

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

JOSE EVERTON DA SILVA

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Jose Everton da Silva; Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-430-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I durante o IV Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 09 a 13 de novembro de 2021, sob o tema geral “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Trata-se da quarta experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Liberdade de culto, diálogos institucionais e ativismo judicial também estiveram presentes. Em virtude do momento em que vivemos, os desafios atuais da temática do grupo relacionados à pandemia da COVID-19 foram também lembrados.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

José Everton da Silva

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

Caio Augusto Souza Lara

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO ARENA DE DECISÕES POLÍTICAS
THE SUPREME FEDERAL COURT AS AN ARENA OF POLITICAL DECISIONS**

**Pedro Augusto França De Macedo
Helcínkia Albuquerque dos Santos**

Resumo

O presente artigo versa sobre a judicialização da política, especificamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. São analisadas decisões da Suprema Corte que trazem reflexos para política brasileira, bem como busca-se entender os fenômenos e teorias que embasam a politização do Judiciário. Ao final, conclui-se ser necessária uma readequação do arranjo institucional brasileiro, de forma a conferir maior transparência às decisões judiciais tomadas em função de opções políticas.

Palavras-chave: Supremo tribunal federal, Política, Judicialização, Expansão do judiciário, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with the judicialization of politics, specifically within the scope of the Supreme Court. Decisions of the Supreme Court that bring reflexes to Brazilian politics are analyzed, as well as an attempt to understand the phenomena and theories that support the politicization of the Judiciary. In the end, it is concluded that a readjustment of the Brazilian institutional arrangement is necessary, in order to provide greater transparency to judicial decisions taken as a result of political options.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Federal court of justice, Policy, Judicialization, Expansion of the judiciary, Democracy

INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional identifica-se com o exercício do controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, o qual desempenha o papel de fiscalizar se os atos infraconstitucionais encontram compatibilidade com o parâmetro superior (Constituição). Afigura-se como decorrência lógica do princípio da supremacia da Constituição e, de forma mais específica, das Constituições rígidas, dotadas de superioridade hierárquica formal e material.

No Brasil, a jurisdição constitucional tem caráter abrangente, dada a adoção de um sistema híbrido de controle, o qual pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal (diante de um caso concreto), ou pelo Supremo Tribunal Federal, na forma abstrata de controle. Neste espeque, a previsão constitucional de dois modelos de controle, aliada a uma ampliação do rol de legitimados para provocar o controle concentrado, favorece o fenômeno da judicialização.

Em termos gerais, a judicialização pode ser entendida sob o aspecto de que o judiciário é chamado a decidir questões que transcendem os limites jurídicos, abarcando temas morais, sociais ou políticos, conferindo proeminência do judiciário em relação aos demais poderes. O crescente fenômeno da judicialização evidencia a necessidade de debater acerca dos limites da atuação de cada Poder, nos termos da independência e harmonia ditados pelo art. 2º da Constituição.

Para além, a questão ganha contornos mais tênues quando se fala em judicialização da política. Verifica-se que, corriqueiramente, o Judiciário tem decidido assuntos atinentes à gestão governamental, muitas vezes em detrimento dos Poderes Legislativo e Executivo, tradicionais instâncias de discussões políticas.

Nesse contexto, de maneira geral, o presente estudo tem por escopo debater questões sobre a judicialização da política, buscando identificar suas causas e as principais teorias que a sustentam. De forma específica, busca-se analisar a judicialização da política no Brasil, identificando fatores que alocam o Supremo Tribunal Federal em posição estratégica no arranjo institucional brasileiro. Questiona-se se o modelo constitucional vigente seria com uma atuação politizada dos Tribunais. Para tanto, procede-se a análise de casos concretos julgados pelo STF, no intuito de averiguar se as decisões tomadas levaram em conta estritamente aspectos jurídicos, ou se houve interferência política a determinar o resultado do julgamento.

1. A judicialização da política

O exercício do controle de constitucionalidade pode ensejar um movimento contra majoritário, na medida em que decisões tomadas pelos poderes representativos cedem em face de ordem judicial. Muitas vezes, o exercício da jurisdição constitucional não se limita a questões estritamente técnicas, em que determinada lei ou ato contraria a Constituição, mas sim ganha contornos de decisão política.

