

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JOÃO VICTOR ARCHEGAS

**COLEGIADO DESERTO: PODERES INDIVIDUAIS NO STF E TEORIA
CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA**

CURITIBA

2018

JOÃO VICTOR ARHEGAS

**COLEGIADO DESERTO: PODERES INDIVIDUAIS NO STF E TEORIA
CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Direito do Programa de Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientação: Profa. Dra. Eneida Desiree Salgado (UFPR)

Co-Orientação: Prof. Dr. Diego Werneck Arguelhes (FGV-Rio)

CURITIBA

2018

Para Danielle, Fabiano, João Gabriel e Rafaella,
Pelo caminho à frente e pelo caminho atrás;
O que importa é caminhar juntos.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, devo agradecer aos cidadãos brasileiros por terem financiado meus estudos na escola de Direito da UFPR através do pagamento de tributos. A universidade pública, gratuita e de qualidade é uma conquista ímpar que, infelizmente, só está disponível para um número limitado de estudantes. Por meio desta contribuição científica espero retribuir ao menos parte deste investimento. Meus demais agradecimentos vão para:

Meus pais, Danielle e Fabiano, por todo o amor e carinho ao longo dos anos. Se estou aqui, podendo escrever este trabalho de conclusão de curso, é porque vocês sacrificaram tempo e dinheiro em favor da minha educação. Sem o apoio emocional que recebi de ambos eu jamais teria conquistado tanto em tão pouco tempo. Serei eternamente grato.

Meus irmãos, João Gabriel e Rafaella, por me ensinarem a ser uma pessoa melhor. Sou ao mesmo tempo professor e aluno quando estou com vocês. Se hoje eu sei o significado de amor verdadeiro e de companheirismo é porque tive o prazer de estar ao lado do João e da Rafa. Espero ansioso pelos profissionais brilhantes que vocês se tornarão no futuro.

Minha namorada, Ana Cecília, por ter me aturado durante a escrita desta monografia, mesmo que isso significasse algumas ausências e tantas outras discussões que podem não fazer muito sentido para uma estudante de Engenharia de Bioprocessos. Fungos e ministros do STF não combinam, mas o que importa é que minha admiração por você só cresce.

Os meus familiares, em especial meus avós, que vibram com cada passo que dou, desde o meu nascimento até minha aprovação no vestibular. Vocês são minhas grandes inspirações – espero, um dia, ser pelo menos metade do que vocês são!

Minha orientadora, a Professora Eneida Desiree Salgado, que é a grande responsável pela minha paixão irrestrita pela pesquisa acadêmica. Não há palavras que possam expressar minha gratidão pelos seus ensinamentos e por ter aberto tantas portas para mim. Espero continuar produzindo ao seu lado no futuro.

A Professora Estefânia Barboza, que desde o primeiro dia de aula de Teoria do Estado em 2014 me fez perceber que eu pertencia ao mundo do direito público.

Hoje posso dizer, com imensa felicidade, que tenho na Professora Estefânia uma referência de profissional que se dedica incondicionalmente à sala de aula e está sempre disposta a ajudar seus alunos.

O Professor Diego Werneck, meu co-orientador, que desde o dia que nos conhecemos em Copenhagen, por ocasião da conferência anual da ICON-S, tem me ajudado a encontrar o tom da minha pesquisa. Obrigado por embarcar nesta jornada comigo, tenho certeza que ainda tenho muito a aprender com seus ensinamentos sobre o Direito e o magistério.

O Professor Mark Barenberg, da Universidade de Columbia, que me recebeu muito bem em Leiden e aceitou discutir diversas leituras que faço sobre o constitucionalismo popular neste trabalho. Agradeço, igualmente, aos colegas do *Columbia Summer Program* de 2018 – foi uma experiência enriquecedora que certamente levarei comigo por muitos anos. “*Because of you*”.

Os meus colegas de curso, em especial a Diana, a Franciane, a Livia e o João Gabriel. Sem vocês as incontáveis manhãs no prédio histórico não seriam as mesmas. Foi uma honra dividir sonhos e angústias com vocês ao longo dos cinco anos de faculdade – espero que esses anos se multipliquem depois da formatura.

Por fim, mas não menos importante, para os meus colegas de escritório. Devo agradecer, em especial, ao Moacyr, ao Alcides, ao Leonardo e ao Márcio por me apoiarem e contribuírem com o meu desenvolvimento profissional. Ainda, agradeço ao Wellington, meu companheiro de sala, por toda a ajuda e pelas discussões edificantes – com sorte, agora que terminei meu TCC terei tempo para ler aquele artigo que você me recomendou.

RESUMO

Pesquisas recentes demonstram que a clássica figura nutrida pela literatura sobre o funcionamento do Supremo Tribunal Federal é uma ilusão, ou, na melhor das hipóteses, a doutrina brasileira ainda não se deu conta da real extensão dos poderes exercidos por cada ministro individualmente. Nesse contexto, chama a atenção o exercício dos poderes individuais dos ministros do Supremo, os quais, cada vez mais, podem tomar de assalto – isoladamente – as competências do colegiado e incorporar a voz que deveria ser dos onze ministros em uníssono. Tais poderes podem ser divididos em três frentes de análise: a possibilidade dos ministros anteciparem suas posições na imprensa, os pedidos de vista enquanto mecanismos de controle individual da agenda da corte e as decisões monocráticas informadoras de uma “jurisprudência individual”. O que interessa ao presente trabalho, assim, é a análise acerca dos efeitos dos poderes individuais dos ministros em uma específica parcela da atividade geral da corte brasileira: o exercício da jurisdição constitucional. Teorias como a do constitucionalismo popular, do constitucionalismo democrático e, mais recentemente, do constitucionalismo deliberativo podem contribuir – e muito – com a discussão sobre a legitimidade das cortes constitucionais, mas seriam elas aptas a explicar ou até mesmo solucionar o fortalecimento dos poderes individuais na corte brasileira? É este o questionamento que norteará o desenvolvimento desta monografia.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Poderes Individuais; Jurisdição Constitucional; Constitucionalismo; Legitimidade.

ABSTRACT

Recent scholarship establishes that the age-old concept on how the Brazilian Supreme Court works is nothing but an illusion or, in the best-case scenario, Brazilian scholars are still to realize the full impacts and consequences of the powers that each justice can exercise individually. Following this occurrence, it's necessary to bring attention to the so-called "individual powers" available to the justices, who can independently employ the competences of the collegiate and incorporate the voice that should belong to all eleven justices in unison. These powers can be divided in a threefold analysis. First, the prospect that each justice can and will anticipate his or her preferences through the media. Second, the "*pedidos de vista*" employed as mechanisms by each justice to grasp control over the court's agenda. Third, the monocratic decisions being arrayed as tools to create an "individual jurisprudence". This dissertation aims to investigate the outcomes of the justices' individual powers in a specific dimension of the Brazilian Supreme Court: the aptitude to exercise judicial review. Theories like popular constitutionalism, democratic constitutionalism and, more recently, deliberative constitutionalism can all offer important inputs to the debate on the legitimacy of constitutional courts. Nevertheless, can these theories explain or even indicate a solution to the reinforcement of individual powers in the Brazilian court? This is the question that cuts through the pages of this dissertation.

Descriptors: Brazilian Supreme Court; Individual Powers; Judicial Review; Constitutionalism; Legitimacy.

SUMÁRIO

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS SUPREMOS TRIBUNAIS FEDERAIS: UMA INTRODUÇÃO	10
1. UM IMPROVÁVEL INÍCIO: A DISCUSSÃO SOBRE A TRANSMISSÃO AO VIVO DOS JULGAMENTOS DO STF NA TV JUSTIÇA	15
1.1. A NECESSÁRIA DISCUSSÃO SOBRE O PROCESSO DECISÓRIO DO STF.....	18
1.2. DA SUPREMOCRACIA À MINISTROCRACIA	24
2. AS TRÊS DIMENSÕES DOS PODERES INDIVIDUAIS.....	29
2.1. OS MINISTROS E A MÍDIA	30
2.2. OS MINISTROS E O PEDIDO DE VISTA.....	34
2.3. OS MINISTROS E AS DECISÕES MONOCRÁTICAS.....	37
3. O COLEGIADO DESERTO: PODERES INDIVIDUAIS NO STF E BREVES NOTAS DE TEORIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA.....	44
3.1. DO CONSTITUCIONALISMO POPULAR AOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: O ENFRAQUECIMENTO DA SUPREMACIA JUDICIAL.....	45
3.2. A DESCONSTRUÇÃO DA SUPREMACIA JUDICIAL NO BRASIL, OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS COM O STF E A CRÍTICA DO COLEGIADO DESERTO	50
3.3. CONTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E O PRESSUPOSTO DE AUTORIDADE DA CONSTITUIÇÃO: A INTERLOCUÇÃO COM A SOCIEDADE..	55
3.4. O STF, A MANUTENÇÃO DE UMA INTERLOCUÇÃO EFETIVA COM A SOCIEDADE E A CRÍTICA DO COLEGIADO DESERTO	62
3.5. A APOSTA DELIBERATIVA E A CAPACIDADE DE JUSTIFICAR AS DECISÕES JUDICIAIS.....	65
3.6. A CAPACIDADE DO STF JUSTIFICAR SUAS DECISÕES DE FORMA DELIBERATIVA E A CRÍTICA DO COLEGIADO DESERTO.....	73
CONCLUSÃO: UM OÁSIS EM MEIO AO DESERTO	80
REFÊRENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	83

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS SUPREMOS TRIBUNAIS FEDERAIS: UMA INTRODUÇÃO

A presente monografia de conclusão de curso tem por objetivo precípua avaliar como os poderes individuais dos ministros do Supremo Tribunal Federal são (ou deveriam ser) encarados pela teoria constitucional contemporânea. Importante anotar, desde já, que será operado um recorte a partir dessa ampla categoria, optando-se pelo enfrentamento de três teorizações influentes no Brasil: o constitucionalismo popular, o constitucionalismo democrático e a defesa pelas práticas deliberativas no exercício da jurisdição constitucional.

A ideia, entretanto, não é realizar uma pretensa harmonização entre o quadro empírico de um Supremo individualizado e o instrumental teórico disponível – tal tarefa exigiria um refinamento técnico que extrapolaria os objetivos (e as limitações) deste trabalho. O que se busca, ao contrário, é demonstrar as dificuldades teóricas que exurgem após a constatação de que o Supremo é um corpo fragmentado, com cada ministro guardando consigo poderes suficientes para ditar os rumos da corte.

Após tais dificuldades teóricas serem eleitas como os fios condutores do trabalho, será dada especial atenção ao exercício do *judicial review* no STF. Embora a corte brasileira acumule diversas competências distintas entre si, os poderes individuais dificultam, em especial, a justificação teórica do exercício da jurisdição constitucional pelo tribunal.

A pergunta que se faz, assim, é se é possível (ou não) justificar a situação fracionária da corte brasileira através do arquétipo disponibilizado por três das principais vertentes da teoria constitucional contemporânea, conforme pontuado acima.

É preciso indicar, *ab initio*, que a posição adotada – e, conseqüentemente, defendida – é a da necessária aplicação e concretização do modelo do diálogo institucional e do modelo deliberativo em matérias constitucionais. Ambos se apresentam como as soluções mais sensíveis aos anseios democráticos plasmados pela sociedade brasileira e repetidos pelo texto constitucional de 1988.

Como será possível observar, a defesa pela presença do diálogo e da deliberação nas atividades de interpretação e aplicação do texto constitucional é uma decorrência lógica da própria estrutura da Constituição.

Falar em diálogo institucional, portanto, é falar da necessária conversação entre as diversas instituições do Estado e, também, entre elas e o povo na formação do sentido do texto constitucional. Ainda, a atividade constitucional, vista através do prisma do processo decisório das cortes constitucionais, clama por uma maior deliberação interna entre seus juízes. Para atingir esse ponto ideal, entretanto, é necessário desconstruir alguns dos pressupostos que estão enraizados na teoria constitucional moderna, como a ideia da supremacia judicial e da incorporação da última palavra pelas cortes constitucionais.¹

Acreditar numa construção conjunta de significados das normas constitucionais, isto é, de uma tarefa compartilhada entre os poderes instituídos e o povo, é, também, concentrar esforços para desconsiderar o pré-conceito de que cabe às cortes constitucionais a posição final sobre o que é (e o que deve ser) a Constituição.

Em outras palavras, as atividades de interpretação e de concretização da Constituição devem englobar, enquanto conceitos-gênero, os *diálogos institucionais* (a comunicação estabelecida entre o Supremo e os demais poderes constituídos, além do povo) e a *deliberação interna entre os onze ministros* (ou seja, a deliberação interna ao Supremo, em seu colegiado, a respeito das problemáticas constitucionais enfrentadas pela corte). Assim, ambas as atividades, tanto externa quanto interna, são comunicacionais, devendo ser promovido um efetivo diálogo nas duas dimensões estudadas.

Nada obstante, isso não significa dizer que ambas as atividades sejam necessárias para a legitimação *deliberativa* de uma corte constitucional. Como bem aponta Virgílio Afonso da Silva,² embora um corpo colegiado possa experimentar os dois modos de deliberação (tanto interna quanto externa), apenas a deliberação interna pode responder de maneira satisfatória à demanda por uma legitimidade concebida em termos *deliberativos*. Isso não significa que a deliberação externa não seja importante para conferir legitimidade democrática para o corpo colegiado, mas

¹ Essa tarefa de desconstrução da supremacia judicial e da última palavra dada pela corte constitucional é ainda mais árdua no contexto do constitucionalismo brasileiro. Isso se deve, principalmente (mas não exclusivamente), à consolidação de uma linha de pensamento entre os
² SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without Deliberating*. International Journal of Constitutional Law. ICON v. 11. July 2013, p. 557 – 584.

tão somente que essa atividade extramuros não supre o déficit deliberativo de uma dada corte constitucional. Levando essa concepção em conta, o autor apenas reforça o argumento sobre os “onze Supremos” (tema este que será estudado adiante).

Como será abordado ao longo do primeiro capítulo, pesquisas recentes demonstram que a clássica figura nutrida pela literatura sobre o funcionamento do Supremo Tribunal Federal é uma ilusão, ou, na melhor das hipóteses, a doutrina brasileira ainda não se deu conta da real extensão dos poderes exercidos por cada ministro individualmente.

A efígie que povoa o imaginário da teoria constitucional brasileira é o plenário do Supremo composto por seus onze ministros. Ali, dispostos de forma semi-quadrangular em um prédio situado na capital federal, os ministros deliberam sobre questões fundamentais para a nação brasileira, como o aborto de fetos anencéfalos, as regras do jogo eleitoral, a pesquisa com células-tronco, a proibição da vaquejada e tantas outras.

O levantamento empírico realizado por alguns pesquisadores, entretanto, demonstra um quadro completamente distinto: o estudo sobre o funcionamento do Supremo não pode mais ser reduzido ao momento de deliberação colegiada; a corte, mais que seu plenário, é melhor representada em seu cotidiano pela concepção das “onze ilhas” – ao invés de “o Supremo”, melhor falar em “onze Supremos”.

