

¹ Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas Rio de Janeiro - RJ - Brasil

² Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas Rio de Janeiro - RJ - Brasil



Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988

CREATURE AND/OR CREATOR: THE BRAZILIAN SUPREME COURT'S
TRANSFORMATIONS UNDER THE 1988 CONSTITUTION

Diego Werneck Arguelhes¹ e Leandro Molhano Ribeiro²

Resumo

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal (STF) ocupa hoje posição central no processo político nacional. Suas decisões são a última palavra oficial sobre os temas a que se referem, concentrando poderes para resolver conflitos políticos e morais, para além das esferas majoritárias. Esse cenário, porém, é muito diferente dos anos 1990, quando o STF não ocupava posição tão destacada na política brasileira. Neste artigo, discutiremos essa configuração do poder e do papel do STF por meio de análises do tribunal *que a constituinte criou*, mas também do que os *ministros criaram* por meio de práticas institucionais e interpretações de seus próprios poderes. Exploraremos algumas consequências mais recentes da manifestação do próprio poder conferido ao STF nesse processo de reconfiguração institucional, delineando, de maneira preliminar, novas tendências na forma de atuação política do tribunal. Argumentamos, também, que, em vez de atuar *apenas* como ponto de veto a decisões majoritárias, como *câmara revisora* do que faz o Congresso, o tribunal já sinalizou disposição para receber (e aceitar) provocações para funcionar como uma espécie de *primeira* câmara legislativa.

Palavras-chave

Supremo Tribunal Federal; desenho institucional; processo decisório judicial; comportamento judicial.

Abstract

The Brazilian Supreme Federal Court (STF) occupies a central role in the national political process. The court's decisions have been the last official word on many key constitutional controversies, and it has increasingly asserted its own powers to solve political and moral conflicts, even against majoritarian decisions. This scenario, however, is very different from the 90s, when the court was much less relevant in national politics. In this paper, we engage with and try to map this process of institutional transformation by analyzing and contrasting the court that the constitution created in its original text, and the court that the Justices themselves have recreated, by means of institutional practices and constitutional interpretation of their own powers. We will explore some of the implications of the institutional transformations driven by the court itself, by identifying a set of new trends in the ways by which the court participates in the national political process. The paper concludes by arguing that, instead of acting just as a veto point to majoritarian decisions (that is, as a third legislative chamber), the court has been signaling its willingness to accept (and to rule on) cases in which it will be forced to act as a first legislative chamber.

Keywords

Supreme Federal Court; institutional design; judicial decision-making; judicial behavior.

I UM TRIBUNAL PODEROSO

Mais de duas décadas após a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal é presença central no processo político nacional. Nos últimos anos, o tribunal decidiu diversas controvérsias políticas importantes. Para citar apenas três exemplos, de 2011 para cá, o STF reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, afastou a aplicação do Código Penal a casos de interrupção da gravidez de fetos com anencefalia e reconheceu a constitucionalidade de políticas de ação afirmativa por critérios raciais em vestibulares.¹ Embora longe de consensuais na sociedade brasileira, essas decisões judiciais permanecem até o momento como a última palavra oficial sobre os temas a que se referem.² Há quase uma década, o jurista Oscar Vilhena Vieira viu nesse estado de coisas um fenômeno – na época em seus estágios iniciais – que chamou de “Supremocracia”: um cenário no qual o poder de resolver em conflitos políticos e morais sai das esferas majoritárias e passa a se concentrar nas mãos do Supremo (VIEIRA, 2008).

O diagnóstico da “Supremocracia”, concorde-se ou não com ele, nada tem de trivial. A centralização crescente nas mãos da corte suprema ou tribunal constitucional está longe de ser o único cenário possível em termos das relações entre poderes, mesmo em um país no qual tribunais realizem controle de constitucionalidade. Nos primeiros anos após a promulgação da Constituição, aliás, falar em “Supremocracia” provavelmente teria gerado perplexidade. De um lado, cientistas políticos em larga medida se sentiam confiantes para explicar o sistema político do país praticamente sem qualquer referência à atuação desse ilustre desconhecido, o Supremo.³ De outro lado, juristas que defendiam modelos mais agressivos de atuação judicial se viam frustrados pela reticência dos ministros em utilizar poderes que a Constituição tinha expressamente colocado à sua disposição (BARROSO, 2009; PIOVESAN, 2003). Ambos os grupos, juristas e cientistas sociais, provavelmente concordariam que o STF

•••

1 ADPF 132 (decidida em 05.05.2011), ADPF 54 (decidida em 12.04.2012) e ADPF 186 (decidida em 26.04.2012), respectivamente.

2 Para uma problematização da tentativa de se atribuir a uma dada instituição a “última palavra”, ver Mendes (2011).

3 De certa forma, até hoje o Judiciário ainda não foi incorporado por grande parte da literatura como ator relevante. Dos anos 1980 até hoje, a literatura predominante sobre o funcionamento do sistema político brasileiro ainda gira em torno do conceito de “presidencialismo de coalizão” e faz poucas referências ao papel do Judiciário, sobretudo do STF, como ator relevante nesses processos decisórios, ver Abranches (1988); Figueiredo e Limongi (2007). Para um balanço e discussão, ainda nos anos 1990, da atenção insuficiente dada pelos cientistas políticos às instituições judiciais e seu papel político no Brasil, ver Arantes (1997). As ciências sociais no Brasil começam a analisar o Poder Judiciário de forma mais sistemática a partir do trabalho de Vianna et al. (1999). A incorporação do Judiciário e especificamente do STF como ator relevante no processo político decisório pode ser encontrada nos trabalhos de Taylor (2007 e 2008).

não ocupava na época um lugar de destaque. O que pode explicar a transformação do papel do Supremo – da periferia para o centro do debate político nacional – nessas duas décadas? Na literatura produzida a partir dos anos 1990, encontramos as seguintes variáveis explicativas recorrentes:

- : O redesenho do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade na Constituição de 1988, que ampliou tanto os poderes do STF como também os diferentes canais pelos quais esses poderes podem ser provocados pela sociedade (ARANTES, 1997; VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007; CARVALHO, 2010).
- : A “constitucionalização abrangente”, já que o texto constitucional, por ser simultaneamente amplo e detalhado, facilita que debates políticos ou morais sejam considerados judicializáveis (BARROSO, 2010).
- : O comportamento estratégico de atores políticos que veem no poder dos tribunais uma oportunidade de reverter decisões majoritárias nas quais foram derrotados (TAYLOR, 2008).
- : A canalização, das instituições políticas para os tribunais em geral, de expectativas sociais frustradas, em um cenário que o Legislativo e o Executivo são vistos como insuficientemente responsivos em relação às demandas dos cidadãos (BARROSO, 2010).
- : Por fim, a crescente consolidação da democracia no país, na medida em que a mobilização da cidadania na busca por direitos amplifica todos os fatores acima (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007; BARROSO, 2010).

A ênfase dessas análises tem recaído, portanto, sobre variáveis que apontam para (i) o que o constituinte fez do STF (i.e., o texto constitucional que estrutura os poderes do tribunal); e (ii) e o que a demanda social e o comportamento dos atores políticos fizeram com o STF. Nesse cenário, vemos um tribunal em larga medida condicionado por circunstâncias completamente externas. Essa perspectiva traz consigo a tentação de considerar que o STF teria sido simplesmente *forçado* a ocupar um novo papel. Em entrevista recente, rebatendo críticas de que o STF teria se tornado mais “ativista” nos últimos anos, o Ministro Lewandowski sintetizou essa visão:

Entendo que a corte ultimamente vem tendo um protagonismo maior com relação aos anseios da sociedade. Agora, mais e mais, ela vem exercendo o papel que foi reservado ao tribunal pela Constituição de 1988. É preciso destacar que, em paralelo ao crescimento do Judiciário, o Ministério Público (MP) também cresceu

em importância. Hoje temos um MP ativo, que bate às portas do Supremo buscando respostas. Nós temos dado essas respostas. Além disso, vários novos instrumentos foram colocados à disposição dos jurisdicionados, como o Mandado de Injunção e o Habeas Data, além de inúmeros mecanismos de controle de constitucionalidade das leis. Tudo isso exige uma atitude mais proativa do Judiciário, que vem assumindo um lugar de muito maior relevo do que ocupava no passado. (PINHEIRO, 2010)

Em outras palavras: a mudança na presença política do STF – da marginalidade para a centralidade – poderia ser explicada pela combinação dos amplos poderes previstos na Constituição de 1988 com crescentes demandas sociais e institucionais para que o STF de fato use esses poderes. Contudo, desde a promulgação da Constituição, o próprio STF vem contribuindo decisivamente para remarcar as fronteiras de sua atuação junto aos outros poderes. O comportamento dos atores externos ao tribunal e os poderes que lhe foram conferidos pelo texto constitucional são fatores importantes, mas insuficientes para explicar o papel atual do STF na vida nacional. É preciso considerar o quanto interpretações constitucionais, expressas em votos de ministros do STF, foram decisivas para a expansão do poder do tribunal.⁴

Talvez o mais eloquente reconhecimento do poder que o STF exerce na definição do seu próprio papel venha do Ministro José Celso de Mello, quando observou que o tribunal é um *poder constituinte permanente*.⁵ Isso equivale a dizer que o STF é copartícipe, junto do constituinte de 1988, da tarefa de definir as estruturas constitucionais básicas do país – incluindo, portanto, o próprio poder do tribunal. Se isso é verdade, então o STF também tem o poder de interpretar, em última instância, o alcance de suas próprias competências, dotando a si próprio de uma decisiva margem de manobra para influenciar as condições da sua participação na política. Escolhas interpretativas feitas pelos ministros, combinadas às outras variáveis já mencionadas acima, ajudam a configurar o papel do STF.

...

4 Sobre a distinção entre variáveis endógenas e exógenas ao comportamento dos ministros e sua relevância para compreender variações do poder exercido pelo STF na política nacional, ver Arguelhes (2014a).

5 Ministro Celso de Mello, nos autos do MS 20.603/DF. Trata-se de um ponto recorrente em vários acórdãos relatados pelo Ministro Celso de Mello. Ver, por exemplo, o HC 91.361, decidido em 23.09.2008 (“A interpretação judicial como instrumento de mutação informal da Constituição. [...]. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria CR, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea”) e a ADI 3.345, decidida em 25.08.2005 (“No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’. [...]).”)

Se o Ministro Celso de Mello tem razão ao descrever o STF como um “poder constituinte permanente” – um ator que pode mudar as regras do jogo durante o próprio jogo –, então a descrição do Ministro Lewandowski parece incompleta. Se o STF tem mesmo esse tipo de poder sobre as regras que estruturam sua própria competência, então o tribunal é mais do que uma criatura do constituinte.

Neste artigo, discutiremos essa configuração do poder e do papel do STF por meio de análises do tribunal *que a constituinte criou* (seção 2), mas também do que *os ministros criaram* por meio de práticas institucionais e interpretações de seus próprios poderes (seção 3). Na quarta e última seção, exploraremos algumas consequências mais recentes da manifestação do próprio poder conferido ao STF nesse processo de reconfiguração institucional, delineando, de maneira preliminar, novas tendências na forma de atuação política do tribunal. Argumentamos que, em vez de atuar *apenas* como ponto de veto a decisões majoritárias, como *câmara revisora* do que faz o Congresso, o tribunal já sinalizou disposição para receber (e aceitar) provocações para funcionar como uma espécie de *primeira* câmara legislativa. As seções 2 e 3 se pautam pela literatura já existente sobre as transformações do STF de 1988 para cá. Na seção 4, porém, nosso objetivo primário é especulativo e consiste em levantar uma hipótese possivelmente útil para mapear os próximos passos do tribunal na política brasileira.

