2006. Mesmo postergando sua aplicabilidade para um momento posterior às eleições daquele ano, por fim, o Tribunal não conseguiu efetivar sua interpretação sobre a vinculação de coligações da esfera estadual à federal.

Mesmo com um desfecho inconclusivo, a portabilidade eleitoral também apontou a tentativa legislativa de se esquivar da decisão da Corte.

Em síntese, o comportamento interinstitucional promoveu a concomitância da invalidação das normas com diversas iniciativas evasivas, o que indica um cenário de enfrentamento, com disputa aberta de poder entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional.

Segundo os padrões definidos por Thelen e Streeck⁹⁶⁷, esta conjuntura pode ser explicada como um resultado da conversão institucional da Corte, que evoluiu da refração na abordagem de questões políticas em julgados mais antigos, como o Mandado de Segurança 20.927-5/DF, em 1989, e a liminar na Ação Direta 1.354-8/DF, em 1996, para incorporar em sua agenda a tarefa de redesenhar regras condicionantes de eleições e partidos.

Outra dinâmica de alteração institucional que também se coaduna com a interpretação deste processo interventivo é a substituição⁹⁶⁸. No exercício de sua função complementar à normativa política, a emergência do Tribunal Superior Eleitoral flexibilizou a exclusividade anteriormente monopolizada na esfera legislativa.

Porém, esta Corte deve ser relativizada como uma instituição absolutamente autônoma, na medida em que o Supremo Tribunal Federal

⁹⁶⁷ STREECK, Wolfgang; THELEN, Kathleen, op. cit., p. 5 et. seq.

⁹⁶⁸ Ibid., p. 5 et. seq.

protagoniza a composição de seu quadro de julgadores⁹⁶⁹ e ainda serve como única instância de recurso de suas decisões⁹⁷⁰.

Numa análise estratégica, o Supremo utilizou sua ascensão sobre o Tribunal Superior Eleitoral como um mecanismo de intervir na estrutura política sem assumir o custo da violação de competências congressuais e do princípio da separação de poderes.

Este quadro de transitividade entre as duas instituições judiciais explica porque grande parte da jurisprudência analisada não se concentrou apenas no exercício legítimo da competência do Supremo, mas também do Tribunal Eleitoral, que se transformara numa espécie de braço normativo da Corte.

Se uma interferência direta do Supremo Tribunal Federal poderia despertar uma contundência maior das retaliações exógenas, o mesmo não aconteceria com o exercício das prerrogativas normativas do órgão de cúpula da esfera eleitoral. Sob um enfoque da teoria política positiva, a Corte manipulou as funções tradicionais de uma Justiça técnica e especializada, sobre a qual ela possui influência determinante, para intervir no sistema político sem assumir o desgaste que uma interferência direta acarretaria.

⁹⁶⁹ De um quadro de sete julgadores, três são ministros do STF, dos quais um será o presidente e o outro, vice-presidente do TSE. Além disso, o STF ainda indica seis advogados, dos quais o presidente da República escolherá dois para a composição do TSE. CF: “Art. 119. O Tribunal Superior Eleitoral compor-se-á, no mínimo, de sete membros, escolhidos: I - mediante eleição, pelo voto secreto: a) três juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal; b) dois juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça; II - por nomeação do Presidente da República, dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral elegerá seu Presidente e o Vice-Presidente dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e o Corregedor Eleitoral dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça.”

⁹⁷⁰ CF: “Art. 119. (...) § 3º - São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de “habeas-corpus” ou mandado de segurança.”; “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (...) II - julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;”

3.7.

A Omissão Inconstitucional

Eu persisto, bela amiga: eu não sou mais amoroso; é não é minha falha, se as circunstâncias me forçam a desempenhar um papel. Somente consinta; você logo verá por si mesma o quanto sou sincero.

Visconde de Valmont à Marquesa de Merteuil, Carta CXXXVIII
As Ligações Perigosas, Choderlos Laclos

Alguns dispositivos da Constituição Federal dependem de outras leis ou atos normativos para produzirem efeitos jurídicos⁹⁷¹. Sem esta complementação necessária, a ordem constitucional não se aperfeiçoa, o que pode ser solucionado por meios de duas espécies processuais: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁹⁷².

Conforme abordado no item 2.10.2.2., ambos os instrumentos combatem a recusa ou a desídia de um Poder em regulamentar um comando constitucional, o que acarreta a gravidade de seu julgamento sempre envolver a possibilidade de intervenção jurisdicional na esfera de competência alheia.

Como o objeto da pesquisa enfoca as relações entre o Supremo e o Congresso Nacional, apenas os processos que tratam da inércia legislativa federal foram analisados, desprezando-se as ações direcionadas ao Poder Executivo ou às omissões estaduais. Única exceção neste recorte foi a Ação Direta 3.276-3/CE, selecionada devido à importância na indicação de uma inversão jurisprudencial ao longo do tempo.

No Mandado de Injunção 107-3/DF, julgado em 21 de novembro de 1990, discutia-se a impossibilidade de o servidor público militar gozar de estabilidade por ausência de norma regulamentadora do art. 42, §9º, da Constituição Federal⁹⁷³. O Supremo Tribunal negou o pedido do impetrante por entender que

⁹⁷¹ Seriam as normas de eficácia limitada, que possuem uma restrição no grau de manifestação de seus efeitos jurídicos, porque o legislador constituinte não lhes concedeu uma normatividade suficiente, o que exige uma tarefa complementar do legislador ordinário ou de outro órgão do Estado. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 66-88, 117-163, 165-166.

⁹⁷² Vide item

⁹⁷³ O art. 42, § 9º estabelecia que “Art. 42 (...) §9º. A lei disporá sobre os limites da idade, a estabilidade e outras disposições de transferência do servidor militar para a inatividade” No mesmo sentido, foi a decisão no MI 235-5/RJ.

este dispositivo não assegurava um direito, apenas determinava a necessidade de regulação da temática por meio de lei especial⁹⁷⁴.

Apesar da negativa do direito, este processo fixou o modelo interpretativo que serviu de parâmetro em vários processos de omissão inconstitucional julgados posteriormente pelo Supremo⁹⁷⁵. O mandado de injunção seria reconhecido como norma constitucional autoaplicável, adotando-se a lei do mandado de segurança para reger seu procedimento; sua natureza seria mandamental, ou seja, seu acolhimento implicaria na declaração em mora do poder competente, conclamando-o a suprir a omissão inconstitucional. Todavia, o direito sem exercício por ausência normativa não deveria ser concretizado por meio de ordem judicial, ou seja, nenhum tipo de regulamentação concreta – para o caso em tela – ou abstrata – para qualquer situação congênere – poderia ser fixada sob pena de violação da competência de outro poder⁹⁷⁶. Assemelhando a ação direta por omissão e o mandado de injunção, o ministro-relator Moreira Alves deixou esta posição bem clara:

“não se diz que cabe ao Poder Judiciário, substituindo-se ao poder competente, fazer essa regulamentação, restrita ao caso concreto, ou extensível a todos os casos análogos. A Constituição partiu da premissa de que, com a procedência da ação direta ou do mandado de injunção, o Poder competente, declarada a inconstitucionalidade de sua omissão, não persistirá em sua atitude omissa. E bem ou mal, contentou-se com essa eficácia.”⁹⁷⁷

O ministro-relator ainda suscitou a possibilidade de suspensão de processos judiciais ou administrativos que poderiam resultar em dano que não ocorreria caso o direito já fosse exercitável e afirmou que a Constituição Federal não atribuiu nenhum prazo para a produção da norma regulamentadora pelo ente competente⁹⁷⁸. No mesmo sentido, o ministro Sydney Sanches alegou que os dispositivos constitucionais sobre o Poder Judiciário:

“não estipulam nem que seja fixado prazo para a expedição da norma omitida, nem que o órgão judicial a expeça, ele mesmo, suprimindo a omissão, o que parece não poderia mesmo ser possível, sob pena de substituir-se o Judiciário ao legislador ou ao Executivo – conforme a natureza da norma – pois tal

⁹⁷⁴ MI 107-3/DF.

⁹⁷⁵ Este entendimento foi sedimentado no dia 23 de novembro de 1989, na decisão da Questão de Ordem suscitada no MI 107-3/DF. Como exemplo de referências a este precedente: MI 232-1/RJ, fls. 25 e 27; MI 284-3/DF, fls. 40-42, 45 e 51; MI 283-5/DF, fls. 11.

⁹⁷⁶ MI 235-5/RJ; MI 107-3/DF e MI 107-3 QO/DF.

⁹⁷⁷ MI 107-3 QO/DF, fls. 46.

⁹⁷⁸ MI 107-3 QO/DF, fls. 46 e 47.

competência, se atribuída, conflitaria com o princípio do art. 2º da Constituição Federal.”⁹⁷⁹

Abordando a questão sobre o viés da força institucional do Supremo, o ministro Sepúlveda Pertence realizou uma análise das condições exógenas à efetividade do cumprimento das decisões judiciais:

“Creio que é um falso problema colocar todo o problema da efetividade da Constituição como uma consequência da opção sobre a natureza jurídica do mandado de injunção. Na verdade, supor que, por decisão judicial, se pudesse dar, de fato, efetividade concreta a todos os avanços de uma Constituição de conteúdo prospectivo e transformador, como é a Constituição de 88, é, na verdade, um ilusionismo político, no mínimo; é exigir do Poder Judiciário o que ele não pode dar sob esta ou aquela forma processual, porque são conquistas, são avanços que dependem necessariamente do jogo político, em particular, da tensão entre pressões contraditórias da sociedade civil sobre órgãos de definição das prioridades da ação estatal; dependem, enfim, da ambiência de lutas e de pressões contrapostas, que é a ambiência de uma democracia.”⁹⁸⁰

As palavras do ministro Sepúlveda Pertence conotam uma avaliação de que o Poder Judiciário, àquele momento, não possuía a força institucional necessária para assumir um papel de protagonismo no ambiente político nacional, eximindo-se de posições mais ousadas em nome de arenas sociais que pudessem liderar transformações importantes trazidas pela Constituição Federal de 1988.

Este comportamento cauteloso combinado com uma sofisticação decisória que convida à manifestação do legislador e que se baseia em argumentos técnico-formais de negação da própria competência compõem um cenário de supremacia legislativa ou autolimitação judicial, marcado pelo extremo cuidado em interferir na esfera volitiva congressual.

Diante da possibilidade de evasão parlamentar e enfraquecimento institucional, o comportamento preventivo mais vantajoso para a Corte seria a submissão ao legislador, com a renúncia de sua preferência de concretização do comando constitucional, mas com o resguardo de sua permanência e autoridade.

A despeito desta prudência interventiva, a leitura do acórdão do Mandado de Injunção 107-3/DF expõe a impressão generalizada do colegiado numa evolução no tratamento dos casos de omissão constitucional. Dado o caráter incipiente do processo de redemocratização e de reconstitucionalização, os

⁹⁷⁹ CF: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” MI 107-3 QO/DF, fls. 93.

⁹⁸⁰ MI 107-3 QO/DF, fls. 74.

ministros pareciam reticentes em assumir posições radicais. No entanto, acreditavam estar dando um primeiro passo, subindo um degrau e projetando um estágio posterior de intervenção maior do Supremo na efetivação da Constituição. Em termos práticos, o avanço seria o reconhecimento da autoaplicabilidade do mandado de injunção e o caráter mandamental de sua decisão, que impunha ao ente competente o dever de regulamentação, ainda que sem prazo ou garantia de cumprimento. Na verdade, no próprio âmbito reduzido da decisão, os ministros já sinalizam a hipótese de seu desrespeito, postergando suas consequências para uma análise futura. Nas palavras do ministro Sydney Sanches:

“Regulamentação que não se pode presumir não venha a ocorrer, se o mandado de injunção vier a ser deferido, face ao caráter mandamental, impositivo, do julgado, ao princípio constitucional da independência e harmonia entre os Poderes e aos que garantem, por todas as formas e meios, o respeito institucional à coisa julgada. Eventual descumprimento só pode acarretar consequências explícita ou implicitamente previstas no sistema constitucional, que serão objeto de específica e oportuna consideração, quando for o caso.”⁹⁸¹

Ainda sobre o descumprimento, o ministro Sepúlveda Pertence apela claramente sobre as consequências perniciosas do comportamento de evasão legislativa:

“Nesta linha, estou convencido de que – apesar de nossa formação de juristas do sistema constitucional tender para a simplificação de que não se chegou a uma solução razoável, porque não se estabeleceu uma sanção para o Congresso Nacional, caso ele falte à sua obrigação de suprir a omissão do seu dever constitucional de legislar – estou convencido, na realidade, de que, além de ser impresumível essa deslealdade do legislativo, às suas missões constitucionais, a própria declaração de inconstitucionalidade da omissão dos Poderes Políticos, obtida do Supremo Tribunal, na ação direta ou no mandado de injunção, terá, quando menos, um papel de grande relevância como instrumento de legitimação das pressões sociais para a conquista efetiva da regulamentação necessária à implementação constitucional”⁹⁸²

Embora constate a moderação atribuída ao papel do Supremo nas hipóteses omissivas, a análise do voto do ministro Sepúlveda Pertence também comprova o caráter interrelacional de algumas abordagens institucionalistas.

Sob o viés da teoria política positiva, a decisão emanada da maior esfera de jurisdição constitucional se revestiria de um potencial simbólico que serviria de munição a grupos de interesse específicos em outras arenas políticas.

⁹⁸¹ MI 107-3 QO/DF, fls. 85.

⁹⁸² MI 107-3 QO/DF, fls 75.

Na abordagem do sistema político e do institucionalismo histórico, o trecho seria interpretado como o reconhecimento da capacidade de mobilização e contrabomilização que a decisão de uma corte constitucional pode assumir, principalmente, em períodos de construção de sua autoridade e legitimidade. Conforme Levitsky e Murrillo descrevem⁹⁸³, em processos incipientes de redemocratização, as organizações tendem a se escorar em atores aliados, que podem auxiliá-las no projeto de fortalecimento e consolidação institucional, uma conjuntura extremamente pertinente à época do julgamento do Mandado de Injunção 107-3/DF, em 1990, apenas dois anos após a promulgação da Constituição Federal.

Tendo em vista que várias hipóteses de omissão inconstitucional agrediam direitos bem específicos de facções sociais, tornava-se natural que buscassem uma parceria política e apoiassem a autoridade do Supremo como meio de garantir seus interesses.