O que há, então, é uma crescente monocratização da corte, efeito esse que é ilustrado pelas conclusões do projeto “Supremo em Números” da FGV Direito Rio – segundo o levantamento, mais de 90% das decisões tomadas entre 1992 e 2013 são monocráticas, sendo o plenário responsável por apenas 1% das decisões da corte.³

Para além do estarrecedor número de decisões monocráticas, também chama a atenção o exercício dos poderes individuais dos ministros que, cada vez mais, podem tomar de assalto – isoladamente – as competências do colegiado e incorporar a voz que deveria ser dos onze ministros em uníssono. Tais poderes podem ser divididos em três frentes de análise: a possibilidade dos ministros

³ ARGUELHES, Diego Werneck. HARTMANN, Ivar A. A Monocratização do STF: Tribunal delega cada vez mais para decisões individuais em ADIs e ADPFs. Texto publicado no JOTA em 03 de agosto de 2015. Disponível em: <https://jota.info/artigos/a-monocratizacao-do-stf-03082015>. Acesso em 25 de setembro de 2017.

anteciparem suas posições na imprensa, os pedidos de vista enquanto mecanismos de controle individual da agenda da corte⁴ e as decisões monocráticas informadoras de uma “jurisprudência individual”.⁵

Essas constatações, embora possam parecer até mesmo óbvias para o pesquisador mais atento, geram graves consequências ao fundamento de alguns importantes paradigmas do direito constitucional brasileiro, principalmente no que diz respeito à inércia da jurisdição constitucional e à suposta ausência de um maior controle de agenda por parte do Supremo.

Ainda, é preciso afastar, desde já, um argumento equivocado que tem se tornado recorrente a respeito do conceito das “onze ilhas” ou dos “onze Supremos”.⁶

Ao se referir a essas expressões, não se faz qualquer alusão ao grau de dissenso ou de consenso entre os ministros. Do ponto de vista deliberativo, o consenso nem sempre será uma consequência desejável e isso não é contestado pelos dados empíricos traçados a partir do exercício dos poderes individuais no STF. Os autores que fazem essa conexão erram o alvo de suas críticas, ou seja, a questão é entender que, em diversas circunstâncias, os ministros sequer chegam a deliberar entre si num ambiente colegiado, visto que, se valendo dos poderes individuais, é possível que influenciam a arena política externa ao tribunal sem que necessariamente submetam suas preferências à dinâmica interna do plenário.

Vencidos estes apontamentos preliminares, passa-se a expor, brevemente, a estrutura dos capítulos componentes do trabalho.

Seguindo o panorama desenhado até aqui, o primeiro capítulo irá se debruçar sobre a dualidade enfrentada pelas recentes pesquisas sobre o processo decisório do STF: “há apenas um Supremo ou onze Supremos?” Será preciso enfrentar, então, a realidade empírica de uma corte fragmentada, onde cada ministro, individualmente, guarda poderes suficientes para ditar a agenda do tribunal

⁴ ARGUELHES, Diego Werneck. HARTMANN, Ivar A. *Timing Control without Docket Control: how individual justices shape the Brazilian Supreme Court’s agenda*. *Journal of Law and Courts*. v. Spring, 2017. p. 105 – 140.

⁵ ARGUELHES, Diego Werneck. RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*. n. 46. jan/jun 2015. p. 121 a 155.

⁶ Agradeço aos comentários da banca avaliadora do grupo de trabalho sobre ativismo judicial no I Congresso Internacional de Direitos Fundamentais na Nova Ordem Global, principalmente por ter levantado uma versão desse argumento, o que me possibilitou pensar sobre o assunto e apontar para os equívocos das críticas tecidas. Também agradeço ao Professor Diego Werneck pelos insights provocados, em especial no seu artigo sobre o tema: ARGUELHES, Diego Werneck. RECONDO, Felipe. Onze supremos e votos vencidos: dois fenômenos distintos. Texto publicado no JOTA em 27 de outubro de 2017. Disponível em: <https://jota.info/artigos/onze-supremos-e-votos-vencidos-dois-fenomenos-distintos-27102017>. Acesso em 06 de novembro de 2017.

e fazer suas decisões prevalecerem sobre a de seus colegas (e do plenário). Serão apresentadas, assim, algumas nuances sobre o processo decisório do STF.

No segundo capítulo serão analisados os poderes individuais *per se*. Em primeiro lugar, será avaliado como os ministros podem antecipar suas posições na imprensa de forma a conformar o comportamento dos atores externos ao tribunal. Em segundo lugar, o poder individual de pedir vista dos autos – afinal, todo e qualquer ministro pode exercer essa prerrogativa, retirando da agenda da corte, sem necessidade de justificação, um processo que já teve o seu julgamento iniciado. Em terceiro e último lugar, haverá espaço para a discussão do poder individual de emitir decisões monocráticas – essas decisões, uma vez acopladas aos demais poderes individuais estudados, podem transformar opiniões isoladas em “opiniões da corte” ou até mesmo alterar o *status quo* político e social definitivamente.

No terceiro capítulo o objetivo central será apresentar algumas das principais correntes da teoria constitucional contemporânea. Desde já, é indispensável que se saiba que não há espaço para uma análise global de todas as variáveis teóricas que existem à disposição daquele que pesquisa na área do direito constitucional. Assim, o presente trabalho faz uma opção expressa por três principais frentes investigativas: o constitucionalismo popular, o constitucionalismo democrático e o constitucionalismo dialógico – que compreenderá, como subtemas, os diálogos institucionais e a aposta deliberativa dentro das cortes constitucionais.

Após enfrentar esse amplo (ainda que limitado) arquétipo teórico, o terceiro capítulo terá como foco a *possibilidade* (ou não) de harmonizar a realidade do Supremo individual às teorias contemporâneas estudadas. A ideia é averiguar se a tarefa de conferir legitimidade ao Supremo pode ser levada adiante mesmo depois de serem destacados todos os problemas e as incompatibilidades que acometem a corte enquanto instituição fragmentada que é.

Os poderes individuais dos ministros, então, serão colocados lado a lado com o dever deliberativo do colegiado, com o pressuposto da autoridade do constitucionalismo democrático e com a expressão dos diálogos institucionais.

Por fim, será apresentada a conclusão do presente trabalho, oportunidade na qual a consciência colegiada será defendida como uma potencial solução ao Supremo individual, apontando-se, assim, para o oásis em meio ao deserto: a prevalência do “nós” sobre o “eu”.

1. UM IMPROVÁVEL INÍCIO: A DISCUSSÃO SOBRE A TRANSMISSÃO AO VIVO DOS JULGAMENTOS DO STF NA TV JUSTIÇA

O Supremo Tribunal Federal é um velho desconhecido.⁷ Embora a proeminência do órgão de cúpula do judiciário brasileiro seja crescente na história, as engrenagens internas da corte ainda permanecem encortinadas para a maior parte da população (e até mesmo para uma maioria de juristas e operadores do direito).

Saber o que o Supremo é e o que o Supremo *faz* pouco ajuda na tarefa de compreender como o Supremo *funciona* internamente. Isso porque o processo decisório do STF se apresenta como uma globalidade complexa e instável, uma realidade na qual os ministros ocupam, ao mesmo tempo, a posição de jogadores e de árbitros. Em outras palavras, os membros do tribunal jogam o jogo enquanto definem, eles mesmos, quais serão as regras aplicadas.

O maior problema é que tais mecanismos decisórios são, muitas vezes, inacessíveis. Não basta ler o texto constitucional ou, então, o estatuto interno do STF; nada que está escrito (ao menos do ponto de vista legal) corresponde exatamente ao cotidiano da corte. O Supremo é mais (e menos) do que os olhos podem enxergar.

Antes de iniciar a discussão sobre o processo decisório do Supremo propriamente dito, é preciso relembrar um dos episódios mais marcantes da história recente do tribunal. Em 22 de abril de 2009, durante sessão plenária transmitida ao vivo pela TV justiça, o ministro Gilmar Mendes, então Presidente do STF, e o ministro Joaquim Barbosa protagonizaram uma discussão pessoal de envergadura ímpar.

A troca de ofensas teve causa em um desentendimento acerca de quais exatamente seriam os beneficiários de julgamento prévio proferido em autos de embargos de declaração. O ministro Joaquim Barbosa se queixou de suposta obscuridade no voto de seu colega.

⁷ Ainda em 1968, Aliomar Baleeiro, ex-ministro da corte brasileira, publicou a obra “O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido”. Tal obra é referenciada na primeira linha do artigo “Supremocracia” de Oscar Vilhena Vieira. Segundo Vieira, o título escolhido por Baleeiro encontra-se em “descompasso com a proeminência do Supremo [...] no cenário político atual”. O presente trabalho ousa discordar. Embora o STF tenha ganhado os holofotes nos últimos anos, a estrutura interna e o processo decisório do tribunal continuam desconhecidos. Em outras palavras, sabe-se, com restrições, *o quê* o Supremo decide, mas não *como* decide. VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista Direito GV. vol. 4. n. 2. São Paulo, 2008. p. 441 – 463.

Após breves comentários sobre a alegada “sonegação de informação” por parte do ministro Gilmar Mendes, a discussão entre os magistrados adotou um tom mais severo e áspero. Mendes afirmou que seu colega “não tem condições de dar lição a ninguém”, ao que Barbosa respondeu: “[...] Vossa excelência está destruindo a justiça desse país e vem agora dar lição de moral em mim?”.⁸

A sessão foi encerrada logo após o atrito entre ambos ser censurado pelos seus pares. O ministro Marco Aurélio, então, intercedeu e afirmou que aquela discussão não mais se coadunava com a “liturgia do Supremo”. Pouco antes, Barbosa chegou a alertar Mendes que, quando se dirigia ele, não estava “falando com seus capangas do Mato Grosso”.

Por óbvio, em razão do julgamento ter sido transmitido ao vivo em TV aberta e pela internet, a situação ganhou as manchetes do país logo em seguida. A opinião pública, que apenas recentemente havia descoberto o seu interesse pelos julgamentos do Supremo, se dividiu. Enquanto uns argumentavam em favor de Barbosa, outros defendiam Mendes. Os especialistas, ao seu turno, passaram a discutir sobre os benefícios e os malefícios da TV justiça para a imagem e a legitimidade do Poder Judiciário.⁹

Dentre esse emaranhado de opiniões e pontos de vista, foram publicados três artigos no jornal Folha de S.Paulo que ilustram com perfeição o fio condutor da presente monografia. Passa-se, então, a uma sumarização dos principais argumentos contidos nessas três peças opinativas.

O primeiro artigo, publicado em 02 de maio de 2009, é de autoria do professor e ex-ministro do STF Carlos Velloso.¹⁰ O autor defende que, embora a divulgação dos “grandes momentos” da corte seja desejável, a transmissão ao vivo

⁸ A transcrição das falas dos ministros pode ser encontrada no artigo publicado pela redação do jornal Estadão em 22 de abril de 2009, intitulado “Ministro ataca Mendes: ‘Não está falando com seus capangas’”. Acesso em 06 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ministro-ataca-mendes-nao-esta-falando-com-seus-capangas,358909>.

⁹ Mais recentemente, o exato mesmo debate foi revivido após mais uma discussão ser protagonizada entre Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso durante a sessão plenária de 26 de outubro de 2017. Barroso, seguindo os passos de Barbosa, afirmou que Mendes tem parceria com criminosos de colarinho branco e que, por isso, manda soltar todos aqueles que são presos no país. Ver RAMALHO, Renan. Ministros Barroso e Gilmar Mendes trocam acusações durante sessão do STF. Texto publicado no portal G1 em 26 de outubro de 2017. Acesso em 10 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/ministros-barroso-e-gilmar-mendes-trocam-acusacoes-durante-sessao-do-stf.ghtml>.

¹⁰ VELLOSO, Carlos. A TV Justiça e o seu papel. Texto publicado no jornal Folha de S. Paulo em 02 de maio de 2009. Acesso em 06 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0205200908.htm>.

dos julgamentos deve ser evitada. Para Velloso, a transmissão só poderia ser feita de forma editada após a conclusão do julgamento, de forma a filtrar aquilo que realmente interessa do ponto de vista jurídico.

Aos olhos do ex-ministro, o julgamento transmitido ao vivo expõe um lado do dia a dia do tribunal que não é compreensível para aqueles que “não são do ramo”, desgastando sua imagem perante a sociedade. Velloso conclui afirmando que os cidadãos, dentro desse contexto, acabam tomando partido “em favor de um ou de outro dos juízes, vulgarizando o debate judicial”.

Um segundo artigo, publicado na mesma data, é de autoria do professor e procurador Gustavo Binenbojm.¹¹ Para o autor, “censurar a TV justiça [...] equivaleria a pretender curar a febre pondo o termômetro na geladeira”. O Poder Judiciário, aos olhos de Binenbojm, não pode mais ser tratado como uma “seita secreta”. A transmissão ao vivo dos julgamentos do Supremo, em suas palavras, garante uma necessária e desejável transparência, o que justificaria eventuais desgastes sofridos pela imagem do tribunal.

Em que pese a (importante) discussão sobre qual deveria ser a extensão da publicidade dada aos julgamentos do Supremo, ambos os lados do debate erraram o alvo de suas críticas e proposições. Percebendo isso, pouco mais de uma semana depois, os professores Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hubner Mendes publicaram, no mesmo jornal, breve e providencial artigo de opinião.¹²

A dupla de professores, ao vislumbrar uma (rara) oportunidade de estimular o debate público sobre o processo decisório do STF, propôs que a discussão fosse direcionada para além da questão sobre a transmissão dos julgamentos pela TV. O tema central levantado por eles é a urgência em avaliar “quais condições institucionais contribuem para que o tribunal alcance as melhores decisões possíveis”.

Afonso da Silva e Hubner Mendes alertam sobre a inexistência de relação direta ou necessária entre a publicidade dada aos julgamentos do STF e a tão almejada transparência mencionada por Binenbojm. Ou seja, não basta que o tribunal transmita suas sessões plenárias pela TV ou publique seus acórdãos na

¹¹ BINENBOJM, Gustavo. A Justiça na TV. Texto publicado no jornal Folha de S. Paulo em 02 de maio de 2009. Acesso em 06 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0205200909.htm>.

¹² SILVA, Virgílio Afonso da. MENDES, Conrado Hubner. Entre transparência e o populismo judicial. Texto publicado no jornal Folha de S. Paulo em 11 de maio de 2009. Acesso em 06 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1105200908.htm>.

internet, é preciso mais para que o Supremo seja considerado um órgão transparente aos olhos do público.

Nas palavras dos autores, “um tribunal constitucional é aquele que decide com base em argumentos transparentes, que não disfarça dilemas morais por trás de retórica jurídica hermética, que não se faz surdo para os argumentos apresentados pela sociedade”. Em outras palavras, o Supremo deve apresentar suas razões ao fórum público, para que lá elas sofram o devido escrutínio pela sociedade brasileira.

Os professores identificam “uma falta de compromisso com uma posição institucional” por parte dos onze ministros do Supremo. A corte carece de uma “voz institucional”, o que significa dizer que na maioria de suas decisões o que há, na verdade, é o somatório de onze votos que não dialogam entre si.