2 O SUPREMO QUE A CONSTITUIÇÃO CRIOU

Em contraste com constituições anteriores, o STF não foi tocado na sua composição ou na sua estrutura básica – o número, a forma de indicação e as garantias dos ministros permaneceram os mesmos. Além disso, a Constituição aprovada em 1988 não transformou o STF em uma corte constitucional separada da estrutura do Judiciário, como seria característico do chamado “modelo europeu” de controle de constitucionalidade.⁶ Propostas para limitar a jurisdição do tribunal ao controle abstrato de constitucionalidade ou de estabelecer mandatos fixos para os ministros foram consideradas pelos constituintes e, ao fim, rejeitadas. Em vez de transformações, ocorreram adições: acrescentou-se uma série de novos poderes e tarefas à estrutura já existente. Pode-se dizer que o STF foi *transformado por adição*, na medida em que o resultado desses acréscimos e expansões

...

⁶ Sobre a relação entre os modelos de controle de constitucionalidade típicos dos EUA e da Europa Ocidental do pós-guerra e a distinção entre Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais, ver Comella (2004). Embora os constituintes tenham considerado diversas propostas de criação de um tribunal constitucional separado do STF, ou mesmo restringir a atuação do STF apenas ao controle de constitucionalidade, nenhuma ideia desse tipo vingou ao fim dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte. Cf. Arguelles (2014b); Koerner & Freitas (2013).

de competências foi um tribunal de natureza marcadamente distinta de suas encarnações constitucionais anteriores.⁷

No texto constitucional, a expressão que sintetiza essa mudança qualitativa está no art. 102, que designa o STF como “guardião da Constituição”. Os juristas – e sobretudo os ministros que integram o tribunal – normalmente utilizaram essa cláusula constitucional como síntese e justificação, ao mesmo tempo, da posição central que o tribunal deve ocupar: quando se trata de aplicar a Constituição, todos os caminhos levam ao STF, a quem caberia a última palavra. O STF seria o guardião da atuação dos outros poderes, o responsável por garantir que as outras instituições respeitarão a Constituição.⁸ Mas são outros detalhes institucionais do texto de 1988, e não a cláusula geral da “guarda da Constituição”, que de fato operaram uma transformação no poder do tribunal. Em termos comparativos, podemos dizer que o STF saiu da Constituinte como uma instituição bastante poderosa.⁹ Em sua configuração institucional, esse poder pode ser desagregado em várias dimensões.¹⁰ Três serão enfatizadas neste artigo:

- (a) *Canais de acesso à jurisdição do tribunal.* O grau de abertura da pauta do tribunal a diferentes atores e questões condiciona o poder final da instituição na medida em que determina as oportunidades que o tribunal tem de se manifestar.

...

- 7 A única competência significativa que o tribunal perdeu em 1988 foi a de uniformizar a jurisprudência com relação à aplicação de leis federais. Embora a ideia tenha encontrado alguma resistência Ministros da época (ver, por exemplo, Corrêa, 1987), Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi criado para assumir essa tarefa.
- 8 Nas palavras do Ministro Moreira Alves, em uma decisão anterior à própria Constituição de 1988: “Na guarda da observância desta [Constituição], está [o Poder Judiciário] acima dos demais poderes, não havendo, pois, que falar-se, a esse respeito, em independência dos poderes. Não fora assim e não poderia ele exercer a função que a própria Constituição, para a preservação dela, lhe outorga” (MS 20.257, RTJ 99/1040). Na mesma linha de raciocínio, situando o STF em um patamar especial diante dos outros poderes tendo vista a função de “guarda da Constituição”, ver o acórdão na já mencionada ADIn 3.345, de relatoria do Ministro Celso de Mello: “A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, *caput*) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental”.
- 9 Utilizamos o termo aqui para nos referirmos à capacidade e aos recursos do tribunal para outros atores e instituições a adotar certos comportamentos, independentemente de essas capacidades e recursos serem ou não de fato utilizados.
- 10 Para enumerações semelhantes de aspectos do desenho institucional que aumentam ou diminuem o poder de um tribunal, cf. Ginsburg (2003); Ansolabehere (2008).

- (b) *Escopo do controle de constitucionalidade*. Aqui, para além de mapear as condições nas quais temas e casos chegarão ao tribunal, importa saber o que o tribunal pode fazer diante desses temas e casos. Isso se expressa, por exemplo, em questões como os efeitos da decisão tomada, quais os parâmetros que determinam o que pode ser objeto de controle de constitucionalidade e que tipos de comportamentos o tribunal pode exigir dos outros poderes por meio de suas decisões.
- (c) *Garantias do tribunal contra possíveis reações dos outros poderes*. Nesta dimensão, trata-se de saber quais os recursos que outras instituições políticas teriam para reformar (ou retaliar) decisões do STF com as quais discordem.

2.1 CANAIS DE ACESSO

A Constituição de 1988 realizou uma ampliação, sem precedentes na história constitucional brasileira, dos *canais de acesso* pelos quais se provoca a atuação do STF. O poder judicial de declarar leis inconstitucionais já estava estabelecido na tradição brasileira ao final do século XIX, mas os constituintes ampliaram as formas institucionais pelas quais esse poder pode ser exercido (ARANTES, 1997 e 2007).¹¹ A Constituição permite ao STF se pronunciar sobre a constitucionalidade de qualquer ato normativo, seja em grau de recurso (controle concreto), seja por via principal (controle abstrato). Nesse ponto, a Constituição manteve e ampliou a combinação, existente no Brasil desde 1965, entre formas de controle de constitucionalidade típicas do sistema dos EUA, de um lado, e do sistema Europeu do pós-guerra, de outro. Em vez de escolha, em vez de especialização funcional, o constituinte manteve o modelo híbrido da tradição brasileira recente.¹²

...

- 11 Mas há muita variação institucional possível a partir do reconhecimento desse poder. A Suprema Corte dos EUA, por exemplo, só pode apreciar “casos ou controvérsias” – ou seja, não pode apreciar leis em tese, só pode se manifestar sobre um caso concreto em que a aplicação de uma lei alegada inconstitucional esteja em discussão. De outro lado, até uma reforma constitucional em 2008, o Conselho Constitucional Francês só poderia se manifestar sobre a constitucionalidade de uma lei em tese, nunca quanto à sua aplicação concreta; mais ainda, a jurisdição do Conselho só podia ser provocada dentro de um prazo fixo após a edição da lei. Mantendo mais uma vez constantes os outros elementos do desenho institucional e do contexto político, é possível afirmar que um tribunal que (i) pode se pronunciar apenas sobre certo tipo de leis (por exemplo, apenas leis infraconstitucionais, e não emendas constitucionais); ou (ii) que pode efetuar o controle de sua constitucionalidade apenas dentro de certo prazo; ou (iii) que tende a ser menos poderoso do que um tribunal que não opere dentro dessas restrições.
- 12 Em comparação com o repertório de formas de atuação existentes em outros desenhos institucionais ao redor do mundo, só faltaria ao STF a competência para realizar controle *preventivo* de constitucionalidade, isto é, de poder se pronunciar (e decidir) sobre a compatibilidade entre a Constituição e atos normativos ainda no processo de formação. Mas, como veremos adiante, o STF vem dando passos nessa direção, apesar de não haver tal previsão no texto constitucional.

O “hibridismo” do STF se expressa pela acumulação ou sobreposição de competências e finalidades variadas e originalmente ligadas a “modelos” diferentes de controle de constitucionalidade (ARANTES, 1997). De um lado, como típica “corte suprema”, o tribunal é a última instância do Poder Judiciário nacional e realiza a função de uniformização da interpretação e aplicação da Constituição a casos concretos, garantindo que as partes em processos judiciais tenham uma resolução de seus conflitos de maneira adequada ao sistema de direitos e garantias previstos na Constituição. Nessa dimensão, a diferença entre o que o STF e o resto do Judiciário fazem é de grau: os ministros do STF realizam, em última instância, a mesma aplicação da Constituição a casos concretos que juízes ordinários fazem quando uma das partes alega violação da Constituição. De outro lado, como tribunal constitucional, o STF apresenta uma estrutura específica de controle de constitucionalidade, um conjunto de competências exclusivas – como a competência para receber e julgar Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) contra quaisquer atos normativos – que não encontra correspondência no resto do Judiciário. Nesse aspecto, o STF se aproxima de um desenho “concentrado” de controle de constitucionalidade, em que há uma diferença qualitativa muito clara, de especialização funcional, entre o tribunal constitucional e o resto do Judiciário (COMELLA, 2004; GARLICKI, 2007).¹³ Assim, o Constituinte intensificou a dupla identidade do STF tanto como corte suprema, no ápice do Judiciário, quanto como tribunal constitucional, exercendo jurisdição constitucional especializada e extraordinária.

Esse desenho híbrido proporciona um grau extenso de abertura da jurisdição constitucional à sociedade. Os casos podem chegar tanto por via de ações diretas de inconstitucionalidade, que discutem leis em tese, quanto em recursos ou outras ações em que litígios concretos são levados ao STF e lhe permitem anunciar e afirmar suas interpretações da Constituição.¹⁴ Em linhas gerais, essa estrutura já existia antes de 1988. Aqui, a principal novidade da Constituição foi expandir o rol de atores políticos e sociais legitimados para pedir ao tribunal que se pronuncie sobre a constitucionalidade de uma lei em tese – o controle abstrato (BARROSO, 2006, p. 140). O controle abstrato e por via direta já existia

...

13 Vale registrar que não se trata de dizer que em apenas um dos dois modelos combinados no STF existiria “verdadeiro” controle de constitucionalidade. Esse controle ocorre em ambos. A questão é saber de que forma e em que condições ele é exercido: se o STF é o passo final e decisivo de uma série de outros passos já dados, no âmbito do Judiciário, sobre uma mesma questão concreta de aplicação da Constituição, ou se o STF atua como uma instituição especializada, interpretando o texto constitucional sem mediação de um caso concreto, exercendo poderes que não são compartilhados com o resto do Judiciário.

14 Foi com base no reconhecimento das vantagens desses múltiplos canais, por exemplo, que alguns ministros do STF procuraram defender o tribunal, criticando propostas de reformas durante a transição (Corrêa, 1987).

desde 1965, por meio das “representações de inconstitucionalidade” – o antepassado direto das atuais ações diretas de inconstitucionalidade. Entretanto, como as representações só podiam ser propostas pelo Procurador-Geral da República, que era demissível pelo Presidente da República e tinha discricionariedade para decidir se e quando levar uma questão ao tribunal, o grau de judicialização era baixo (CARVALHO, 2010).

É por esse motivo que o art. 103 da Constituição de 1988 representa uma mudança revolucionária no papel do tribunal na vida nacional: ele abriu inúmeras portas de entrada para demandas sociais e de minorias políticas na antes restrita agenda do STF.¹⁵ Como já observado, essa ampliação de canais de acesso ao controle abstrato foi sobreposta à manutenção, praticamente na íntegra, das já tradicionais competências recursais e, em grande parte, de competências originárias que não tinham necessariamente relação com controle de constitucionalidade. O resultado, na prática, é um tribunal com dezenas de portas de acesso diferentes que indivíduos ou instituições podem utilizar para levar uma determinada questão ao conhecimento dos ministros. O 1º relatório do projeto *Supremo em Números* identificou 52 espécies processuais distintas dentro do STF logo após 1988 (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011):

QUADRO 1 – ESPÉCIES PROCESSUAIS NO STF

ID	CLASSE PROCESSUAL
1	AÇÃO CAUTELAR
2	AÇÃO CÍVEL ORDINÁRIA
3	AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

...

¹⁵ Segundo o art. 103 da Constituição: “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”. Sobre a importância da expansão desse leque de legitimidades, ver Carvalho (2010); Vianna et al. (2007). Mesmo que tribunais como o STF ainda possam manter alguma margem de manobra para, dentro dos casos que recebem, priorizar uns em detrimento de outros, a definição dessa pauta só pode recair sobre o conjunto – já limitado por fatores alheios à vontade dos ministros – dos casos que de fato foram judicializados. Sobre a relação entre abertura a minorias políticas e o grau de judicialização da política, ver Stone (1992) e Stone Sweet (2000).