Fala-se, pois, em judicialização da política. Tate e Vallinder (1995) identificam que a judicialização da política manifesta-se por dois meios distintos: a) pela postura ativa do Poder Judiciário, tendente a criar ou intervir na criação de políticas públicas que haviam sido previamente estabelecidas por outros órgãos governamentais (especificamente legisladores e administradores), b) pela adoção de procedimentos característicos do Poder Judiciário por instituições não judiciárias, ou seja, quando a tomada de decisões passa a ser feita por regras e procedimentos quase judiciais. Nas palavras dos autores:

For clarity and consistency, I follow Vallinder's conceptual survey of the judicialization of politics (chap. 2 of this volume), which suggest two core meanings for the term: 1. the process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives, and 2. the process by which nonjudicial negotiating and decision-making forums come to be dominated by quasi-judicial (legalistic) rules and procedures (TATE, VALLINDER, 1995, p. 27).¹

Num primeiro momento, pode-se imaginar que a politização das decisões do Supremo Tribunal Federal seria contrária aos interesses dos poderes representativos. Não obstante, há diversos fatores que alimentam o fortalecimento do judiciário. Keith Whittington destaca que o *judicial review* torna-se útil para o governo para vencer os seguintes obstáculos: a) questões relativas ao federalismo; b) a existência dos chamados interesses entrincheirados; e a heterogeneidade da coalizão política. O autor destaca que

¹ Em vernáculo: Para maior clareza e consistência, sigo a pesquisa conceitual de Vallinder sobre a judicialização da política (cap. 2 deste volume), que sugere dois significados centrais para o termo: 1. o processo pelo qual tribunais e juízes passam a fazer ou a dominar cada vez mais a formulação de políticas públicas que haviam sido feitas anteriormente (ou, acredita-se amplamente, que deveriam ser feitas) por outras agências governamentais, especialmente legislaturas e executivos, e 2. o processo pelo qual os fóruns não judiciais de negociação e tomada de decisão passam a ser dominados por regras e procedimentos quase judiciais (legalistas).

cada um desses obstáculos ao governo pode ser vencido com a ajuda do Tribunal Constitucional, justificando, dessa forma, o apoio político ao controle de constitucionalidade, útil ao governo em certas situações (WHITTINGTON, 2005).

No que se refere ao primeiro obstáculo apontado pelo autor, sedimenta-se que o Poder Judiciário mostra-se vital para o funcionamento da forma federativa de Estado. Diante da inexistência de sobreposição abstrata de lei federal, definir os limites da competência de cada ente é tarefa que carece de interpretação constitucional. Destarte, é função da Corte Constitucional decidir a questão no exercício do controle de constitucionalidade. Neste momento, é passível que ocorra interesse político governamental que sobrepuje a decisão da Suprema Corte, evidenciando a decisão judicial como mecanismo de deliberação política.

Nesse sentido, Lunardi assevera que, no caso brasileiro, por ser o Supremo Tribunal Federal integrante do Poder Judiciário da União, composto por ministros indicados pelo Presidente da República após aprovação do Senado, seria intuitivo que haverá uma prevalência dos interesses da União sobre os interesses dos Estados e dos Municípios em caso de conflito federativo. Ademais, tomando por base uma pesquisa que estudou ações diretas de inconstitucionalidade entre junho de 1999 e maio de 2010, o autor destacou que a maioria das ações diretas volta-se contra atos estaduais, chegando à conclusão de que o controle de constitucionalidade revela-se útil para o federalismo, sobretudo para os interesses da União (LUNARDI, 2020).

A segunda barreira apontada por Keith Whittington (interesses entrenchados) diz respeito à utilização do tribunal constitucional como instrumento utilizado pelos poderes executivo e legislativo para evitar desgastes nas coalizões políticas ou na base governista. Nas palavras do autor, tem-se que *“the courts can be a useful alternative vehicle for reform even for those who are part of the majority coalition”*² (WHITTINGTON, 2005, p. 588)

A heterogeneidade das coalizões políticas, por sua vez, traduz-se num arranjo político internamente dividido e pressionado. Por conseguinte, não é incomum que os poderes tipicamente representativos (executivo e legislativo) busquem o judiciário para que este promova a resolução de questões políticas. Esse fenômeno ocorre ainda que a decisão judicial possa ser incerta ou desfavorável, haja vista que tem o condão de passar

² Em vernáculo: “os tribunais podem ser um veículo alternativo útil para a reforma, mesmo para aqueles que fazem parte da coalizão da maioria”.

a responsabilidade ao Poder Judiciário, evitando a perda de capital político e de apoio eleitoral que a decisão poderia acarretar aos representantes eleitos.