Em tom de conclusão, Afonso da Silva e Hubner Mendes chamam a atenção para a irrelevância da discussão entre Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa quando comparada ao sintoma institucional representado pelo episódio. Em suas palavras, “alguns ministros começam a aproveitar o ‘momentum’ televisivo para dirigir-se exclusivamente ao público externo, em vez de interagir entre si, no melhor espírito de uma deliberação colegiada”. Enquanto o tribunal vende uma “transparência de superfície”, entrega um “indesejável populismo judicial”.

A posição dos professores não poderia ser mais acertada. Como será demonstrado no tópico a seguir, é cada vez mais necessário estimular um contínuo debate e uma nova agenda de investigação científica sobre os hábitos decisórios do Supremo. Os atritos que faíscam durante as sessões plenárias – e até mesmo a desconfiança dos cidadãos com a (falta de) seriedade dos juízes da mais alta corte brasileira – é apenas um pequeno sintoma de uma incontável patologia institucional que acomete o STF.

1.1. A NECESSÁRIA DISCUSSÃO SOBRE O PROCESSO DECISÓRIO DO STF

Compreender como o Supremo forma suas decisões é de suma importância, ainda mais considerando que o tribunal ocupa um papel de destaque na República Federativa do Brasil. A *judicialização da vida*, como apontada por Barroso,¹³ e a

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

supremocracia, na forma denunciada há uma década por Vieira,¹⁴ são dois exemplos de fenômenos que ilustram a envergadura da corte brasileira dentro do cenário político nacional. A concentração de poder no Supremo não encontra precedentes na história e a corte, cada vez mais, é chamada para se pronunciar nos temas de mais alta voltagem política.

O processo decisório do STF deve, então, fazer parte da agenda de investigação dos juristas e demais pesquisadores brasileiros.¹⁵ Não importa mais formular organogramas de como as decisões deveriam, na teoria, se formar dentro da corte; importa, sobremaneira, avaliar como as decisões do tribunal – do plenário, das duas turmas e dos onze ministros – realmente são moldadas e apresentadas ao público. Mais que os mecanismos formais que instruem a atuação decisória do Supremo, o sinal dos tempos pede por uma compreensão mais apurada dos mecanismos informais que estão à disposição da corte e de seus membros.

Um primeiro passo nesse sentido foi dado pelo texto seminal de Vojvodic, Machado e Cardoso,¹⁶ onde as autoras enfrentam a falta de transparência no processo decisório do Supremo, o que, em suas palavras, contribuiria para a consolidação de um déficit democrático na corte. De forma a melhor elucidar o debate sobre o tema, passa-se a uma revisão das contribuições oferecidas por aquele artigo.

Segundo as autoras, há dois principais usos das decisões do STF: aquele feito em demandas repetitivas, no qual a corte realiza um controle do volume de processos que serão enfrentados, e aquele feito em julgamentos de maior relevância, que exigem dos ministros uma justificação mais extensiva e exaustiva de suas posições individuais de forma a inaugurar um novo precedente (ou alterar um entendimento fixado anteriormente).¹⁷

¹⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV. vol. 4. n. 2. São Paulo, 2008. p. 441 – 463.

¹⁵ A opção por incluir uma “cláusula de abertura”, fazendo referência a “demais pesquisadores”, se dá em razão do reconhecimento de que a avaliação do processo decisório do STF não é uma atividade exclusivamente jurídica. Há muitos desdobramentos que podem (e devem) ser investigados pelo ponto de vista da ciência política, da sociologia e, até mesmo, da filosofia. Um exemplo, que será melhor trabalhado segundo capítulo, é a influência direta que ministros, individualmente, podem exercer sobre os atores políticos que atuam junto ao poder legislativo – o que é de suma importância para os cientistas políticos.

¹⁶ VOJVODIC, Adriana de Moraes. MACHADO, Ana Mara França. CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF*. Revista Direito GV. vol. 5. n. 1. São Paulo, 2009. p. 21 – 44.

¹⁷ *Ibidem*, p. 22 – 23.

Nas decisões tomadas em casos dessa segunda classe, entretanto, o que se percebe, analisando o processo decisório da corte, é uma dificuldade crescente de identificar quais são os argumentos determinantes para o julgamento (*ratio decidendi*, ou razão de decidir) e quais são as inferências feitas *en passant* pelos ministros (*obiter dictum*, ou aquilo que é “dito de passagem”).¹⁸

Isso se deve ao fato de que os votos dos onze ministros, principalmente nesses casos inéditos e de maior complexidade, não dialogam entre si, sendo meramente somados para que se produza um acórdão com a decisão final, a qual, em regra, passa ao largo de refletir os argumentos mais importantes e que informaram a razão de decidir daquele precedente. Assim, mesmo decisões unânimes (p.ex., pela inconstitucionalidade de um ato normativo) não possuem uma só razão de decidir. Os ministros, muitas vezes, tomam caminhos distintos para chegar às suas conclusões individuais (esboçadas pelos seus votos). Isso implica numa unanimidade aparente, que é formada tão somente em torno do dispositivo da decisão, e não em torno da justificação feita pelos ministros.¹⁹

O fato do Supremo ocupar um papel de importância no cenário político nacional não pode ser criticado por si só, mas é preciso que a corte, ao exercer essa função de proeminência, esteja mais atenta ao seu próprio processo decisório e às consequências que daí seguem para a formação de precedentes. Em outras palavras, é preciso debater como o Supremo forma suas decisões, e não apenas qual é a “dimensão material e fática do caso” em apreço.²⁰

Uma das mais importantes conclusões que podem ser extraídas do processo decisório da corte, e que melhor reflete o desacerto institucional do Supremo, é o “alto grau de personalismo” contido nos julgamos do tribunal. Ou seja, muitas vezes o que há é uma “*ratio* do ministro” ou um “precedente individual”. O STF, visto de perto, carece de uma voz institucional.²¹ Essa constatação abre um novo horizonte de possibilidades para a formação de precedentes no Supremo: como há uma pluralidade de razões, a linha argumentativa que irá prevalecer só será selecionada em um momento futuro, uma vez que não é possível, no instante de publicação do

¹⁸ *Ibidem*, p. 25.

¹⁹ *Ibidem*, p. 31.

²⁰ *Ibidem*, p. 26 – 27.

²¹ *Ibidem*, p. 31.

acórdão, identificar uma única razão de decidir que leve consigo o carimbo institucional do tribunal.²²

Isso não significa dizer que as várias razões de decidir que compõem os julgamentos do Supremo levem, invariavelmente, à consolidação de um déficit de legitimidade da corte. É preciso, entretanto, deslocar o debate sobre o processo decisório da corte em direção à sociedade. Fazendo com que a forma da tomada de decisão pelo STF seja mais transparente, o público poderá discutir o desenho institucional do tribunal, e não apenas os casos concretos decididos pelos onze ministros. Há aqui um potencial democrático a ser explorado.²³

A partir dos argumentos traçados pelas autoras, é possível concluir, preliminarmente, que não há um sentimento de colegialidade entre os ministros do STF (ao menos naqueles casos de maior projeção política, social e constitucional). As consequências dessa constatação para a legitimidade do tribunal, por sua vez, são melhor exploradas por Virgílio Afonso da Silva.²⁴

Segundo Afonso da Silva, o processo de formação de uma decisão no Supremo segue o modelo agregativo, ou seja, cada ministro confecciona um voto escrito e todos são publicados como peças de uma decisão maior. Não há, na verdade, uma “opinião da corte”, mas sim onze opiniões com razões de decidir distintas entre si.

O fato de não existir uma legítima deliberação entre os ministros pode ser explicada por três principais fatores: o papel quase irrelevante do ministro relator – que apenas produz um relatório e o distribui aos colegas, sem informá-los sobre sua opinião ou quaisquer *insights* que tenha tido ao avaliar os autos –, a maneira pela qual os ministros interagem uns com os outros no momento do julgamento – apenas lendo seus votos que já foram formulados anteriormente, sem qualquer forma de interação mais expressiva entre as opiniões e os argumentos levantados – e a possibilidade de cada ministro pedir vista do processo antes que todos tenham se manifestado – o que apenas reforça a desunião entre os ministros, estando ausente a disposição de trabalhar como uma só instituição.²⁵

²² *Ibidem*, p. 38.

²³ *Ibidem*, p. 38 – 40.

²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without Deliberating*. International Journal of Constitutional Law. ICON v. 11. July 2013, p. 557 – 584.

²⁵ *Ibidem*, p. 571 – 578.

A troca de informações entre os ministros, que certamente pode contribuir para a formação de uma decisão mais acertada por parte do tribunal, é desgastada por três razões.²⁶

Primeiramente, os fatos e os argumentos manejados por um ministro (com a ajuda de seu gabinete) não são capazes de influenciar a tomada de decisão de seus pares, visto que todos ingressam nesse processo intelectual e investigativo ao mesmo tempo – na maioria dos casos, os ministros só se deparam com a opinião dos demais no momento da tomada de decisão em plenário.

Em segundo lugar, cada ministro possui experiências profissionais e acadêmicas – *backgrounds* – que divergem das de seus pares, o que poderia contribuir com o enriquecimento do ponto de vista dos demais, embora tal diversificação seja afastada pelas mesmas razões apontadas acima.

Em terceiro e último lugar, o processo agregativo de decisão não permite que os ministros conheçam quais seriam as segundas ou terceiras preferências de seus colegas em um dado caso. Em outras palavras, é possível que a preferência de uma maioria simples de ministros não corresponda à decisão adotada pela corte, justamente pelo modelo agregativo não permitir uma maior troca de informações entre os votos.

Os ministros do STF, inseridos nesse contexto decisional, acabam por atuar como advogados, omitindo informações que sejam contrárias à tese que estão defendendo e apresentando ostensivamente os dados que reforçam a sua argumentação. Mais que colegas, os ministros acabam agindo como adversários, como agentes estratégicos que possuem objetivos distintos em cada caso a ser apreciado pelo tribunal. É como se não importasse atingir a decisão que melhor resolva o litígio apresentado, mas apenas ver sua opinião individual se consagrar como a vencedora.²⁷

Embora a preocupação precípua de Afonso da Silva seja com o desempenho deliberativo do Supremo (o que será melhor abordado no segundo capítulo deste trabalho), uma das conclusões que podemos tirar de seu texto é a seguinte: o Supremo Tribunal Federal é uma corte individualista, ou seja, seus juízes não cooperam entre si.

²⁶ *Ibidem*, p. 578 – 582.

²⁷ *Ibidem*, p. 582 – 583.

Uma das hipóteses para explicar esse individualismo extremo diz respeito ao fato de que os ministros, enquanto estão lendo seus votos, almejam atingir um público externo ao tribunal. Isso acaba engessando a posição dos julgadores que, após terem lido seus votos, dificilmente mudarão de opinião²⁸ – já que não querem admitir ao público que estavam errados inicialmente. Vale lembrar, como foi anotado anteriormente, que as sessões de julgamento do tribunal são transmitidas ao vivo para todo o Brasil, o que aprofunda a gravidade desse cenário. Os ministros, então, estão menos dispostos a testar novos argumentos (e possivelmente errar durante a tomada de decisão), justamente por nutrirem a ideia de que o público perceberia tal atitude como negativa e até mesmo antiprofissional.²⁹

A discussão entre o ministro Gilmar Mendes e o ministro Joaquim Barbosa em 2009 ilustra bem esse sintoma individualista do Supremo. Entre as acusações mútuas realizadas, Barbosa disse para seu colega “sair a rua” e “fazer o que ele faz”. Mendes, por sua vez, afirmou que “já está na rua”.

Percebe-se que ambos os magistrados estavam dialogando com os olhos voltados não apenas para o tribunal, mas também para a repercussão de suas palavras na sociedade brasileira. Os ministros parecem entender (erroneamente), como sugere Afonso da Silva, que sua legitimidade está fundamentada na maneira como o público recebe e avalia (positiva ou negativamente) suas decisões, e não na maneira como elas são formadas. Nas palavras de Afonso da Silva, essa atitude individualista acaba por gerar um efeito devastador na legitimidade e no perfil institucional do tribunal.³⁰

²⁸ Esse fenômeno também pode ser explicado pelo ponto de vista da ciência comportamental (*behavioral science*), principalmente se for considerado o movimento de polarização em grupo (*group polarization*). Segundo essa perspectiva, sujeitos que ingressam numa deliberação em grupo tendem a adotar posições ainda mais extremas do que aquelas que defendiam inicialmente. No caso do STF, é possível especular que o fato dos ministros escreverem suas opiniões antes das sessões plenárias contribui para a polarização na corte: ao ouvirem votos dissidentes de seus colegas, os ministros dificilmente mudarão de opinião, uma vez que já possuem ideias pré-estabelecidas. Pode ocorrer, também, uma espécie de filtro de informações (ou assimilação tendenciosa, do inglês *biased assimilation*): um dado ministro escolherá levar a sério os dados que corroborem com sua posição, ao mesmo tempo que não dará ouvidos aos dados que enfrentem suas convicções. Para uma análise mais contundente dos institutos mencionados acima (polarização em grupo e filtro de informações ou assimilação tendenciosa), ver SUNSTEIN, Cass R. *#Republic: divided democracy in the age of social media*. Princeton: Princeton University Press, 2017, p. 59 – 97. SUNSTEIN, Cass R. *The law of group polarization*. Chicago: John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 91, 1999.

²⁹ *Ibidem*, p. 589 – 592.

³⁰ *Ibidem*, p. 592.

1.2. DA SUPREMOCRACIA À MINISTROCRACIA

O processo decisório no Supremo, como visto no tópico anterior, é uma realidade complexa que envolve a convivência de mecanismos formais, previstos no ordenamento jurídico e no regimento interno do tribunal, com mecanismos informais, a exemplo dos poderes individuais dos ministros (que serão enfrentados no próximo capítulo).

Nas palavras do professor Oscar Vilhena Vieira, “ao assumirem individualmente funções que constitucionalmente são do colegiado, os ministros agravam a crise de autoridade do Supremo e reduzem sua capacidade de contribuir para o desfecho da crise política”.³¹ O professor se junta a tantas outras vozes que denunciam os “sinais de convulsão” dados pela instituição que, segundo o artigo 102 da CF/88, tem por responsabilidade precípua a guarda da Constituição.³²

Curioso notar, entretanto, que há uma década o alvo das críticas do autor era outro. Em seu celebrado e já clássico texto sobre o que se convencionou chamar *supremocracia*, Vieira anunciava a concentração de poderes no Supremo, contribuindo com a análise do fenômeno da judicialização da política no Brasil.