4	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
5	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO
6	AÇÃO ORDINÁRIA
7	AÇÃO ORDINÁRIA ESPECIAL
8	AÇÃO PENAL
9	AÇÃO RESCISÓRIA
10	AGRAVO DE INSTRUMENTO
11	APELAÇÃO CÍVEL
12	ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
13	ARGUIÇÃO DE IMPEDIMENTO
14	ARGUIÇÃO DE RELEVÂNCIA
15	ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO
16	CARTA ROGATÓRIA
17	COMUNICAÇÃO
18	CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES
19	CONFLITO DE COMPETÊNCIA
20	CONFLITO DE JURISDIÇÃO
21	EXCEÇÃO DA VERDADE
22	EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA
23	EXCEÇÃO DE LITISPENDÊNCIA
24	EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO
25	EXTRADIÇÃO
26	HABEAS CORPUS
27	HABEAS DATA
28	INQUÉRITO

29	INTERVENÇÃO FEDERAL
30	MANDADO DE INJUNÇÃO
31	MANDADO DE SEGURANÇA
32	OPOSIÇÃO EM AÇÃO CIVIL ORDINÁRIA
33	PETIÇÃO
34	PETIÇÃO AVULSA
35	PRISÃO PREVENTIVA PARA EXTRADIÇÃO
36	PROCESSO ADMINISTRATIVO
37	PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE
38	QUEIXA-CRIME
39	RECLAMAÇÃO
40	RECURSO CRIME
41	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
42	RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
43	RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
44	RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS DATA
45	RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE INJUNÇÃO
46	REPRESENTAÇÃO
47	REVISÃO CRIMINAL
48	SENTENÇA ESTRANGEIRA
49	SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA
50	SUSPENSÃO DE LIMINAR
51	SUSPENSÃO DE SEGURANÇA
52	SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA

Fonte: Supremo Tribunal Federal.

Evidentemente, nem todas essas portas de acesso têm igual importância do ponto de vista do funcionamento da instituição ou de como ela exerce seu poder.¹⁶ Em especial, embora os mecanismos de controle concentrado e abstrato (sobretudo as ações diretas de inconstitucionalidade) mereçam mais atenção na literatura, quantitativamente o STF se apresenta como um tribunal recursal – uma corte suprema no topo do Judiciário ordinário, e não um tribunal constitucional especializado.¹⁷

TABELA 1 – CLASSES PROCESSUAIS NO STF, 1988-2016

CLASSE	NOME	TOTAL	%
AI	AGRAVO DE INSTRUMENTO	731108	42,8
RE	RECURSO EXTRAORDINÁRIO	558228	32,7
ARE	RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO	252054	14,7
HC	HABEAS CORPUS	61093	3,6
RCL	RECLAMAÇÃO	22595	1,3
MS	MANDADO DE SEGURANÇA	10501	0,6
ARV	ARGUIÇÃO DE RELEVÂNCIA	8719	0,5
CR	CARTA ROGATÓRIA	6914	0,4
MI	MANDADO DE INJUNÇÃO	6404	0,4

16 Vale notar que nem todas essas espécies processuais permaneceram ativas no novo marco constitucional. A “arguição de relevância”, por exemplo, não foi recepcionada pela nova Constituição. Entretanto, é possível encontrar “arguições de relevância” tramitando no STF nos anos 1990. Por desconhecimento ou estratégia deliberada, as partes podem insistir na tentativa de empregar certos instrumentos processuais mesmo após a sua extinção formal na legislação. Mesmo que essas tentativas sejam malsucedidas e o STF as rejeite no fim das contas, os respectivos processos já farão parte do acervo formal do tribunal. Nas últimas duas décadas, a tendência é que várias dessas antigas portas de acesso ao STF deixem de ser opções viáveis, na prática, para obter uma manifestação do tribunal. Nesse sentido, por exemplo, a partir do banco de dados do “Supremo em Números”, identificamos que, de 2008 até 2013, 14 daquelas 52 espécies processuais estavam “inativas”, isto é, não haviam sido acionadas por nenhuma parte.

17 As três primeiras linhas se referem a recursos – “agravo de instrumento”, “recurso extraordinário” e “recurso extraordinário com agravo”.

PET	PETIÇÃO	5325	0,3
ADI	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE	5324	0,3

Fonte: Supremo em Números (<http://www.fgv.br/supremoemnumeros>).

Independentemente das suas consequências sobre a carga de trabalho, essa extrema abertura introduzida pela Constituição amplia o leque de oportunidades para que o tribunal possa exercer poder. A imagem prototípica dos tribunais inclui um elemento de *inércia*: ao contrário de outras instituições, um tribunal só pode atuar se e quando provocado (SHAPIRO, 1986). As oportunidades de manifestação são precisamente os casos e questões levados ao tribunal. Por isso, mantendo-se tudo o mais igual, espera-se que quanto maior for o leque de atores que podem provocar a jurisdição do tribunal, mais favoráveis serão as condições para que essa instituição exerça o poder de que dispõe. Simplificadamente, sem casos, isto é, sem oportunidades de decisão, mesmo o tribunal com as mais amplas competências terá um papel bastante restrito no processo político.¹⁸

2.2 ESCOPO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição operou transformações e inovações no que diz respeito aos *parâmetros* do controle de constitucionalidade. Trata-se aqui de saber que critérios o STF deve usar para avaliar a compatibilidade entre atos normativos e a Constituição. Neste item, ressaltaremos que as mudanças nesses critérios que ampliaram o poder do STF estão ligadas, sobretudo, à (i) regulação detalhada de um amplo conjunto de temas na Constituição, combinada à (ii) inserção de diversos princípios gerais e cláusulas abrangentes em vários pontos do texto constitucional e (iii) à ampliação das modalidades de controle judicial de constitucionalidade de modo a alcançar também as *omissões* legislativas.

Quanto mais condutas são reguladas por esses critérios, mais poderoso se espera que o tribunal possa ser, pois mais questões morais ou políticas podem ser tratadas como *problemas jurídicos*, que admitem soluções técnicas passíveis de serem encontradas por um juiz a partir da interpretação das decisões judiciais e legislativas. É o que ocorre, por exemplo,

...

¹⁸ Sobre o tema, ver Ginsburg (2003, p. 36-37 e seguintes). Arranjos jurídicos diferentes sobre o acesso ao tribunal produzirão estratégias distintas de acionamento do controle de constitucionalidade por parte de atores políticos e sociais – e, conseqüentemente, a diferentes padrões de relação entre o tribunal e a política. Ver, nesse sentido, Ríos-Figueroa; Taylor (2006).

com as regras do texto constitucional sobre a aposentadoria e as garantias de servidores públicos. De fato, a criação de regras específicas que determinam, com alto grau de detalhamento, certos comportamentos esperados do poder público cria amplas possibilidades de judicialização e intervenção judicial em conflitos que, na sua ausência, poderiam apenas ser resolvidos por meio de negociações ou mobilizações fora do Judiciário.

Vale notar, porém, que, para além das regras específicas, os princípios gerais presentes no texto constitucional também podem promover condições favoráveis à judicialização de conflitos políticos e sociais. Nesse sentido, por exemplo, mesmo na ausência de qualquer referência direta no texto constitucional à fidelidade partidária como condição para a manutenção do mandato parlamentar, o STF entendeu que a mera referência constitucional ao “Estado democrático de direito” (art. 1º) lhe fornece diretrizes para considerar que tal fidelidade é diretamente exigida pelo texto constitucional.¹⁹ Um indicador quantitativo desse mesmo fenômeno em outra área do direito pode ser encontrado no fato de que, segundo o 2º relatório do projeto *Supremo em Números*, em 2012, 14,8% dos processos em tramitação no Supremo Tribunal Federal foram classificados pela própria corte como tratando de “direito do consumidor” (FALCÃO et al., 2013). No entanto, no texto constitucional, as poucas referências diretas ao tema das relações de consumo ou têm a forma de princípios gerais (por exemplo, na referência à “defesa do consumidor” como um dos princípios da ordem econômica, no art. 170) ou expressamente determinam que legislação posterior (e não a própria Constituição) definirão os parâmetros adequados (por exemplo, o art. 5º, XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”).²⁰ Ou seja, a mera presença de princípios gerais referentes a relações de consumo pode ser suficiente para levar ao STF um grande número de casos

...

19 Entre as condições necessárias para que isso ocorra está a receptividade do pensamento jurídico nacional a que juízes e advogados utilizem princípios constitucionais para resolver diretamente casos concretos, sem mediação de legislação infraconstitucional. Em uma comunidade profissional em que essa abertura ao trabalho direto com princípios constitucionais esteja ausente, um caso como o da fidelidade partidária provavelmente teria um desfecho distinto e mais simples: sem regras constitucionais que determinem a perda de mandato nessa hipótese, seria difícil sustentar que os parlamentares não poderiam, por força da Constituição, trocar de partido e manter seu mandato. Sobre as relações entre a teoria constitucional dominante e interpretação judicial, ver Leal (2010).

20 Outros exemplos de referências desse tipo: art. 24 da Constituição: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”. Art. 150, § 5º: “A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”. Ver também o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

sobre o tema, ainda que o texto constitucional tenha explicitamente delegado os detalhes deste tema para a legislação infraconstitucional.²¹

Para além desses parâmetros decisórios referentes a temas específicos, a Constituição ampliou de forma radical as *modalidades* de atuação do STF ao autorizar o tribunal a se pronunciar não apenas sobre *atos* normativos dos poderes eleitos, mas também sobre suas *omissões*. Por meio de instrumentos como o mandado de injunção (MI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a Constituição de 1988 cria um novo horizonte de judicialização ao permitir que sejam decididos pelos ministros conflitos sobre inações dos poderes públicos que sejam alegadamente inconstitucionais.²² Em especial, para além de abrir novas oportunidades de que casos cheguem ao tribunal, o mandado de injunção institui uma nova modalidade de controle de constitucionalidade e faz a decisão judicial incidir sobre tipos de condutas antes fora do alcance dos ministros do STF. Como veremos na seção 3, porém, logo no início dos anos 1990, o tribunal adotou uma interpretação extremamente restritiva desse mecanismo. Na prática, até uma mudança de posição dos ministros no ano de 2007, os mandados de injunção representavam um poder praticamente abandonado pelos ministros do STF.

2.3 GARANTIAS PERANTE OS OUTROS PODERES

Por fim, resta considerar as proteções que a Constituição cria para impedir ou dificultar retaliações, por parte dos outros poderes, contra o tribunal e suas decisões. Trata-se de um aspecto fundamental para a configuração do poder judicial em uma dada comunidade. Afinal, pouco adiantaria dispor de amplos poderes de controle de constitucionalidade e ampla abertura para demandas trazidas pela sociedade se, uma vez tomada a decisão, ela pudesse ser fácil e simplesmente revertida por outras instituições, como o Congresso. Embora essas garantias normalmente sejam resumidas na ideia de “independência judicial”, o problema é que, mesmo se há independência *dos juízes* individualmente considerados, é possível haver relativa dependência *da instituição judicial* em geral (FEREJOHN; KRAMER, 2002).²³ Desta forma, é possível que os juízes individuais estejam protegidos

...

21 Esse fenômeno pode estar relacionado à difusão, no pensamento jurídico brasileiro, de teorias da interpretação constitucional e “constitucionalização” de diferentes áreas do direito, incluindo o direito privado. Leal (2010) levanta hipótese de que essas teorias podem aumentar o número de casos considerados “difíceis” nas instâncias inferiores – casos que terão mais chance de gerar decisões divergentes e, assim, merecer a atenção dos tribunais superiores.