No Mandado de Injunção 283-5/DF, julgado em 20 de março de 1991, o Supremo Tribunal Federal apurou a omissão legislativa que inviabilizava o direito à reparação econômica de militares prejudicados ao longo do regime autoritário brasileiro⁹⁸⁴. Num primeiro momento, o ministro-relator Sepúlveda Pertence apenas declarou a mora legislativa, cientificando o Congresso Nacional de seu dever regulador. Porém, após a manifestação do ministro Moreira Alves, o ministro-relator aditou seu voto, citando o entendimento dos ministros Celso de Mello, Paulo Brossard, Célio Borja, Sydney Sanches e do próprio Moreira Alves no julgamento do Mandado de Injunção 107-3/DF, que já sinalizavam uma concretização maior do instituto nas hipóteses de omissão inconstitucional: “Creio que o caso concreto serve exemplarmente à exploração construtiva das virtualidades deixadas em aberto no MI 107 para a hipótese de recalcitrância do legislador na purgação da mora declarada pelo Tribunal.”⁹⁸⁵

Sendo assim, determinou um prazo de quarenta e cinco dias para o legislador produzir a lei regulamentadora e mais quinze dias para a sanção

⁹⁸³ LEVITSKY, Steven; MURILLO, op. cit.

⁹⁸⁴ Art. 8º, § 3º, CF, ADCT: “Art. 8º. (...)§ 3º - Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.”

⁹⁸⁵ MI 283-5/DF, fls. 19.

presidencial. Findo este período sem a produção normativa, restava assegurado o direito de o impetrante obter a reparação em outro processo judicial contra a União.

O ministro-relator se preocupou em fundar a legitimidade de sua decisão em manifestações dos próprios colegas de Tribunal e ainda fez questão de esclarecer que o ponto nodal do precedente fixado no Mandado de Injunção 107-3/DF não foi rompido, posto que o pedido fundado na mora legislativa não se concretizava por meio de ordem judicial⁹⁸⁶. Ou seja, houve um extremo respeito pela própria jurisprudência da Corte como um mecanismo de legitimidade institucional de sua decisão, o que comprova a força constitutiva e limitadora que o institucionalismo sociológico reconhece aos imperativos tradicionais de comportamento das cortes constitucionais.

Cautela semelhante foi adotada em relação ao Poder Legislativo. Como o dispositivo constitucional objeto de omissão determinava o prazo de doze meses para edição da norma regulamentadora⁹⁸⁷, o ministro Celso de Mello defendeu a declaração automática de mora do Congresso, o que motivou o ministro-relator a apelar ao cuidado de se adentrar no “jogo de Poderes”⁹⁸⁸:

“Confesso V. Exa. que, ouvindo o seu voto, realmente me seduziu a ideia de que, onde houvesse prazo constitucional superado, já não haveria porque fixar um novo. Mas, estamos no campo da construção constitucional, extraindo dessa norma a tantos títulos defeituosa do mandado de injunção, uma construção viabilizadora da sua eficácia possível. Creio que ao jogo de Poderes é mais adequado essa fixação de um prazo breve ao Congresso Nacional. Como, ‘data venia’, também não recuo, não obstante o peso das ponderações de V. Exa., desta possibilidade, nos casos em que não houver prazo constitucional, porque acho que não estamos ordenando ao Congresso que vote: estamos estabelecendo o prazo para que se torne eficaz a construção acautelatória que fizemos para o caso concreto. Por me parecer mais adequado, pela delicadeza dessa interferência de Poderes, é que prefiro manter este prazo para que se ultime o processo legislativo.”⁹⁸⁹

Por fim, o ministro Carlos Velloso, que defendera inicialmente a expedição de ofício obrigando a União a pagar os benefícios ao militar, arrefeceu sua disposição e retificou seu voto para se perfilhar à maioria, que abraçou a linha

⁹⁸⁶ Neste sentido, perfilhavam-se os ministros Marco Aurélio Mello e Carlos Velloso, que defendiam a possibilidade de reconhecimento da reparação econômica do militar no próprio corpo da decisão, com a consequente notificação à União Federal e à Previdência Social para que efetuassem o pagamento do benefício nos termos do projeto de lei que tramitava no Congresso e aspirava à regulamentação do art. 8º, §3º, da ADCT. MI 283-5/DF, fls. 32 e 36.

⁹⁸⁷ Art. 8º, §3º, CF, ADCT, transcrito *supra*.

⁹⁸⁸ MI 283-5/DF, fls. 41.

⁹⁸⁹ MI 283-5/DF, fls. 41.

decisória do ministro-relator – o reconhecimento de um direito não concretizado pela omissão inconstitucional, com possibilidade de ressarcimento em um segundo processo, em juízo competente, se a mora legislativa perdurasse após o prazo total de sessenta dias⁹⁹⁰. Embora seu voto original fosse até mais progressista na competência de o Supremo concretizar o direito⁹⁹¹, ao vislumbrar que o processo significava um avanço importante na jurisprudência, Carlos Velloso agiu estrategicamente, preferindo dar um peso maior à tese majoritária a permanecer insulado e fidelizado ao seu interesse primário. Ou seja, recuou para reforçar uma posição institucional que poderia servir de base à aceitação de sua posição no futuro. Deu um passo atrás, para garantir dois à frente, um comportamento que comprova as análises do jogo colegial sobre as diferentes estratégias que um ator pode tomar para garantir suas preferências.

No Mandado de Injunção 232-1/RJ, julgado em 2 de agosto de 1991, discutia-se a imunidade de contribuição para a seguridade social das entidades beneficentes de assistência social, prevista no art. 195, § 7º, da Constituição Federal⁹⁹².

Como meio de afastar o argumento da mora do legislador, o ministro-relator Moreira Alves transcreveu os dezesseis projetos de lei em andamento no Congresso Nacional⁹⁹³, ainda reputando a ilegitimidade da requerente para impetrar a ação, pois a Constituição Federal não determinava a imunidade, apenas a delegava à forma que a lei especial estabelecesse⁹⁹⁴. Nesse ponto, foi questionado pelo ministro Marco Aurélio, que esclareceu o fato de que nem a impetrante, nem nenhuma outra instituição beneficente poderiam solicitar a imunidade por culpa da mora legislativa, o que se configurava numa omissão inconstitucional⁹⁹⁵.

Esta posição foi acompanhada pela maioria do colegiado, que repetiu a tendência de julgamento do Mandado de Injunção 283-5/DF, quando o Tribunal fundara a prescrição de um prazo ao legislador porque o próprio texto

⁹⁹⁰ MI 283-5/DF, fls. 50.

⁹⁹¹ MI 283-5/DF, fls. 33-36.

⁹⁹² Art. 195, § 7º, CF/88: “Art. 195. (...) § 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.”

⁹⁹³ No mento em que o Congresso prestou as informações, havia dezesseis projetos de lei em andamento que versavam sobre a matéria. MI 232-1/RJ, fls. 20-22.

⁹⁹⁴ MI 232-1/RJ, fls. 27 e 28.

⁹⁹⁵ MI 232-1/RJ, fls. 29.

constitucional previa que o direito à indenização dos militares deveria ser garantido após doze meses de sua promulgação⁹⁹⁶.

Como a Constituição Federal também fixava um limite temporal de construção das normas da seguridade social⁹⁹⁷, o Supremo Tribunal reiterou o critério do Mandado de Injunção 283-5/DF e impôs o decurso de seis meses para que a regulação normativa fosse feita. Findo este período, o direito de gozo da imunidade à requerente seria reconhecido automaticamente⁹⁹⁸.

Retomando a temática da reparação de militares prejudicados pelo regime de 1964⁹⁹⁹, o Supremo Tribunal Federal julgou o Mandado de Injunção 284-3/DF, em 22 de novembro de 1991. Embora tivesse estabelecido um prazo na circunstância congênere do Mandado de Injunção 283-5/DF, o Congresso Nacional não regulamentara a questão. Diante da reiterada inércia, a Corte se absteve de fixar novo período para a normatividade, reconhecendo o direito do impetrante na própria decisão¹⁰⁰⁰. No entanto, foram vencidos os votos dos ministros Marco Aurélio Mello, Ilmar Galvão e Carlos Velloso, que propunham o estabelecimento de imediato de indenização no próprio acórdão¹⁰⁰¹.

No Mandado de Injunção 369-6/DF, julgado em 19 de agosto de 1992, discutia-se a mora do Congresso Nacional em produzir lei concretizadora do direito ao aviso prévio, conforme previa o art. 7º, inciso XXI, da Constituição Federal¹⁰⁰². A exemplo da orientação do Mandado de Injunção 283-5/DF, o ministro-relator Néri da Silveira defendeu um período de seis meses para que o Congresso Nacional produzisse a lei regulamentadora. Caso este termo fosse

⁹⁹⁶ Art. 8º, §3º, CF, ADCT.

⁹⁹⁷ CF, ADCT: “Art. 59. Os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los. Parágrafo único. Aprovados pelo Congresso Nacional, os planos serão implantados progressivamente nos dezoito meses seguintes.”

⁹⁹⁸ MI 232-1/RJ, fls. 48 e 68.

⁹⁹⁹ Art. 8º, §3º, CF, ADCT.

¹⁰⁰⁰ MI 284-3/DF, fls. 44. Na decisão, reconhecia-se o direito de o impetrante procurar o juízo cível competente, por meio de ação indenizatória, para satisfazer seu direito à reparação. MI 284-3/DF, fls. 44-51.

¹⁰⁰¹ Em conforme com o pedido do MI, estes ministros fixaram uma indenização com base no salário que seria percebido caso não houvesse a proibição do desempenho da aviação comercial civil por parte da Ditadura Militar, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5 e nº S-285-GM5.

¹⁰⁰² CF: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei.” O art. 487 da CLT previa o aviso prévio fixo de oito ou trinta dias e a norma regulamentadora do texto constitucional só foi criada em 2011, com o advento da Lei 12.506, que criou a proporcionalidade do aviso prévio por tempo de serviço.

descumprido, o autor da ação poderia requerer a concretização de seu direito ao juízo trabalhista competente¹⁰⁰³. No entanto, a tese vencedora foi a do ministro Francisco Rezek, excluindo qualquer hipótese de estabelecimento de prazo e meramente lamentando a inércia legislativa:

“O Congresso, embora esteja em mora, embora não esteja devidamente atento ao que o constituinte lhe prescreveu, não pode fazer nada que aproveite ao peticionário. (...) Abstenho-me, fiel à jurisprudência da Casa, de assinalar prazo.”¹⁰⁰⁴

A fidelidade à jurisprudência significava uma decisão que excluía a possibilidade de um limite temporal ao órgão competente, restringindo-se a dar ciência de sua inércia, na esteira da decisão do Mandado de Injunção 107-3/DF. Ou seja, o período de sessenta dias estabelecido no Mandado de Injunção 283-5/DF e de seis meses estipulado no Mandado de Injunção 232-1/RJ seriam exceções, justificáveis apenas porque a Constituição Federal indicara prazo certo para a edição da regulação normativa em ambos os casos.

Sobre o mesmo tema e no mesmo sentido do Mandado de Injunção 369-6/DF, foi julgado o Mandado de Injunção 95-6/RR, em 7 de outubro de 1992. Diante da defesa de uma concretização maior do instituto, realizada pelos ministros Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Marco Aurélio Mello, Francisco Rezek defende sua posição de autocontenção institucional a partir de uma compreensão dos encargos que pesam sobre o Poder Legislativo:

“A Procuradoria cita alguns precedentes da Casa, menciona expressamente um despacho do Ministro Celso de Mello num caso em que a dinâmica do Congresso Nacional, no trato de projeto relacionados com o tema a ser tratado legislativamente, era uma evidência de que não havia marasmo, de que não havia negligência, de que não havia nada que justificasse essa admoestação judiciária ao colégio legislativo. No caso, há uma série de projetos – todos idôneos, cada um levando até certo ponto de maior ou menor avanço a disciplina ordinária do aviso prévio proporcional – na Câmara e no Senado. Nenhum chegou até agora ao seu desfecho, por razões que, imagino, esta Casa não terá maior dificuldade em entender, dado o rosário de tarefas que o Constituinte impôs ao legislador ordinário, o tempo decorrido desde a promulgação da Carta, e um incontornável rol de prioridades.”¹⁰⁰⁵

O apelo por uma efetividade do direito ao aviso prévio revisitou o Supremo Tribunal Federal em outras oportunidades. No Mandado de Injunção

¹⁰⁰³ Tal entendimento do ministro Néri da Silveira já havia sido exposto muito antes, no MI 20/DF, julgado em 19 de maio de 1994, fls. 156.

¹⁰⁰⁴ MI 369-6/DF, fls. 31 e 32.

¹⁰⁰⁵ MI 95-6/RR, fls 88.

278-9/MG, julgado em 3 de outubro de 2001, a tendência permaneceu inalterada, mantendo-se a mera declaração de mora e ciência ao poder competente, posição que se repetiu no MI 695-4/MA, com julgamento em 1º de março de 2007, apesar da manifestação em contrário do ministro-relator, Sepúlveda Pertence:

“a simples existência de projetos de lei referentes ao tema (...) não tem o condão de, por si só, esvaziar o pedido do mandado de injunção. O dispositivo constitucional não regulado – art. 7º, XXI, CF – já é velho cliente deste tribunal. O Congresso Nacional parece obstinado na inércia legislativa a respeito. (...) Talvez seja a oportunidade de reexaminar a posição do Supremo quanto à natureza e a eficácia do mandado de injunção.”¹⁰⁰⁶

O mesmo ministro que demonstrara extrema cautela nos Mandados de Injunção 107-3/DF e 283-5/DF já se inclinava para uma abordagem mais efetiva da omissão constitucional.

Nas ações apresentadas até o momento, embora o Supremo Tribunal Federal condenasse a omissão legislativa, não evoluía para uma posição substancial de concretização da Lei Fundamental, o que era justificado por meio da rejeição de sua competência. Esta conjuntura de reconhecimento da desídia parlamentar combinada com uma sofisticação decisória fundada em argumentos formais indica o comportamento de uma corte submissa, em um cenário de supremacia legislativa que aponta a extrema reticência da jurisdição constitucional em interferir na esfera de poder do Congresso Nacional.

No entanto, desde a primeira decisão citada no Mandado de Injunção 107-3/DF, havia posicionamentos divergentes da decisão majoritária, com apelo de alguns ministros para uma efetividade maior das decisões em hipóteses omissivas. O tom condescendente dos julgados iniciais começou a assumir contornos mais graves e algumas decisões, como os Mandados de Injunção 232-1/RJ, 283-5/DF e 284-3/DF, já demonstravam uma tendência à inversão jurisprudencial, o que veio a ocorrer na Ação Direta por Omissão 3.276/CE, julgada em 2 de junho de 2005.

A base da discussão colegial foi a violação da regra que limitava parte da composição do Tribunal de Contas dos Municípios à escolha alternada entre auditores e procuradores do Ministério Público Especial¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁶ MI 695-4/MA, fls. 4 e 5.

¹⁰⁰⁷ CF: “Art. 73. (...) § 2º - Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos: I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento; II - dois terços pelo Congresso Nacional. (...) Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber,

Sem estruturar estas carreiras que serviriam de base para a indicação, o Estado do Ceará produziu uma Emenda Constitucional que determinava a possibilidade de o Governador exercer uma livre nomeação para os cargos de conselheiros do Tribunal de Contas municipal, enquanto não houvesse lei instituidora das funções de auditoria e procuradoria especial junto a este órgão fiscalizador¹⁰⁰⁸. Aos olhos do Supremo, ao invés de introduzir uma norma de efetivação da Constituição Federal, o Estado preferiu criar norma transitória irregular.