Desse modo, o controle de constitucionalidade desloca-se da seara estritamente técnica/jurídica para abarcar também o âmbito político, na medida que caberá ao judiciário escolher dentre uma ou mais opções politicamente possíveis. Ran Hirshl elenca três amplas categorias de judicialização da política. Primeiramente, aponta a propagação do discurso, do jargão jurídico, das regras e dos procedimentos jurídicos para esfera pública dos processos de formulação de políticas. Em segundo lugar, o autor destaca a judicialização de formulação de políticas públicas por meio de processos administrativos e judiciais “ordinários”. Na terceira categoria, coloca a judicialização da “política pura”, isto é, a transferência para o tribunais de questões de natureza e significado político absoluto, incluindo legitimidade do regime central e questões de identidade coletiva que definem (e frequentemente dividem) políticas inteiras³ (HIRSCHL, 2006).

A judicialização da política pura refere-se a questões centrais do ponto de vista da tomada de decisões estratégicas que vem sendo deliberada no âmbito judicial. Inclui, a título de exemplo, a judicialização de processos eleitorais, revisão judicial de prerrogativas dos poderes representativos, bem como questões relativas à formação da identidade nacional. Ran Hirshl assevera que a ampliação da judicialização da política é tendência mundial, essa suportada, tácita ou explicitamente, por poderosos atores políticos. O autor denomina esse processo de transição para a juristocracia⁴ (HIRSCHL, 2006).

As premissas doutrinárias acima consignadas permitem concluir que, diversamente do que se possa imaginar *prima facie*, a politização do judiciário não seria um fenômeno combatido pelos poderes representativos, mas sim muitas vezes tolerado (ou mesmo incentivado) por eles. Trata-se de uma conduta que transfere ao judiciário os ônus da decisão, evitando que uma decisão impopular possa ocasionar perda de apoio

³No texto original: “*In this paper, I chart the contours of the latter aspect, or what may be called the judicialization of mega or pure politics. I begin by distinguishing among three broad categories of judicialization: (1) the spread of legal discourse, jargon, rules, and procedures into the political sphere and policy making forums and processes; (2) judicialization of public policy-making through “ordinary” administrative and judicial review; and (3) the judicialization of “pure politics”—the transfer to the courts of matters of an outright political nature and significance including core regime legitimacy and collective identity questions that define (and often divide) whole polities*”.

⁴Nas exatas palavras do autor, tem-se que: *More often than not, this trend is supported, either tacitly or explicitly, by powerful political stakeholders. The result has been the transformation of supreme courts worldwide into a crucial part of their respective countries’ national policy-making apparatus. Elsewhere, I have described this process as a transition to juristocracy.*

eleitoral. Ocorre que a convivência com essa situação pode ensejar consequências indesejáveis, sobretudo pelo enfraquecimento da responsabilidade política e do desvirtuamento do sistema da separação dos poderes.

2. O Supremo Tribunal Federal no arranjo institucional brasileiro

Neste tópico, há que se ponderar que o Supremo Tribunal Federal assumiu papel central no sistema político brasileiro, sobretudo após a Constituição de 1988. A Suprema Corte deixa o caráter estritamente técnico jurisdicional para assumir um papel de proeminência, perpassando por suas decisões a mais diversas questões de interesse da sociedade.

Oscar Vilhena Vieira chama de supremocracia o que, para ele, corresponde ao poder sem precedentes conferido ao STF para ditar a última palavra sobre decisões tomadas pelos demais poderes. O autor destaca que a tomada de decisões pelo Supremo Tribunal Federal abarca temas políticos, econômicos morais e sociais, muitas vezes em detrimento de decisões políticas veiculadas por emendas constitucionais. Arremata sedimentado que a supremocracia seria consequência da desconfiança na política e da hiperconstitucionalização da vida brasileira (VIEIRA, 2018).