22 Art. 5º, LXXI, e art. 103, § 2º, da Constituição Federal.

23 Na história constitucional dos EUA, por exemplo, é muito raro que haja procedimentos tomados contra juízes específicos da Suprema Corte ou do judiciário federal, mas há vários exemplos de leis que alteram a composição ou a jurisdição da Corte com o propósito de “domesticar” o seu comportamento futuro. Se

de demissões arbitrárias ou de reduções no seu salário, mas ainda assim seja relativamente fácil para os poderes eleitos (i) alterar a composição da corte de forma a indicar uma maioria de ministros alinhados com seus interesses de curto prazo; ou (ii) alterar a competência do tribunal de forma a impedir que, no futuro, conflitos semelhantes venham a ser decididos pela instituição, evitando decisões desfavoráveis; ou, ainda, (iii) retaliar por meio de uma emenda constitucional “superadora” da interpretação que o tribunal deu a um determinado dispositivo constitucional.²⁴

Dentro dos parâmetros lançados acima, onde situar o STF que a Constituição desenhou? Mais uma vez, as evidências apontam para um tribunal poderoso no que se refere às proteções que possui contra retaliações por parte dos outros poderes. Isso porque, para além das garantias individuais de independência de cada ministro – irredutibilidade de subsídios, vitaliciedade, inamovibilidade –, a Constituição garante ao Judiciário autonomia financeira e orçamentária e detalha textualmente a composição, a forma de indicação dos seus membros e as competências do STF.²⁵ Isso já aumenta significativamente o custo de qualquer mudança relevante na estrutura da corte. A título de comparação, vale notar que a Constituição dos EUA não especifica as competências da Suprema Corte, nem o seu número de membros, deixando a porta aberta para legislação infraconstitucional que seja estrategicamente aprovada por majorias políticas que desejem alinhar a posição da maioria do tribunal com seus interesses – ou que prefiram simplesmente remover certas questões delicadas da esfera de jurisdição do tribunal. No caso do Brasil, como todos esses temas estão detalhados no texto constitucional, somente por meio de emenda seria possível remover competências ou mexer na composição do tribunal de modo a garantir majorias de ocasião. Ao menos quando se enfocam os canais formais, a retaliação contra decisões do STF, seus ministros e a própria instituição parece ter um custo alto.²⁶

...

o recurso a esses mecanismos se tornou cada vez mais raro ao longo do século XX, isso se explica mais em termos de cálculos dos atores políticos relevantes do que em termos de proibições constitucionais (FEREJOHN; KRAMER, 2002).

24 Sobre emendas e outras medidas legislativas “superadoras” da interpretação judicial de leis ou da própria Constituição, bem como do seu impacto sobre o comportamento dos próprios juízes, ver Epstein; Knight; Martin (2001). Para um mapeamento das medidas de retaliação política a princípio disponíveis no arranjo brasileiro, ver Ribeiro; Arguelhes (2013).

25 Arts. 99 e 101 e seguintes da Constituição Federal.

26 Para uma discussão de como esse dado pode afetar o comportamento judicial dentro de um modelo estratégico, ver Ribeiro; Arguelhes (2013).

3 O SUPREMO RECRIADO POR SEUS MINISTROS

Na seção anterior, vimos que a Constituição de 1988, apesar de manter intacta a estrutura básica do STF, tornou-o mais poderoso do que suas encarnações constitucionais anteriores. Nesta seção, discutiremos alguns exemplos de como a prática institucional e as interpretações dos próprios ministros do STF transformaram esse cenário básico delineado na seção anterior.²⁷

3.1 RESTRIÇÕES

Um campo em que a interpretação constitucional feita pelos ministros se mostrou tão relevante quanto o desenho original adotado em 1988 diz respeito aos canais de acesso ao tribunal. Um claro exemplo pode ser encontrado no art. 103 da Constituição que, como vimos, foi o principal motor, no texto da Constituição, da abertura do STF à sociedade. Entretanto, o texto do art. 103 não é suficiente para definir, no direito constitucional brasileiro, quais atores e instituições podem ajuizar ações diretas de inconstitucionalidade e provocar o STF a exercer seu poder de controle abstrato de constitucionalidade. O tribunal pós-constituente não tardou a adotar uma postura mais restritiva do que o desenho expresso no texto constitucional. Em uma série de decisões de 1989 ao início dos anos 1990, os ministros criaram uma distinção jurídica que não existia no art. 103 da Constituição: somente os legitimados “universais” poderiam propor ações diretas de inconstitucionalidade sobre qualquer tema, enquanto os legitimados “especiais” só poderiam iniciar esse procedimento de controle contra leis que envolvessem sua esfera de atuação. As “confederações sindicais” e “entidades de classe de âmbito nacional”, por exemplo, previstas no inciso IX do art. 103 da Constituição, foram tratadas como legitimados “especiais”.²⁸ Na prática, essa criação jurisprudencial limitou as possibilidades de participação, no fórum do controle de constitucionalidade, de organizações sociais que os constituintes haviam expressamente incluído no diálogo maior da jurisdição constitucional.²⁹

...

²⁷ Vale ressaltar que, nos anos que se seguiram à promulgação da Constituição, houve importantes mudanças legislativas formais nas competências do STF. Em 1993, por exemplo, a Emenda Constitucional n. 3, que tornou explícito o efeito vinculante das decisões do tribunal em sede controle abstrato de constitucionalidade. Vale ressaltar também as leis que regulam em detalhes o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade e das arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) (Leis n. 9.868/99 e 9.882/99, respectivamente), além da Emenda Constitucional n. 45/2004 (a chamada “Reforma do Judiciário”). Para uma discussão do possível impacto desses novos poderes sobre o comportamento do tribunal, ver Desposato; Ingram; Lannes Jr. (2015).

²⁸ Ver, por exemplo, o julgamento na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 138-8-RJ, julgada em 14.02.1990.

²⁹ Nas palavras de Barroso (2006, p. 146-147), para o STF, “é preciso que haja uma relação lógica entre a questão versada na lei ou ato normativo a ser impugnado e os objetivos sociais da entidade requerente.

De modo geral, o STF pós-transição demonstrou uma antipatia pelas inovações constitucionais que lhe permitiriam controlar omissões legislativas, sobretudo o mandado de injunção.³⁰ No MI 107, decidido em 1989, uma maioria de ministros entendeu que, ainda que se constatasse uma omissão legislativa violadora da Constituição no julgamento de um mandado de injunção, a decisão não serviria para nada além de notificar oficialmente o órgão competente de sua omissão. Em seu voto vencedor, o Ministro Moreira Alves defendeu a tese de que qualquer outra interpretação deste instituto significaria conceder ao Supremo (i) poderes legislativos (caso se criasse a regra faltante, ainda que provisoriamente, até a manifestação do Congresso); ou (ii) o poder de sancionar o Congresso por não ter legislado. Nenhum desses dois tipos de poderes, segundo a perspectiva de Moreira Alves, poderia ser atribuído ao tribunal.

Essa posição vencedora não era a única tecnicamente possível à época. Como notou o Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto, uma posição compatível com o texto constitucional permitiria ao STF que criasse uma regra provisória, aplicável somente à parte que alegou a omissão legislativa.³¹ No fim das contas, porém, Pertence tolerou a posição restritiva, ainda que por outras razões: era muito cedo, em 1989, para se considerar que o Congresso se encontrava em “mora legislativa”. O processo democrático exigiria do STF que esperasse mais antes de intervir. Ainda assim, a decisão da Corte significou, na prática, a morte provisória do mandado de injunção. Só quase duas décadas depois – em 2007, como veremos a seguir –, é que este cenário se alteraria por meio de uma mudança de interpretação do próprio STF.

3.2 TRANSFORMANDO RESTRIÇÕES EM EXPANSÕES

Ao longo do tempo, o tribunal pode revisitar a jurisprudência restritiva adotada por uma composição de ministros anterior, substituindo restrição por expansão. O que foi limitado por interpretação pode – justamente por isso – ser reaberto também por interpretação. Esse processo é especialmente fácil em um sistema em que não há compromisso com a noção de *stare decisis* ou precedente horizontal, isto é, com a força vinculante dos precedentes, em

...

Vale dizer: a norma contestada deverá repercutir direta ou indiretamente sobre a atividade profissional ou econômica da classe envolvida, ainda que só parte dela seja atingida”.

³⁰ Para um diagnóstico da época em que essas decisões restritivas foram tomadas, ver Barroso (1993).

³¹ Segundo o Ministro Pertence: “A idéia é fértil, não há dúvida: acertada a existência de um direito constitucional dependente de regulamentação, o processo seria paralisado e ao Supremo Tribunal caberia apenas decidir aquela questão prejudicial definindo a norma, no caso concreto; norma, porém, que, para evitar a repetição e a contradição, se tornaria de eficácia *erga omnes* para a decisão, na justiça competente, de todos os casos similares” (Voto vencido na Questão de Ordem no MI 107-3/DF, p. julgado em 23.11.89 p. 70).

uma decisão de hoje, para os próprios tribunais que os criaram no passado.³² Um exemplo desse fenômeno pode ser encontrado na recente guinada do STF com relação ao mandado de injunção. Vimos acima que, logo após a promulgação da Constituição, o STF entendeu que os mandados de injunção eram instrumentos de virtualmente nenhuma utilidade prática: só serviriam para comunicar à autoridade legisladora que a mesma deveria legislar para regulamentar certo artigo da Constituição. Em 2007, porém, o tribunal mudou de postura ao decidir uma série de mandados de injunção coletivos sobre direito de greve de servidores públicos – um direito já previsto no texto constitucional, mas que, nos termos da própria Constituição, deveria ser exercido nos termos de lei infraconstitucional.³³

Um desses casos, aliás, o MI 670, ilustra bem a importância da passagem do tempo – com consequentes mudanças na composição do tribunal – para operar transformações de interpretações restritivas em expansivas. O MI 670 começou a ser julgado ainda em 2003. Na época, o Relator, Ministro Maurício Corrêa, observou que “não pode o Poder Judiciário, nos limites da especificidade do Mandado de Injunção, garantir ao impetrante o direito de greve”, pois, se o fizesse, “substituir-se-ia ao legislador ordinário”. Em um voto de apenas duas páginas, o Ministro Corrêa se limitou a declarar a omissão do Poder Legislativo, simplesmente reiterando a jurisprudência firmada no MI 107, quase 15 anos antes. Contudo, em razão de um longo pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, o julgamento do MI 670 só veio a continuar anos depois. Já em 2007, uma composição quase inteiramente renovada do tribunal decide se afastar do antigo *leading case* e considerar que o STF deveria, ao decidir o mandado de injunção, indicar quais regras seriam provisoriamente aplicáveis à greve dos servidores públicos, até que o Congresso se manifestasse sobre o tema.

3.3 EXPANSÕES

Em vários momentos, o tribunal utiliza seu poder de interpretação constitucional também para ampliar competências previstas no texto constitucional – e até mesmo desenvolver

...

³² Sobre o conceito de *stare decisis*, ver Schauer (1987). No caso do Brasil, um fator adicional de liberdade para o tribunal em relação às suas decisões passadas é que parece não haver consenso, na prática da instituição, sobre o que conta como um precedente, como operacioná-lo e como ele deve ser aplicado. Para uma discussão desses problemas à luz de um caso concreto, cf. Leal (2015). Arguelhes e Ribeiro (2015) apontam ainda para a possibilidade individualização do repertório de jurisprudência do tribunal, com cada ministro formando a sua própria versão do que seriam os precedentes do tribunal e partir de decisões monocráticas.