Em meio a diversas ilações de cunho político, o debate dos ministros demonstrou a tônica colegial de reprovação ao comportamento estadual:

“O Senhor Ministro Eros Grau (Relator):– (...) eu diria que este é um caso típico (...) de ‘apelo ao legislador’. (...)”

“O Senhor Ministro Marco Aurélio – Fazer apelo a esta altura? Não estamos na Suíça.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: Se estivéssemos, por exemplo, (...) num Estado recém-criado, eu examinaria esse problema da norma transitória. Estamos, porém, num dos Estados mais antigos do país, onde, desde a Constituição anterior, já havia referência a auditores e procuradores, veio a Constituição de 1988 (...) cinco anos depois, a assembleia, em vez de criar cargos, dá um cheque em branco ao Governador.

O Senhor Ministro Carlos Britto – Por emenda, cujo processo legislativo é muito mais dificultoso. (...)

O Senhor Ministro Cezar Peluso – A norma é transitória, sem prazo, vai ficar assim eternamente, transitória pelo resto da vida. E, no Brasil, tudo que é transitório se torna permanente. (...)

O Senhor Ministro Marco Aurélio – O ministro Sepúlveda pertence colocou: enquanto o Governador tiver maioria na Assembléia, não se aprovará a lei da carreira, porque é muito confortável indicar diretamente. (...)

“O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: Certamente. Aí deve ter surgido uma vaga, resolveram dá-la ao Governador.

O Senhor Ministro Cezar Peluso – O Governador precisa indicar para fazer reforma política.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: Para fazer reforma de secretariado, etc.”¹⁰⁰⁹

à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios. Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.”

¹⁰⁰⁸ Art. 79, §2º, inciso II, alínea “c” da Constituição do Estado do Ceará, foi acrescido pela EC nº 31/1997 e alterado pela EC nº 54/95, com a seguinte redação: “c) na falta de Procurador de Contas do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas do Municípios ou de auditor do tribunal, pela inexistência de cargo ou do provimento, o Governador do Estado indicará, também em livre escolha, para o provimento da vaga correspondente, quem atenda os requisitos estabelecidos no § 1º deste artigo”.

¹⁰⁰⁹ ADO 3.276/CE, fls. 152-154.

Embora tenha defendido a necessidade de um sistema que garantisse a continuidade das instituições¹⁰¹⁰, o ministro-relator Eros Grau cedeu em sua posição inicial para abraçar um heterodoxo posicionamento do colegiado. A regra transitória da Constituição cearense foi invalidada, ao mesmo tempo em que se declarava a mora do legislador estadual¹⁰¹¹. Se o Supremo Tribunal não podia resolver completamente a situação, pelo menos sanava a inconstitucionalidade e forçava a produção normativa cabível pelo Estado.

Numa ótica estratégica, a decisão foi sofisticada de modo a não despertar maiores críticas, uma vez que a Corte atribuía a competência legislativa à Assembleia e permanecia fiel aos seus cânones jurisprudenciais, sem delimitação de prazos para saneamento da omissão. No entanto, o retorno à conjuntura de ausência normativa e a sinalização de uma nova declaração de inconstitucionalidade, caso o Estado reincidisse numa regra congênere, concretizavam o intuito do colegiado: a produção de uma normativa que atendesse à indicação alternada entre procuradores e auditores do Tribunal de Contas dos Municípios.

Esta solução foi estabelecida de maneira unânime pelo colegiado¹⁰¹², um mecanismo de sofisticação decisória típico de cenários de enfrentamento entre cortes constitucionais e o legislador. No entanto, como a deliberação judicial se voltava ao Estado do Ceará e não ao Congresso Nacional, uma avaliação mais prudente indicaria apenas a preocupação em reforçar uma sensível mudança de postura da Corte, que se tornou ainda mais incisiva no julgamento da Ação Direta por Omissão 3.682-3/MT, em 9 de maio de 2007.

Neste processo, foi levantada a extrema desídia do legislador federal em produzir lei complementar que estabelecesse critérios para a criação de municípios no Brasil, conforme o art. 18, §4º, da Constituição Federal, introduzido após a Emenda Constitucional nº 15 de 1996¹⁰¹³. Após criticar o

¹⁰¹⁰ ADO 3.276/CE, fls. 166.

¹⁰¹¹ ADO 3.276/CE, fls. 150-167.

¹⁰¹² ADO 3.276/CE, fls. 137, 138, 167.

¹⁰¹³ CF: “Art. 18. (...) § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei”

limitado uso de ações diretas de omissão¹⁰¹⁴ e a posição cuidadosa da Corte em meramente declarar a inércia legislativa mediante a existência de projetos de lei em trâmite¹⁰¹⁵, o ministro-relator Gilmar Mendes reconheceu as características do debate parlamentar¹⁰¹⁶, mas afirmou que:

“Essas peculiaridades da atividade parlamentar, que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam todavia, uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. Não tenho dúvida, portanto, em admitir que também a *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Dessa forma, pode o Supremo Tribunal Federal reconhecer a mora do legislador em deliberar sobre a questão, declarando, assim, a inconstitucionalidade por omissão.”¹⁰¹⁷

Escorando-se na alegação abstrata de “risco da ordem constitucional” para convencer seus pares, o ministro-relator ganhou a aderência da maioria do Tribunal. Além de servir como uma tática típica do jogo colegial, a teoria política positiva qualificaria esta escolha de termo como um recurso estratégico que apela à tradicional institucional de proteção da Constituição como mecanismo de resguardo da legitimidade interventiva. Pela primeira vez a declaração em mora do legislador foi tomada como motivo suficiente para o estabelecimento de prazo para a produção da lei complementar reguladora da criação de municípios¹⁰¹⁸.

No entanto, o posicionamento da Corte não progrediu no sentido de uma concretização maior da situação de inconstitucionalidade omissiva, como se depreende das palavras do próprio ministro-relator:

“Também o Supremo Tribunal Federal deixou assente, na decisão proferida no Mandado de Injunção nº 107, que a Corte não está autorizada a expedir norma para o caso concreto ou a editar norma geral e abstrata, uma vez que tal conduta

¹⁰¹⁴ “No Brasil a ação direta por omissão teve até agora uma aplicação restrita. Menos de uma centena de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão forma propostas perante o Supremo Tribunal Federal”, ministro Gilmar Mendes, ADO 3.682-3/MT, fls. 291.

¹⁰¹⁵ “O Supremo Tribunal Federal tem considerado que, desencadeado o processo legislativo, não há que se cogitar de omissão inconstitucional do legislador. Essa orientação há de ser adotada com temperamento.”, ministro Gilmar Mendes, ADO 3.682-3/MT, fls. 304.

¹⁰¹⁶ “Não se deve olvidar, outrossim, que as atividades parlamentares são caracterizadas por veementes discussões e difíceis negociações, que decorrem mesmo do processo democrático e do pluralismo político (...)”, ministro Gilmar Mendes, fls. 305.

¹⁰¹⁷ ADO 3.6823/MT, fls. 305.

¹⁰¹⁸ Embora defendesse uma concretização maior das decisões do STF desde o MI 369-6/DF, o ministro Marco Aurélio Mello posicionou-se contrariamente ao estabelecimento de prazos ao legislador. ADO 3.682-3/MT, fls. 319.

não se compatibiliza com os princípios constitucionais da democracia e da divisão de poderes”¹⁰¹⁹

Embora a declaração de prazo fosse aceita como um mecanismo de constrangimento simbólico do Congresso Nacional, permanecia a reticência em se efetivar o comando constitucional por meio da decisão da Corte.

Na mesma data e sessão, o Supremo Tribunal julgou as Ações Diretas 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689, que apontavam a inconstitucionalidade de municípios criados após o advento da Emenda Constitucional nº 15 de 1996. Enquanto a Ação Direta por Omissão 3.682/MT solicitava a produção da lei complementar federal de criação dos municípios, estas Ações reputavam a inconstitucionalidade dos entes federativos já criados sem esta normatização necessária¹⁰²⁰.

Na Ação Direta por Omissão, por maioria de votos, foi estabelecido um parâmetro temporal de dezoito meses para que o Legislativo Federal produzisse a lei pertinente, que também deveria contemplar a situação imperfeita dos municípios inconstitucionalmente criados¹⁰²¹.

Nas outras Ações Diretas, o Supremo Tribunal reconheceu a situação de inconstitucionalidade, mas não considerou que as leis estaduais instituidoras dos novos municípios fossem nulas, viabilizando assim que os entes federativos continuassem a existir por prazo de vinte e quatro meses – seis meses a mais que o período estabelecido para o Congresso Nacional editar a lei complementar federal de criação de novas municipalidades, na Ação Direta por Omissão 3.682-3/MT.

Sob a perspectiva da abordagem estratégica do jogo de poderes, houve uma situação concomitante de concessão e cobrança ao Congresso Nacional. Ao mesmo tempo em que cedia para a manutenção existencial dos municípios inconstitucionais, o Supremo forçava o legislador a produzir uma norma regulamentadora que suprisse a omissão inconstitucional.

Se isto não ocorresse no prazo de dezoito meses, os municípios criados irregularmente poderiam ser considerados inconstitucionais – sem que isso fosse culpa da Corte, mas sim, da inércia legislativa. Por outro lado, se a Câmara dos Deputados e o Senado Federal produzissem a norma, as Assembleias estaduais

¹⁰¹⁹ ADO 3.682-3/MT, fls. 307 e 308.

¹⁰²⁰ Todas estas decisões do Supremo foram tomadas na sessão conjunta do dia 09 de maio de 2007, mas publicadas em 03 de agosto de 2007, nas ADINs 2.240, 3.316, 3.489, 3.689 e em 06 de setembro de 2007, na ADO 3.682-3/MT.

¹⁰²¹ ADO 3.682-3/MT, fls. 278.

teriam um prazo de seis meses para adaptar-se aos critérios, regularizando a situação das novas cidades.

Tal situação forçou o legislador federal a tomar uma atitude, o que veio através da Emenda Constitucional nº 57 de 18 de dezembro 2008¹⁰²². Ou seja, antes dos prazos de dezoito e de vinte e quatro meses vencerem, o Congresso Nacional editou uma norma que reconhecia a existência dos municípios criados até a data de 31 de dezembro de 2006.

Tendo em vista que as diversas municipalidades haviam sido criadas em diferentes situações e critérios, o Congresso resolveu o problema, sem assumir o custo político de fixar parâmetros que excluíssem alguns entes federativos e protelando a norma regulamentadora para outra oportunidade.

Ao mesmo tempo em que dotou os municípios de segurança jurídica, deixou de enfrentar o conteúdo central da decisão do Supremo Tribunal – a produção da lei complementar de criação de novos entes federativos municipais. Um comportamento típico de evasão legislativa, que escapava da determinação judicial e mantinha o sistema político intacto¹⁰²³.

No Mandado de Injunção 721-7/DF, julgado em 30 de agosto de 2007, a Corte discutiu a garantia da aposentadoria especial de servidor público por atividades prejudiciais à saúde. Tal direito constitucional¹⁰²⁴ não podia ser gozado por ausência da lei complementar reguladora, o que levou o ministro-relator Marco Aurélio Mello a cobrar uma nova postura do Supremo Tribunal Federal:

“É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista da separação e harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional (...) Conclamo, por isso, o Supremo, na composição atual, a rever a ótica inicialmente formalizada”¹⁰²⁵

Além de um desafio ao princípio da separação de poderes, as palavras do ministro constataam que a composição do Supremo naquele momento poderia

¹⁰²² CF/88, ADCT: “Art. 96. Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.”

¹⁰²³ Na ADIN Ag. Reg. 2.381, julgada em 24 de março de 2011, foi contestada a criação do município de Pinto Bandeira. Porém, o Supremo aceitou a EC nº 57/2008 reconhecia os entes federativos municipais criados até a data de 31 de dezembro de 2006, como ocorreu no caso em tela. Por isso, a Ação foi considerada prejudicada.

¹⁰²⁴ Art. 40, §4º, inciso III, CF/88.

¹⁰²⁵ MI 721-7/DF, fls. 9 e 10.

alterar as orientações já consagradas sobre o mandado de injunção, uma reflexão típica do modelo atitudinal, que atribui o resultado final das decisões somente ao perfil de seus julgadores, sem recorrer a fatores exógenos de influência.

Contrariamente à posição adotada na temática da criação de municípios¹⁰²⁶, o julgamento do Supremo não estabeleceu prazo para que o legislador suprisse a lacuna normativa, implementando o direito de imediato, nos termos de uma lei congênere já existente¹⁰²⁷. Pela primeira vez, considerava-se a hipótese de omissão legislativa como motivo suficiente para concretizar um direito constitucional via mandado de injunção. Segundo o ministro-relator Marco Aurélio Mello:

“Cabe ao Supremo, porque autorizado pela Carta da República a fazê-lo, estabelecer para o caso concreto e de forma temporária, até a vinda da lei complementar prevista, as balizas do exercício do direito assegurado constitucionalmente.”¹⁰²⁸

Esta deliberação unânime foi acompanhada da ressalva de que a decisão não era equivalente à criação de uma lei, mas apenas uma prestação jurisdicional de um caso específico, para viabilizar concretamente o gozo de um direito constitucional. O acórdão afetaria apenas a impetrante do Mandado de Injunção, sem afetar outros casos semelhantes ou pessoas na mesma situação jurídica¹⁰²⁹.

Após anos de respeito ao tempo legislativo, o Supremo superou sua moderação inicial para efetivar um direito constitucionalmente assegurado. A unanimidade decisória aponta uma sofisticação típica de um cenário de enfrentamento entre os Poderes, o que se coaduna com a própria circunstância delicada de inversão de jurisprudência da Corte, em desfavor do Congresso Nacional.

No Mandado de Injunção 712-8/PA, julgado em 25 de outubro de 2007, o Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará solicitou a concretização do direito de greve dos servidores públicos, uma norma constitucional cujo gozo era inviabilizado pela ausência da lei regulamentadora.

¹⁰²⁶ ADINs 2.240, 3.316, 3.489 e ADO 3.682-3/MT.

¹⁰²⁷ Lei nº 8.231 de 1991 – Regime Geral de Previdência Social, nos termos de seu art. 57, §1º.

¹⁰²⁸ MI 721-7/DF, fls. 8. A decisão rompia com a tradição de mera declaração omissiva para assumir natureza aditiva, determinando-se que fosse respeitado o direito à aposentadoria especial, ainda que seus efeitos deixassem de ocorrer mediante a superveniência da lei complementar reguladora. Seria uma decisão concretizadora submetida a uma condição resolutiva.

¹⁰²⁹ MI 721-7/DF, fls. 9.