Naquele trabalho seminal, Vieira identificou uma nova dinâmica no modelo de separação de poderes brasileiro. O pêndulo passou a pender, gradativamente, para o lado do Supremo Tribunal Federal. A corte, operando debaixo do guarda-chuva hermenêutico e analítico da Constituição da República de 1988, passou exercer sua ascendência sobre as demais esferas do poder judiciário. Mas não apenas, a concentração de poderes no Supremo se deu pela transferência de faculdades antes alocadas nas demais superestruturas estatais.³³ Em suma, “o Supremo deslocou-se para o centro de nosso arranjo político”.³⁴

Essa mudança comportamental do tribunal pode ser claramente percebida nas posições mais “ativistas” adotadas em casos recentes, nos quais o Supremo optou não apenas por atuar como “legislador negativo”, mas também como criador

³¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Quem impedirá o STF de se tornar um inimigo da Constituição? Texto publicado no jornal Folha de S. Paulo em 23 de dezembro de 2017. Acesso em 10 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2017/12/1945603-quem-impedira-o-stf-de-se-tornar-um-inimigo-da-constituicao.shtml>.

³² O artigo 102 será alvo de críticas no terceiro capítulo desta monografia. Embora o texto constitucional reserve a guarda da Constituição ao Supremo, como sua atividade precípua, nada foi escrito a respeito do tribunal ser o seu último intérprete. Tal distinção hermenêutica é crucial para atacar a fantasia da última palavra que vem ganhando força no jurisprudência da corte.

³³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV. vol. 4. n. 2. São Paulo, 2008. p. 444 – 445.

³⁴ *Ibidem*, p. 445.

de novas regras – em outras palavras, os ministros começaram a encarar com maior naturalidade a possibilidade de suas decisões inovarem no ordenamento jurídico.

Vieira, então, destaca duas razões (dentre outras) que entende serem importantes para a consolidação desse panorama.³⁵ A primeira é a ambição constitucional do texto de 1988, que regulamentou diversas matérias em seus mais de duzentos artigos, ampliando os horizontes da jurisdição constitucional no Brasil e, conseqüentemente, amputando boa parte das possíveis decisões políticas a serem adotadas. Saíram de cena legisladores e administradores públicos, entraram juízas e juízes (principalmente ministros e ministras do STF).

A segunda razão identificada pelo autor é a das competências superlativas que foram concentradas (e desejadas) pelo Supremo a partir texto constitucional de 1988. O órgão de cúpula do judiciário brasileiro exerce, ao todo, três proeminentes funções. Em primeiro lugar, é tribunal constitucional, apreciando a constitucionalidade de leis, atos normativos e até mesmo emendas à Constituição. Enquanto corte constitucional, o Supremo atua como uma espécie de “câmara de revisão de decisões majoritárias”, avaliando as demandas propostas por aqueles que foram derrotados no parlamento.

Em segundo lugar, o tribunal é foro especializado para julgar ações penais propostas contra as “altas autoridades” da República, a exemplo do Presidente (após a devida autorização ser emitida pela câmara dos deputados). Ainda, não é incomum que desaguem no Supremo diversos mandados de segurança impugnando atos meramente gerenciais, praticados pelas mesas diretivas das casas do congresso nacional ou pelo executivo federal. Nas palavras de Vieira, isso acaba por transformar o STF em “tribunal de pequenas causas políticas”.

Em terceiro e último lugar, o Supremo também atua como *suprema corte*, ou seja, como última instância de revisão de decisões judiciais de todo o país. Nada obstante, o próprio autor, citando trabalho de Marcos Paulo Veríssimo, diz existir uma “espécie de *certiorary* (sic) informal” funcionando no tribunal através das decisões monocráticas de seus ministros. Ou seja, há uma certa modulação de agenda sendo operada pelos ministros quando estes proferem decisões individuais

³⁵ *Ibidem*, p. 446 – 450.

que dão fim a diversos processos; essas demandas, assim, não chegarão ao plenário ou a uma das duas turmas do tribunal.³⁶

O diagnóstico de Vieira, portanto, é de uma corte que experimenta a hipertrofia de poderes e capacidades e que, mais recentemente, vai deixando o papel de “legislador negativo” no passado e começa a desempenhar o papel de “poder constituinte reformador” ou, então, de “coautor do constituinte originário”. A supremocracia assim entendida dá vida a um Supremo arquiteto, e não apenas intérprete.

A prescrição que o autor oferece, ao seu turno, flerta com a dimensão individual do tribunal (a qual interessa sobremaneira ao presente trabalho), até então pouco explorada pelo desenvolvimento de seus argumentos ao longo do texto. Vieira entende, em tom de conclusão, que deve haver uma racionalização da jurisdição do tribunal, além de um aperfeiçoamento da deliberação entre os ministros.³⁷ Isso seria necessário, ao seu olhar, para diminuir o desgaste político causado pelo exercício das funções supremocráticas.

Finalmente, o professor argumenta que as competências monocráticas dos ministros deveriam ser restringidas: “a autoridade do Tribunal não pode ser exercida de forma fragmentada por cada um de seus Ministros”.³⁸

É possível retirar duas importantes conclusões da leitura do artigo pioneiro de Oscar Vilhena Vieira. A primeira, que o Supremo é um ator que concentra diversas funções e que se deslocou, gradativamente e mediante a conjugação de uma série de fatores, para o centro da arena política, passando a tencionar o equilíbrio entre os três poderes. A segunda, que a partir da proeminência recém conquistada pela corte surgem diversos problemas e uma série de ajustes a serem feitos para solucioná-los; dentre eles a necessidade do tribunal agir mais como um colégio de ministros do que como um corpo fragmentado de onze vozes em desarmonia.

³⁶ Existem, para além dos mecanismos informais, filtros formais que selecionam os processos que serão efetivamente apreciados pelo Supremo, a exemplo da súmula vinculante e da repercussão geral. Para uma avaliação crítica do funcionamento da repercussão geral no STF ver BARROSO, Luís Roberto. REGO, Frederico Montedonio. Balanço de dez anos da repercussão geral. Texto publicado no portal JOTA em 07 de fevereiro de 2018. Acesso em 06 de março de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/especiais/balanco-de-dez-anos-da-repercussao-geral-07022018>.

³⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV. vol. 4. n. 2. São Paulo, 2008. p. 457 – 459.

³⁸ *Ibidem*, p. 458.

A supremocracia no Brasil, entretanto, não surgiu da noite para o dia. Trata-se de um verdadeiro processo, onde as sucessivas fases dependem de condições políticas favoráveis para serem implementadas. São os próprios partidos e parlamentares que, a cada ação de controle de constitucionalidade ajuizada, chamam o STF para se manifestar, reafirmando seus poderes e provocando a corte a exercê-los.³⁹

Não é possível explicar o protagonismo do Supremo sem avaliar a interação de seus ministros com a política.⁴⁰ Isso implica reconhecer que o desenho institucional da corte e suas competências não são dados suficientes para explicar como esse órgão judicial se transformou em uma das mais importantes instituições da República. “[O] ativismo do Supremo de hoje é politicamente construído”.⁴¹ Há um elemento faltando na equação: a interação do Supremo com o processo político.⁴²

Como bem afirma Diego Werneck Arguelhes, as justificações de que o Supremo assumiu um papel de destaque como consequência “da consolidação de ideias como estado de direito e proteção de direitos fundamentais” são insuficientes do ponto de vista explicativo e crítico.⁴³ O custo desses discursos reducionistas é perder de vista a complexidade de fatores e interações que levaram o STF aos holofotes nas últimas décadas.

Não se está aqui a defender que a ambição do texto constitucional e as competências superlativas do Supremo não devam ser consideradas como fatores importantes na consolidação da supremocracia, mas sim que é preciso ir além para buscar entender como o tribunal foi convidado a ocupar uma posição de destaque e, ainda, como seus ministros prontamente assumiram essa tarefa. Caso contrário, se apenas aquelas variáveis apontadas por Vieira fossem suficientes, por qual motivo a corte não vem agindo da mesma forma desde 1988? Para responder essa questão é

³⁹ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, revista de sociologia da USP. v. 19. n. 2. nov. de 2007. p. 39 – 85.

⁴⁰ ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. Editorial, *Revista de Direito Administrativo*. v. 250. 2009. p. 5 – 12.

⁴¹ *Ibidem*, p. 7.

⁴² No constitucionalismo estadunidense, esse argumento é apresentado por duas principais obras: WHITTINGTON, Keith E. *Political Foundations of Judicial Supremacy: the presidency, the supreme court and constitutional leadership in U.S. history*. Princeton: Princeton University Press, 2009. BAILEY, Michael A; MALTZMAN, Forrest. *The Constrained Court: law, politics, and the decisions justices make*. Princeton: Princeton University Press, 2011.

⁴³ ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. Editorial, *Revista de Direito Administrativo*. v. 250. 2009. p. 8.

preciso olhar para além dos artigos da Constituição e da arquitetura institucional do Supremo.⁴⁴

Importa para o presente trabalho analisar os poderes individuais dos ministros do STF, os quais, certamente, fazem parte dessa nova linha não reducionista de investigação científica das causas e dos efeitos do protagonismo da corte brasileira. Fazendo uso de expressão cunhada por Arguelhes e Ribeiro, o individualismo no Supremo aponta para a consolidação de uma *ministrocracia*.⁴⁵ A crise política que tomou conta do país desde 2013 está demonstrando, a cada nova manifestação do tribunal, que os onze ministros podem “evitar, emparedar ou mesmo ignorar o plenário”.⁴⁶

Quando a doutrina (a exemplo da *supremocracia* ou então da *judicialização da vida*) e a mídia falam na concentração de poderes no Supremo a preocupação latente é com o tribunal enquanto uma única instituição. Nada obstante, as decisões colegiadas são apenas uma pequena peça do quebra-cabeça; existem outras formas dos ministros influírem na arena política sem que o filtro do plenário seja ativado.

⁴⁴ Para um mapeamento da literatura sobre as relações entre os três poderes e seus reflexos para a judicialização da política, ver: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial das políticas públicas. Revista Direito GV São Paulo. v. 8. n. 1. jan./jun. 2012. p. 59 – 86.

⁴⁵ Expressão cunhada por Arguelhes e Ribeiro em artigo pendente de publicação e intitulado “Ministrocracia? O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro.”

⁴⁶ *Ibidem*, p. 2.

2. AS TRÊS DIMENSÕES DOS PODERES INDIVIDUAIS

O estudo dos poderes individuais dos ministros do Supremo Tribunal Federal pode ser dividido em três principais categorias: a sinalização de preferências pelos ministros na mídia, os pedidos de vista enquanto mecanismos de controle de agenda da corte e as decisões monocráticas que informam um “*judicial review individual*” (ou, ainda, a construção de uma “*jurisprudência individual*”).⁴⁷ Será feita, nos próximos tópicos, uma análise específica de cada uma das três dimensões.

Antes, entretanto, é preciso esclarecer qual é o real significado dos poderes individuais alocados no STF, explorando, brevemente, o conceito que irá nortear o desenvolvimento do texto daqui em diante.

Os poderes individuais são mecanismos manejados pelos onze ministros do Supremo para que possam, solitariamente, produzir efeitos sobre o processo político externo ao tribunal, sem que, para isso, tenham que enfrentar seus pares em um ambiente colegiado e deliberativo. Há uma opção clara sendo feita quando um poder individual é exercido: o ministro ou a ministra opta por manter o colegiado do Supremo deserto, ao mesmo tempo que assume a voz da instituição para, individualmente, mover algumas peças no tabuleiro político do país.

Em teoria, quando o Supremo é provocado para decidir alguma questão de densidade política, o tribunal é inserido enquanto ator em arena de decisão externa (representada pelo processo político no Executivo ou no Legislativo). A posição que será adotada pelo tribunal, e que irá imprimir seus efeitos no comportamento de atores externos, ao seu turno, depende de uma nova camada decisória: a arena interna à corte. Em outras palavras, a decisão do Supremo depende de como as posições individuais de seus ministros “se agregam para formar a posição final à qual o tribunal *como instituição* agregará a sua força”.⁴⁸

Essa triangulação (ministros, processo decisório no STF e processo político decisório no Executivo ou no Legislativo), na prática, pode ser rompida pelo exercício dos poderes individuais. Os ministros, atuando de forma a “evitar” o plenário da corte ou até mesmo as duas turmas do tribunal, podem gerar efeitos no

⁴⁷ A sistematização da investigação dos poderes individuais vem sendo proposta por Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro em uma série de artigos. Os próximos tópicos serão informados, principalmente, pelo seguinte trabalho: ARGUELHES, Diego Werneck. RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*. n. 46. jan/jun 2015. p. 121 – 155.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 126.

processo político decisório externo ao Supremo sem que suas posições individuais sejam temperadas pelos princípios da colegialidade e da deliberação.⁴⁹ Daí a referência aos “onze Supremos”: cada ministro ou ministra guarda consigo poderes que, na teoria, deveriam ser exercidos apenas pelo tribunal enquanto instituição.

2.1. OS MINISTROS E A MÍDIA

Um primeiro poder individual que está à disposição dos onze ministros do Supremo é a antecipação de suas posições individuais na imprensa.⁵⁰ Diferentemente dos próximos dois poderes (pedido de vista e decisão monocrática), a manifestação na mídia é um poder eminentemente informal, ou seja, é uma faculdade que extrapola as competências ordinárias de um magistrado e a própria dinâmica do processo decisório da corte.⁵¹

Como notado por Arguelhes e Ribeiro, o inciso III do artigo 36 da LOMAN (Lei Orgânica da Magistratura) proíbe que o magistrado brasileiro manifeste suas opiniões pessoais sobre processos que estejam com julgamento pendente, sob sua competência ou de qualquer outro juízo. A legislação brasileira, no mesmo dispositivo, também proíbe que o magistrado emita “juízos depreciativos” sobre quaisquer decisões judiciais, com exceção da crítica tecida nos autos, em obras técnicas ou no exercício do magistério.

Em que pese a proibição expressa desenhada pelo ordenamento, os ministros e as ministras do Supremo parecem não se constranger e, em diversas ocasiões, emitem suas opiniões pessoais sobre processos com julgamento pendente ou, ainda, sobre processos que eventualmente possam ser propostos perante o Judiciário brasileiro. Trata-se de um poder individual exercido sem qualquer limite aparente.

Os ministros, ao anunciarem suas inclinações à imprensa, estão agindo, na maioria das vezes, de forma estratégica. O objetivo principal seria estimular (ou desestimular) os atores políticos e civis a adotarem determinada posição ou agirem

⁴⁹ *Ibidem*, p. 123 – 128.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 129 – 134.

⁵¹ Em raras ocasiões, é possível que a manifestação pública de um dado ministro esteja formalmente conectada a algum aspecto institucional do tribunal. Um exemplo seria o discurso inaugural do ano judiciário pelo presidente da corte. Nada obstante, o poder individual de antecipação de posições na mídia é completamente informal e pode ser exercido por qualquer ministro (e não apenas pelo presidente do Supremo). Estamos diante, assim, do que Arguelhes e Ribeiro identificam como “poder individual descentralizado”.

de determinada maneira, à luz de uma decisão pré-anunciada. Em suma, ainda que o Supremo não tenha se manifestado oficialmente sobre dado assunto, um ministro pode, individualmente, sinalizar sua posição e, assim, exercer a influência desejada sobre a arena externa ao tribunal.