³³ Desde o MI 107, o tribunal já vinha sinalizado com algumas flexibilizações em sua rígida visão desse instrumento, mas sem de fato mudar de posição quanto à impossibilidade de o próprio STF criar as regras necessárias para sanar a omissão legislativa. Sobre o tema, ver Voronoff (2012).

para si, sem base textual clara, novos poderes.³⁴ Em uma mesma geração de ministros do STF, movimentos autorrestritivos em uma direção podem coexistir com expansões de poder em outros sentidos. Neste artigo, apresentaremos apenas um exemplo já consolidado de expansão de competências por interpretação: a possibilidade de controle prévio de constitucionalidade de propostas de emenda à Constituição, por parte do STF, por meio de mandados de segurança ajuizados por parlamentares.³⁵

No MS 20.257, decidido em 1980, o voto vencedor do Ministro Moreira Alves apresentou uma tese ousada. O ministro reconhecia que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade não admite controle judicial *prévio*, isto é, o Judiciário não pode verificar, durante o processo legislativo, a compatibilidade entre um projeto de lei (ou de emenda constitucional) e cláusulas constitucionais. Só compete ao juiz *reprimir* violações à Constituição, por meio da anulação de leis *já promulgadas*. Contudo, tendo em vista que os dispositivos constitucionais também regulam o próprio processo legislativo, é preciso aplicar a Constituição às próprias deliberações do Congresso no que se refere às regras de processo legislativo. Mais ainda, os parlamentares têm um direito individual a só participar de procedimentos legislativos que respeitem as regras do jogo traçadas na Constituição.

Uma vez que se reconheça esse direito individual, os atos formais da Câmara ou do Senado que fazem tramitar projetos de lei ou emenda violadores dessas regras procedimentais podem ser judicialmente questionados *por cada parlamentar*. Por meio de mandado de segurança, o deputado ou senador pode exigir que o STF impeça a tramitação da proposta violadora da Constituição. Mais ainda, o voto do Ministro Moreira Alves no MS 20.257 admite expressamente que esse controle judicial prévio – essa intervenção no próprio processo deliberativo do Congresso – pode se estender às emendas constitucionais no caso de violação de “cláusulas pétreas”, isto é, às partes da Constituição que não podem ser alteradas sequer por emenda constitucional. Isso porque, segundo o ministro, a Constituição formulava as “cláusulas pétreas” como regras procedimentais, ao prever que “não será objeto de deliberação proposta de emenda constitucional tendente a abolir a Federação ou a República”.³⁶

• • •

³⁴ A ampliação de poderes do tribunal por meio de interpretação constitucional é um fenômeno familiar em diversos sistemas jurídicos. Entre os inúmeros exemplos, está o famoso caso *Marbury v. Madison*, decidido em 1803 nos EUA, no qual a Suprema Corte anuncia sua competência – não expressa no texto constitucional – de declarar a inconstitucionalidade de leis federais. Cf. Ginsburg (2003) e Stone Sweet (2007).

³⁵ Ver Barroso (2006). Sússekind (2014) analisa em detalhes o processo de formação e manutenção, inclusive após a constituinte, dessa linha jurisprudencial. Para um ponto de vista de um de seus ministros sobre esses casos, ver Pertence (2007).

³⁶ A Constituição de 1988 reproduziu a fórmula da Constituição de 1967 quanto às cláusulas pétreas (art. 60, § 4º: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir [...]”), ampliando

Seguindo esse raciocínio na decisão, os ministros criaram um poderoso canal de atuação para o STF, pelo qual podem impedir a tramitação de PECs que contrariem as “cláusulas pétreas” da Constituição.³⁷ Essa construção jurisprudencial foi renovada pelo STF no início dos anos 1990 em diversos casos, ainda que, no sistema desenhado pela Constituição de 1988, não haja qualquer previsão de controle judicial *prévio* de constitucionalidade. Por exemplo, no MS 21.648, decidido em 05.05.1993, em que se discutia a constitucionalidade de uma proposta de emenda à Constituição, a reiteração jurisprudencial ficou clara. Houve amplo reconhecimento, pela maioria dos ministros, que mandados de segurança de parlamentares contra PECs violadoras da Constituição podem ser julgados no mérito pelo STF.³⁸

Embora o STF apresente essa linha jurisprudencial como uma proteção aos parlamentares, ela na prática significa uma ampliação do poder do próprio STF. É preciso considerar que o tribunal concedeu a cada parlamentar, e não ao seu partido ou à presidência da Casa, um poder de veto sobre a produção legislativa do país *que a Constituição de 1988 só reconhece ao partido político ou à Presidência da Casa*, por meio de ações diretas de inconstitucionalidade. Ao fazê-lo, o tribunal expandiu significativamente tanto o acesso à sua jurisdição quanto às formas pelas quais pode exercer o controle sobre os atores políticos (com a inclusão do controle preventivo, e não apenas repressivo e posterior à promulgação do texto legal). Hoje, no Brasil, um parlamentar individual não pode propor ação direta de inconstitucionalidade, mas pode ajuizar um mandado de segurança para impedir a deliberação legislativa sobre uma proposta de emenda à Constituição que considere violadora de cláusulas pétreas. Para o STF, trata-se de um poder de controle e monitoramento

...

apenas *quais* elementos do texto constitucional são considerados cláusulas pétreas (“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”).

³⁷ No MS 20.257, o *resultado* em si da decisão foi irrelevante, pois os ministros consideraram que, naquele caso específico, a PEC questionada não violava cláusulas pétreas.

³⁸ Ver, por exemplo, o voto do Ministro Relator Octavio Gallotti: “Tenho como extreme de dúvidas, conforme assentado nos precedentes que informam o parecer [do Procurador-Geral da República], tanto o cabimento do de segurança contra o processamento do projeto de lei ou proposta de emenda cujo objeto se pretenda ser vetado pela Constituição, como a legitimidade, para impetrá-lo, de qualquer participante do processo legislativo (Deputado ou Senador)”. Ver também o voto do Ministro Carlos Velloso, que ressaltou “a decisão memorável” na qual o STF “admitiu o controle de constitucionalidade do processo de emenda constitucional por parte dos parlamentares [...] mediante o mandado de segurança”. Ver, porém, o voto vencido do Ministro Paulo Brossard, observando que esta interpretação concederia poderes excessivos ao STF para atuar sobre a esfera congressual, prevendo que, “persistindo nesse plano inclinado, o Supremo Tribunal Federal terminaria por organizar a ordem do dia da Câmara ou do Senado”.

do processo legislativo que surge da sua jurisprudência dos anos 1980 – e não de um arranjo deliberadamente criado pelo texto constitucional de 1967 ou de 1988.³⁹

3.4 FLEXIBILIDADE DECISÓRIA?

Para além dessas mudanças explícitas nas regras que estruturam sua competência, em muitos aspectos a prática institucional do tribunal parece ter se desenvolvido de crescente flexibilidade, por parte dos ministros, na configuração do seu poder e das oportunidades de exercê-lo. Dois exemplos podem ser encontrados nas formas pelas quais o tribunal (i) filtra quais casos serão efetivamente julgados por seus ministros, e quais serão simplesmente rejeitados em decisões monocráticas; e (ii) determina sua agenda o *timing* de suas decisões.⁴⁰ Embora ainda não haja estudos sistemáticos suficientes sobre esses dois pontos, alguns dados e análises já disponíveis são bastante sugestivos. Com relação ao primeiro ponto, em termos quantitativos, nas últimas duas décadas e meia, o STF tem sido basicamente um conjunto de ministros – ou, mais precisamente, de gabinetes de ministros – que resolvem casos sozinhos. Das mais de 1,3 milhão de decisões que o STF tomou de 1988 até 2011, menos de 0,6% foram tomadas pelos 11 ministros reunidos em Plenário. Se, no desenho original de 1988, o STF foi pensado como um órgão colegiado, ao menos em termos quantitativos o tribunal parece ter se transformado em algo distinto na prática (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2013; HARTMANN; FERREIRA, 2015).

Com relação ao segundo ponto, embora o prazo dos pedidos de vista esteja limitado pela obrigação de devolver o processo “na segunda sessão ordinária subsequente” (art. 134 do Regimento Interno do STF), o regimento parece não dar conta de como esse poder individual dos ministros funciona na prática. Segundo o 3º relatório do projeto *Supremo em Números*, de outubro de 1988 a dezembro de 2013, houve 2.987 pedidos de vista no STF, relativos a 2.226 processos⁴¹ (FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014). De acordo com os autores do

...

³⁹ Outro exemplo de transformação, por interpretação, contra o arranjo deliberado criado pelo constituinte pode ser encontrado na tentativa de alguns ministros do Supremo de afirmarem que toda e qualquer decisão do tribunal tem efeito vinculante, independentemente do tipo de processo em que foi tomada. Essa proposta, que em última instância não obteve maioria dentro do tribunal, foi originalmente lançada pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto na Reclamação 4.335. Para uma discussão dessa tese a partir de dados quantitativos sobre o funcionamento do controle concreto de constitucionalidade no Supremo, cf. Santos (2014).

⁴⁰ Veríssimo (2008) fala em um possível “*writ of certiorari* à brasileira”, fazendo uma analogia ao mecanismo pelo qual a Suprema Corte dos EUA discricionariamente escolhe ou rejeita casos. Embora ainda não haja trabalhos empíricos suficientes a respeito, já há indicadores de que, no que se refere à capacidade de escolher que casos julgar (e quando julgá-los), a distância entre o STF e a Suprema Corte dos EUA parece ser menor do que se pensava. Cf. Arguelhes; Hartmann (2014).

⁴¹ Levando-se em conta apenas os processos já tramitando no plenário ou nas turmas (isto é, processos

relatório, desse conjunto de pedidos, 124 ainda não tinham sido devolvidos até 31 de dezembro de 2013. Se considerarmos apenas os pedidos já devolvidos, a duração média das vistas foi de 349 dias, com cerca de 20% dos pedidos ficando dentro do prazo previsto no regimento. Dentre as vistas não devolvidas, apenas 5,3% ficaram dentro do prazo, e a duração média foi de 1.095 dias.

Além disso, tanto no grupo de casos devolvidos quanto no de não devolvidos, há inúmeros exemplos de processos que permaneceram “em vista” com ministros por milhares de dias. Em alguns casos, o pedido de vista de um mesmo(a) ministro(a) se prolongou por quase uma década. Mais uma vez, embora ainda haja um longo caminho a se percorrer na análise e interpretação desses dados, é impossível ignorar a discrepância entre a prática institucional e as previsões legais. Essa discrepância parece apontar para um tribunal que não está sujeito a constrangimentos institucionais externos à vontade dos seus próprios ministros na determinação do *timing* de suas decisões.⁴² Para além das regras constitucionais que explicitamente estruturam seu poder, portanto, a prática decisória do tribunal é decisiva para compreender o grau de liberdade – e, conseqüentemente, de poder – de que os ministros do STF dispõem.

4 NOVAS TRANSFORMAÇÕES À VISTA: DE PONTO DE VETO A PRIMEIRA CÂMARA?

Na seção anterior, discutimos como o STF tem mais controle sobre sua agenda e seus poderes do que a leitura do texto constitucional de 1988 sugeriria à primeira vista. A grande maioria das interpretações que o tribunal faz de sua própria competência se integra ao direito constitucional brasileiro, não apenas porque, segundo o próprio STF, sua interpretação é a última palavra sobre o significado do texto constitucional,⁴³ mas também porque somente por meio de emendas constitucionais seria em tese possível aos outros poderes rejeitarem essas interpretações. Por meio de interpretação constitucional, portanto, o tribunal

...