Temática semelhante já havia visitado o Supremo no Mandado de Injunção 20-4/DF, julgado em 19 de maio de 1994 e o desfecho do processo seguiu a mesma tradição fixada na Ação Direta por Omissão 369-6/DF, com mera declaração de omissão e consequente ciência da mora legislativa ao Congresso Nacional. No entanto, o Mandado de Injunção 712-8/PA refletiu entendimento absolutamente diferente.

O ministro-relator Eros Grau defendeu que o princípio da separação de poderes deveria ser aferido no próprio texto constitucional, que prevendo o mandado de injunção, automaticamente consagraria uma função normativa do Poder Judiciário, sem ofensa às competências congressuais para regulamentação da matéria¹⁰³⁰.

A exemplo do estabelecido para a temática da aposentadoria especial no Mandado de Injunção 721-7/DF, o ministro-relator se socorreu em disposição normativa existente para aplicá-la, analogamente, ao setor público. Sendo assim, a Lei nº 7.783 de 1989, que regulamentava o exercício do direito de greve de trabalhadores da iniciativa privada foi utilizada como base para que servidores públicos também pudessem exercer seu direito¹⁰³¹.

A aplicação análoga desta lei já havia sido proposta, sem sucesso, no voto do ministro Carlos Velloso no julgamento do Mandado de Injunção 631-8/MS, em 15 de maio de 2002, o que foi lembrado no voto do ministro Gilmar Mendes como um meio de justificar sua aderência à relatoria, uma ação que a teoria política positiva qualificaria como um recurso à tradição jurisprudencial que legitima o comportamento dos atores decisórios¹⁰³². Interpretação semelhante pode ser conferida à referência do ministro-relator Eros Grau ao Tribunal Constitucional Alemão, que reconheceu a omissão reiterada do legislador como um mecanismo de fraude constitucional¹⁰³³.

Na esteira da legitimidade decisória, o ministro-relator solicitou ao Congresso Nacional os projetos de lei que tratavam do direito de greve dos servidores públicos, transcrevendo alguns trechos em seu voto¹⁰³⁴. Sob a perspectiva do sistema político e do jogo de poderes, este comportamento seria

¹⁰³⁰ MI 712-8/PA, fls. 403-405.

¹⁰³¹ MI 712-8/PA, fls. 397, 398, 412-414.

¹⁰³² MI 631-8/MS, fls. 52; MI 712-8/PA, fls. 429.

¹⁰³³ MI 712-8/PA, fls. 466.

¹⁰³⁴ MI 712-8/PA, fls. 389; projeto de Lei nº 6.032/2001, MI 712-8/PA, fls. 431, 440-446.

qualificado como uma tentativa de minorar qualquer crítica à tendência decisória pela demonstração da similaridade na forma com que a relatoria e o próprio legislador abordavam a temática, numa espécie de deferência extrainstitucional.

Contrariamente, o ministro Gilmar Mendes citou os dezessete anos de tentativas de regulamentação congressional para rejeitar que um direito constitucional ficasse “submetido a juízo de conveniência e oportunidade do Poder Legislativo”¹⁰³⁵. Esta omissão criava uma situação de “lei da selva” em matéria de greve de servidores públicos¹⁰³⁶, o que motivou o ministro Cezar Peluso a retirar o legislador da equação decisória do mandado de injunção:

“a mim me parece não se tratar de instituto destinado a fazer com que uma decisão judicial estimule o Poder Legislativo a desempenhar a função de legislar. Por isso, a mim não me importam as razões reais por que se dê omissão do Legislativo, seja por dificuldades políticas de obtenção de um projeto de comum acordo, seja por deliberada opção do legislador em não regulamentar, ou seja por esquecimento. São dados absolutamente irrelevantes, porque não concebo o mandado de injunção como expediente tendente a estimular o exercício da competência legislativa.”¹⁰³⁷

De acordo com a aplicação da Lei nº 7.783, o ministro Celso de Mello buscou refúgio no texto constitucional como um meio de legitimar seu ataque à mora legislativa, que ainda adornou com uma série de adjetivos deletérios:

“**não mais se pode tolerar**, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, **esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia** da União Federal, **cujá omissão** (...) **traduz um incompreensível sentimento de desapreço** pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado **de que se reveste** a Constituição da República.”¹⁰³⁸

Embora seja um instrumento típico da estratégia colegial de convencimento, este estilo argumentativo traduz um mecanismo de sofisticação decisória típico de cenários de supremacia judicial. Nesta conjuntura, uma corte discordante da vontade legislativa assume um comportamento assertivo, que não teme desagradar a autonomia parlamentar e qualifica sua interpretação de um revestimento constitucional que dificulta a evasão congressional. Embora o ministro

¹⁰³⁵ MI 712-8/PA, fls. 431, 440-446.

¹⁰³⁶ MI 712-8/PA, fls. 458.

¹⁰³⁷ MI 712-8/PA, fls. 547 e 548.

¹⁰³⁸ MI 712-8/PA, fls. 523. Talvez pela veemência de suas palavras ou por respeito institucional, o ministro preferiu não se referenciar ao “Legislativo”, mas à “União Federal” como ente desidiioso.

Celso de Mello tenha sido mais incisivo, vários outros ministros adotaram este mesmo mecanismo de modulação deliberativa¹⁰³⁹.

No entanto, tendo em vista a necessidade de continuidade do serviço público e o prejuízo na paralisação de atividades essenciais e inadiáveis, alguns parâmetros normativos foram estabelecidos para que a aplicação da Lei do setor privado não resultasse em consequências deletérias para a sociedade¹⁰⁴⁰.

Segundo o ministro Gilmar Mendes, este posicionamento paradigmático não importaria na assunção de um “papel de legislador positivo” pelo Supremo Tribunal, tema que motivou intensa discussão em Plenário:

“O Senhor Ministro Carlos Brito – (...) Não há uma função normativa quando decidimos nesse caso. Baixamos um provimento, tomando de empréstimo uma lei fruto da atividade legislativa do Congresso Nacional.”¹⁰⁴¹

“O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – Não mascaremos a coisa. Estamos aplicando uma lei que diz, expressamente, que não se aplica à greve dos servidores públicos. Poderíamos adotar a lei do Paraguai. Seria uma forma de legislar igualzinha a essa. Estamos tomando uma lei que, explicitamente, não se aplica à greve de servidor público e dizendo que, provisoriamente, ela se aplicará, com tais ou quais temperamentos. (...)

“O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence– Como testemunha ocular da história do mandado de injunção neste Plenário, é preciso ter a absoluta consciência de que estamos realmente dando uma virada radical na jurisprudência até aqui estabelecida.

“O Senhor Ministro Carlos Brito – (...) Nesta tarde, estamos fazendo destino nacional, a partir desta nossa decisão.

“O Senhor Ministro Eros Grau (Relator): – É quase uma experiência de legislador.

O Senhor Ministro Cezar Peluso – Quase, quase.”¹⁰⁴²

Embora tenha se alinhado à relatoria, essa falta de constrangimento em se adotar uma posição mais radical causou reticências ao ministro Sepúlveda Pertence, o que as abordagens do sistema político e do jogo de poderes qualificariam como o reconhecimento das pressões exógenas sobre a Corte e um comportamento de zelo pela autoridade institucional:

“Sou muito respeitoso à prerrogativa, ao poder, que é do Congresso, de não legislar em determinadas matérias. Todos sabemos e tivemos aqui os esclarecedores depoimentos pessoais do ministro Nelson Jobim sobre os compromissos dilatórios que fazem parte do processo político.”¹⁰⁴³

“Deixo apenas assinalado que não recuo das objeções que pus desde o ‘leading case’ do MI nº 107, ao que hoje o ministro Gilmar Mendes chamava um

¹⁰³⁹ MI 712-8/PA, fls. 403-405, 465.

¹⁰⁴⁰ MI 712-8/PA, fls. 412-414 e 447.

¹⁰⁴¹ MI 712-8/PA, fls. 460.

¹⁰⁴² MI 712-8/PA, fls. 461-464.

¹⁰⁴³ MI 712-8/PA, fls. 458.

‘protagonismo legislativo do Supremo Tribunal Federal’ a utilizar-se a mancheias, do mando de injunção para substituir-se ao Congresso. Muitas vezes a demora do processo legislativo não é um problema de inércia, não é um problema de falta de vontade de legislar; é a impossibilidade política de chegar-se a uma fórmula aceita. E isso é do jogo democrático. E isso é, sobretudo, a grande virtude do processo legislativo democrático.”¹⁰⁴⁴

Idêntica prudência com as repercussão da decisão foi demonstrada em debate com o ministro Carlos Aires Britto, cujo voto reproduziu o mesmo estilo de fundamentação abstrata e revestimento constitucional que o ministro Celso de Mello, porém, com referências diretas ao voto do ministro Gilmar Mendes:

“O Senhor Ministro Carlos Brito – Do voto de Vossa Excelência ressaí também a compreensão de que o mandado de injunção se inscreve no quadro do sistema de freios e contrapesos, dos mecanismos de freios e contrapesos em favor do Judiciário. Então, estamos assumindo esse mecanismo como a Constituição adjudica.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – Não deixe que o Congresso saiba disso.

O Senhor Ministro Carlo Brito – Pelo contrário, é bom que saiba.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – Quando numa das reformas constitucionais, salvo engano a do Judiciário, propunha-se a fórmula do que se chamou ‘a solução constitutiva concreta’, edição da norma para o caso concreto, até que o legislador editasse a lei. E um deputado disse: ‘Já estamos sufocados pelas medidas provisórias do Executivo, agora teremos as medidas provisórias do Judiciário’.”¹⁰⁴⁵

Em manifestação derradeira, o ministro Sepúlveda Pertence deixou suas impressões: “De qualquer maneira, a discussão está mostrando que o Tribunal deve ser menos severo com a mora do Legislador. Legislar é muito difícil.”¹⁰⁴⁶

Este debate citado pelo ministro se referia aos limites da decisão às partes do processo. Além da criação de critérios diferenciais para aplicação da Lei nº 7.783 às hipóteses de greve de servidores, este julgado apresentou um avanço no grau de amplitude na intervenção do Supremo. Nas palavras do ministro-relator, Eros Grau:

“Esses parâmetros hão de ser definidos por esta Corte de modo abstrato e geral, para regular todos os casos análogos, visto que norma jurídica é preceito, abstrato, genérico e inovador – tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados – que se integra no ordenamento jurídico e não se dá norma para um só. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia a norma regulamentadora que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. E nada obsta a que no futuro, que versem situações análogas, a elas seja estendida, por despacho

¹⁰⁴⁴ MI 712-8/PA, fls. 525.

¹⁰⁴⁵ MI 712-8/PA, fls. 465.

¹⁰⁴⁶ MI 712-8/PA, fls. 563.

monocrático do relator, essa mesma regulação, nos termos do disposto no artigo 21 do Regimento Interno desta Corte”¹⁰⁴⁷

Contra esta amplitude, insurgiram-se os ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio Mello, que limitavam a decisão somente à categoria representada pelo sindicato impetrante da Ação¹⁰⁴⁸.

Numa explanação que conota um receio institucional de perda de autoridade do Supremo Tribunal diante da evasão legislativa, o ministro Marco Aurélio expôs claramente toda a sua preocupação com a abrangência da solução decisória:

“Senhora Presidente, parto da Constituição, mas vislumbro também uma resistência no que o Supremo – e aí haveria a quebra da harmonia entre os poderes - viesse a determinar uma atividade precípua de outro Poder, e esse não a cumprisse, principalmente o Legislativo, já que sabemos que todo diploma decorre como consignei em voto, de uma opção política dos representantes dos Estados e do povo, que são os senadores e deputados. Penso até que é um passo muito largo impor-se ao Congresso prazo para legislar, quando, antes, não fixávamos, nem mesmo no mandado de injunção, as condições para o exercício do direito. (...) Se vossa Excelência fizer uma pesquisa, verá que sou coerente. Devo ter ficado vencido porque não fixo prazo. E não o faço porquanto, se descumprido o prazo, para não haver o descrédito do Supremo, teremos que contar com instrumental próprio à suplantação do ato omissivo. Se vier uma reclamação pelo descumprimento da decisão, do pronunciamento do Supremo, julgaremos procedentes o pedido? Qual será a consequência? Substituiremos os deputados e senadores? Está o problema.”¹⁰⁴⁹

Apesar dos apelos do ministro Marco Aurélio Mello, a partir deste momento, foi concretizada uma orientação de aplicação direta da decisão de um mandado de injunção em todos os casos semelhantes propostos perante a Corte, no futuro. Seus efeitos não atingiriam somente o impetrante, como ocorreu no Mandado de Injunção 721-7/DF, mas qualquer sujeito de direito idêntico prejudicado pela omissão inconstitucional. Caso o entendimento fixado fosse descumprido, o sujeito do direito lesado poderia ajuizar uma ação que seria

¹⁰⁴⁷ MI 712-8/PA, fls. 408. O art. 21 do RISTF define as competências do ministro-relator. Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes definiu que a ADO tutela o interesse público e o MI está ligado a uma demanda subjetiva específica, mas as consequências jurídicas de ambos os institutos são as mesmas, independente de o primeiro estar na esfera do controle abstrato e o segundo no controle difuso. São ações de caráter mandamental cuja decisão judicial deve ser obrigatoriamente respeitada pelo poder público e que possui efeitos *erga omnes*, para todos os casos que se enquadrem na mesma situação de omissão legislativa para a qual o Supremo estabeleceu essa regulação provisória por meio de sentença aditiva. MI 712-8/PA, fls. 419-427 e 492.

¹⁰⁴⁸ MI 712-8/PA, fls. 484, 604, 605 e 619.

¹⁰⁴⁹ MI 712-8/PA, fls. 624 e 625. O interlocutor do ministro Marco Aurélio Mello fora o ministro Menezes Direito, que participou da sessão, mas não votou, uma vez que sucedera o ministro Sepúlveda Pertence, que já havia se manifestado no processo. MI 712-8/PA, fls. 627.

resolvida monocraticamente pelo relator do processo, sem a necessidade de encaminhamento ao Plenário.

Em síntese, o Supremo não determinou prazo de saneamento da omissão ao Congresso Nacional, reconheceu sua competência em suprir a inércia do legislador, baseou-se em lei já existente como base para criar parâmetro normativo regulamentador do direito e generalizou sua aplicação para outras hipóteses congêneres. Segundo os ministros Eros Grau e Carlos Aires Britto, o instituto do mandado de injunção havia renascido¹⁰⁵⁰.

Embora esta solução “absolutamente revolucionária”¹⁰⁵¹ tivesse reunido uma maioria expressiva de oito votos, não se pode desprezar o esforço da corrente minoritária em embargar esta decisão em diversos momentos, por meio do pedido de vista¹⁰⁵². Porém, a compreensão deste expediente colegial como mecanismo assecuratório de uma preferência não pode se restringir apenas a este processo, mas nos três Mandados de Injunção sobre o direito de greve dos servidores públicos, debatidos e julgados sempre em sessão conjunta: 670-9/ES, 708-0/DF e o próprio 712-8/PA.