Tendo em vista que a maioria dos atos dos poderes legislativo e executivo são passíveis de controle pelo Supremo, a prévia posição dos ministros pode servir como uma espécie de termômetro. Nas palavras de Arguelhes e Ribeiro, “essas informações [as manifestações na mídia] podem levar outros atores a antecipar a posição do Ministro e agir de forma a não provocar uma reação que considerariam prejudicial aos seus interesses. [...] Criticar um projeto de lei ou emenda à constituição na imprensa é, portanto, desencorajar sua aprovação”.⁵²

Ainda, é possível especular sobre o uso mais amplo desse poder. Os ministros podem, além de desencorajar a aprovação de um projeto de lei ou de uma proposta de emenda à constituição, estimular que uma certa demanda seja apresentada perante a corte por algum ator legitimado para tal (e até mesmo incentivar que uma certa reforma no ordenamento jurídico seja promovida). Embora o Supremo não possa escolher quais temas irá apreciar *ex officio*, seus ministros podem se valer da antecipação de posições para “encomendar” uma certa pauta dos demais poderes da República (ou da sociedade civil em geral).

Exemplo desse comportamento estratégico foi identificado por Salgado e Archegas.⁵³ Em agosto de 2017, em entrevista concedida ao jornalista Roberto D’Avila, o Ministro Luiz Fux afirmou que, tendo mudado de opinião, entendia ser possível a doação por pessoa jurídica de direito privado a partidos políticos (desde que feita “por ideologia”). O Ministro, paradoxalmente, foi o relator da ADIn n.º 4.650, ação na qual o Supremo decidiu pela inconstitucionalidade do financiamento de campanhas políticas por empresas, e, naquela ocasião, votou pela inconstitucionalidade do permissivo legal. A manifestação pública do Ministro Fux, assim, contém um duplo aspecto estratégico: estimular a edição de uma nova

⁵² ARGUELHES, Diego Werneck. RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*. n. 46. jan/jun 2015. p. 134.

⁵³ SALGADO, Eneida Desiree. ARCHEGAS, João Victor. Fux e a inconstitucionalidade flutuante: o financiamento de campanhas políticas. Texto publicado no site Justificando em 25 de agosto de 2017. Acesso em 22 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/08/25/fux-e-inconstitucionalidade-flutuante-questao-do-financiamento-de-campanhas-politicas/>.

legislação que permita a doação por empresas e, eventualmente, a propositura da ação judicial cabível que possibilite ao STF revisar sua posição sobre o assunto.

Outra questão que vem gerando controvérsias e atraindo atenções nos últimos dois anos diz respeito à execução provisória da pena de condenados após o julgamento em segunda instância. Os desdobramentos dessa “novela” judicial representam, em seu conjunto, mais um exemplo contundente de individualismo no Supremo e do uso estratégico das manifestações públicas de ministros na imprensa.

Em 17 de fevereiro de 2016, após concluir o julgamento do HC 126.292/SP, o STF promoveu um significativo giro em sua jurisprudência. Por 7 votos a 4, os ministros adotaram uma nova interpretação do artigo 5º, inciso LVII da Constituição, entendendo que é possível determinar a execução da pena após condenação do réu em segunda instância. Para a maioria, após o julgamento ser concluído pelo tribunal de apelação, exaurem-se os meios de discussão sobre a matéria de fato, restando apenas a possibilidade de interposição de recursos que suscitam matérias de direito (como aplicação de lei federal, no caso do recurso especial ao STJ, ou a aplicação de norma constitucional, no caso de recurso extraordinário ao STF).

Votaram a favor da mudança de entendimento Teori Zavascki, Edson Fachin, Barroso, Dias Toffoli, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Contra o giro jurisprudencial votaram Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Lewandowski.

Às vésperas da decisão completar um ano, o Ministro Teori Zavascki faleceu em trágico acidente aéreo. Zavascki foi sucedido no tribunal pelo Ministro Alexandre de Moraes, após nomeação pelo Presidente Michel Temer e ulterior aprovação pelo Senado Federal. A mudança de composição da corte abriu espaço para uma possível rediscussão do tema.

Embora no momento de escrita deste trabalho ainda fosse impossível saber qual seria o desfecho desse impasse, é certo que vários ministros já se pronunciaram publicamente a respeito de uma possível mudança de posicionamento do tribunal. Em dezembro de 2017 o Ministro Gilmar Mendes já havia mudado de opinião e passou a sinalizar uma revisão da matéria pelo pleno do Supremo.⁵⁴

⁵⁴ CASADO, Leticia. Gilmar diz que prisão em segunda instância não é obrigatória. Texto publicado no jornal Folha de S. Paulo em 04 de dezembro de 2017. Acesso em 22 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/12/1940449-gilmar-diz-que-prisao-em-segunda-instancia-nao-e-obrigatoria.shtml>.

A Ministra e Presidente Cármen Lúcia, ao perceber que o placar poderia virar, afirmou que o tema não voltaria à pauta do tribunal em 2018.⁵⁵ O assunto voltou a ganhar as manchetes de jornais após a condenação do ex-Presidente Lula pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em um dos desdobramentos da operação Lava Jato. Se o Supremo mudasse de posição em tempo hábil, Lula poderia se tornar uma opção viável na corrida presidencial de outubro de 2018.⁵⁶

A declaração da Presidente do STF desencadeou uma série de manifestações por parte de outros ministros, que passaram a pressionar pela inclusão do assunto na pauta do tribunal. Dentre as recentes manifestações públicas, o Ministro Celso de Mello afirmou, momentos antes da sessão plenária de 21 de fevereiro de 2018, que a corte precisa deliberar a respeito do tema, o qual considera uma “questão delicada”.⁵⁷

Ainda outro caso que ilustra a relação entre os ministros e a mídia foi protagonizado pelo Ministro Ricardo Lewandowski quando da concessão de medida liminar na ADI 5.624. Sua decisão foi no sentido de dar interpretação conforme a Constituição do artigo 29, caput, inciso XVIII, da Lei das Estatais (Lei nº 13.303 de 2016). Para o ministro, a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias exige prévia e específica autorização legislativa, sempre que a alienação causar a transferência do controle acionário.

A decisão monocrática em questão foi assinada por Lewandowski em 27 de junho de 2018. No mesmo dia, foi publicado no jornal Folha de S.Paulo artigo de opinião assinado pelo ministro do STF e intitulado “Soberania nacional e ativos estratégicos”.⁵⁸ Em seu texto, Lewandowski afirma, sem fazer referência expressa ao caso acima, que o controle sobre determinados bens é essencial ao Estado que quer manter sua soberania, sendo que a internacionalização ou privatização de

⁵⁵ LOSEKANN, Marcos. Cármen Lúcia diz que prisão após condenação em segunda instância não voltará à pauta do STF. Texto publicado no portal G1 em 30 de janeiro de 2018. Acesso em 22 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/carmen-lucia-diz-que-prisao-apos-julgamento-em-segunda-instancia-nao-voltara-a-pauta-do-stf.ghtml>.

⁵⁶ A época havia uma discussão sobre a execução provisória da pena gerar ou não a inelegibilidade do candidato. O TSE, entretanto, considerou que Lula está inelegível com base na Lei da Ficha Limpa, em julgamento proferido em 31/08/2018.

⁵⁷ PONTES, Felipe. Celso de Mello defende que plenário discuta prisão após segunda instância. Texto publicado no portal Brasil 247 em 21 de fevereiro de 2018. Acesso em 22 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.brasil247.com/pt/247/poder/343426/Celso-de-Mello-defende-que-plenário-discuta-prisão-apos-segunda-instância.htm>.

⁵⁸ LEWANDOWSKI, Ricardo. Soberania nacional e ativos estratégicos. Artigo publicado no jornal Folha de S.Paulo em 27 de junho de 2018. Acesso em 06 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/06/ricardo-lewandowski-soberania-nacional-e-ativos-estrategicos.shtml?loggedpaywall>.

ativos estratégicos pode minar o bem-estar das gerações presentes e até mesmo a sobrevivência das gerações futuras.

Avaliando todos esses episódios resta evidente que o Supremo é um corpo fragmentado, no qual cada ministro se vale da possibilidade de antecipar suas posições na imprensa para forçar diferentes comportamentos dos atores sociais e políticos (e, nesse caso – o que é ainda mais preocupante – de seus próprios pares). Em outros momentos, como no caso do artigo publicado pelo Ministro Lewandowski na Folha de S.Paulo, os ministros podem se valer da mídia para tentar legitimar decisões que tomaram isoladamente e que sabem ser potencialmente controvertidas. Em qualquer caso, os ministros já se acostumaram à possibilidade de tratar publicamente sobre assuntos internos ao tribunal. Ao invés de buscarem a solução de forma deliberativa, optam expressamente por expor suas inclinações na mídia e flertam, perigosamente, com a construção de uma espécie de “populismo judicial”.

2.2. OS MINISTROS E O PEDIDO DE VISTA

Talvez o poder individual mais explícito e ostensivamente ativado pelos ministros seja o pedido de vista. Trata-se, basicamente, da prerrogativa de suspender o julgamento do feito para “melhor analisar” os autos. Todo e qualquer ministro pode exercer essa prerrogativa, retirando da agenda da corte, sem necessidade de justificção, um processo que já teve o seu julgamento iniciado.

O pedido de vista, no Brasil, tem respaldo no sistema processual, que é formado por diversas leis que regulam os atos processuais e o funcionamento da atividade jurisdicional. O exemplo mais contundente está contido no artigo 940 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 940. O relator ou outro juiz que não se considerar habilitado a proferir imediatamente seu voto poderá solicitar vista pelo prazo máximo de 10 (dez) dias, após o qual o recurso será reincluído em pauta para julgamento na sessão seguinte à data da devolução.

Ainda, existe uma resolução específica editada pelo Supremo Tribunal Federal em 2003, de n.º 278, que define os limites do pedido de vista para os ministros da corte. Segundo a redação da resolução, o ministro que pedir vista dos

autos terá o prazo de 10 (dez) dias para devolvê-los ao plenário para julgamento. Caso os autos não sejam devolvidos dentro do prazo estipulado, o pedido de vista é prorrogado automaticamente por mais 10 (dez) dias.

No mesmo sentido, artigo 134 do regimento interno do STF define que “se algum dos Ministros pedir vista dos autos, deverá apresenta-los, para o prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente”.

A realidade dos pedidos de vista no Supremo, entretanto, é outra. Não há por parte dos ministros da corte o mínimo de respeito pelos prazos e pelos regramentos mencionados acima.⁵⁹

Como notado por Arguelhes e Hartmann, o pedido de vista no Supremo é uma verdadeira “jabuticaba”, ou, em outras palavras, um instrumento que não encontra paralelos na experiência comparada. Primeiramente, embora o STF não conte com um mecanismo formal de controle do seu *docket* (em razão do que convencionou-se chamar de jurisdição obrigatória ou necessária),⁶⁰ o tribunal, em última análise, pode postergar indefinidamente o julgamento dos processos que guarda sob sua competência – e cada ministro pode fazer isso individualmente ao pedir vista dos autos. Em segundo lugar, o pedido de vista transforma cada um dos onze ministros em “atores com poder de veto”, ou seja, embora um ministro não possa forçar o pronunciamento final do tribunal por si só, ele pode, ao seu bel-prazer, retirar determinado assunto da pauta de julgamentos.⁶¹

Três conclusões feitas pelos mesmos autores interessam sobremaneira para o desenvolvimento do presente trabalho. Uma primeira conclusão, resultado de uma análise detida sobre a duração dos pedidos de vista no Supremo, confirma que os ministros mais desrespeitam do que respeitam o prazo legal, resolutivo e/ou regulamentar para a devolução dos autos. Ainda, não há qualquer correlação entre a carga de trabalho dos ministros e o quantidade ou a duração média dos pedidos de vista. Ou seja, não é possível justificar a quantidade de pedidos de vista e suas respectivas durações médias com a quantidade de processos que chegam ao

⁵⁹ Para uma análise detalhada dos pedidos de vista no STF ver FALCÃO, Joaquim. HARTMANN, Ivar A. CHAVES, Vitor P. III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2014, p. 89 – 100.

⁶⁰ O *docket* do STF é o conjunto de processos que chegam à corte, seja pela via recursal ou originária. Em português poderia se falar em acervo processual, como consta do próprio sítio eletrônico do STF: <http://portal.stf.jus.br>

⁶¹ ARGUELHES, Diego Werneck. HARTMANN, Ivar A. *Timing Control without Docket Control: how individual justices shape the Brazilian Supreme Court's agenda*. Journal of Law and Courts. v. Spring, 2017. p. 109.

tribunal, assim como não há como explicar a variação na duração média dos mesmos pedidos *vis-à-vis* a complexidade de um determinado caso.⁶²

Uma segunda conclusão, que segue a descoberta empírica da primeira, sugere que os pedidos de vista são instrumentos utilizados de maneira estratégica pelos ministros do Supremo. Os autores, então, apontam para dois objetivos que podem ser almejados pelo exercício desse poder individual: o uso do pedido de vista para aguardar uma composição mais favorável da corte e o uso do pedido de vista para modular o *timing* da decisão em um ambiente político, de modo a preservar a legitimidade do tribunal e evitar desgastes.⁶³

Por fim, uma terceira conclusão diz respeito à singularidade do STF quando comparado às demais cortes constitucionais e supremas cortes do mundo. Em tese, o Supremo não escolhe quais casos irá julgar. Ou seja, o tribunal deve apreciar, obrigatoriamente, todos os casos que chegam ao seu *docket*. Nada obstante, ainda que não possa exercer uma espécie de filtro sobre os processos que recebe, o Supremo, através da ação individual de cada um de seus onze ministros, pode postergar o momento da decisão indefinidamente. Esse atraso estratégico no momento da decisão é promovido pelos ministros sem que existam sanções individuais ou mecanismos de controle eficientes. Nem mesmo é preciso que o ministro justifique aos seus pares o motivo de estar pedindo vista dos autos e, o que é mais preocupante, não é incomum que permaneça com o processo em mãos por anos até devolvê-lo a julgamento. Em suma, embora o Supremo não tenha controle formal sobre seu *docket*, cada ministro pode, individualmente, controlar o *timing* das decisões do tribunal.⁶⁴

Talvez o único mecanismo de controle eficiente que possa ser ativado contra um pedido de vista estratégico é a pressão popular. Existem inúmeros exemplos de mobilização na sociedade civil para pressionar um ministro ou uma ministra pela devolução dos autos. Um caso que ilustra bem tal pressão popular é o “aniversário” de um ano do pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes na já mencionada ADI n.º 4.650. Setores da sociedade brasileira, que acompanhavam de perto os desdobramentos eleitorais do financiamento empresarial de campanhas,

⁶² *Ibidem*, p. 125 – 127.

⁶³ *Ibidem*, p. 127 – 132.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 132 – 135.

promoveram uma “festa de aniversário” de um ano do pedido de vista de Mendes, com direito a bolo e confetes.⁶⁵

Mais recentemente, o Ministro Dias Toffoli pediu vista da ação penal n.º 937, que discute a restrição do foro privilegiado apenas para crimes cometidos no exercício do mandato e que guardem relação com as atividades próprias do cargo. A maioria já havia se formado no plenário do Supremo em favor da restrição quando Toffoli fez seu pedido de vista em 23 de novembro de 2017.