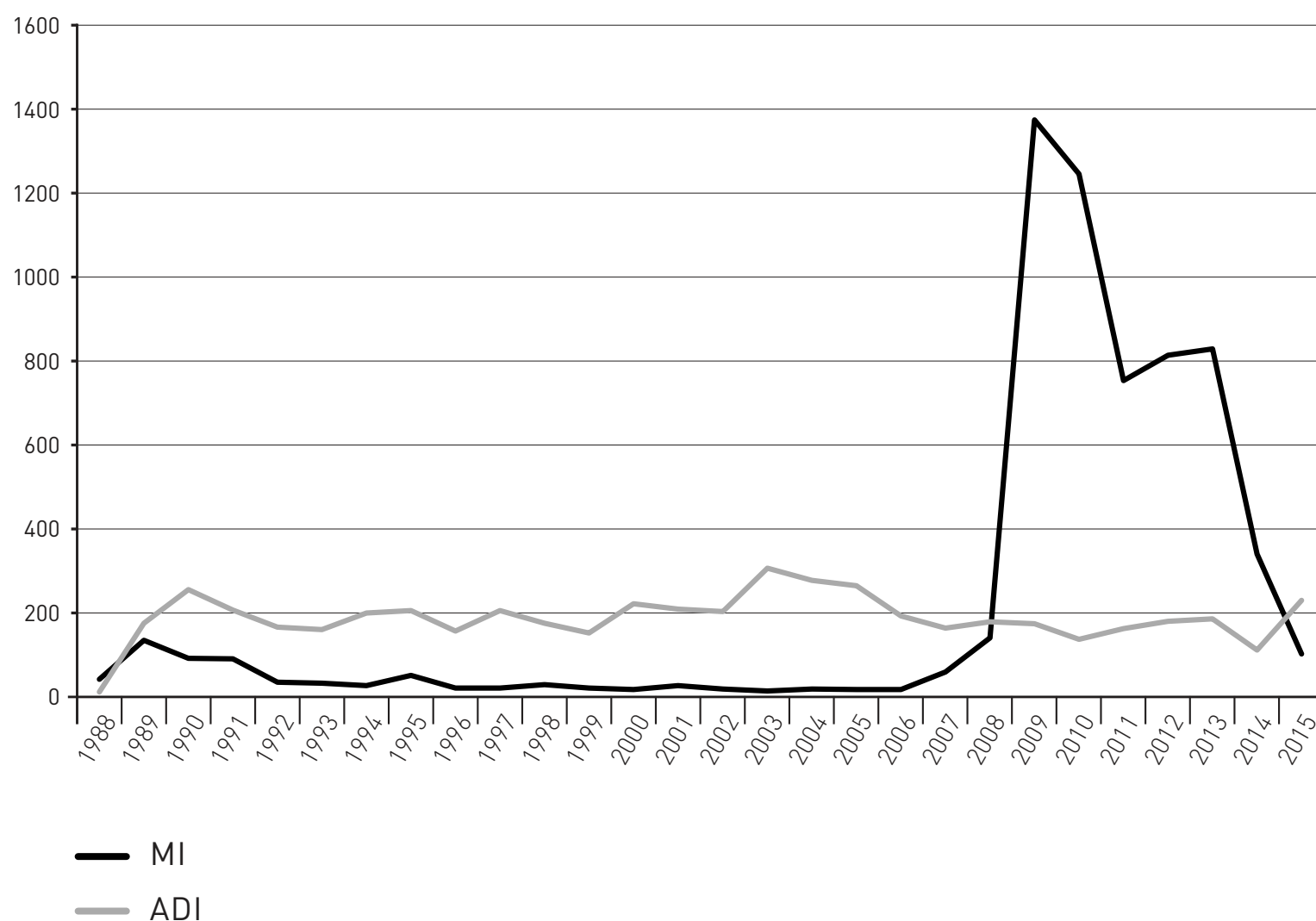
nos quais existiria a possibilidade de um pedido de vista ocorrer), isso significa que as vistas abrangem apenas 2,2% dos casos do tribunal. Trata-se, portanto, de prática bastante seletiva.

⁴² Para uma discussão das implicações desses dados sobre a visão oficial de como o STF funciona, além de testes empíricos adicionais, cf. Arguelhes; Hartmann (2014). Arguelhes e Ribeiro (2015) identificam um padrão substantivo em algumas dessas discrepâncias entre normas oficiais e práticas institucionais no Supremo, apontando para uma crescente individualização do poder dos ministros às expensas do poder dos colegiados (Plenário e Turmas) do tribunal. O impacto desses poderes individuais sobre o próprio resultado das decisões colegiadas merece ser analisado de maneira mais detida. Em seu estudo sobre ADIs, por exemplo, Oliveira (2012) observa que o voto do relator tende a prevalecer em cerca de 99% dos casos nas decisões do plenário.

⁴³ Para exemplos de manifestações dos ministros do STF nesse sentido, ver as notas 5 e 8, *supra*.

pode ampliar ou restringir o escopo de sua própria jurisdição, bem como as vias para acessá-la, impedindo que certos casos potenciais sejam levados para o seu julgamento ou facilitando que certos temas ou questões entrem na sua pauta decisória.⁴⁴ No gráfico abaixo, podemos observar a possível influência, ao longo do tempo, das interpretações feitas pelo STF – tanto as restritivas quanto as expansivas – sobre as estruturas que definem o seu próprio poder e o acesso à sua jurisdição:

GRÁFICO 1 – MANDADOS DE INJUNÇÃO (MIs) E AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADIs) NOVOS POR ANO, 1988-2015



Fonte: Supremo em Números (<http://www.fgv.br/supremoemnumeros>).

...

⁴⁴ Para discussão da jurisprudência restritiva do STF pós-constituente quanto ao controle abstrato de constitucionalidade, ver Arguelhes (2014a).

Embora não se possa aqui fazer qualquer afirmação de causalidade, o Gráfico 1 nos permite ver os pontos em que o comportamento de atores externos, no que se refere à quantidade e aos tipos de demandas que levam ao STF, pode ter sido influenciado por mudanças das regras do jogo geradas por interpretações judiciais. Nos dois primeiros anos após a promulgação da Constituição, uma tendência de rápido crescimento nos mandados de injunção e nas ações diretas de inconstitucionalidade parece se encerrar no mesmo período em que o STF estava restringindo o acesso à ação direta de inconstitucionalidade (por meio da exigência de “pertinência temática”) e praticamente inutilizando o mandado de injunção. Em sentido contrário, após a mudança de jurisprudência no caso da greve dos servidores públicos em 2007, há uma explosão de novos mandados de injunção chegando ao tribunal. Essa correlação pode indicar que a mudança de posição do STF sinalizou um “renascimento” desse instrumento aos olhos de potenciais litigantes.

O que dizer das tendências com relação às ações diretas de inconstitucionalidade nos últimos anos? Elas têm sido utilizadas como indicador fundamental da participação do tribunal na vida política do país. Grande parte da literatura sobre a judicialização da política no Brasil observa no aumento de ações diretas de inconstitucionalidade a partir de 1988 um indicador da crescente participação do STF na política brasileira.⁴⁵ Embora o *mainstream* da literatura sobre processo decisório no Brasil não incorpore sistematicamente o Judiciário como ator relevante, uma vertente de pesquisa inaugurada por Taylor (2007) tem se preocupado em afirmar a importância do Poder Judiciário, e particularmente do STF, como um recurso a ser acionado por “vozes minoritárias” para contestar ou influenciar a produção de políticas públicas. Nesse caso, o STF pode ser usado como um ponto de veto no processo decisório ou como recurso protelatório em que os atores minoritários marcam suas posições.

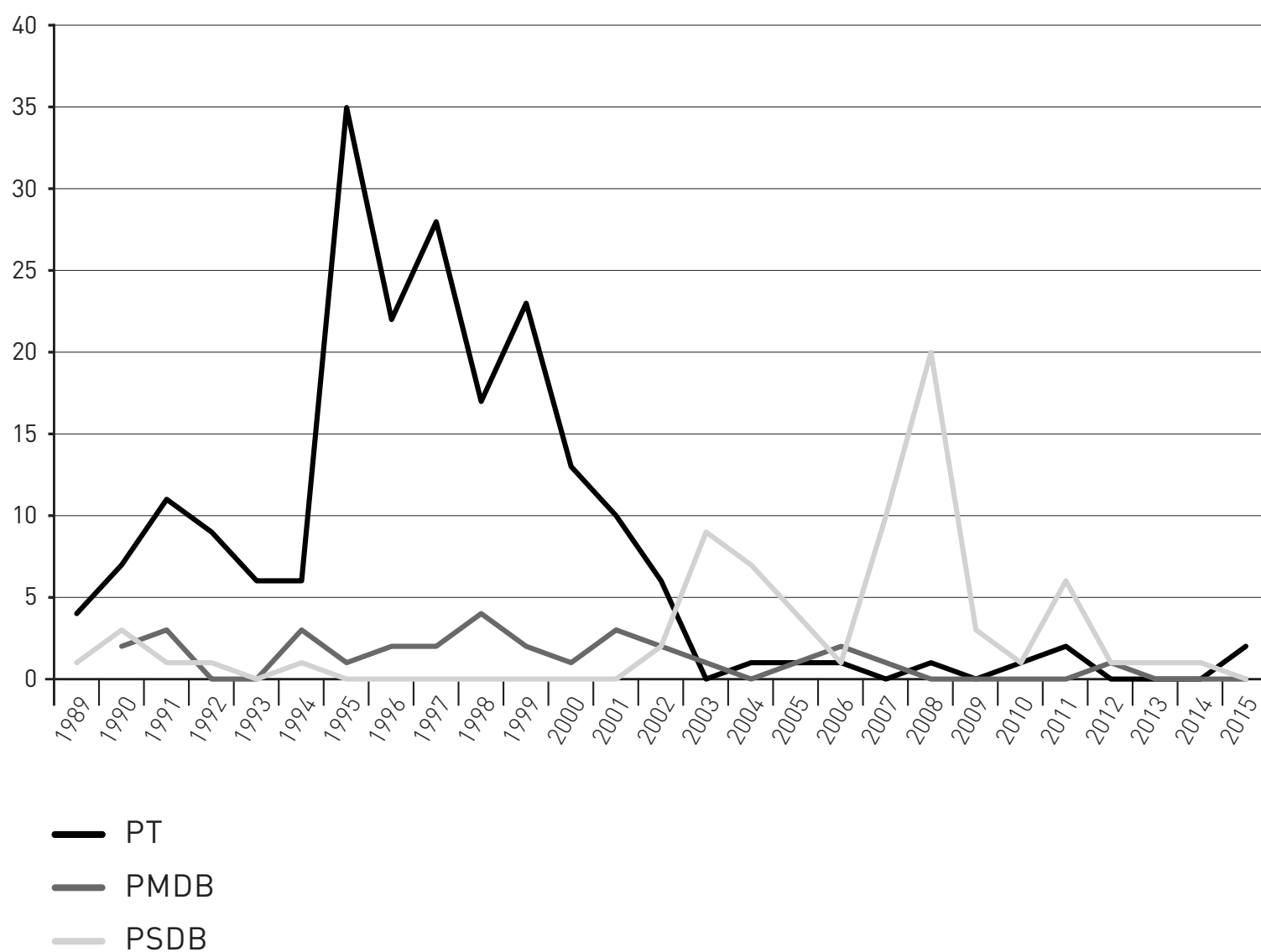
Taylor argumenta ainda que o Judiciário pode atuar não apenas após a aprovação de uma política pelo Legislativo, por meio dos recursos de controle de constitucionalidade, como também antes, por meio de sinalizações em pronunciamentos públicos, reuniões formais com o Executivo ou Legislativo, ou ainda por meio do uso de liminares – tal como mostrado anteriormente. A observação dos recursos de partidos políticos no STF desde 1988 parece corroborar o uso estratégico da Corte como ponto de veto: o PT ingressa com mais ações no STF durante o governo PSDB e vice-versa – observa-se que o PMDB, partido que compôs

...

⁴⁵ Vianna, Burgos e Salles (2007, p. 43 e 44) afirmam que não apenas “as Adins já fazem parte do cenário natural da moderna democracia brasileira”, como acrescentam que “elas fazem com que o país, sob a forma como se apresenta hoje, não seja mais governável sem elas. Aqui, além de ser instrumento da defesa de minorias, sua origem constitucional clássica, a Adin também é recurso institucional estratégico de governo, instituindo, na prática, o Supremo Tribunal Federal como um conselho de Estado do tipo prevaiente em países de configuração unitária”.

a coalizão em ambos os governos, não teve um comportamento estratégico no sentido indicado durante o período. Nesse sentido, a hipótese de Taylor uso do STF como arena de veto parece se sustentar.