No julgamento do Mandado de Injunção 670-9/ES, o ministro-relator Maurício Corrêa proferiu seu voto na sessão do dia 15 de maio de 2003, meramente declarando a mora do Congresso Nacional na regulação do direito de greve dos servidores públicos¹⁰⁵³. Contrário a esta tendência, o ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos¹⁰⁵⁴.

No dia 07 de junho de 2006, o ministro Gilmar Mendes substituiu Maurício Corrêa como relator e proferiu seu voto no Mandado de Injunção 670-9/ES¹⁰⁵⁵. Na mesma sessão, o ministro-relator Eros Grau apresentou seu voto no Mandado de Injunção 712-8/PA, acompanhando a orientação do ministro Gilmar Mendes no Mandado de Injunção 670-9/ES, no sentido da consagração do direito de greve a todas as categorias de servidores públicos¹⁰⁵⁶. No debate subsequente, os ministros Cezar Peluso e Carlos Brito seguiram o mesmo entendimento¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁰ MI 712-8/PA, fls. 466.

¹⁰⁵¹ MI 712-8/PA, fls. 456.

¹⁰⁵² Os únicos votos contrários foram dos ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio Mello e Ricardo Lewandowski. MI 712-8/PA, fls. 627 e 628.

¹⁰⁵³ MI 670-9/ES, fls. 11 e 12.

¹⁰⁵⁴ MI 670-9/ES, fls. 13.

¹⁰⁵⁵ MI 670-9/ES, fls. 14.

¹⁰⁵⁶ MI 712-8/PA, fls. 390-415.

¹⁰⁵⁷ MI 712-8/PA, fls. 448-466.

Contrário à posição generalizante que se firmava no julgamento, o ministro Ricardo Lewandowski pediu vista do processo¹⁰⁵⁸.

Na sessão do dia 12 de abril de 2007, o ministro Ricardo Lewandowski manifestou seu apoio em novo pedido de vista do Mandado de Injunção 712-8/PA, solicitado pelo ministro Joaquim Barbosa, que expressamente declarou sua reticência com o posicionamento de seus pares e apelou que o Plenário esperasse a votação do projeto de lei que tramitava no Congresso, em fase de votação. Ambos os ministros se alinhavam à tendência de que o direito de greve deveria ser concedido somente às categorias que o pleiteavam no processo, sem generalizações¹⁰⁵⁹.

Na própria sessão do dia 12 de abril de 2007, o julgamento do Mandado de Injunção 712-8/PA restava decidido de fato, com a antecipação do voto dos Ministros Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Carlos Brito, Carmen Lúcia e Cezar Peluso, todos perfilhados à orientação dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. Mesmo assim, a produção dos efeitos jurídicos teve que esperar o voto-vista do ministro Joaquim Barbosa, em 25 de outubro de 2007, data de edição do acórdão.

Mesmo fato ocorreu no Mandado de Injunção 708-0/DF, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, com pedido de vista dos ministros Ricardo Lewandowski, em 24 de maio de 2007, e Joaquim Barbosa, em 19 de setembro de 2007, mesmo quando a votação já se mostrava encaminhada no sentido da escolha da maioria, que teve de aguardar até a sessão do dia 25 de outubro de 2007 para que sua decisão ganhasse efetividade¹⁰⁶⁰.

Em nenhum desses casos de pedido de vista, o prazo máximo de trinta dias, previsto nas normas internas do próprio Tribunal, foi cumprido¹⁰⁶¹.

À luz do jogo colegial, a narração destes processos conjugados consegue evidenciar de que maneira o pedido de vista pode ser utilizado como uma manobra legal e regimental por diferentes ministros para a garantia de sua preferência. Primeiramente, o ministro Gilmar Mendes pediu vista pelo desacordo com a timidez do ministro Maurício Corrêa. Depois, os ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, protelaram o processo porque defendiam a

¹⁰⁵⁸ MI 712-8/PA, fls. 467.

¹⁰⁵⁹ MI 712-8/PA, fls. 496, 497, 570 e 591-593.

¹⁰⁶⁰ MI 708-0/DF, fls. 271 e 310.

¹⁰⁶¹ Art. 1º, Resolução nº 278 de 2003, do STF.

adstrição da decisão somente aos impetrantes dos Mandados de Injunção, o que abria uma janela de oportunidade para que o legislador regulasse a matéria sem que Tribunal precisasse suportar o ônus de decidi-la. Além da constatação do uso de um recurso institucional como mecanismo tático, a dinâmica das ações evidencia de que maneira uma prerrogativa estrutural interna pode ser coadunada com elementos exógenos para o reforço de uma tese.

A despeito da importância da abordagem estratégica empreendida na análise do Mandado de Injunção 712-8/PA, não se pode desprezar que a perspectiva do interpretativismo sociológico também fornece instrumentos de compreensão dos fundamentos decisórios que motivaram alguns ministros a avançar sobre a esfera legislativa, assumindo o risco de possíveis críticas e retaliações do Congresso Nacional.

A leitura de alguns votos e intervenções ao longo do processo conotaram uma preocupação intimamente ligada ao senso coletivo de dever funcional que constitui o exercício da magistratura constitucional.

Neste sentido, o ministro Gilmar Mendes citou que a anomia regulatória gerava tanto a insensibilidade dos governos quanto o abuso sindical na temática da greve, um panorama que não poderia se perpetuar sob pena de o Supremo Tribunal ser considerado omissor em sua “missão institucional”¹⁰⁶², uma preocupação que também perpassou as manifestações dos ministros Eros Grau e Carlos Aires Britto¹⁰⁶³.

O ministro Gilmar Mendes ainda lamentou que a Corte devesse fazer “experimentos institucionais” com o mandado de injunção e com o direito de greve para tentar sanar o quadro de ilegalidade que a omissão legislativa criara¹⁰⁶⁴. No entanto, destacou a impossibilidade de uma linha de ação mais tímida ao traçar um quadro do solene desrespeito do Congresso Nacional aos apelos ineficazes que o Supremo Tribunal havia feito em outros julgados sobre a mesma temática, fazendo questão de ressaltar que a posição legiferante não deveria ser a regra, mas a exceção reservada apenas às hipóteses congêneres de inércia extremada do legislador¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶² MI 712-8/PA, fls. 587.

¹⁰⁶³ MI 712-8/PA, fls. 458, 492-494.

¹⁰⁶⁴ MI 712-8/PA, fls. 492-494.

¹⁰⁶⁵ MI 712-8/PA, fls. 454-460, 492-494, 505-508 e 526.

Os ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence chegaram a fazer um testemunho da evolução de seu posicionamento, que se iniciou com o respeito ao tempo legislativo em julgados de que participaram desde a década de 1990, como o Mandado de Injunção 20-4/DF, até perfilharem-se com a maioria colegial neste julgamento do direito de greve dos servidores públicos, num processo gradual de crítica à omissão inconstitucional¹⁰⁶⁶.

Ao avaliar o progresso do Supremo nesta temática, o ministro Joaquim Barbosa sintetizou: “Vê-se que a Corte enfrentou o problema aos poucos, como se tateasse os limites de sua própria legitimidade nessa zona cinzenta da delicada relação entre os poderes da União.”¹⁰⁶⁷

Em 1º de julho de 2008, o Supremo Tribunal enfrentou novamente a omissão legislativa na regulamentação do direito à aposentadoria especial de servidores públicos que trabalham em atividades insalubres, no Mandado de Injunção 758-6/DF.

Sem estabelecer qualquer prazo ao Congresso e conforme a decisão no Mandado de Injunção 721-7/DF, de 2007, o Tribunal reconheceu a mora legislativa e determinou a aplicação da Lei nº 8.213 de 1991, que cuida da aposentadoria especial de trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, a CLT¹⁰⁶⁸. Porém, esta decisão não estabeleceu efeitos genéricos à decisão, o que pode ser explicado pelo fato de seu impetrante ter sido apenas um servidor público e não uma entidade sindical, como no Mandado de Injunção 712-8/PA.

Em importante passagem, o ministro Gilmar Mendes recomendou a ciência da mora ao Congresso Nacional, num comportamento que o enfoque do sistema político e do jogo de poderes consideraria como um resguardo da autoridade institucional diante de possíveis críticas legislativas, uma conduta que recebeu o apoio do ministro-relator Marco Aurélio Mello:

“O Senhor Ministro Marco Aurélio – (...) é interessante para perceberem e depois simplesmente não proclamarem que estamos legislando.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente) – (...) De qualquer sorte seria interessante comunicar ao Congresso, até para fins estatísticos. (...)

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente) – O Presidente Arlindo Chinaglia há pouco comunicou que estava organizando um grupo ou comissão no

¹⁰⁶⁶ MI 712-8/PA, fls. 454-460, 505-508 e 526.

¹⁰⁶⁷ MI 708-0/DF, fls. 351.

¹⁰⁶⁸ MI 758-6/DF, fls. 41-46 e 51.

âmbito da Câmara dos Deputados com esse desiderato. Com o fito de eventualmente colmatar essas lacunas mais evidentes.”¹⁰⁶⁹

A passagem é bastante reveladora sobre as tensões exógenas que existem na atividade decisória dos ministros. Ao mesmo tempo em que o Tribunal se preocupou em comunicar o legislador de sua mora para não ser acusado de usurpar competências alheias, a intervenção do ministro Gilmar Mendes apontou que as decisões da Corte estavam servindo como um estímulo exógeno ao Congresso Nacional. O impacto sofrido pelo legislador o forçava a adotar um comportamento mais ativo, numa espécie de reação estratégica ao avanço do Supremo sobre sua esfera de poder.

Na sessão do dia 15 de abril de 2009, foram julgados em conjunto diversos Mandados de Injunção relativos à mesma temática do direito à aposentadoria especial de servidor público que exercia atividade insalubre. Foram dezoito processos ao todo¹⁰⁷⁰, encaminhados com a mesma orientação decisória do precedente fixado no Mandado de Injunção 721-7/DF, de relatoria do ministro Marco Aurélio Mello. Diante do acúmulo de mandados de injunção impetrados individualmente por servidores públicos, o ministro Joaquim Barbosa fez um apelo para que cada juiz constitucional pudesse julgá-los em decisão monocrática, se houvesse identidade absoluta entre eles¹⁰⁷¹. A proposta foi aceita e vários casos semelhantes foram decididos posteriormente¹⁰⁷².

3.7.1.

Balanço

Os conceitos mais utilizados nos debates em Plenário foram a separação de poderes e a Constituição, seja para criticar o avanço do Supremo Tribunal Federal sobre a competência congressional ou para defender sua postura saneadora da omissão legislativa.

¹⁰⁶⁹ MI 758-6/DF, fls. 49.

¹⁰⁷⁰ MI788/DF, MI795-1/DF, MI 796/DF, MI 797/DF, MI 808/DF, MI 809/DF, MI 815/DF, MI 825/DF, MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI879/DF, MI905/DF, MI 927/DF, MI 938/DF, MI 962/DF e MI 998/DF.

¹⁰⁷¹ MI 795-1/DF, fls. 100-102. Restou claro o entendimento de que cada ministro poderia julgar monocraticamente ou encaminhar a questão ao plenário.

¹⁰⁷² Como exemplo de MIs julgados sob a mesma orientação fixada no MI 721-7/DF; MI 835/DF, MI 885/DF, MI 923/DF, MI 957/DF, MI 975/DF, MI 991/DF, MI 1.083/DF, MI 1.128/DF, MI 1.152/DF; MI1.182/DF; MI1.270/DF; MI1.440/DF; MI 1.660/DF; MI 1.681/DF; MI 1.682/DF; MI 1.700/DF; MI 1.747/DF; MI 1.797/DF; MI 1.800/DF e MI 1.835/DF.

Além de servir ao convencimento colegial, a manipulação destas concepções abstratas confirma a análise de Jeffrey Segal sobre o caráter moldável da hermenêutica constitucional, pois ainda que os julgadores partam dos mesmos pressupostos normativos, podem fundamentar decisões absolutamente opostas, adaptando-os a um viés interpretativo que se ajusta com a garantia de suas preferências individuais¹⁰⁷³.

Outra conduta que explorou o potencial de estratégias endógenas foi o uso do pedido de vista, nos Mandados de Injunção 670-9/ES, 708-0/DF e 712-8/PA. Cada vez que o feito se interrompia com uma nova solicitação, abria-se uma oportunidade para que atores congressuais se arregimentassem antes da solução decisória da Corte, o que acarretaria a prejudicialidade no julgamento das Ações. Embora não tenha logrado êxito, este recurso regimental evidencia como a dinâmica do jogo colegial pode se coordenar com forças exógenas para assegurar uma preferência pessoal dentro do próprio Tribunal.

Estas diferentes ações e concepções individuais sobre o grau de intervenção que o Supremo deveria adotar perpassaram todos os casos analisados. No entanto, sob uma perspectiva institucional, houve uma evolução desde os primeiros julgados que respeitavam as peculiaridades do processo decisório legislativo, reconheciam os esforços parlamentares no debate de projetos de lei regulamentadoras e, por isso, meramente declaravam a mora do Congresso Nacional.

Desta conjuntura, o Supremo Tribunal entrou numa fase posterior de julgamento repetitivo de demandas sobre a mesma hipótese omissiva, em um momento que já se distanciava do horizonte temporal de promulgação da Constituição Federal.

Sendo assim, a timidez inicial tomou contornos mais incisivos, que apontavam para uma tendência de crítica aberta à desídia legislativa e adoção de mecanismos de constrangimentos interinstitucionais, o que se traduziu no estabelecimento de prazos ao Congresso Nacional, como nos Mandados de Injunção 283-5/DF e 232-1/RJ, e na satisfação isolada do Mandado de Injunção 284-3/DF.

¹⁰⁷³

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. Spaeth, op. cit.

A despeito destes avanços pontuais, o Supremo não adotava posições mais arrojadas, o que se justificava por meio da rejeição de sua própria competência. A condenação do comportamento omissivo parlamentar conjugada com esta decisão sofisticada por meio de aspectos formais conspiram para avaliar que o Supremo atuava como uma corte submissa.

Deste cenário de supremacia legislativa, com cuidado extremado em proteger a instituição de eventuais retaliações, o Tribunal penetrou numa fase de intervenção mais aguda, com soluções deliberativas que não violavam a prerrogativa normativa do Congresso, mas induziam um quadro saneador da inconstitucionalidade, como ocorreu na Ação Direta 3.276-3/CE e no julgamento conjugado da Ação Direta por Omissão 3.682-3/MT com as Ações Diretas 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689, que fixou prazos para a regulamentação cabível. Além destas modulações decisórias, o julgamento por unanimidade da Ação Direta 3.276-3/CE também aponta um cenário de enfrentamento aberto entre os Poderes. O Supremo Tribunal Federal abandonava sua postura comedida para arriscar-se em possíveis descumprimentos legislativos.