Dessa vez, entretanto, dois advogados de Fortaleza, no estado do Ceará, resolveram ajuizar uma ação popular contra a demora na devolução dos autos pelo Ministro Toffoli. Assim, amparados pelo artigo 940 do CPC, pelo artigo 121 da Lei Orgânica da Magistratura e pela Resolução n.º 278 do STF, que preveem a devolução dos autos em 10 (dez) dias, os advogados requereram, em caráter de urgência, a antecipação da tutela para que os autos sejam devolvidos no prazo de 24 horas e, assim, que o Supremo possa prosseguir com o julgamento do feito.⁶⁶

Embora existam movimentações no sentido de coibir a atuação estratégica dos ministros do Supremo, como no caso dos dois exemplos citados anteriormente, fato é que o pedido de vista já se consolidou na prática interna do tribunal como uma arma à disposição dos onze ministros. Trata-se, em suma, de verdadeiro poder individual, alocado de forma descentralizada entre os membros do Supremo e sujeito a pouco ou nenhum controle efetivo.⁶⁷

2.3. OS MINISTROS E AS DECISÕES MONOCRÁTICAS

Um terceiro e último exemplo⁶⁸ de poder individual é a instrumentalização estratégica das decisões monocráticas pelos ministros do Supremo. Em outras

⁶⁵ ANJOS, Anna Beatriz. Vai ter bolo! Pedido de vista de Gilmar Mendes completa um ano. Matéria publicada na Revista Fórum em 02 de abril de 2015. Acesso em 25 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.revistaforum.com.br/vai-ter-bolo-pedido-de-vista-de-gilmar-mendes-completa-um-ano>.

⁶⁶ MENGARDO, Bárbara. Ação popular questiona demora de Toffoli em devolver pedido de vista. Texto publicado no portal JOTA em 21 de fevereiro de 2018. Acesso em 21 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/acao-popular-questiona-demora-de-toffoli-em-devolver-pedido-de-vista-21022018>. Nada obstante, o d. Juízo da JF do Ceará considerou que aquela não seria matéria apta a ser discutida em sede de ação popular, extinguindo o feito sem resolução do mérito.

⁶⁷ Isso não significa que os demais ministros não possam reagir. Uma estratégia possível seria pautar processos onde sejam discutidos temas semelhantes ou, então, o relator pode dar uma liminar após o pedido de vista ser feito. Agradeço o Professor Diego por este *insight*.

⁶⁸ A presente monografia, seguindo os passos de Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro, optou por focar em três dimensões dos poderes individuais identificados pela pesquisa

palavras, os ministros podem se valer das decisões monocráticas para que suas visões individuais prevaleçam sobre as visões do STF enquanto instituição – ou mesmo para evitar que visões colegiadas sejam formadas. Além disso, as decisões monocráticas podem dar vazão à construção de uma espécie de “jurisprudência pessoal”.⁶⁹

O ministro relator, ao receber um processo que possibilita sua manifestação monocrática via distribuição (por sorteio ou por prevenção), pode se valer daquela situação para elaborar novas teses jurídicas ou fazer referência às suas próprias decisões monocráticas passadas como se fossem precedentes da corte.⁷⁰ Ou seja, através da atividade de repetição, o ministro pode, individualmente, avançar teses que não passaram pelo crivo do plenário e reforçá-las a cada nova decisão monocrática, fazendo com que aquelas ideias criem raízes no conjunto de decisões do Supremo sem que os demais ministros tenham se manifestado a respeito delas.

O que ocorre, em suma, é uma utilização estratégica das decisões monocráticas pelos ministros como mecanismos de criação e consolidação de visões eminentemente individuais como se fossem “jurisprudência” ou “precedentes” do Supremo. O ministro relator também pode encontrar nas decisões monocráticas um laboratório isolado para testar novas teses e argumentos jurídicos, anunciando seus entendimentos para o público externo ao tribunal sem que o plenário da corte tenha filtrado suas ideias.

Um exemplo desse comportamento está na concessão monocrática da liminar requerida na já mencionada ADI 5.624, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Sua decisão foi no sentido de dar interpretação conforme a Constituição do artigo 29, caput, inciso XVIII, da Lei das Estatais (Lei nº 13.303 de 2016). Para o ministro, a venda de ações de empresas públicas, sociedades de

empírica sobre o STF. Isso não significa que não existam outros poderes individuais ou até mesmo subdivisões dos poderes individuais apresentados.

⁶⁹ ARGUELHES, Diego Werneck. RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*. n. 46. jan/jun 2015. p. 138 – 146.

⁷⁰ Arguelhes e Ribeiro identificam três situações nas quais o ministro relator pode decidir monocraticamente: quando a decisão a ser adota é mera reiteração de entendimentos pacificados pelo Supremo, quando a petição apresenta problemas formais e deve ser emendada ou descartada ou, por fim, quando o relator deve decidir em caráter de urgência. O poder individual mencionado pelos autores, assim, pode nascer da primeira ou da terceira hipótese, visto em ambos os casos o que há é uma “decisão individual que se autoriza à sombra da manifestação colegiada”. ARGUELHES, Diego Werneck. RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*. n. 46. jan/jun 2015. p. 138.

economia mista ou de suas subsidiárias exige prévia e específica autorização legislativa, sempre que a alienação causar a transferência do controle acionário.

Nada obstante, como denunciado por Irapuã da Silva e Elena Landau, a decisão monocrática do Ministro Lewandowski cita voto do Ministro Sepúlveda Pertence que, na verdade, era posição minoritária em diversos precedentes do STF.⁷¹ Ou seja, o plenário do Supremo já havia se manifestado sobre a matéria em mais de uma situação e a posição vencedora foi a de que basta uma autorização legal genérica de desestatização, não sendo necessária lei específica. A decisão monocrática na ADI 5.624, assim, é um típico exemplo de poder individual em ação: o Ministro Lewandowski se valeu de uma posição conhecidamente minoritária (nesse caso representada pelo voto de seu ex-colega, o Ministro Pertence) como se fosse o entendimento consolidado do Tribunal.

Outro exemplo desse comportamento pode ser encontrado na decisão de arquivamento da ADI n. 3.300 pelo Ministro Celso de Mello. Ao invés de se ater tão somente às questões formais que impossibilitavam o prosseguimento daquela ação de controle de constitucionalidade pelo Supremo, o ministro aproveitou a oportunidade para sugerir que a união estável homoafetiva poderia ser discutida através de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental.⁷² Ainda, o ministro foi além e antecipou o seu entendimento favorável ao reconhecimento daquele instituto jurídico, chegando a elencar, inclusive, quais os princípios constitucionais que davam sustentação à sua tese.⁷³

Ou seja, uma decisão monocrática de arquivamento da petição inicial da ADI n. 3.300 acabou se tornando um convite para que aquele tema fosse reapresentado ao Supremo, dessa vez através do instrumento processual adequado.⁷⁴ Tal convite, entretanto, veio acompanhado de um “atrativo a mais”: o atestado de que aquela tese seria vista com bons olhos por pelo menos um dos ministros do Supremo. A

⁷¹ SILVA, Irapuã Santana do Nascimento da. LANDAU, Elena. O direito de privatizar e a liminar do ministro Lewandowski. Texto publicado no portal CONJUR em 10 de julho de 2018. Acesso em 06 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-10/opiniao-direito-privatizar-liminar-ministro-lewandowski>.

⁷² A ementa da decisão do Ministro Celso de Mello afirma que há necessidade de se discutir o tema das uniões estáveis homoafetivas e, ao final, faz a seguinte pergunta: “matéria a ser veiculada em sede de ADPF?”.

⁷³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 195.

⁷⁴ Como mencionado na nota de rodapé 67, Arguelhes e Ribeiro argumentam que as decisões monocráticas podem constituir um poder individual no caso de reiteração de entendimentos pacificados pelo Supremo ou quando o relator é convidado a decidir em caráter de urgência. Nada obstante, a decisão de não conhecimento da ADI 3300 demonstra que até mesmo aquelas decisões monocráticas sobre problemas formais podem ser manejadas estrategicamente pelos ministros.

decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, assim, era um sinal dos tempos, uma marca distintiva de que a corte estaria madura para discutir aquela questão (como de fato ocorreu através da ADPF n. 132).

Embora o exemplo anterior seja importante para ilustrar como uma decisão monocrática pode ser instrumentalizada estrategicamente por qualquer um dos onze ministros (desde que esteja na posição de relator), a forma mais contundente de firmar posições individuais no Supremo talvez esteja na conjugação de dois poderes individuais: a formação de uma decisão monocrática seguida da não inserção do processo na pauta de julgamentos ou, até mesmo, a formação de uma decisão monocrática seguida pelo pedido de vista de um dos ministros durante a sessão de julgamento.

Assim, uma das armas mais poderosas à disposição dos ministros do Supremo é o controle do *timing* das decisões do tribunal acoplado à possibilidade de manifestação (ou inação) monocrática pelo ministro relator.

Em primeiro lugar, o ministro relator pode optar por não apreciar o pedido liminar que foi formulado na ação a ele distribuída. Ao assim proceder, o ministro pode se manter inerte e, na prática, devolver a questão ao processo político. Em outras palavras, o ministro relator pode simplesmente “decidir por não decidir”, afastando o Supremo da apreciação daquela demanda que, muitas vezes, possui alta densidade política.⁷⁵

Em segundo lugar, o ministro reator pode decidir monocraticamente sobre o pedido liminar formulado na ação a ele distribuída e não liberar o processo para que seja incluído na pauta de julgamentos de uma das turmas do Supremo ou do próprio plenário do tribunal. Ao assim proceder, o ministro faz com que os efeitos da sua decisão monocrática alterem indefinidamente o *status quo* das relações sociais e políticas, sem que o tribunal tenha se manifestado. É possível pensar, inclusive, em situações nas quais a demora entre a decisão liminar e a próxima decisão colegiada do Supremo faça com que a demanda perca seu objeto ou que a decisão do tribunal já não seja mais capaz de reverter os efeitos da decisão monocrática.

Em terceiro e último lugar, o ministro relator pode decidir monocraticamente e liberar o processo para a sua inclusão na pauta de julgamentos do tribunal. Ainda assim, durante a sessão de julgamento qualquer ministro poderá pedir vista dos autos. A demora na devolução do processo, ao seu turno, pode ser provocada

⁷⁵ *Ibidem*, p. 210.

deliberadamente pelo ministro para que a decisão monocrática anteriormente proferida continue a produzir seus efeitos sobre o *status quo* das relações sociais e políticas, tal como no exemplo anterior.

O auxílio-moradia pago aos magistrados brasileiros é um tema que, além de estar em alta no debate social em razão dos altos vencimentos auferidos pelos membros da magistratura no Brasil, se beneficiou de uma decisão monocrática que estendeu e projetou seus efeitos no tempo. Entre 2013 e 2014, o Ministro Luiz Fux concedeu uma série de liminares que permitiram o pagamento do controvertido auxílio aos magistrados de todo o país. Entretanto, foi apenas em 20 de dezembro de 2017 que Fux liberou as respectivas ações para julgamento pelo plenário do Supremo. Desde que as liminares foram concedidas, estima-se que o pagamento dos auxílios pelos tribunais tenha custada, ao todo, R\$ 1 bilhão.^{76 77}

Um único ministro, conjugando sua prerrogativa institucional de proferir decisões monocráticas com seu poder individual de não liberar os processos para julgamento pelo plenário do STF, permitiu que R\$ 1 bilhão fossem gastos com o pagamento de um auxílio cuja legalidade é amplamente contestada pela população e por diversos especialistas da área. É inegável, portanto, que a alteração promovida no *status quo* pelas liminares do Ministro Fux é definitiva – seria irreal pensar que uma decisão contrária proferida pelo plenário fosse capaz de recuperar esses valores para os cofres públicos.

Ainda, tramita no congresso nacional o Projeto de Lei nº 7.104, de 2017 (de autoria do Deputado Rubens Pereira Júnior), uma espécie de *backlash* legislativo ao poder individual de emitir decisões monocráticas. O projeto altera o artigo 10 da Lei nº 9.868, de 1999 (referente à concessão de medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade), o *caput* do artigo 5º da Lei nº 9.882, de 1999 (referente à concessão de medida liminar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), e suprime o §1º deste mesmo artigo (referente à possibilidade do

⁷⁶ CONSULTOR JURÍDICO. Fux libera para julgamento no Plenário liminar que concedeu auxílio-moradia. Texto publicado em 20 de dezembro de 2017. Acesso em 04 de março de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-20/fux-libera-julgamento-plenario-liminar-auxilio-moradia>.

⁷⁷ O agir estratégico do Ministro Fux no caso do pagamento do auxílio-moradia é inequívoco. Durante a fase pré-decisional, para utilizar um conceito elaborado por Hubner Mendes, Fux aceitou apenas a inscrição de associações que se posicionam favoravelmente ao pagamento do auxílio para funcionarem como *amici curiae*. FALCÃO, Márcio. Entidades: Fux só liberou associações a favor de auxílio-moradia em julgamento. Texto publicado no portal JOTA em 02 de março de 2018. Acesso em 05 de março de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/entidades-fux-so-liberou-associacoes-favor-de-auxilio-moradia-em-julgamento-02032018>.

relator, *ad referendum* do Tribunal Pleno, conceder liminar em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave ou, ainda, em período de recesso).

O projeto se preocupa, como consta do relatório da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara de Deputados, em “impedir que sejam concedidas decisões de natureza cautelar nas ações de controle concentrado de constitucionalidade que não pelo próprio pleno do Supremo Tribunal Federal e por quórum de maioria absoluta dos seus membros.”

Nada obstante, um olhar mais atento à fundamentação do projeto revela que a preocupação dos parlamentares não é propriamente com a concessão de medidas cautelares em ações de controle concentrado, mas sim com a conjugação do poder individual de emitir decisões monocráticas com a prerrogativa de controlar o *timing* das “decisões finais” do Supremo. O caso mencionado no corpo do projeto ilustra bem essa constatação. Fala-se da decisão monocrática proferida pela Min. Cármen Lúcia, que concedeu medida cautelar requerida pelos proponentes da ADI 4.917 para suspender as regras de distribuição dos royalties do petróleo apresentadas pela Lei nº 12.734/2012. Nos termos do relatório da CCJ, assinado pelo Deputado Pedro Cunha Lima, a decisão mencionada, “mais de quatro anos depois, ainda não foi examinada pelo órgão colegiado.”