Há que se destacar também que a proeminência do judiciário, sobretudo do STF, ocorre muito em razão da grande concentração de funções jurisdicionais numa única corte. Ressalte-se que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal acumula funções que lhe alocam em posição central no arranjo político-institucional que contorna a relação entre os Poderes. Ao STF cabe a função de Tribunal Constitucional (sobretudo pelo exercício privativo do controle concentrado de constitucionalidade em âmbito federal); foro judicial especializado (com competências difusas previstas na Constituição); e ainda cabe-lhe a função de exercer o papel de tribunal de recursos de última instância. Esta conjuntura é destacada por Daniel Barile da Silveira, o qual traz os seguintes apontamentos:

Nos termos das transformações trazidas em 1988 com a nova Carta Constitucional, um número bastante amplo de atribuições foram-lhe adquiridas, perfazendo com que o Tribunal se ocupasse tanto como intérprete oficial do texto da Constituição, configurando-se como um verdadeiro tribunal constitucional, tal qual tem exercido o mister de ser a última voz em matéria de recursos, no exercício de atribuições que são típicas de um tribunal de cassação. Por fim, é palco de ações originárias de entes políticos com prerrogativa de foro, caracterizando-o como um órgão de julgamento especializado. Ademais, a

Constituição ainda lhe outorgou a função de ser o árbitro último de conflitos entre outros tribunais, como na relação entre Estados e organizações estrangeiras e entes políticos nacionais, além de apresentar-se como uma diretriz unificadora da jurisprudência nacional, dentre muitas outras tarefas de modo a perfilhar um vasto papel no Poder Judiciário brasileiro (SILVEIRA, 2013, p. 117).

Diga-se que, em 1988, o Brasil experimentava uma Constituição democrática após longos anos de ditadura militar. Tal fato fora levando em conta pelo poder constituinte originário, que optou por alocar na Constituição uma gama de direitos, competências e prerrogativas institucionais aptas a dificultar que eventuais maiorias futuras pudessem se contrapor aos interesses democráticos legitimamente escolhidos. Destarte, ao Supremo Tribunal Federal fora atribuída a função de guardião da Constituição, competindo-lhe efetuar o controle de decisões dos poderes representativos que viessem a ameaçar os interesses democráticos. Em paralelo, atribui-se também ao STF a competência para julgar as principais autoridades, bem como para resolver os conflitos decorrentes da separação dos poderes.

Outro fator que favorece a expansão do poder judiciário no cenário institucional brasileiro diz respeito à ampla discricionariedade do julgador, resultante da inexistência de uma cultura consolidada de respeito aos precedentes no país. A discricionariedade excessiva perpassa pela indevida utilização da ponderação e do sopesamento, invocando-se de forma demasiada o princípio da proporcionalidade, muitas vezes de forma equivocada.

O equívoco na aplicação da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal fora identificado por Fausto Santos de Moraes. Para o autor, o problema da discricionariedade ocorre na fundamentação (argumentação) da decisão quando o princípio da proporcionalidade é colacionado sem a devida explicação da origem dos princípios sopesados e daquilo que foi considerado no sopesamento entre eles. Argumenta que, no STF, a proporcionalidade assume o caráter de enunciado performático e esconde os reais motivos da decisão na consciência do intérprete. Assim, conclui que o STF teria adotado uma forma *sui generis* do princípio da proporcionalidade desenvolvido por Robert Alexy, haja vista a inexistência de critério intersubjetivo que indique a noção do princípio jurídico sopesado, restando prejudicada a compreensão da origem e escolha de tais princípios (VIEIRA, 2018).

A concentração de poderes no âmbito judicial pode gerar um abalo aos ideais democráticos, na medida em que os poderes representativos devidamente eleitos pelo

cidadão cedem espaço para o judiciário, o que dificulta a justificação de um conceito democrático entendido, num âmbito formal, como a vontade da maioria. Contudo, tal fato não significa uma imediata usurpação de poder por parte do judiciário. Isso porque, conforme sedimentado acima, o próprio arcabouço constitucional de estruturação do Poder Judiciário favoreceu o seu protagonismo. Não obstante, certo é que, em determinadas situações, as funções do judiciário são exercidas de forma usurpadora ou abusiva.

Um dos fatores que pode explicar a ampliação do papel do Poder Judiciário diz respeito a uma suposta crise de representatividade, na qual os poderes essencialmente políticos (legislativo e executivo) já não seriam capazes de cumprir as promessas constitucionais de justiça e igualdade, inerentes ao estado democrático e incorporadas ao modelo de constitucionalização abrangente. A este respeito, cabe destacar que as Constituições contemporâneas trazem nítido viés de transformação social, abarcando uma série de direitos que, por vezes, carecem de implementação nas esferas tradicionalmente políticas, o que acaba legitimando a atuação do judiciário como instituição garantidora de direitos fundamentais.