Já no período derradeiro, o Tribunal não se conteve em incorporar a tarefa normativa diante da inércia congressual, avançando ainda mais na prescrição de efeitos generalizantes de suas decisões. Nesta conjuntura de supremacia judicial, assumiu um comportamento claramente assertivo, sem temer retaliações parlamentares e sofisticando suas deliberações com um revestimento constitucional que dificultasse eventuais evasões.

Na perspectiva estratégica da teoria política positiva, esta narrativa aponta de que maneira o Supremo Tribunal teve que jogar com o grau de constrangimento de sua jurisprudência. Como o Mandado de Injunção 107-3/DF havia fixado um paradigma não intervencionista, a Corte alterou sua postura decisória paulatinamente, sem correr o risco de críticas legislativas e enfraquecimento de sua autoridade por uma ruptura abrupta de seu próprio parâmetro de comportamento institucional.

Neste caminho evolutivo, a provocação repetitiva de alguns temas na jurisdição constitucional e a manifestação isolada de alguns ministros em votos passados serviram para justificar avanços graduais, que construíam a legitimidade do Supremo em assumir competências legislativas, num padrão de transformação

que Thelen e Streeck qualificariam como uma substituição institucional¹⁰⁷⁴ da função congressual.

Sob um enfoque interpretativista, os ministros apenas reconheceram sua missão institucional de efetivar a Constituição Federal. Já na abordagem do jogo de separação de poderes, o Supremo trilhou um caminho estratégico paulatino, que explorava cada julgado como uma oportunidade de amealhar parcialmente as atribuições alheias. A despeito da ótica analítica adotada, a Corte conseguiu sedimentar sua competência normativa nas hipóteses de omissão legislativa, construindo um cenário de autonomia decisória aos juízes constitucionais.

Embora este avanço sobre a regulamentação da Constituição Federal pressuponha o descontentamento do Congresso Nacional, nem sempre isto é verdadeiro. Muitas decisões resolveram situações de categorias sociais que não necessariamente despertavam a atenção dos legisladores ou atrapalhavam sua agenda. A rigor, no caso de maior abrangência e envergadura, o Legislativo saiu vitorioso. Esta evasão ocorreu após o julgamento da inconstitucionalidade dos municípios criados irregularmente, uma vez que o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº 57 de 2008 para reconhecer-lhes a segurança jurídica, sem assumir o desgaste ou custo político de produzir a norma pertinente.

Embora isolado, este caso suscita uma análise que relativiza a configuração de um cenário de supremacia judicial, pois a postura interventiva do Supremo Tribunal Federal dependeu muito mais de um processo de autocompreensão e consolidação institucional do que na usurpação ou disputa por competências legislativas.

A postura da Corte sempre penetrou em um campo lacunoso, sobre o qual a esfera parlamentar não havia emitido juízo de valor e que sempre poderia ser objeto de revisão legal posterior. Em verdade, o Supremo não legislou contra ou apesar do Congresso Nacional, mas supriu omissões até que o assunto despertasse a atenção ou o interesse político de deputados e senadores. Esta conjuntura de reserva estratégica para a manifestação parlamentar desmerece bastante uma proeminência do poder da Corte no concerto interinstitucional.

¹⁰⁷⁴

STREECK, Wolfgang; THELEN, Kathleen, op. cit., p. 5 et seq.

3.8.

Conclusão

O jogo terá uma duração que eu não havia antecipado. (...) Eu quebrei o hábito e voltei, não sem humor, ao meu lugar neste jogo eterno.

Marquesa de Merteuil ao Visconde de Valmont, Carta LXXXV
As Ligações Perigosas, Choderlos Laclos

A jurisprudência analisada revelou o emprego de diversas táticas colegiais como apartes ao voto, o debate de questões formais, o pedido de vista e o uso de declarações fortemente apelativas. Seja para defender uma postura de autocontenção ou para propor uma intervenção maior do Supremo Tribunal Federal na esfera legislativa, os ministros basearam sua argumentação em conceitos muito abstratos, como a ética, os direitos individuais, as minorias, as majorias, o papel e a missão do Judiciário, a democracia, a separação de poderes e a Constituição, muitas vezes citada sem uma referência específica ao seu texto normativo.

Em grande parte, o uso destes mecanismos de constrangimento tem um incentivo no caráter público das sessões do Supremo, com ampla cobertura midiática e que possibilitam que cada nuance argumentativa possa alcançar a opinião pública. Esta transparência transforma todo debate endógeno numa discussão da própria sociedade e cada ministro pode explorar interesses e críticas exógenas como um mecanismo de angariar aliados e coagir seus pares a adotar sua preferência pessoal.

Se o jogo colegial considera que estes recursos sejam apenas um meio de convencimento, a teoria política positiva explica a adoção estratégica destes conceitos no contexto da tradição que envolve uma corte constitucional. Estes limites consuetudinários às preferências dos julgadores estabelecem caminhos argumentativos possíveis, sem os quais haveria uma fraqueza da legitimidade decisória.

Esta análise também facilita a compreensão das inúmeras vezes em que votos isolados ou julgados da própria corte e de outros tribunais nacionais ou estrangeiros foram selecionados para fundamentar um viés deliberativo.

Embora compartilhe do grau constitutivo das tradições institucionais, o interpretativismo sociológico qualificaria o recurso à jurisprudência e aos

princípios jurídicos como uma preocupação sincera dos julgadores, que se desprendem de suas preferências pessoais ao assumirem o *ethos* do cargo. Sua preocupação se concentra na missão institucional tipicamente atribuída a uma corte constitucional, com apreço pela neutralidade, pela proteção dos direitos individuais, pela efetivação da vontade constitucional e pela sua função social no contexto do sistema político.

Enquanto as abordagens estratégicas enxergariam os debates em Plenário e as manifestações grandiloquentes como táticas de constrangimento colegial, o interpretativismo as encararia como diferenças eventuais de opiniões numa coletividade que comunga do mesmo espírito e senso de dever institucional.

Um enfoque mais amplo do sistema político demonstra que o Supremo Tribunal Federal sempre abriu possibilidades de intervir em diversas atividades congressuais. Mesmo na jurisprudência sobre o “impeachment”, o processo legislativo e a perda de mandato por quebra de decoro parlamentar, quando o grau de intervenção da Corte foi mínimo, os ministros construíram sua decisão criando uma reserva estratégica de competência para que pudesse atuar em circunstâncias futuras.

A mesma tática ocorreu em outros campos temáticos, porém, com um grau de interferência muito maior. Nos julgados sobre comissões parlamentares de inquérito, vários critérios de limitativos foram estabelecidos; a jurisprudência sobre o sistema político causou mudanças radicais no panorama eleitoral e partidário; e nas ações contra omissões inconstitucionais, alguns parâmetros normativos foram produzidos para efetivar os comandos da Constituição Federal.

Diversos mecanismos de sofisticação decisória foram empregados para resguardar a autoridade da Corte, como o julgamento por unanimidade, o revestimento constitucional da fundamentação e a confecção de acórdãos detalhados, com pouco espaço para seu desrespeito.

Embora estes instrumentos de modulação deliberativa judicial apontem cenários de uma corte assertiva, que tende a se posicionar corajosamente em cenários de supremacia judicial ou de enfrentamento com o legislador, algumas situações apresentaram evasão legislativa.

No entanto, numa análise temporal típica do institucionalismo histórico, estes campos jurisprudenciais demonstraram uma gradação interventiva do Supremo Tribunal. Inicialmente, seu comportamento foi marcado pela defesa de

sua prerrogativa interventiva, mas sem contrariar a vontade legislativa no mérito dos processos. Em outras situações, fundou-se em argumentos formais, atrelados à ausência de competência, para se eximir de uma decisão mais grave, uma sofisticação típica de cenários de supremacia legislativa.

Nesta fase mais próxima do horizonte histórico de reconstrução democrático-constitucional, diversas intervenções ministeriais conotavam a falta de solidez institucional para que o Supremo arriscasse uma intervenção mais incisiva contra os interesses do Congresso Nacional.

Posteriormente, a Corte começou a construir um caminho paulatino de intervenção, às vezes, acompanhada de críticas cada vez mais veementes ao legislador. Esta mudança na perspectiva de comportamento suscita uma análise típica de processos recentes de consolidação estrutural, quando alguns atores institucionais assumem atribuições tradicionalmente desempenhadas por outro ramo de governo ou quando reordenam sua agenda para incorporar funções novas. Ambos os fenômenos de substituição e conversão ocorreram em alguma medida na jurisprudência sobre o sistema político e as omissões inconstitucionais, respectivamente.

Conclusão

Só o inimigo não trai nunca.

Nélson Rodrigues

A aplicação da teoria institucional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revelou como a combinação de alguns enfoques parciais pode contribuir para estabelecer diferentes cenários do jogo entre Poderes.

Ao longo dos campos analíticos, a aplicação da abordagem colegial e da teoria política positiva apresentou um grande potencial de desvendar as circunstâncias estratégicas que envolvem o processo decisório.

Com uma ótica distinta, o interpretativismo sociológico contesta esta descrição realista para se apegar às motivações puramente constitutivas do comportamento.

Embora algumas ocasiões tenham registrado uma influência marcante da cultura institucional sobre os ministros, o ambiente endógeno testemunhou uma ênfase muito maior de diversas ações táticas. Estas performances foram potencializadas pela publicidade das sessões de julgamento, que forneceu um mecanismo de exploração de forças exógenas para o constrangimento colegial, mas também obrigou que cada ministro se defendesse de críticas externas, geralmente, expostas pela mídia.

Independente do ponto de partida adotado, estas perspectivas estratégicas e constitutivas serviram para esclarecer e delinear as distintas conjunturas de comportamento mais cuidadoso ou arrojado da Corte e de seus julgadores nas suas relações com o Congresso Nacional. Sem este aporte teórico que explora os meandros decisórios internos, a pesquisa teria de se fixar numa abordagem quantitativa que perderia a pretensão de solidez analítica de todo estudo de caso.

A opção pelo exame qualitativo da jurisprudência apontou três campos de maior autocontenção do Supremo Tribunal Federal: o “impeachment” presidencial, o processo legislativo e a cassação de mandato por quebra de decoro parlamentar. Se o primeiro ainda remanesce em um tempo histórico em que os próprios ministros reconheciam certa fragilidade da autoridade institucional, os

outros dois recortes temáticos também se debruçaram sobre julgados mais recentes. Mesmo assim, não indicaram um grau relevante de intromissão sobre as atribuições legislativas.

No entanto, desde os julgamentos mais antigos, a Corte fez questão de assegurar uma competência latente e preventiva de intervenção, que se concretizou nos casos sobre comissões parlamentares de inquérito, omissões inconstitucionais e sistema político.

Paulatinamente, o Supremo Tribunal Federal construiu uma espécie de estatuto das investigações legislativas que limitava a liberdade congressional. Embora alguns julgados tenham menos impacto no funcionamento ordinário das comissões, a viabilidade de sua instalação por meio das minorias parlamentares se constituiu numa restrição expressiva da capacidade de operação de blocos majoritários na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

As omissões inconstitucionais vivenciaram um processo gradativo de coagulação da confiança e autoridade institucional, que evoluiu da não interferência às decisões fortemente substanciais. No entanto, permanecia a possibilidade de manifestação parlamentar posterior, o que ameniza alegações de usurpação de competência.

Circunstância semelhante ocorreu no processo legislativo, tema em que a Corte demonstrou absoluta reticência. Porém, neste campo, a reserva interventiva não pertencia ao Congresso Nacional, mas à própria esfera judicial, que poderia viciar a constitucionalidade da lei após sua aprovação.

Em ambos os campos jurisprudenciais, o custo político de uma decisão ganhou um espaço importante na ação institucional. Regulamentar um comando da Constituição Federal não representava uma ameaça ao legislador, que pode alterar completamente a deliberação judicial. Do mesmo modo, invalidar precocemente um projeto de lei pode trazer um ônus que a Corte não pareceu disposta a suportar. Ao invés de se arriscar em um ambiente de críticas pela incorporação da função legislativa, o Supremo Tribunal agiu estrategicamente, esperando pelo momento em que sua atuação despertaria menos contestação.

De todos os julgados, o sistema político apresentou o maior grau de ousadia, com alterações profundas no sistema eleitoral e partidário. Um elemento diferencial que pode explicar este comportamento da Corte foi o papel desempenhado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Se a competência legislativa se impõe como um limite estratégico natural para a intervenção em outros campos analíticos, o julgamento do sistema político tomou como base diversos atos próprios da prerrogativa normativa da Justiça Eleitoral, e não do Congresso Nacional, o que abria a possibilidade de um protagonismo maior e reduzia as críticas de uma ingerência indevida ou sem legitimidade.

A análise panorâmica de toda a jurisprudência demonstrou um avanço do Supremo Tribunal Federal sobre tarefas típicas desempenhadas pelo Congresso Nacional.

Embora alguns tópicos ainda permaneçam no domínio exclusivo do legislador, houve uma real mudança do perfil institucional da Corte, que se colocou no patamar de um ator político efetivo, capaz de influenciar o cálculo e as ações estratégicas da esfera parlamentar.

Desde a redemocratização e reconstitucionalização do país, o Supremo maneja as consequências políticas imediatas de suas decisões para beneficiar uma estratégia de fortalecimento institucional de longo prazo¹⁰⁷⁵, um processo também descrito por Mark Graber na trajetória da Suprema Corte dos Estados Unidos¹⁰⁷⁶. Neste caminho evolutivo, foi progressivamente penetrando em diversos assuntos áspers que pressupunham uma retaliação congressual e causaram muitas reservas da imprensa. Ao contrário das premissas de Vanberg, a transparência do modelo brasileiro não se transformou em apoio permanente da opinião pública, que variou entre a chancela irrestrita e a crítica exacerbada.

Este percurso de acumulação crescente de poder se beneficiou de uma estrutura institucional que conspira para um ambiente de autonomia dos juízes constitucionais, que podem manifestar suas preferências sem a inconveniência de temer possíveis represálias da sociedade e do sistema político.

Apesar destas condições favoráveis, o horizonte final da pesquisa não constatou uma atuação tão incisiva no balanço de todos os campos de análise. Constatar um processo de ampliação de competências em relação a um cenário inicial de autocontenção é diferente de afirmar que o Supremo Tribunal Federal goza de liberdade decisória absoluta ou que possui proeminência sobre o Congresso Nacional.

¹⁰⁷⁵ HELMKE, Gretchen; STATON, Jeffrey K, op. cit., p. 528.

¹⁰⁷⁶ GRABER, Mark, op. cit. Cf. item 2.9., *supra*.

Se o exame da jurisprudência sobre o “impeachment”, a cassação de mandato por quebra de decoro parlamentar e o processo legislativo é suficiente para apontar uma conduta de cautela extremada da Corte, os votos e debates dos demais campos também revelaram que a manutenção da integridade e autoridade institucional sempre compõe a equação decisória dos ministros.

Mesmo nos julgados mais ousados e inovadores, em situações de inversão jurisprudencial, a postura vanguardista do Tribunal sempre carregou o peso da ameaça de retaliações e evasões legislativas, além da incômoda possibilidade de crítica midiática.