Outro caso comumente levantado nos debates sobre esse projeto de lei diz respeito à liminar concedida pelo Ministro Joaquim Barbosa na ADI 5.017 para suspender a Emenda Constitucional nº 73, que criou quatro novos Tribunais Regionais Federais em 2013: os TRFs da 6ª região, em Curitiba, da 7ª região, em Belo Horizonte, da 8ª região, em Salvador, e da 9ª região, em Manaus. Barbosa, à época presidente do STF e durante o recesso judiciário, concedeu monocraticamente a liminar que até hoje ainda não foi apreciada pelo plenário da corte.⁷⁸

Todos os casos narrados anteriormente são contrários ao espírito da Constituição e ao próprio entendimento consolidado pela jurisprudência do Supremo. O artigo 97 da CF/88 abriga a chamada regra da reserva de plenário, ou regra do *full*

⁷⁸ O Min. Luiz Fux, relator da ADI 5.017, se manifestou a respeito do projeto de lei que visa suprimir a possibilidade de liminar monocrática em ADI e ADPF. Segundo o ministro, trata-se de “iniciativa de engessamento do Poder Judiciário” que pode levar a um “abuso no direito de legislar” por parte do Poder Legislativo. FALCÃO, Márcio. Fux: Projeto que proíbe liminar em ADI e ADPF é tentativa de engessar o Judiciário. Texto publicado no portal JOTA em 02 de agosto de 2018. Acesso em 06 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/fux-projeto-que-proibe-liminar-em-adi-e-adpf-e-tentativa-de-engessar-judiciario-02082018>.

bench, ao estipular que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. A Súmula Vinculante nº 10 do STF, ao seu turno, assevera que “viola a cláusula de reserva de plenário a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declara expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

O poder individual de emitir decisões monocráticas, embora não seja uma declaração expressa de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público, pode assumir ares de definitividade quando acoplado ao controle do *timing* da corte. Assim, uma decisão liminar que visa tão somente “suspender” a aplicação de uma lei, ou até mesmo de uma emenda constitucional, acaba se projetando no tempo e, na prática, opera efeitos similares à uma declaração expressa de inconstitucionalidade.

Nada obstante, emprestando a interpretação do próprio Supremo lançada através da edição da Súmula Vinculante nº 10, mesmo aqueles casos em que o pronunciamento jurisdicional não é exposto ao tratar da inconstitucionalidade podem violar o artigo 97 da Constituição – e é exatamente isso que os ministros estão fazendo ao proferir decisões monocráticas que não são levadas ao plenário do Supremo ou que, uma vez escrutinadas por seus pares, já produziram efeitos definitivos sobre a realidade política e social do país.

3. O COLEGIADO DESERTO: PODERES INDIVIDUAIS NO STF E BREVES NOTAS DE TEORIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

Vencida a análise sobre os poderes individuais no Supremo, passa-se, no presente capítulo, ao enfrentamento das questões teóricas que permeiam o debate sobre a legitimidade do tribunal no exercício da jurisdição constitucional. Não se desconhece, como visto acima, que o Supremo, além das competências clássicas de corte constitucional, também congrega uma série de competências próprias de tribunal de apelação (ou de suprema corte). Nada obstante, o fio condutor que guiará as reflexões propostas neste capítulo diz respeito, eminentemente, ao *judicial review*, ou seja, à possibilidade do Supremo declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, bem como de, eventualmente, reconhecer expressamente sua constitucionalidade.

Nas palavras de Arguelhes e Ribeiro; “se, em certas condições, a força do STF pode ser mobilizada sobre a política a partir de ações puramente individuais, várias premissas que sustentam os debates nacionais sobre a legitimidade da jurisdição constitucional precisariam ser reexaminadas”.⁷⁹

Os próximos tópicos irão se debruçar sobre algumas das principais construções teóricas que tencionam a relação entre o constitucionalismo e a democracia. O substrato comum desse debate será a imagem de um Supremo individual e, até mesmo, fragilizado do ponto de vista institucional. Até que momento as premissas às quais Arguelhes e Ribeiro fazem referência permanecem intactas? A partir de que instante a literatura do constitucionalismo deverá ser revista ou, quem sabe, descartada quando exposta ao individualismo que impera no dia a dia do tribunal? Essas são apenas algumas das perguntas que deverão ser respondidas ou, pelo menos, lapidadas a partir das próximas linhas.

Em suma, as correntes teóricas selecionadas para integrar o quadro analítico do presente trabalho serão expostas ao seguinte questionamento comum: até que ponto os argumentos em favor do *judicial review* continuam vigentes quando o pressuposto da tomada de decisões de forma colegiada é subtraído da equação?⁸⁰

⁷⁹ ARGUELHES, Diego Werneck. RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*. n. 46. jan/jun 2015. p. 122.

⁸⁰ Essa pergunta foi formulada com base nas provocações tecidas no seguinte texto: ARGUELHES, Diego Werneck. RIBEIRO, Leandro Molhano. ‘*The Court, It is I?*’ Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory. *Global Constitutionalism: Human Rights, Democracy and the Rule of Law*. v. 07. n. 02. jul. 2018. p. 236 – 262.

Ou seja, em um ambiente de colegiado deserto, como no caso do Supremo, o que sobra das proposições que buscam aliviar (embora não solucionar) a tensão entre o constitucionalismo e a democracia?

Para conferir uma maior racionalidade ao desenvolvimento dos argumentos a seguir, optou-se por destacar um trecho central do controvertido artigo “A razão sem voto” de Luís Roberto Barroso:

O Supremo Tribunal Federal tem a prerrogativa de ser o intérprete final do direito, nos casos que são a ele submetidos, mas não é o dono da Constituição. Justamente ao contrário, o sentido e o alcance das normas constitucionais são fixados em interação com a sociedade, com os outros poderes e com as instituições em geral. A perda de interlocução com a sociedade, a eventual incapacidade de justificar suas decisões ou de ser compreendido retiraria o acatamento e a legitimidade do Tribunal.⁸¹

É possível identificar pelo menos três pressupostos de legitimidade do Supremo no pensamento de Barroso: primeiro, a construção de sentido da Constituição através do diálogo entre os poderes e o povo; segundo, a manutenção de uma interlocução efetiva com a sociedade, principalmente no tocante à possibilidade de compreensão das decisões do Supremo e à vazão de suas decisões às interferências legítimas dos cidadãos; terceiro, a capacidade de formar e justificar suas decisões de forma deliberativa. Os próximos tópicos, partindo desses três pressupostos, irão enfrentar tais constatações através do prisma do colegiado deserto.

3.1. DO CONSTITUCIONALISMO POPULAR AOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: O ENFRAQUECIMENTO DA SUPREMACIA JUDICIAL

O movimento do constitucionalismo popular nasceu nos EUA e tem como principais marcos teóricos as obras de Mark Tushnet (*Taking the Constitution away from the courts*) e Larry Kramer (*The people themselves*). Embora os próprios autores já tenham revisado alguns de seus argumentos originais, suas construções

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 46.

teóricas continuam sendo importantes pontos de partida para a discussão acerca do papel das cortes ao aplicarem e interpretarem a Constituição.

Ser um constitucionalista popular (*populist constitutional lawyer*) significa, acima de tudo, contribuir com a revalorização da função do povo nos momentos de leitura e construção dos signos constitucionais. Trata-se de uma proposta radicalmente democrática de enfraquecer o *judicial review* exercido pelo poder judiciário e, ao mesmo tempo, (re)colocar os cidadãos de uma dada nação no centro dos debates sobre a essência da Constituição.

O principal desafio enfrentado por Mark Tushnet diz respeito ao que o autor identifica como supremacia judicial.⁸² Antes de atacar essa realidade, entretanto, Tushnet opera uma importante distinção entre a *thick Constitution* (Constituição espessa) e a *thin Constitution* (Constituição fina).⁸³ A primeira consiste no conjunto de providências constitucionais que dão forma ao Estado e que, em geral, são incapazes de despertar (ou mobilizar) o interesse público – como afirma o autor, são regras que não geram discussões acaloradas; em suas palavras, “poucos de nós enviaríamos nossos filhos e filhas para a guerra para preservar o direito do Presidente de requerer opiniões escritas dos membros de seu gabinete”.⁸⁴

A segunda, ao seu turno, é composta pelas garantias fundamentais de igualdade e liberdade titularizadas pelos cidadãos. É dessa parcela da Constituição que o constitucionalismo popular busca se apropriar. Afinal, é fácil perceber como o povo tende a se identificar mais com esses compromissos de ordem fundamental do que com as demais providências que dão corpo ao Estado.⁸⁵

Para Tushnet, então, os desentendimentos sobre o significado das disposições da Constituição fina seriam melhor resolvidos pelo povo dentro dos fóruns públicos de discussão política. A lógica desenvolvida pelo autor é enérgica e, ao mesmo tempo, simples: se os maiores interessados nos compromissos

⁸² TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 06 – 32.

⁸³ *Ibidem*, p. 09 – 14.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 11. Trecho traduzido livremente.

⁸⁵ Talvez uma exceção à regra possa ser encontrada no caso do *Brexit*, o qual desencadeou uma série de debates sobre os limites dos poderes dos órgãos legislativos e governamentais do Reino Unido (UK). Na oportunidade, a Suprema Corte decidiu que a retirada do Reino Unido, após aprovação em referendo, só poderá ser notificada oficialmente à União Europeia após aprovação pelo parlamento britânico, tendo em vista que é um ato que altera sensivelmente o ordenamento jurídico inglês. O objeto principal daquela discussão foi identificado no *Press Summary* emitido pela Suprema Corte: “The principal issue in these appeals is whether such a Notice can, under the UK’s constitutional arrangements, lawfully be given by Government ministers without prior authorization by an Act of Parliament.” [2017] UKSC 5.

fundamentais contidos na Constituição são os cidadãos, nada mais natural que eles sejam os principais responsáveis pela interpretação dessas disposições.

A proposta do autor, em suma, é rejeitar por completo o pressuposto de existência da supremacia judicial. O problema fundamental do direito constitucional pensado exclusivamente através do prisma da supremacia judicial é a série de consequências elitistas que daí seguem. O *judicial review* acaba se transmutando num laboratório onde os atores políticos podem obter, por meio de recursos e ações judiciais, vitórias que não se concretizaram na arena política externa às cortes. Muitas vezes aqueles que defendem o controle de constitucionalidade estão interessados apenas em manter sua agenda política a salvo das pressões democráticas.⁸⁶

O constitucionalismo popular, assim, se insurge contra essa realidade e almeja devolver o direito constitucional ao povo. Assim como os juízes, os cidadãos também devem poder participar diretamente da tarefa de interpretação da Constituição, ainda que, a exemplo das cortes, produzam decisões equivocadas.

Enquanto Mark Tushnet se preocupa em combater a supremacia judicial, partindo do pressuposto da sua existência no constitucionalismo estadunidense contemporâneo, Larry Kramer pretende operar uma reconstrução histórica dos movimentos constitucionais que levaram à consolidação do *judicial review* e da própria supremacia judicial nos EUA.

Kramer rememora o início dos movimentos constitucionais nos séculos XVII e XVIII entre os EUA e a Inglaterra e destaca o fato de que, em sua gênese, a “lei fundamental” do Estado não era nem interpretada nem aplicada por juízes ou parlamentares, mas sim “pelo próprio povo” (*the people themselves*).⁸⁷

Para o autor, o próprio conceito de “lei fundamental” clama por uma maior participação popular, justamente por se opor ao conceito de “lei ordinária”. A primeira é a lei criada pelo povo para restringir a atuação dos governantes, ao passo que a segunda funciona através da lógica diametralmente inversa: é a lei editada pelos governantes para restringir a atuação dos cidadãos.⁸⁸ Ou seja, a “lei

⁸⁶ *Ibidem*, p. 129 – 153.

⁸⁷ KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 09 – 34.

⁸⁸ Essa constatação deve ser lida com ressalvas no contexto brasileiro. No Brasil diversas conquistas que ampliam os direitos dos cidadãos são materializadas através de iniciativas legislativas, algumas até mesmo populares. Ainda assim, é de se considerar que há uma contraposição fundamental entre a lei ordinária e a constituição no que diz respeito ao sentimento popular, sendo certo que o texto

fundamental” alterou sobremaneira o modo como se dá a interpretação judicial, justamente por sua autoridade máxima se encontrar no povo, e não nos juízes ou nos administradores públicos em geral. A Constituição, em suma, nasceu como um diploma legal que contava com mecanismos de concretização eminentemente populares.

O texto constitucional é um diploma legal por excelência, mas possui uma série de especificidades que o diferenciam das demais leis que compõem o ordenamento jurídico. Dentre suas marcas distintivas, a Constituição aceita uma maior indefinição na composição de suas normas. Por ser resultado das contingências e complexidades sociais, a “lei fundamental” congrega diferentes pontos de vista e permite a adoção de soluções conflitantes entre si. Em uma palavra, a Constituição é *incerta*. Kramer, partindo dessa constatação, retoma a noção de que a interpretação e a aplicação dessas normas foi, originalmente, reservada ao povo.

Na visão do autor, as próprias raízes do que hoje conhecemos por *judicial review* estão conectadas à ideia do constitucionalismo popular, ou seja, os juízes tinham a obrigação de, como qualquer outro cidadão, resistir à aplicação de leis incompatíveis com a Constituição. Não se tratava de uma competência especial reservada ao Poder Judiciário, sendo antes uma responsabilidade política compartilhada entre todos os membros do povo.⁸⁹

Mesmo os autores que defendiam o controle judicial das leis de acordo com a Constituição, ao menos naquela época, pensavam na atuação dos juízes como uma substituição excepcional à atividade popular. O *judicial review*, assim, não se justificava porque a Constituição é uma “lei especial” cuja interpretação ou aplicação depende do toque qualificado e técnico das cortes, mas simplesmente porque os juízes, como membros do povo, deveriam zelar pelos compromissos fundamentais nela contidos.⁹⁰ Era na arena política que a Constituição ganhava suas cores mais vibrantes, e não nas salas dos tribunais.

Nas palavras de Kramer, “as cortes se envolveram na interpretação e aplicação constitucional não em razão da Constituição ser uma lei ordinária sob sua (especial) tutela, mas sim pelos juízes não serem menos obrigados a respeitar os

constitucional está muito mais próximo do cidadão e do seu anseio de controlar o exercício do poder público.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 38 – 39.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 78 – 92.

comandos da Constituição do que qualquer outra instituição ou cidadão”.⁹¹ A gênese do controle de constitucionalidade nos EUA, assim, não contava com a ideia de que as cortes seriam as únicas responsáveis por interpretar a Constituição. Ao contrário, o Poder Judiciário deveria atuar cooperativamente com os demais poderes ao realizar essa importante tarefa de índole popular.

A suposição de que algum ramo do governo deve dar a palavra final sobre a interpretação do Direito é própria da cultura da lei ordinária, ou seja, da lei elaborada pelo Estado para regular as relações entre os cidadãos. A Constituição, ao contrário, opera num ambiente onde os governantes são os alvos da regulação, e não os reguladores – nesse ambiente, para o autor, a interpretação final compete ao povo.⁹²

Analisando o caso *Marbury v. Madison* (de 1803), conhecido pela literatura internacional como o marco zero do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos nos EUA, a partir da lente do constitucionalismo popular, Kramer propõe uma desmistificação deste importante precedente da Suprema Corte estadunidense.^{93 94} Naquela ocasião, o *Chief Justice* John Marshall escreveu a frase icônica que até hoje adorna as paredes de mármore do prédio do Tribunal: “*it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.*”⁹⁵

Essa frase acabou tomando, ao longo da história, uma dimensão que, originalmente, não detinha (nem tinha a pretensão de deter). Para o autor, lendo as palavras de Marshall de forma contextualizada, não está escrito que “as cortes devem dizer a última palavra sobre a Constituição” ou que “é o trabalho das cortes, mais que os outros poderes, de dizer o significado da Constituição”. Simplesmente, o *Chief Justice* Marshall, como homem de seu tempo, afirmou que o poder judiciário, assim como os demais poderes e o povo, também pode interpretar e proteger o texto constitucional.⁹⁶

⁹¹ *Ibidem*, p. 99. Trecho traduzido livremente.