Acrescente-se a este aspecto o caráter analítico da Constituição de 1988. Trata-se de texto extenso, que vai além da mera descrição e explicitação das matérias tipicamente constitucionais. Tem pois, forte cunho detalhista, descendo aos pormenores de questões que vão muito além da organização e estruturação do Estado. Por conseguinte, em razão do caráter ambicioso e largo da Constituição de 1988, a jurisdição constitucional brasileira pode ser acessada diante de suposta violação dos mais diversos assuntos, ocasionando um crescimento do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da Constituição. Destarte, o STF tem sido provocado para decidir sobre questões das mais diversas naturezas, sejam elas políticas, econômicas, sociais, ou mesmo morais.

Oscar Vilhena Vieira destaca que o papel do STF no caso brasileiro distingue-se de outras cortes internacionais devido à escala e natureza. Pela escala, o autor aponta a elevada quantidade de temas que no Brasil têm status constitucional e são passíveis de judicialização. Por natureza, entende o autor o fato de inexistir obstáculo para que o Supremo aprecie os atos produzidos pelo sistema representativo, inclusive por meio de emendas constitucionais, o que impossibilitaria a derrubada das decisões por parte do parlamento. Destarte, arremata ao autor que o Supremo exerce o controle tanto da política ordinária (por meio da análise da constitucionalidade das leis) quanto sobre a política constitucional (VIEIRA, 2018).

Vistas essas premissas acima, que alocam o Supremo Tribunal Federal ao centro do arranjo político institucional brasileiro, no tópico seguinte serão abordadas questões que evidenciam a tomada de decisões políticas por parte da suprema corte brasileira.

3. O STF nas questões políticas

No presente tópico, serão exemplificados algumas decisões tomadas pela suprema corte brasileira que evidenciam uma atuação política do Tribunal. Aqui, são tratados casos que, na divisão acima especificada de Ran Hirshl, referem-se à judicialização da política pura, cujas consequências das decisões judiciais são determinantes para condução do processo democrático e governamental do país.

Cite-se, inicialmente, o caso envolvendo a nomeação do ex-presidente Lula para ocupar o cargo de ministro da Casa Civil, durante o governo da Presidente Dilma Rousseff, em 16 de março de 2016. A nomeação de Lula como ministro da Casa Civil deu-se no decorrer do processo de *impeachment* da ex-presidente. Na ocasião, o núcleo governamental com ligações mais estreitas à presidente entendia que, com Lula figurando como ministro, ocorreria uma melhora na articulação política, potencializando as chances de que o processo de *impeachment* fosse barrado.

Não obstante, o PSDB e o antigo PPS impetraram mandados de segurança perante o STF (Mandados de Segurança 34.070 e 34.071), requerendo a suspensão da nomeação. Os argumentos dos impetrantes deram-se no sentido de que, como Lula era investigado na operação Lava Jato, o ato de nomeação tinha por finalidade obter o deslocamento do foro para o STF em detrimento da competência ordinária (13ª Vara Federal de Curitiba), salvaguardando-o contra eventual ação penal sem a autorização parlamentar prevista no art. 51, I, da CF.

Ao julgar as ações mandamentais mencionadas, o ministro Gilmar Mendes, monocraticamente, decidiu retirar a eficácia da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, determinando a manutenção da competência da justiça em Primeira Instância dos procedimentos criminais em seu desfavor.

Em suas razões de decidir, o ministro sedimentou que, embora a conduta da Presidente da República estivesse em princípio de acordo com a atribuição que lhe é conferida pelo art. 84, inciso I, da Constituição – nomear Ministros de Estado, o ato

produziu resultado concreto de todo incompatível com a ordem constitucional em vigor: conferir ao investigado foro no Supremo Tribunal Federal.

Lunardi aduz que essa decisão do ministro Gilmar Mendes foi fundamental para mudar os rumos políticos do país. O autor destaca que, num contexto em que a presidente Dilma havia perdido sua base política aliada, havia crise econômica, escândalos de corrupção e protestos populares em prol do *impeachment*. Arremata frisando que a decisão monocrática em questão pode ter sido determinante para a cassação do mandato da presidente, ou, ao menos, contribuiu para acelerar o processo (LUNARDI, 2020).

Outro caso a ser destacado, cuja decisão judicial teve forte consequência política diz respeito ao afastamento do então presidente da Câmara, Eduardo Cunha, determinado pelo STF em 05 de maio de 2016 na ação cautelar 4.070. Como fundamentos da ação, o Ministério Público sustentou que o político estaria se utilizando do cargo de Deputado Federal e da função de Presidente da Câmara dos Deputados em interesse próprio e ilícito, com finalidade de evitar que as investigações contra si tivessem curso e chegassem ao final.