A busca livre e franca de interesses individuais pode guiar a atitude dos ministros em conjunturas de alinhamento da Corte com atores exógenos importantes, numa atmosfera de autonomia amplamente beneficiada pela estrutura institucional à disposição para a provocação e o exercício de sua jurisdição.

Em outras circunstâncias menos favoráveis, permanece o jogo estratégico de Poderes, em um cenário inconclusivo de enfrentamento aberto entre um Supremo Tribunal Federal assertivo e um Congresso Nacional que tentará impor sua vontade legislativa ou evadir-se continuamente.

Referências Bibliográficas

ABRANCHES, Sérgio. “Presidencialismo de Coalizão: o Dilema Institucional Brasileiro.” *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro. vol. 31, n. 1, 1988

ACKERMAN, Bruce. “The New Separation of Powers.” In: **Harvard Law Review**, Vol 113, Jan 2000, nº 3.

AMES, Barry. “Electoral Rules, Constituency Pressures, and Pork Barrel: Bases of Voting in the Brazilian Congress”. In: **The Journal of Politics**, 1995, vol. 57, nº 2.

ARISTÓTELES. **A Política**. 7ª ed.. São Paulo: Atena, 1965.

ATYIAH, Patrick S. “Judicial-Legislative relations in England” In: **Towards Institutional Comity**. Washington D. C.: The Brooking Institute, 1988.

BARCELLOS, Ana Paula. “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático.” In: **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. 1ª ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. 1.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Voto na ADIN 4.650, disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Voto-sobre-financiamento-de-campanha-ADI-46501.pdf>, acesso em 16 de setembro de 2014.

BASTOS, Érico Araújo. **O Oráculo do Poder Constituinte: Reminiscências do Poder Moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro, 2010. Dissertação (Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Puc-Rio.

BAUM, Lawrence. “Recruitment and Motivations of Supreme Court Justices”. In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.) In: **Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches**. Chicago: University of Chicago Press, 1999.

_____; HAUSEGGER, Lori. “Inviting Congressional Action: A Study of Supreme Court Motivations in Statutory Interpretation.” In: **American Journal of Political Science**, Vol. 43, nº. 1, jan., 1999.

BELLAMY, Richard. “The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy” In: **Political Studies**, 1996, XLIV.

BENTES, Fernando. “Uma Alternativa à Jurisdição Constitucional Clássica: a teoria democrática de John Hart Ely.” In: **Transdições**. Nº 1, vol. 1. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2006.

_____. **A Separação de Poderes da Revolução Americana à Constituição dos Estados Unidos: O Debate entre os Projetos Constitucionais de Jefferson, Madison e Hamilton**. Rio de Janeiro, 2006. Dissertação (Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional) – Programa de Pós-graduação em Direito, Departamento de Direito, Puc-Rio, disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077014.pdf>, acesso em 15 de janeiro de 2012.

BENTES, Fernando; HOFFMANN, Florian F. “Accountability for Social and Economic Rights in Brazil.” In: GAURI, Varun; BRINKS, Daniel (ORG.) **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**. New York: Cambridge University Press, 2008.

_____. “Judicialização dos Direitos Sociais – Uma Abordagem Empírica.” In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (ORG.) **Direitos Sociais, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v., p. 383-417.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics**. New York: The Bobbs-Merrill Company, 1962.

BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; Rangel, Henrique. “Problemas Institucionais no Constitucionalismo Contemporâneo.” **Direitos Fundamentais & Justiça** - Ano 5, nº 17, P. 288-309, OUT./DEZ. 2011.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRIGHAM, John, “The Constitution of the Supreme Court” In: CLAYTON, Cornell. GILLMAN, Howard. **The Supreme Court in American Politics**. Lawrence: University Press of Kansas, 1999.

BRINKS, Daniel. "Files Servidores del Regimen. El Papel de la Corte Constitucional de Brasil bajo a la Constitución de 1988." In: Coord. FIGUEROA, Julio Ríos; HELMKE, Gretchen. **Tribunales Constitucionales en América Latina**. Mexico: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.

_____; GAURI, Varun. "The Law's Majestic Equality? The Distributive Impact of Judicializing Social and Economic Rights." In: Perspectives on Politics, volume 12, issue 02.

BUSSIÈRE, Elizabeth. "The Supreme Court and the Development of the Welfare State: Judicial Liberalism and the Problem of Welfare Rights". In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.) **Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches**. Chicago: University of Chicago Press, 1999.

BURGESS, Susan. "Queer new Institutionalism: Notes on the Naked Power organ in Mainstream Constitutional Theory and Law." In: CLAYTON, Cornell. GILLMAN, Howard. **The Supreme Court in American Politics**. Lawrence: University Press of Kansas, 1999.

BYBBE, Keith. "Democratic Theory and Race Conscious Redistricting" In: CLAYTON, Cornell. GILLMAN, Howard. **The Supreme Court in American Politics**. Lawrence: University Press of Kansas, 1999.

Câmara dos Deputados, Regimento Interno da Câmara dos Deputados, disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/Regimento%20Interno%20ate%20RCD%2054-2014.pdf>

CAMPBELL, John. **Institutional Change and Globalization**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2004.

CITTADINO, Gisele. "Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes" In: **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Luís Werneck Vianna (ORG.). Belo Horizonte: UFMG, 2002.

CLARK, Tom S. "The Separation of Powers, Court Curbing, and Judicial Legitimacy." In: **American Journal of Political Science**, Vol. 53, No. 4, October 2009.

CLAYTON, Cornell. "Law, Politics, and the Rehnquist Court. Structural Influences on Supreme Court Decision Making." In: CLAYTON, Cornell. GILLMAN, Howard. **The Supreme Court in American Politics**. Lawrence: University Press of Kansas, 1999.

_____; GILLMAN, Howard. "Beyond Judicial Attitudes: Institutional Approaches to Supreme Court Decision Making." In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.) **Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches**. Chicago: University of Chicago Press, 1999.

_____; "The Supreme Court and Political Jurisprudence: New and Old Institutionalisms". In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.) **Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches**. Chicago: University of Chicago Press, 1999.

COFFIN, Frank M. "The Federalist number 86: On Relations Between the Judiciary and Congress." In: **Towards Institutional Comity**. Washington D. C.: The Brookings Institute, 1988.

Constituição dos Estados Unidos, disponível em http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html

_____, disponível em http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights.html

_____, disponível em http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html

CORWIN, Edward S. **The Twilight of the Supreme Court**. New Haven: Yale University Press, 1934.

_____. **The Doctrine of Judicial Review**. Gloucester: Peter Smith, 1963.

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

DAHL, Robert. **Democracy and its Critics**. New Haven: Yale University Press, 1989.

DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição. Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

DAVIDSON, Roger H. "What Judges Ought to Know about Congress." In: **Towards Institutional Comity**. Washington D. C.: The Brookings Institute, 1988.

DAVIS, Sue. "The Chief Justice and the Judicial Decision-Making: The Institutional Basis for Leadership on the Supreme Court." In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.) **Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches**. Chicago: University of Chicago Press, 1999.

DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. (Eds.) **The New Institutionalism in Organizational Analysis**. Chicago: University of Chicago Press, 1991.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Definição da Pauta no Supremo Tribunal Federal e (Auto)Criação do Processo Objetivo. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF, novembro de 2008, Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_194.pdf, acesso em 20 de fevereiro de 2014.

EISENBERG, José. “Pragmatismo, Direito Reflexivo e Judicilização da Política.” In: VIANNA, Luís Werneck (ORG.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Harvard University Press, 1980.

EPP, Charles R. “External Pressure and the Supreme Court Agenda.” In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.) **Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches**. Chicago: University of Chicago Press, 1999

EPSTEIN, Lee. KNIGHT, Jack. “Mapping Out the Strategic Terrain: The Informational Role of Amicus Curiae”. In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.) **Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches**. Chicago: University of Chicago Press, 1999.

ESKRIDGE, William N. Jr.. "Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions" (1991). In: **The Yale Law Journal** Vol. 101: 331.

FEREJOHN, John A.; KRAMER, Larry. “Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint.” In: **77 N.Y.U. Law Review Rev.** 962, 2002.

FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADI e ADC. Efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes**. Salvador: Jus Podium, 2009.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. LIMONGI, Fernando. “Mudança Constitucional, Desempenho do Legislativo e Consolidação Institucional.” In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, 1995, ano 10, nº 29.

FIGUEIREDO, Juliana Baldoni. “O Colégio de Líderes: Surgimento e Evolução.” **E-legis**. Brasília, n. 8, p. 6-33, 1º semestre de 2012.

FRIEDMAN, Barry. “The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review.” In: **University of Cincinnati Law Review**, Vol. 72, 2004.

_____.; HARVEY, Anna. “Pulling Punches: Congressional Constraints on the Supreme Court’s Constitutional Rulings, 1987–2000” In: **Legislative Studies Quarterly**, XXXI, 4, November 2006.

_____. **The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution**. Farrar, Strauss & Giroux, 2009.

GATES, John B. “The Supreme Court and Partisan Change: Contravening, Provoking, and Diffusing Partisan Conflict.” In: CLAYTON, Cornell. GILLMAN, Howard. *The Supreme Court in American Politics*. Lawrence: University Press of Kansas, 1999.

GILLMAN, Howard. “The Court as an Idea, Not a Building (or a Game): Interpretative Institutionalism and the Analysis of Supreme Court Decision-Making”. In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.). **Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches**. Chicago: University of Chicago Press, 1999.

GINSBURG, Tom. “The Global Spread of Constitutional Review.” In: WHITTINGTON, Keith E., KELEMEN, R. Daniel, CALDEIRA, Gregory A. (ORG.) *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, 2008.

GRABER, Mark. “The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary.” In: *Studies in American Political Development*, 7, 1993.

_____. “The Problematic Establishment of Judicial Review.” In: CLAYTON, Cornell. GILLMAN, Howard. *The Supreme Court in American Politics*. Lawrence: University Press of Kansas, 1999.

HALL, Melinda Gann. BRACE, Paul. “State Supreme Court and Their Environments: Avenues to General Theories of Judicial Choice.” In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.) In: **Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches**. Chicago: University of Chicago Press, 1999.

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R.. “As Três Versões do Neo-institucionalismo.” in **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, nº 58 – 2003

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. O Federalista. Brasília: UNB, 1984.

HELMKE, Gretchen; STATON, Jeffrey K. “El Rompecabezas de la Política Judicial em América Latina: uma Teoria sobre el Litigio, las Decisiones Judiciales y los Conflictos entre Poderes.” In: FIGUEROA, Julio Ríos; HELMKE, Gretchen. **Tribunales Constitucionales en América Latina**. Mexico: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.

HETTINGER, Virginia A.; ZORN, Christopher J. W.; “Signals, Models, and Congressional Overrides of the Supreme Court.” Annual Meeting of the Midwest Political Science Association, April 15-17, 1999, Chicago, IL.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

_____. “The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts” In: **Annu. Rev. Polt. Sci.**, 2008.

JOBIM, Nélon. “O Colégio de Líderes e Câmara dos Deputados.” **Cadernos de Pesquisa**. CEBRAP, nº 3, Novembro de 1994.

KAHN, Ronald. “Supreme Court Decision Making: The Rehnquist Court on Privacy and Religion.” In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.). **Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches**. Chicago: University of Chicago Press, 1999.

KAPISZEWSKI, Diana. “Arbitro de Conflictos, Creador de Políticas Públicas o Proctetor de Derechos? El Supremo Tribunal Federal de Brasil em Transición.” In: Coord. FIGUEROA, Julio Ríos; HELMKE, Gretchen. **Tribunales Constitucionales en América Latina**. Mexico: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.

KASTENMEIER, Robert W.; REMINGTON, Michael J. “Legislator’s Lexicon to the Federal Judiciary.” In: **Towards Institutional Comity**. Washington D. C.: The Brooking Institute, 1988.

KATZMANN, Robert. “The Underlying Concerns.” In: **Judges and Legislators. Towards Institutional Comity**. Washington D. C.: The Brooking Institute, 1988.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRAMER, Larry. “An Act to Stablish the Judicial Courts of the United States”, Biblioteca do Congresso Norte-americano, disponível em <http://memory.loc.gov/cgi->

bin/ampage?collId=llsl&fileName=001/llsl001.db&recNum=196, acesso em 24 de setembro de 2013.

LAMOUNIER, Bolívar. “Parlamentarismo, Sistema Eleitoral e Governabilidade”. In: **Nova Economia**, 1991, vol. 2, nº 2, UFMG.

LEITE, Fábio Carvalho. “ADIN e ADC, e a ambivalência possível: uma proposta” In: **Revista de Direito do Estado – RDE**, vol. 10, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

LEVITSKY, Steven; MURILLO, María Victoria. “Variation in Institutional Strength” In: *Annu. Rev. Polit. Sci.* 2009. 12: 115–33.

LIJPHART, Arendt. **Modelos de Democracia. Desempenho e Padrões de Governo em 36 Países**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

MACFARLANE, Emmett. **The Supreme Court of Canada and The Judicial Role: an Historical Institutionalist Account**. Kingston, Ontario, Canada, 2009. Tese (Doutorado em Filosofia) – Queen’s University.

MACHIAVELLI, Niccolò Di Bernardo Dei. **O Príncipe**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1985.

MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James; WAHLBECK, Paul J. “Strategy and Judicial choice: New Institutionalist Approaches to Supreme Court Decision-Making.” In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.) **Supreme Court Decision Making: New Institutionalist Approaches**. Chicago: University of Chicago Press, 1999.

MANIN, Bernard. “Frontières, freins et contrepoids: la séparation des pouvoirs dans le débat constitutionnel américain de 1787” In: **Revue Française de Science Politique**, Ano 1994, volume 44, número 2.

MARCUS, Maeva; VAN TASSEL, Emily Field. “Judges and Legislators in the New Federal System” In: **Towards Institutional Comity**. Washington D. C.: The Brooking Institute, 1988.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MCANN, Michael. “How the Supreme Court Matters in American Politics: New Institutionalist Perspectives.” In: CLAYTON, Cornell. GILLMAN, Howard. **The Supreme Court in American Politics**. Lawrence: University Press of Kansas, 1999.

MCCLOSKEY, Robert G. **The American Supreme Court**. 4^aed., revisada por Sandford Levinson. Chicago: University of Chicago Press, 2004.

MCGUIRE, Kevin T. “The Supreme Court and Institutional Relationships” In: CLAYTON, Cornell. GILLMAN, Howard. **The Supreme Court in American Politics**. Lawrence: University Press of Kansas, 1999.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo, 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) Departamento de Ciência Política, FFLCH, USP. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>, acesso em 10 de dezembro de 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Basto Editor, 1999.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999**. São Paulo: Instituto de Direito Público/Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Sécondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MURPHY, Walter. **Elements of Judicial Strategy**. Chicago: University of Chicago Press, 1964.

NEGRI, Antonio. **O Poder Constituinte. Ensaio sobre as Alternativas da Modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, trad. Adriano Pilatti.