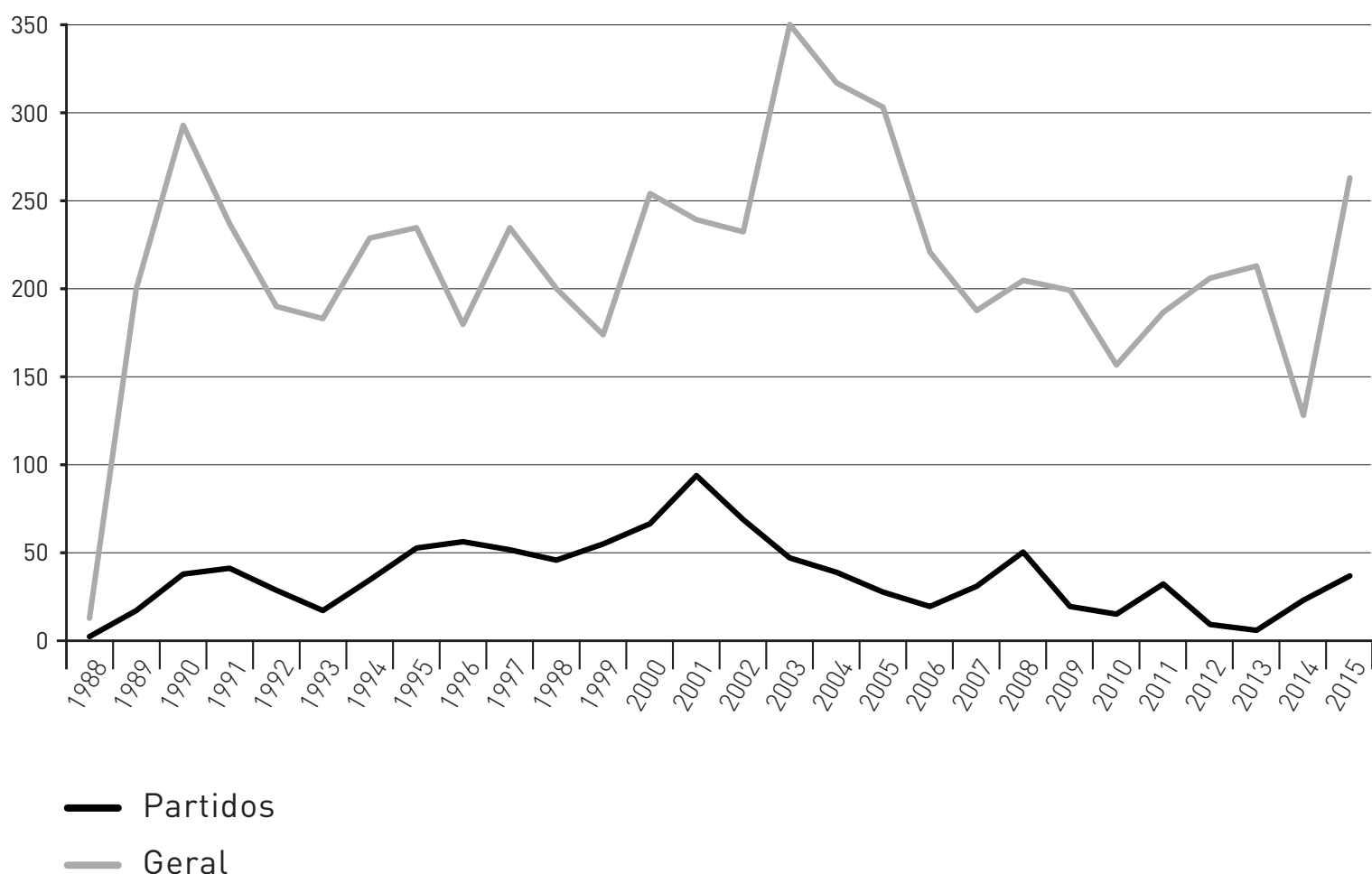
GRÁFICO 2 – AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADIs) INICIADAS POR PT, PSDB E PMDB (1988-2015)



Fonte: Supremo em Números (<http://www.fgv.br/supremoemnumeros>).

Ao mesmo tempo, porém, os dados revelam um fenômeno interessante. Como se observa com mais clareza no gráfico a seguir, as ações diretas de inconstitucionalidade propostas por partidos políticos têm apresentado uma pronunciada tendência de queda ao longo do tempo, desde o início da década passada – uma tendência que não é imediatamente observável, nos mesmos termos, com relação às ADIs em geral. Como explicar esse fenômeno a partir da literatura existente sobre as razões pelas quais atores políticos judicializam suas disputas?

GRÁFICO 3 – AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADIs) DE PARTIDOS POLÍTICOS (1988-2015)



Fonte: Supremo em Números (<http://www.fgv.br/supremoemnumeros>).

Ainda não há respostas conclusivas para essa pergunta. Mas, a partir dos dados acima e das discussões apresentadas nas sessões anteriores, levantamos uma hipótese: há uma crescente demanda social por atuação do STF como *primeira câmara legislativa*, e não como arena de veto ou ator com poder de veto. A análise de Taylor e a literatura sobre judicialização da política em diversos países se concentram na possibilidade de tribunais atuarem como uma espécie de “terceira câmara legislativa” no processo político decisório: eles participam nesse processo depois de algum passo inicial dado por uma maioria legislativa sob a forma de uma mudança (ou tentativa de mudança) na ordem jurídica.⁴⁶ Nesse cenário, ainda que se reconheça que a intervenção judicial altera o conteúdo das políticas públicas

...

⁴⁶ Nas palavras de Stone (1992, p. 212), “Constitutional jurisprudence is nothing more or less than the lasting, written record of a third reading by a third institution required to give its assent on a bill before promulgation”.

aprovadas pela maioria legislativa, a primeira instituição a se mover é necessariamente o Congresso ou o Executivo, alterando a legislação existente. O Supremo surge como um ator com poder de veto posterior.

Uma possível hipótese para explicar a queda no uso de ações diretas de inconstitucionalidade por partidos políticos, porém, é que outros mecanismos processuais que vêm sendo (re)descobertos pelo STF permitem que o tribunal intervenha em questões sobre as quais não houve qualquer alteração, pela maioria governante, do *status quo* legislativo. Aqui, o tribunal agiria como *primeira* instituição a se pronunciar sobre uma determinada questão, em um espaço decisório criado pelos poderes políticos. Essa nova forma de atuação pode permitir com que minorias políticas acessem a jurisdição do tribunal sem passar pela esfera majoritária – isto é, sem que suas agendas tenham necessariamente sido derrotadas em uma decisão política do Congresso. Nesse cenário, supondo que a atuação como “primeira câmara” seja percebida como possibilidade concreta para atores políticos e sociais ao redor do tribunal, certas demandas que antes eram judicializadas por partidos políticos minoritários por meio de ações diretas de inconstitucionalidade podem ter sido canalizadas para outros instrumentos, como o mandado de injunção e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). São instrumentos que, ao contrário das ações diretas de inconstitucionalidade, permitem que o tribunal se pronuncie sobre temas que, na prática, as legislaturas contemporâneas não chegaram a decidir expressamente.

Após a mudança jurisprudencial de 2007, como já observado, o número de mandados de injunção começa a crescer de forma muito acentuada. Esse pode ser um indicador da demanda por atuação legislativa direta do STF, em vez de atuação “repressiva” sobre legislação já criada pelo Congresso. Com efeito, em contraste tanto com o mandado de injunção, quanto com a ADPF, as ações diretas de inconstitucionalidade enfocam basicamente o direito legislado pós-1988. O mandado de injunção viabiliza uma decisão do STF, ainda que provisória, sobre temas que não foram objeto de decisão do Legislativo. A ADPF, por sua vez, permite que o STF se manifeste diretamente sobre um conjunto de objetos muito ampliado em relação à ação direta de inconstitucionalidade, incluindo legislação pré-constitucional, decisões judiciais e outros atos e omissões do poder público. O comportamento dessas demandas específicas – os mandados de injunção e as arguições de descumprimento de preceito fundamental – pode ajudar a testar a hipótese de que o tribunal tem sido receptivo a uma demanda crescente por atuação como *primeira câmara legislativa*. Essa hipótese não exclui outras explicações possíveis para a diminuição do número de ações diretas de inconstitucionalidade de partidos políticos ao longo dos anos, mas chama a atenção para novos papéis que o tribunal pode assumir e que ainda não foram objeto de estudo sistemático.

Nesse sentido, um indício de atuação do STF como primeira câmara pode ser encontrado na ADPF 132, decidida em 2011. Em decisão unânime, o tribunal considerou que a Constituição exige o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Nesse caso, a jurisdição do tribunal foi provocada não contra uma lei aprovada pelo Congresso

e que representaria um ataque a direitos de minorias. O que se pediu ao tribunal foi que considerasse inconstitucional o fato de que o Código Civil, em seu art. 1.723, prever apenas a união estável entre homens e mulheres. É possível descrever essa situação como uma “omissão”, como fizeram alguns dos ministros.⁴⁷ Mas, se, no caso dos mandados de injunção, a “omissão” é algo determinado por parâmetros estritos do próprio texto constitucional – é preciso que o Congresso não tenha criado uma lei *expressamente exigida pela Constituição* –, no caso da ADPF 132 a “omissão” é definida de forma muito mais fluida e potencialmente problemática.

Não se trata de fato de ausência de lei, mas da *existência de uma lei inadequada*. Considerou-se “omissão” um cenário no qual os ministros acreditam que, com o passar do tempo e a transformação de valores e costumes na sociedade brasileira, a legislação que já existe não atende a exigências constitucionais. O STF formulou regras sobre um tema que, a juízo dos ministros, deveria ter provocado – mas não provocou – a formulação de novas normas jurídicas, incluindo talvez emendas à própria constituição. Em vez de arena de veto, os demandantes fizeram do STF uma arena legislativa primária: dada uma questão política nova, gerada pela mudança na sociedade, pede-se ao STF que formule o tratamento constitucional adequado.

Mais do que primeira câmara, porém, o STF talvez tenha sido a *única* câmara a formular regras sobre o tema. A leitura do acórdão sugere que não sobrou, para o Congresso Nacional, nenhum espaço relevante para legislar sobre o tema – por exemplo, criando regras diferentes para a adoção por casais entre pessoas do mesmo sexo e de sexos diferentes. Em trecho de seu voto que foi reproduzido na ementa do acórdão, o Ministro Relator Ayres Britto determinou que dava a referida interpretação ao 1.723 do CC:

[...] para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADPF 132, p. 49 do acórdão).

É verdade que o próprio acórdão registra a divergência de pelo menos três ministros com relação à tese da impossibilidade de diferenciação legislativa entre uniões homossexuais e

...

⁴⁷ Ver, por exemplo, o voto do Ministro Marco Aurélio na ADPF 132: “[E]is o cerne da questão em debate: saber se a convivência pública, duradoura e com o ânimo de formar família, por pessoas de sexo igual deve ser admitida como entidade familiar à luz da Lei Maior, considerada a omissão legislativa. [...] Seria possível incluir nesse regime uma situação que não foi originalmente prevista pelo legislador ao estabelecer a premissa para a consequência jurídica? Não haveria transbordamento dos limites da atividade jurisdicional? A resposta à última questão, adianto, é desenganadamente negativa”.

uniões heterossexuais.⁴⁸ Mas parece plausível dizer que a posição majoritária no tribunal foi no sentido apontado pelo Ministro Carlos Ayres Britto. Se é assim, fica difícil ver qual o espaço afinal deixado ao Congresso na regulamentação do tema. Ao contrário do que ocorre nas regras que o tribunal criou nos mandados de injunção decididos em 2007, a regra de igualdade absoluta defendida por essa posição majoritária não permite ao Congresso legislar sobre mais nenhum aspecto da questão da união homoafetiva. No caso dos mandados de injunção, a legislação posterior pode afastar as regras provisórias que o STF formulou. Mas, segundo o próprio acórdão, isso não ocorre no caso da ADPF 132. A decisão do STF já respondeu de antemão todas as perguntas ao dizer que a Constituição *exige* que todas as regras de direito de família criadas para casais de sexos diferentes devem ser idênticas às regras aplicáveis a casais formados por pessoas do mesmo sexo. A princípio, portanto, por um movimento interpretativo feito pelo STF, o Congresso foi movido para fora do jogo.