Ao deferir a medida liminar que afastou Cunha da Câmara dos Deputados, o ministro Teori Zavascki sedimentou que, embora inexista previsão específica na Constituição a respeito do afastamento, pela jurisdição criminal, de parlamentares do exercício de seu mandato, ou a imposição de afastamento do Presidente da Câmara dos Deputados quando o seu ocupante venha a ser processado criminalmente, na visão do ministro restou demonstrado que, no caso, ambas as medidas foram claramente devidas. (BRASIL, 2016).

Politicamente, questionou-se a demora do STF em decidir sobre a medida liminar, posto que a decisão fora tomada após seis meses do ajuizamento da ação. Barroso, Benvindo e Osório recordam que o deputado Eduardo Cunha foi importante ator político no *impeachment* da presidente Dilma, o que faz levantar-se a hipótese de que *timing* do processo de afastamento do deputado fora estrategicamente controlado, para que somente se efetivasse após a admissão do *impeachment* pela Câmara dos Deputados. Nas palavras dos autores:

Another controversy arose from the “Operation Car Wash” involving several key players in Congress.¹¹ Due to its deep political impact, the timing of decision-making raised several debates on how it could have influenced the impeachment trial. For instance, the Head of the Federal Prosecutors Office filed a lawsuit on graft charges against Eduardo Cunha, then Speaker of the Lower House, in December 2015.¹² Since Mr. Cunha was a

decisive player in launching the impeachment trial in Congress, some have argued that if the STF had decided the case immediately after charges were filed against him, things would have unfolded differently. Yet, the STF only decided to oust him from office in May 2016, after the Lower House had already authorized the impeachment procedure. While, for some, this was a politically biased strategy, for others, ousting the House Speaker signified a serious encroachment on the powers of Congress⁵ (BARROSO, BENVINDO, OSORIO, 2017, p. 499).

Outro julgamento que evidenciou a atuação política da suprema corte brasileira deu-se na decisão da ADPF 402. Manejada pelo Partido Rede, o pedido estava fundamentado no art. 86, § 1º I da Constituição, que determina que o Presidente ficará suspenso de suas funções, nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal. Logo, por interpretação analógica, pleiteava-se que o STF determinasse que indivíduos que são réus em processos criminais não pudessem ocupar cargos que estejam na linha sucessória da presidência da república.

Em decisão monocrática de 05/12/2016, o Ministro Marco Aurélio acatou o pedido, determinando liminarmente o afastamento do senador Renan Calheiros da Presidência do Senado, sob o fundamento de que, sendo o referido parlamentar réu em ação penal, não poderia ocupar cargo da linha sucessória da Presidência da República.

Não obstante, a Mesa Diretora do Senado decidiu não cumprir a decisão liminar, optando por aguardar um julgamento colegiado. Dois dias após o deferimento da liminar, o pleno do STF decidiu manter o senador Renan Calheiros no mandato parlamentar e também como presidente da casa, determinando tão somente que o parlamentar estaria impedido de assumir a presidência da república em caso de afastamento do titular. O manifesto descumprimento da decisão evidenciou certa fragilidade das relações institucionais entre os poderes, demonstrando o caráter político das decisões do Supremo.

Registre-se o caso ocorrido em abril de 2020, em que o Supremo também foi chamado a enfrentar outra questão ligada à política. No mandado de segurança 37.097,

⁵ Em vernáculo: Outra controvérsia surgiu com a “Operação Lava Jato” envolvendo vários atores importantes no Congresso. Devido ao seu profundo impacto político, o momento da tomada de decisão levantou vários debates sobre como isso poderia ter influenciado o julgamento de impeachment. Por exemplo, o Chefe do Ministério Público Federal ajuizou ação de acusação de suborno contra Eduardo Cunha, então presidente da Câmara, em dezembro de 2015. Como o Sr. Cunha foi um jogador decisivo no lançamento do processo de impeachment no Congresso, alguns argumentaram que se o STF tivesse decidido o caso imediatamente após a denúncia contra ele, as coisas teriam se desenrolado de outra forma. Mesmo assim, o STF só decidiu destituí-lo do cargo em maio de 2016, depois que a Câmara já havia autorizado o processo de impeachment. Enquanto, para alguns, esta foi uma estratégia politicamente tendenciosa, para outros, destituir o Presidente da Câmara significou uma séria usurpação dos poderes do Congresso.

questionou-se o decreto de nomeação de Alexandre Ramagem para o cargo de diretor-geral da Polícia Federal. A questão controversa diz respeito à possibilidade de controle judicial de atos políticos. Isso porque a escolha e nomeação do Diretor da Polícia Federal é ato discricionário do Presidente da República (CF, art. 84, XXV e Lei Federal 9.266/1996, art. 2º-C). Não obstante, alegou-se que, ao nomear Ramagem para o cargo, o presidente Jair Bolsonaro buscava obter interferência política na Polícia Federal.