NOVELINO, Marcelo. “A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF.” In: **Constitucionalismo e Democracia**. FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). Salvador: Juspodivm, 2013.

O'BRIEN, Davi M. “Institutional Norms and the Supreme Court Opinions: On reconsidering the Rise of Individual Opinions.” In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.) **Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches**. Chicago: University of Chicago Press, 1999.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. “Ativismo judicial, autorestrição judicial e o minimalismo”. In: **Diritto & Diritti**, v. 1, 2008; VIANNA, Luís Werneck et all. **A**

Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

PEREIRA, Saylon Alves. **Os Pedidos de Vista no Supremo Tribunal Federal: Uma análise quantitativa nos casos de controle concentrado de constitucionalidade.** SBDP. Disponível em

http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/177_Monografia%20

Saylon%20Pereira.pdf, acesso em 12 de fevereiro de 2014.

PIERSON, Paul; SKOCPOL, Theda. “Historical Institutionalism in Contemporary Political Science.” In: KATNELSON, Ira; MILNER, Helen V..(ORG.) **Political Science: state of the discipline.** NY, Washington DC: Norton and APSA, 2002.

PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988 - Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. “A perspectiva institucionalista e a análise da dinâmica das decisões legislativas.” In: **Direito, Estado e Sociedade.** Nº 29 jul./dez. 2006.

PILDES, Richard H. “The Legal Structure of democracy.” In: WHITTINGTON, Keith E., KELEMEN, R. Daniel, CALDEIRA, Gregory A. (ORG.) **The Oxford Handbook of Law and Politics,** Oxford University Press, 2008.

PLATÃO. **A República.** Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

POCOCK, J. G A. **The Maquiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republic Tradition.** New Jersey: Princeton University Press, 1975.

POWE JR., Lucas A. **The Supreme Court and the American Elite, 1789–2008.** Cambridge: Harvard University Press, 2009.

POLÍBIOS. **História.** Brasília: UNB, 1985.

POSNER, Richard A. “Democracy and Judiciary: a comment on Aulius Aarnio, ‘The Court System and Democracy’” IVR, 2003, disponível em [http://www.ivr2003.net/ Abstracts/Posner-AarnioComment.pdf](http://www.ivr2003.net/Abstracts/Posner-AarnioComment.pdf), acesso em 30 de julho de 2011.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, **Constituição da República Federativa do Brasil,** disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

_____, **Constituição de 1967**, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm

_____, **Leis Complementares**, disponíveis em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-complementares-1#content>

_____, **Leis Ordinárias**, disponíveis em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias#content>

_____, **Medidas Provisórias**, disponíveis em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/medidas-provisorias#content>

PRITCHETT, C. Herman Pritchett, “Divisions of Opinions Among Justices of the U.S. Supreme Court, 1939-1941.” In: **American Political Science Review**. 1941, Vol. 35.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil. Perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

I Relatório Supremo em Números – O Múltiplo Supremo, disponível em http://supremoemnumeros.fgv.br/sites/supremoemnumeros.fgv.br/files/attachment/i_relatorio_do_supremo_em_numeros_0.pdf, acesso em 15 de março de 2013.

ROGERS, James. “Information and Judicial Review: A Signaling Game of Legislative-Judicial Interpretation.” In: **American Journal of Political Science**. Vol. 45, nº 1, jan., 2001.

SANTOS, Fabiano. “Partidos e Comissões no Presidencialismo de Coalizão.” In: **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 45, nº 2, 2002.

SCALIA, Antonin, “The Dissenting Opinion.” In: **Journal of Supreme Court History**. 1994.

SARMENTO, Daniel. “Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda.” **Revista de Direito do Estado**, v. 2, 2006.

SEGAL, Jeffrey. “Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts.” In: **The American Political Science Review**, vol. 91, nº 1, Mar., 1997.

_____. “Supreme Court Deference to Congress: An Examination of the Marksist Model.” In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.)

Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches. Chicago: University of Chicago Press, 1999.

_____; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited.** New York: Cambridge University Press, 2002.

_____. “Judicial Behavior.” In: WHITTINGTON, Keith E., KELEMEN, R. Daniel, CALDEIRA, Gregory A. (ORG.), **The Oxford Handbook of Law and Politics**, Oxford University Press, 2008.

_____; LINDQUIST Stefanie A. “Congress, the Supreme Court, and Judicial Review: Testing a Constitutional Separation of Powers Model.” In: **American Journal of Political Science**, nº 480, Setembro, 2010.

SENADO FEDERAL, **Regimento Interno do Senado Federal**, disponível em http://www.senado.gov.br/legislacao/rgsf/RegimentoInternoSF_alt_2014_versao_PLE.pdf

_____, **Regimento Comum do Congresso Nacional**, disponível em http://www.senado.gov.br/legislacao/rgsf/RegComum_Normas_Conexas.pdf

_____, **Normativa Interna do Senado Federal**, disponível em <http://www.senado.gov.br/legislacao/>

_____, Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito dos Bingos, disponível em <http://www.senado.leg.br/comissoes/CPI/Bingos/RelFinalBingos.pdf>, acesso em 12 de janeiro de 2014.

SESMA, Victoria Iturralde. **El precedente en el common law.** Madrid: Cívitas, 1995.

SHELDON, Charles. “The Incidence and Structure of Dissensus on a State Supreme Court.” In: CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard. (ORG.) **Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches.** Chicago: University of Chicago Press, 1999.

SIEYES, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?** Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, trad. Aurélio Wander Bastos.

SILVA, A. G.; GAMA, F.; VIEIRA, J. R.; MAGALHAES, J. N.; Camargo, M.; STRUCHINER, Noel. “Jurisdição constitucional: entre o respeito ao

legislador e o ativismo judicial.” **Revista Jurídica** (Rio de Janeiro. 1933), v. 1, p. 131-169, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Interpretação Conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial.” *Revista Direito GV*. V. 2, n. 1, p. 191 – 210, Jan-Jun, 2006.

SILVERSTEIN, Mark. “Bill Clinton’s Excellent Adventure: Political Development and the Modern Confirmation Process.” In: CLAYTON, Cornell. GILLMAN, Howard. **The Supreme Court in American Politics**. Lawrence: University Press of Kansas, 1999.

SMITH, Rogers M. “Political Jurisprudence, The ‘New Institutionalism’, and the Future of Public Law.” In: **The American Political Science Review**, Vol. 82, No. 1, Mar., 1988.

_____. “Historical Institutionalism and the Study of Law.” In: KELEMEN, R. Daniel, CALDEIRA, Gregory A. (ORG.) **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford University Press, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Mandado de Injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência”. **BDA** (São Paulo), v. 7, p. 792-807, 2007.

SPILLER, Pablo T.; RICHMAN, Barack; BERGARA, Mario. “Modeling Supreme Court Strategic Decision Making: The Congressional Constraint” In: **Legislative Studies Quaterly**, XXVIII, 2, May 2003.

SPURLIN, Paul Merrill. **Montesquieu in America. 1769 – 1801**. New York: Octagon Books, 1969.

STANTON, Jeffrey K.; VANBERG, Georg. “The Value of Vagueness: Delegation, Defiance, and Judicial Opinions.” In: **American Journal of Political Science**, Vol. 52, nº 3, July 2008, pp. 504-519.

STEINMO, Sven. “What is Historical Institutionalism?” In: PORTA, Donatella D.; KEATING, Michael. (ORG.). **Forthcoming, Approaches in the Social Sciences**, Cambridge UK: Cambridge University Press, 2008.

STREECK, Wolfgang; THELEN, Kathleen. **Beyond Continuity: Institutional Change in Advanced Political Economies**. NY: Oxford University Press, 2005.

STREET, Amy. **Judicial Review and the Rule of Law. Who is in Control?** Londres: The Constitution Society, 2013.

STRUCHINER, Noel. **Direito e Linguagem: Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, disponível em

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Junho_2014-versao_eletronica.pdf

_____, Organograma, disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStforganograma/anexo/AR_15.12__Completo.pdf, acesso em 21 de abril em 2013.

_____, Pesquisa de Inteiro Teor dos Acórdãos Decisórios, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>

_____, Pesquisa de Consulta Processual, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>

_____, Informativo 483, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo483.htm>, acesso em 3 de março de 2014.

_____, Informativo 732, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo732.htm>, acesso em 10 de setembro de 2014.

_____, Notícias, voto do ministro Dias Toffoli na ADIN 4.650, disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI_4650__Voto_Min__Dias_Toffoli.pdf, acesso em 15 de setembro de 2014.

_____, Notícias, voto do ministro Teoria Savascki na ADIN 4.650, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4650TZ.pdf>, acesso em 15 de setembro de 2014.

_____, Notícias, voto do ministro Marco Aurélio Mello na ADIN 4.650, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4650MA.pdf>, acesso em 15 de setembro de 2014.

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

THÉRET, Bruno. “As Instituições entre as Estruturas e as Ações” In: **Lua Nova**: nº 58, 2003.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, **Resoluções**, disponível em <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumarios/resolucoes>

_____, **Pesquisa de Legislação Eleitoral**, disponível em <http://www.tse.jus.br/legislacao/pesquisa-a-legislacao-eleitoral>

_____, **Pesquisa de Inteiro Teor dos Processos**, disponível em <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>

_____, **Página de Acompanhamento Processual**, disponível em <http://www.tse.jus.br/servicosjudiciais/acompanhamento-processual-push>

TRUBEK, David M.; COUTINHO, Diogo R.; SHAPIRO, Mario G. “New State Activism in Brazil and the Challenge for Law.” Artigo apresentado em junho de 2012 no Institute for Global Law and Policy, Harvard Law School.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away From the Court**. PUP: Princeton, 1999.

_____. **Why the Constitution Matters?** London, New Haven: University of Yale Press, 2010.

WALDRON, Jeremy. “On Judicial Review”, in **Dissent Magazine**, vol. 51, nº 3, 2005.

WEINGAST, B.; MARSHALL, W. “The Industrial Organization of Congress.” In: **Journal of Political Economy**, 96, 1988, 1.

WHITTINGTON, Keith E. **Political Foundations of Judicial Supremacy**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2007.

_____. “The Supreme Court in Politics”. In: **Reviews in American History**, 39 (2011).

VANBERG, Georg. “Establishing Judicial Review Independence in West Germany – The Impact of Opinion Leadership and the Separation of Powers.” In: **Comparative Politics**, Abril, 2000.

_____. “Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review.” In: **American Journal of Political Science**, Vol. 45, No. 2, April 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia” In: **REVISTA DIREITO GV**, São Paulo 4(2), JUL-DEZ 2008.

VILE, M. J. C. **Constitutionalism and Separation of Powers**. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

ZORN, Christopher J. W.; HETTINGER, Virginia A. "Signals, Models, and Congressional Overrides of the Supreme Court." In: **Annual Meeting of the Midwest Political Science Association**, April 15-17, 1999, Chicago, IL.

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

ADIN MC 692

ADIN MC 1.038

ADIN MC 1.354-8/DF

ADIN 1.354-8/DF

ADIN MC 1.635-1

ADIN 1.635-1

ADIN Ag. Reg. 2.381

ADIN 2.240

ADIN 2.626-7/DF

ADIN 2.628-7/DF

ADIN 3.316

ADIN 3.345/DF

ADIN 3.489

ADIN 3.685-8/DF

ADIN 3.689

ADIN 4.029/DF

ADIN 4.430

ADIN 5.105

ADO 3.276/CE

ADO 3.682-3/MT

HC 8.584/DF

HC 71.039-5/RJ

HC 71.193-6/SP

HC 71.231-1/RJ

HC 73.035-3/DF

HC 79.244-8/DF
HC 79.589-7/DF
HC 79.812-8/SP
HC 100.200/DF
MI 20/DF
MI 95-6/RR
MI 107-3 QO/DF
MI 107-3/DF
MI 232-1/RJ
MI 235-5/RJ
MI 284-3/DF
MI 283-5/DF
MI 369-6/DF
MI 631-8/MS
MI 670-9/ES
MI 695-4/MA
MI 708-0/DF
MI 712-8/PA
MI 721-7/DF
MI 758-6/DF
MI 788/DF
MI 795-1/DF
MI 796/DF
MI 797/DF
MI 808/DF
MI 809/DF
MI 815/DF
MI 825/DF
MI 828/DF
MI 835/DF
MI 841/DF
MI 850/DF
MI 857/DF
MI 879/DF

MI 885/DF

MI 905/DF

MI 927/DF

MI 938/DF

MI 962/DF

MI 998/DF

MI 923/DF

MI 957/DF

MI 975/DF

MI 991/DF

MI 1.083/DF

MI 1.128/DF

MI 1.152/DF

MI 1.182/DF

MI 1.270/DF

MI 1.440/DF

MI 1.660/DF

MI 1.681/DF

MI 1.682/DF

MI 1.700/DF

MI 1.747/DF

MI 1.797/DF

MI 1.800/DF

MI 1.835/DF

MS 1.959

MS Ag. Reg. 20.257-2/DF

MS 20.257/DF

MS 20.452-4/DF

MS 20.941-1/DF QO

MS 20.941-1/DF

MS 20.927-5/DF

MS Ag. Reg. 21.303-5 /DF

MS 21.311/DF

MS 21.360-4/DF

MS MC 21.564-0/DF QO

MS 21.564-0/DF

MS 21.623-9/DF

MS 21.648-4/DF

MS Ag. Reg. 21.754-5/RJ

MS 21.754-5/RJ

MS 21.861-4/DF

MS 22.183-6/DF

MS 22.442/DF

MS 22.494-1/DF

MS 22.503-3/DF

MS 23.418-1/DF

MS Ag. Reg. 23.466-1/DF

MS 23.446-6/DF

MS 23.452-1/RJ

MS 23.454-7/DF

MS 23.529-2/DF

MS 23.549/DF

MS Ag. Reg. 23.466-1/DF

MS 23.576

MS 23.652-3/DF

MS 24.356-2/DF

MS 26.441-1/DF

MS Ag. Reg. 24.667 /DF

MS 24.817/DF

MS 24.831-9/DF

MS 24.847-5/DF

MS 24.849-1/DF

MS MC 25.579-0/DF

MS 25.579-0/DF

MS MC 25.617/DF

MS 25.647-8/DF

MS 25.917-5/DF

MS 26.062-9/DF

MS 26.441-1/DF
MS 26.602-3/DF
MS 26.603-1/DF
MS 26.604-0/DF
MS 26.604-5/DF
MS MC 26.900-6/DF
MS MC 26.915/DF
MS 27.483-2/DF
MS 27.971/DF
MS MC Ag. Reg. 28.177/DF
MS MC 30.906/DF
MS 31.475/DF
MS MC 31.816/DF
MS MC Ag. Reg. 31.816/DF
MS MC 32.033/DF
MS 32.033/DF
RCL Ag. Reg. 488-TO
RE 197.917-8/SP

Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral:

MS 1.945
RMS 1.949