Não se trata aqui de discutir o mérito da decisão da ADPF 132, que é um marco decisivo na proteção a direitos fundamentais no país. Mas é importante perceber que, (i) apesar de manifestações judiciais aparentemente em sentido contrário, ela não ocorre no contexto de uma “omissão” definida pela própria Constituição, como é o caso dos mandados de injunção – mas sim de *lei já existente que o STF considera inadequada em face da Constituição*; e (ii) as teses jurídicas formalizadas nos votos da maioria dos ministros sugerem que, ao enfrentar essa legislação inadequada, *o STF já desenhou, do início ao fim, qual deveria ser a legislação adequada*. Nesse cenário, e em combinação com os dados sobre queda de ações diretas de inconstitucionalidade e o próprio aumento dos mandados de injunção, a decisão da ADPF 132 parece indicar uma forma de atuação distinta na política brasileira: em vez de recorrerem ao STF, por meio de ações diretas de inconstitucionalidade, para invalidar uma decisão majoritária na qual foram derrotados, grupos políticos minoritários

...

⁴⁸ Para um exemplo dessa divergência ao longo da decisão, ver o seguinte debate entre os Ministros Lewandowski e Ayres Britto: “MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – [...] [A]ssinalei no meu voto que nós estamos ocupando um espaço que é do Congresso Nacional. [O Ministro Gilmar Mendes] acentou, com muita propriedade, que há uma espécie de inércia ou inapetência do Parlamento em regular essa matéria, por razões que não nos compete examinar. Então eu afirmei, assentei e concluí que a nossa colmatação desta lacuna é meramente provisória, porque, na verdade, quem tem o poder de legislar nesta matéria, originariamente, é o Congresso Nacional. MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) – Agora, não foi o meu voto. [...] MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) – Pelo meu voto e dos que me seguiram não há lacuna e, portanto, não há necessidade de colmatação. Nós demos um tipo de interpretação superadora da literalidade, apontando que a própria Constituição contém elementos interpretativos que habilitam esse julgamento do Supremo a concluir pela paridade de situações jurídicas, sem lacuna e, portanto, sem a necessidade de preenchimento ou colmatação” (trechos extraídos dos debates transcritos no acórdão da ADPF 132).

podem provocar o tribunal para atuar diretamente como *primeira câmara* e formular regras de acordo com suas preferências. Mais ainda, como vimos, dependendo de como o STF formula sua decisão, é possível que se trate, ao menos do ponto vista do tribunal, de uma atuação como *única câmara legislativa*. Nesse cenário, as ações diretas de inconstitucionalidade podem ter se tornado um instrumento menos interessante do que a ADPF dependendo dos objetivos que atores políticos têm no Brasil de hoje.⁴⁹

Evidentemente, as considerações acima são apenas hipóteses. Apesar do seu caráter especulativo, porém, elas servem para enfatizar que o STF é, ao mesmo tempo, uma criatura dos constituintes e dos ministros que o integraram de 1988 para cá. Ao transformar sua jurisprudência sobre o mandado de injunção e ao utilizar arguições de descumprimento de preceito fundamental para criar parâmetros quase legislativos a partir de princípios constitucionais gerais, o STF acaba por modificar a estrutura que permite e incentiva certos atores a provocarem a jurisdição constitucional. O desenho institucional criado pelo texto constitucional de 1988 não determina o destino do tribunal – nem quando adicionamos as variáveis do comportamento dos atores políticos externos ao tribunal, que tem sido muito explorado na literatura. Quando muda a interpretação que o STF dá aos seus próprios poderes – às vezes em direções restritivas, mas, cada vez mais, em deliberada expansão –, pode mudar também o espaço que ocupa na política brasileira. Em muitos casos, ao atuar dentro do jogo, o tribunal acaba transformando o seu papel no jogo e, indiretamente, a própria natureza do jogo.

NOTA DE AGRADECIMENTO

Os autores gostariam de agradecer a Vítor Peixoto por comentários a uma versão anterior deste trabalho, a dois pareceristas anônimos pelas críticas e sugestões, bem

...

⁴⁹ Vale notar que, em dezembro de 2015, em meio às discussões na Câmara dos Deputados sobre o processo de *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff, o Supremo Tribunal Federal foi provocado pelo PC do B a fazer uma completa “filtragem” (i.e., análise de compatibilidade de seu conteúdo com a Constituição atual) da Lei de Crimes de Responsabilidade (Lei n. 1.079/50). Pela jurisprudência do tribunal, essa lei não poderia formalmente ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, por ser pré-constitucional. Nos votos dos ministros e na petição inicial do partido, menciona-se diversas vezes a ideia de que o legislador deveria ter criado uma nova lei sobre a questão após o *impeachment* de Collor em 1992. Na ausência de manifestação legislativa, porém, caberia ao Supremo atualizar a lei de 1950 a partir da Constituição nova. Trata-se de mais um exemplo de medida que só poderia ser enfrentada em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e não de ação direta de inconstitucionalidade, nos termos propostos neste artigo.

como a Evandro Sússekind pela colaboração na pesquisa e a Ivar Hartmann e a Pedro Delfino pela colaboração quanto aos dados da base do Projeto Supremo em *Números da FGV Direito Rio*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, n. 31, 1988.

ANSOLABEHERE, Karina. Una reflexión en torno de la caracterización de las cortes constitucionales. *Iberoamericana*, v.8, n. 31, p. 167-172, 2008.

ARANTES, Rogério. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: IDESP/Editora Sumaré/FAPESP/Educ, 1997.

_____. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia.; CINTRA, Antonio. O. (Org.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. 2. ed. São Paulo: Konrad Adenauer / Unesp, p. 81-115, 2007.

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. Timing Control without Docket Control: How individual Justices shape the Brazilian Supreme Court's agenda. Trabalho apresentado no *Stanford International Junior Faculty Forum*, Stanford Law School, EUA, 10-11 de outubro de 2014.

_____; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: Mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, 2015.

_____. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas Jus* (UniCEUB Law Journal), v. 25, n. 2, 2014a.

_____. *Old Courts, New Beginnings: Judicial continuity and constitutional transformation in Argentina and Brazil*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Yale (EUA), 2014b.

BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção: perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. *Revista de Direito Administrativo*, v. 191, 1993.

_____. O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9 ed. São Paulo: Renovar, 2009.

_____. Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 12, n. 96, p. 3-41, fev.-mai. 2010.

CARVALHO, Ernani. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. *Sociologias*, v. 12, n. 23, p. 176-207, 2010.

COMELLA, Victor Ferreres. The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism. *Texas Law Review*, v. 82, 2004.

CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DESPOSATO, Scott; INGRAM, Matthew.; LANNES JR, Osmar. Power, Composition, and Decision Making: The Behavioral Consequences of Institutional Reform on Brazil's Supremo Tribunal Federal. *The Journal of Law, Economics and Organization*, v. 31, n. 3, 2015.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew. The Supreme Court as National Strategic Policymaker. *Emory Law Journal*, v. 50, 2001.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo*. FGV Direito Rio, 2011. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/10312>>. Acesso em: 1º mar 2014.

_____. O Supremo Tribunal Federal Processual. In: MARTINS, Ives Gandra S.; ROSSET, Patricia; AMARAL, Antonio Carlos R. (Orgs.). *Estudos: Direito Público. Homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso*. São Paulo: Lex Magister, p. 299-308, 2013.

FALCÃO, Joaquim et al. *II Relatório Supremo em Números: O Supremo e a Federação entre 2010 e 2012*. FGV Direito Rio, 2013. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/11544>>. Acesso em: 1º mar. 2014.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *III Relatório Supremo em Números: O Supremo e o Tempo*. FGV Direito Rio, 2014. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/12055>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

FEREJOHN, John A.; KRAMER, Larry D. Independent judges, dependent judiciary: Institutionalizing judicial restraint. *New York University Law Review*, v. 77, 2002.

FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Instituições Políticas e Governabilidade: Desempenho do Governo e Apoio Legislativo na Democracia Brasileira. In: MELO, C. R.; SÁEZ, M. A. (Eds.). *A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2007.

GARLICKI, Lech. Constitutional courts versus supreme courts. *International Journal of Constitutional Law*, v. 5, n. 1, p.44-68, 2007.

GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

HARTMANN, Ivar A.; FERREIRA, Lívia. Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo. *Opinão Jurídica*, v.13, n. 17, p.268-283, jan.-dez. 2015.

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

LEAL, Fernando Ribeiro. Todos os casos jurídicos são difíceis? Sobre as relações entre efetividade, estabilidade e teorias da decisão constitucional. *Revista de Direito do Estado*, v. 16, 2010.

_____. Uma jurisprudência que serve para tudo. *JOTA*, 13 de maio de 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo>>. Acesso em: 11 mai. 2016.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 27, n. 80, outubro 2012.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. O controle de constitucionalidade das emendas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: crônica de jurisprudência. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 1, n. 1, 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31814>>. Acesso em: 26 out. 2011.

PINHEIRO, Aline. Justiça precisa saber onde e como chegar. Entrevista com Ministro Ricardo Lewandowski, 7 de fevereiro de 2010, *Portal Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-07/entrevista-ricardolewandowski-ministro-stf-tse>>. Acesso em: 13 jan. 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Preferências, estratégias e motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso

brasileiro. *Direito e Práxis*, v. 4, n. 7, p. 85-121, 2013.

RÍOS-FIGUEROA, Julio; TAYLOR, Matthew M. Institutional determinants of the judicialization of policy in Brazil and Mexico. *Journal of Latin American Studies*, 38(4), p. 739-766, 2006.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. “Mutaç o   brasileira”: uma an lise emp rica do artigo 52, X, da Constitui o. *Revista Direito GV*, v. 10, n. 2, p.597-614, 2014.

SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, v. 39, 1987.

SHAPIRO, Matthew. Courts: a comparative and political analysis. Chicago: University of Chicago Press, 1986.

STONE, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*. New York: Oxford University Press, 1992.

STONE SWEET, Alec. *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

_____. The Juridical Coup D’ tat and the Problem of Authority. *German Law Journal*, v. 8, n. 10, p. 915-928, 2007.

S SSEKIND, Evandro Carvalho. *Constitui o generosa ou vontade do tribunal? Trazendo o constituinte para o debate sobre o controle de constitucionalidade preventivo*. Trabalho de Conclus o de Curso (Gradua o em Direito) – Funda o Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2014.

TAYLOR, Matthew M. O Judici rio e as Pol ticas P blicas no Brasil. *Dados*, v. 50, n. 2, 2007.

_____. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008.

VER SSIMO, Marcos Paulo. A Constitui o de 1988, Vinte anos depois: Suprema Corte e ‘ativismo judicial   brasileira’. *Revista DIREITO GV*, v. 4, n. 2, p. 407-440, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicializa o da pol tica e das rela o es sociais no Brasil*. S o Paulo: Revan, 1999.

_____.; BURGOS, M. B.; SALLES, P. M. Dezessete anos de judicializa o da pol tica. *Tempo Social*, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 441-464, 2008.

VORONOFF, Alice. *Ativismo judicial e democracia: por uma teoria eclética do mandado de injunção*. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 10, n. 37, 2012.

Diego Werneck Arguelhes

DOUTOR EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE YALE (EUA).
PROFESSOR DA ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO RIO).
dwarguelhes@gmail.com

Leandro Molhano Ribeiro

DOUTOR EM CIÊNCIA POLÍTICA PELO IUPERJ/UCAM.
PROFESSOR DA ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO RIO).
leandro.molhano@gmail.com