O ministro Alexandre de Moraes, em decisão monocrática, deferiu medida liminar que determinou a suspensão do decreto, sustentando a ocorrência de desvio de finalidade do ato presidencial de nomeação do Diretor da Polícia Federal, em inobservância aos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade e do interesse público.

Outra temática que ganhou espaço para decisões políticas no Supremo diz respeito à judicialização das questões concernentes à pandemia no novo coronavírus. Isso porque, no Brasil, o combate à pandemia assumiu viés político, sobretudo pelos constantes embates entre as ideias defendidas pelo Presidente da República e a atuação de governadores e parlamentares de oposição. Coube então ao Supremo Tribunal Federal dirimir as questões relativas às medidas de combate à pandemia, às quais não se dissociam do cerne da política brasileira.

No julgamento da ADI 6341, o STF manifestou o entendimento no sentido de que as ações tomadas em âmbito federal para o enfrentamento do coronavírus não excluem a competência concorrente, permitindo aos Estados, Distrito Federal e Municípios a adoção de providências normativas e administrativas também voltadas para o combate da pandemia.

Entendeu o STF que o artigo 3º da Lei 13.979/2020 deve ser interpretado de acordo com a Constituição, no sentido de que a União pode editar leis sobre a temática. Contudo, tal competência deve ser exercida de forma a respeitar a autonomia das demais entidades federadas, não sendo defeso a Estados e Municípios legislarem sobre a matéria. Ainda para o Supremo Tribunal Federal, caso fosse assegurado ao presidente da república a exclusividade na atribuição de definir por decreto a essencialidade dos serviços públicos, sem respeitar a autonomia dos demais entes federados, estaria configurada afronta ao princípio da separação dos poderes.

O STF destacou que as ações legislativas em matéria de medidas de combate à pandemia são de competência concorrente, haja vista que englobadas na ideia de legislação sobre saúde pública (artigo 23, inciso II, da Constituição).

Outrossim, no julgamento da ADI 6343, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, dentro de suas competências e de seus territórios, estados e municípios estão autorizados a adotar medidas de restrição à locomoção intermunicipal e local (respectivamente) durante o estado de emergência decorrente da pandemia do coronavírus. Entendeu-se que tais medidas restritivas não necessitam de autorização do Ministério da Saúde para serem efetivadas, sendo lícito a estados e municípios decretarem isolamento, quarentena ou outras providências que entenderem pertinentes para combate ao vírus.

Por fim, destaque-se a decisão tomada no mandado de segurança n.º. 37760, na qual o Ministro Luís Roberto Barroso deferiu pedido liminar para determinar ao Presidente do Senado Federal a adoção das providências necessárias à criação e instalação de comissão parlamentar de inquérito para investigar atos relativos ao enfrentamento da pandemia de COVID-19. Em sua fundamentação, o ministro reconhece que a definição da agenda e das prioridades da casa legislativa cabe ao presidente da sua mesa diretora. Porém, ponderou tal prerrogativa com o direito do terço dos parlamentares à efetivação criação da comissão de inquérito.⁶ Posteriormente, a decisão monocrática em apreço foi confirmada pelo Plenário do STF.

Ainda sobre a CPI da COVID-19 e seus desdobramentos políticos, ao julgar a arguição de descumprimento de preceito fundamental 848/DF, o STF entendeu ser inadmissível a convocação de governadores de estado para depor na condição de testemunhas. Na decisão que deferiu medida cautelar na ação em questão, posteriormente confirmada pelo plenário, a Ministra Rosa Weber reconhece que a controvérsia toca à seara política, porém entende ser legítima a atuação do Judiciário por se tratar de questões que dizem respeito à interpretação da Constituição.⁷ Diga-se que a convocação de governadores prestarem depoimentos na CPI da COVID é questão de nítido viés político,

⁶Leia-se o seguinte trecho da decisão: “É certo que a definição da agenda e das prioridades da casa legislativa cabe ao presidente da sua mesa diretora. No entanto, tal prerrogativa não pode ferir o direito constitucional do terço dos parlamentares à efetivação criação da comissão de inquérito. O Plenário desta Corte já decidiu que a omissão do Presidente do Senado Federal em “adotar medidas que dêem efetividade ao seu dever de constituir, instalar e dar regular funcionamento à CPI (...) não configura nem se qualifica como ato ‘interna corporis’”. Ressalto que é incontroverso que o objeto da investigação proposta, por estar relacionado à maior crise sanitária dos últimos tempos, é dotado de caráter prioritário. Dessa forma, havendo direito público subjetivo de índole constitucional a ser tutelado no caso concreto, justifica-se a intervenção do Poder Judiciário”.

⁷ Destaque-se o seguinte trecho da decisão da ministra: Quando, porém, em jogo a interpretação do texto da Lei Maior, abrem-se as portas da jurisdição constitucional, cabendo ao Poder Judiciário exercer o controle da juridicidade da atividade parlamentar. (...)Assim, nos casos em que descumprida determinação expressa da Constituição da República é lícito ao Poder Judiciário exercer o controle da juridicidade da atividade parlamentar.

que evidencia disputas entre o governo federal e os governos locais, com aptidão para repercutir inclusive nas eleições presidenciais de 2022. Mais uma vez, coube ao STF dirimir a controvérsia, ainda que pertinente à questões governamentais.

As decisões analisadas no presente tópico ilustram uma atuação do Tribunal que traduzem uma judicialização da política pura. Na sequência, passa-se à conclusão do trabalho, onde propõe-se uma visão crítica sobre tal fenômeno.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, há que se concluir que o arranjo institucional brasileiro favorece a ampliação da revisão constitucional, fomentando a judicialização da política. O controle concentrado de constitucionalidade a cargo do Supremo Tribunal Federal, aliado à amplitude das funções do Tribunal, enlaçam um véu político sobre o Judiciário.

Os casos concretos analisados permitem concluir que, comumente, os ministros da suprema corte brasileira deixam de lado a atuação estritamente técnica/jurídica para tornarem-se verdadeiros atores políticos. As decisões estudadas ilustram uma atuação do Tribunal que, a despeito de formalmente estarem embasadas em argumentos técnicos jurídicos, podem trazer em seu íntimo motivações políticas. Ainda que tal motivação não possa ser explicitamente comprovada, as consequências políticas das decisões são manifestamente visíveis, conforme restou demonstrado.

Certo é que a politização dos Tribunais não é fenômeno exclusivamente brasileiro. Conforme visto pela doutrina estrangeira citada, trata-se de tendência mundial. A questão que se coloca, contudo, é forma como o judiciário age politicamente. Embora tenha adotado um sistema forte de revisão judicial, decorrente de um modelo de constitucionalização abrangente, a Constituição de 1988 não explicita o caráter político aos magistrados. Garantias institucionais como a vitaliciedade e a baixa possibilidade de cometimento de crime de responsabilidade são incompatíveis com atores políticos.

Por conseguinte, uma decisão política tomada no âmbito do judiciário pode ficar encoberta, sem que restem esclarecidas quais as opções políticas em jogo, de forma a prejudicar o processo democrático. Destarte, necessário se faz uma readequação do arranjo institucional brasileiro, apto a conferir maior transparência às decisões judiciais tomadas em função de opções políticas.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. BENVINDO, Juliano Zaiden. OSORIO, Aline. Developments in Brazilian constitutional law: The year 2016 in review. Blog of the international Journal of Constitutional Law and Constitution making.org. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AC 4.070. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n°. 34.070. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n°. 34.071. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 402. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança 37.097. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 6341. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 6343. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n°. 37.760. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 848. 2021.

HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism And The Judicialization of Pure Politics Worldwide. Fordham law review, New York, v. 75, n.2, p. 721-753, nov. 2006.

LUNARDI, Fabrício Castagna. O STF na política e política no STF. Poderes, pactos e impactos para a democracia. São Paulo. Saraiva. 2020.

MORAIS, Fausto Santos de. Ponderação e Arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. 2 ed. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

SILVEIRA, Daniel Barile da. O Poder Contramajoritário do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Atlas, 2013.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. Judicialization and the Future of Politics and Policy. In: *The Global Expansion of Judicial Power*/ editado por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder. Nova Iorque: New York University Press, 1995.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. 1ª edição. São Paulo. Companhia das Letras. 2018.

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