⁹² *Ibidem*, p. 107.

⁹³ *Ibidem*, p. 114 - 127.

⁹⁴ Para uma análise mais aprofundada sobre a decisão e suas interpretações ao longo da história, ver GODOY, Miguel Gualano de. CHUEIRI, Vera Karam de. *Marbury versus Madison: uma leitura crítica*. Curitiba: Juruá, 2017.

⁹⁵ Em tradução livre: “É, enfaticamente, a condição e o dever do poder judiciário de dizer o que a lei é (ou *significa*).”

⁹⁶ Agradeço o Prof. Mark Barenberg, da Columbia University, por me incentivar a defender essa leitura das palavras de Marshall, embora ele, pessoalmente, discorde de alguns argumentos apresentados pelo constitucionalismo popular.

A ideia de supremacia judicial em relação à Constituição, assim, não é decorrência lógica e necessária do controle de constitucionalidade. A experiência histórica dos EUA mostra, a partir da leitura de Kramer, que é possível proteger os compromissos fundamentais do povo de outra forma que não unicamente pelas vias judiciais. Em suma, a grande contribuição do autor é perceber que o *judicial review* não depende, como muitos acreditam atualmente, da instituição da supremacia judicial.

As decisões da Suprema Corte nos EUA e do Supremo Tribunal Federal no Brasil, embora dotadas de importância e dignas de atenção, não podem ser tratadas como “finais” ou “imutáveis”. É inevitável que a discussão continue a se dar na sociedade e na interação entre os poderes. Seguindo os ensinamentos de Kramer, é preciso reacreditar no controle de constitucionalidade dissociado da ideia de supremacia judicial.⁹⁷ Daí o motivo do constitucionalismo popular abrir espaço para a discussão acerca dos “diálogos institucionais”; a interpretação e a aplicação da Constituição é uma tarefa compartilhada entre os poderes, sendo a voz das cortes mais uma entre tantas outras (igualmente dignas de atenção e consideração).

3.2. A DESCONSTRUÇÃO DA SUPREMACIA JUDICIAL NO BRASIL, OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS COM O STF E A CRÍTICA DO COLEGIADO DESERTO

Embora as ideias resumidas anteriormente sobre o constitucionalismo popular sejam interessantes e contundentes, é indispensável realizar uma releitura desses institutos à luz do constitucionalismo brasileiro, sob pena de sucumbir ao “canto das sereias” da doutrina estrangeira que, não raro, é importada sem as devidas ressalvas por alguns autores nacionais.

Para Miguel Gualano de Godoy, o debate sobre o controle de constitucionalidade no Brasil ganhou novos contornos a partir da Constituição de 1988 e, posteriormente, pela assunção de um papel de protagonismo pelo STF. O Supremo, tal como a Suprema Corte dos EUA, também pretendeu construir, a partir de seu portfólio de decisões, a prerrogativa de dizer a última palavra sobre o texto constitucional.

⁹⁷ KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 249 – 253.

Dentre os fatores que contribuíram para legitimar essa leitura do papel da corte, pode-se citar a supremacia da Constituição (que é o “mote” da Constituição de 1988), o desenvolvimento do constitucionalismo da efetividade (linha doutrinária que buscou reconhecer a normatividade dos dispositivos constitucionais no Brasil) e a aceitação, entre nós, do constitucionalismo dirigente.⁹⁸

Tudo isso impulsionou o Supremo a fundamentar sua supremacia judicial em relação à Constituição em uma leitura acidentada do artigo 102 do texto constitucional de 1988. Partindo da constatação de que o constituinte lhe concedeu a guarda precípua da Constituição, a corte brasileira crê que qualquer lei e ato normativo (e até mesmo emenda constitucional) que contrariem seu entendimento são inconstitucionais. Ou seja, o tribunal passou a repelir os atos do poder legislativo tendentes a superar suas decisões pretéritas, adotando a posição de intérprete final da Constituição. A Constituição passou a se confundir com a própria atividade interpretativa do Supremo.

O objetivo do constituinte de 1988 ao redigir o artigo 102 da Constituição, entretanto, era proteger o texto contra possíveis experiências autoritárias, justamente em razão da proximidade histórica da ditadura militar no país. O Supremo, nas palavras de Godoy, foi alçado à qualidade de “órgão promotor da democracia”, e não de “órgão que encerra(ria) o debate democrático”. A Constituição, ao contrário do que faz crer o STF, não estabeleceu que competiria à corte a última palavra sobre a interpretação de suas normas.⁹⁹

A supremacia judicial não é apenas indesejável do ponto de vista normativo, mas também do ponto de vista prático. Ao agir assim, o Supremo compreende a definição de sentido da Constituição como uma disputa com os demais poderes para saber quem terá a palavra final, quando, na verdade, deveria estar promovendo uma atividade dialógica e colaborativa de construção dos signos constitucionais.¹⁰⁰ Para Godoy, assim, é necessário superar esse sofisma de que a supremacia judicial decorre “da tradição histórica, da supremacia da Constituição ou da opção institucional feita pela Constituição de 1988”.¹⁰¹

Nas palavras de Louis Fisher, criou-se, no decorrer da história constitucional, um “dogma da última palavra”. Nada obstante, as decisões das cortes só se

⁹⁸ GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 83.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 87.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 94 – 97.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 96.

estabilizam durante o período em que o Congresso, o Presidente e os cidadãos as considerarem “convincentes, razoáveis e aceitáveis”. Não sendo esse o caso, o debate sobre as questões constitucionais persistirá para além do texto consolidado dos julgados (ou acórdãos). As cortes, segundo Fisher, são as intérpretes finais de um caso particular, mas não do quadro geral no qual aquele caso está inserido.¹⁰² Pensar o contrário, isto é, acreditar na supremacia judicial, é o mesmo que dar vida a um paradoxo: a sociedade permite que a Constituição seja escrita por “pessoas comuns”, mas sua interpretação só pode ser feita por juízes, ou seja, por especialistas.¹⁰³

Segundo Fisher, “o credo na supremacia judicial impõe um peso que a Corte não pode carregar. Ela (a supremacia judicial) cria expectativas que convidam desapontamentos, quando não desastre.” As decisões das cortes devem ser respeitadas, e não adoradas. Assim como o povo não confiou todo o poder legislativo ao Congresso ou todo o poder executivo ao Presidente, não pode confiar todo o poder judiciário e toda a tarefa de interpretação da Constituição às cortes.¹⁰⁴

O constitucionalismo popular e a desconstrução da supremacia judicial, nos termos expostos até aqui, levam à importante constatação de que a interpretação constitucional deve ser uma tarefa compartilhada entre os poderes instituídos e o povo. Cada um desses atores tem igual direito de expressar suas opiniões e projetar suas preferências sobre o texto constitucional; essa é a consequência do Estado Democrático de Direito no campo do controle de constitucionalidade. Ao enfraquecer a supremacia judicial, a legitimidade do *judicial review* passa a se assentar na interação entre as instituições e o povo, e não mais no autoritarismo interpretativo do Poder Judiciário.

Essa é justamente a preocupação de Barroso ao dizer que, como se destacou no início deste capítulo, “o sentido e o alcance das normas constitucionais são fixados em interação com a sociedade, com os outros poderes e com as

¹⁰² Essa manifestação de Fisher deve ser lida, a partir da realidade brasileira, com uma ressalva. Acontece que no Brasil, historicamente, as decisões de índole constitucional de maior importância são tomadas em sede de controle concentrado/abstrato de constitucionalidade, quando não há um caso específico em apreço, mas sim a discussão a respeito da compatibilidade da lei em tese em relação ao texto constitucional. Nada obstante, a conclusão do autor continua vigente: a discussão sobre os aspectos constitucionais das decisões do STF podem continuar produzindo ecos na sociedade mesmo após a decisão “final” da corte, de tal forma que a sua “estabilidade” depende de condições sociais e políticas favoráveis e será, por definição, sempre precária.

¹⁰³ FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 242 – 259.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 278 – 279.

instituições em geral”.¹⁰⁵ Em contraposição à supremacia judicial, o remédio prescrito seria o diálogo institucional. Resta saber, entretanto, se o aludido argumento se sustenta *vis-à-vis* a crítica do colegiado deserto.

Ou seja, levando em conta o fato de que os ministros interferem individualmente nas condutas dos agentes políticos do país, sem que escutem uns aos outros, é possível sustentar no Brasil a legitimidade do Supremo nos termos esboçados acima? A racionalidade discursiva – instrumentalizada para legitimar a atuação de um tribunal que supostamente interage com as demais instituições e com o povo – teria lugar ao lado das disfuncionalidades do processo decisório do Supremo?

A resposta dada pela crítica do colegiado deserto é negativa para ambas as perguntas. Embora o argumento dos diálogos institucionais seja uma “estratégia poderosa de legitimação da jurisdição constitucional na democracia”, existe um problema de natureza empírica que impede a concretização de um efetivo diálogo entre o Supremo e as demais instituições. Como anota Fernando Leal, o diálogo pressupõe uma interação baseada na qualidade da mensagem emitida pelo tribunal, justamente pela necessidade dela ser captada com clareza pelo seu interlocutor (seja ele o Congresso, o Presidente ou o povo). Mas, afinal, qual é a mensagem que está sendo enviada pelo Supremo quando a corte toma uma decisão de conteúdo constitucional?¹⁰⁶

A verdade é que não se sabe. A dinâmica do processo decisório no STF impede que o tribunal esteja engajado num verdadeiro diálogo institucional, justamente por faltar clareza em suas decisões. Tal como exposto ao longo deste trabalho, o voto dos 11 ministros não dialogam entre si e a ementa produzida nem sempre reflete a universalidade de argumentos que deram causa ao julgamento. Some-se a isso o fato de que a conjugação dos poderes individuais permite que um ministro, isoladamente, faça suas preferências prevalecerem frente à voz do colegiado. Se a legitimidade do Supremo está baseada no diálogo, então qual das 11 vozes deve ser considerada pelos seus interlocutores como a “mensagem da corte”?

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 46.

¹⁰⁶ LEAL, Fernando. Até que ponto é possível legitimar a jurisdição constitucional pela racionalidade? Uma reconstrução crítica de “A razão sem voto”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena. GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, p. 122 – 132.

Enquanto o colegiado for deixado de lado pelos ministros e cada qual atuar de forma individual, emparedando ou até mesmo evitando o plenário, não será possível legitimar o Supremo através do diálogo – afinal, o argumento dos diálogos institucionais pressupõe, erroneamente (ao menos no Brasil), uma colegialidade operante.

O que resta é uma supremacia judicial fragmentada, distribuída entre todos os ministros na forma dos poderes individuais trabalhados no capítulo anterior. Não é possível justificar um tribunal que “dialoga” com as instituições e com o povo a partir das preferências individuais de seus ministros. Considerar o contrário seria o mesmo que aceitar que a mensagem emitida pelo tribunal muda a depender do relator sorteado, do ministro que resolve dar a “entrevista do dia” antes da sessão de julgamento ou daquele que pede vista dos autos. Em suma, o cenário de colegiado deserto retira do Supremo a própria essência do argumento dos diálogos institucionais: a existência de uma instituição capaz de se relacionar com outros atores.

Não se está aqui a defender a não aplicabilidade do argumento dos diálogos institucionais como fonte de legitimação do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo, principalmente em um Estado Democrático de Direito. O que se está a defender, ao contrário, é que a importação desse argumento pelo constitucionalismo brasileiro será sempre incompleta se o individualismo dos ministros, que hoje é a regra dentro do tribunal, não for enfrentado com seriedade. Em suma, o argumento trazido pelo movimento do constitucionalismo popular (e pela posterior sistematização teórica do argumento dos diálogos institucionais)¹⁰⁷ não serve para legitimar a atuação do STF enquanto persistir o atual cenário de colegiado deserto.

¹⁰⁷ Embora a preferência do presente trabalho tenha sido a de abordar a gênese do argumento dos diálogos institucionais, principalmente através do ataque teórico efetivado contra a supremacia judicial pelo constitucionalismo popular, é preciso ressaltar que ele não se esgota nos termos acima. Existem diversos autores que trataram de sistematizar essa proposta. Para uma análise mais aprofundada ver BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. Brooklyn Law Review. v. 71. n. 3. 2006, p. 1109 – 1180. Ainda, sobre uma investigação de possíveis manifestações dialógicas no Brasil, ver VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review*. Revista de Investigações Constitucionais do NINC – UFPR. v. 01. n. 03. 2014, p. 59 – 90.

3.3. CONTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E O PRESSUPOSTO DE AUTORIDADE DA CONSTITUIÇÃO: A INTERLOCUÇÃO COM A SOCIEDADE

Embora o conceito de constitucionalismo democrático tenha sido trabalhado por autores sob diversos enfoques, a construção que guiará as reflexões a seguir tem origem nos estudos de Robert Post e Reva Siegel.¹⁰⁸ A proposta desses autores é repensar a legitimidade do controle de constitucionalidade nos EUA após as críticas tecidas pelos adeptos do constitucionalismo popular, além daquelas apresentadas pela corrente do minimalismo judicial, capitaneada por Sunstein,¹⁰⁹ e pela constatação histórica da existência de movimentos de *backlash* após as decisões emblemáticas da Suprema Corte estadunidense, a exemplo daquelas apresentadas na obra de Klarman.¹¹⁰

Antes de abordar os aspectos relevantes da contribuição de Siegel e Post, importa apresentar, ainda que brevemente, os contornos gerais dos conceitos de minimalismo judicial – principalmente através da proposta de adoção da personalidade minimalista por Sunstein – e de *backlash*.

Cass Sunstein, assim, defende que a personalidade minimalista (ou seja, a adoção do minimalismo judicial pelo intérprete da Constituição) é a escolha mais coerente para conquistar avanços com prudência na seara constitucional. O minimalista é uma personalidade humilde e contida, que valoriza passos pequenos e refuta teorias muito ambiciosas, que são preferidas pelos heróis. O mínimo possível a ser feito é o que *deve* ser feito quando falamos de interpretação constitucional, e nada mais.

Como sugere o autor, é uma personalidade que reconhece os juízes e intérpretes da Constituição como seres humanos limitados racionalmente e, portanto, sujeitos às armadilhas do erro e da falha.¹¹¹ A melhor maneira de evitar o

¹⁰⁸ POST, Robert C. SIEGEL, Reva B. *Democratic Constitutionalism*. In: BALKIN, Jack. SIEGEL, Reva B. (Orgs.). *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 25 – 34. Vide: POST, Robert C. SIEGEL, Reva B. *Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash*. *Harvard Civil-Rights and Civil-Liberties Law Review*. v. 42, p. 373 – 433, 2007.

¹⁰⁹ SUNSTEIN, Cass R. *Constitutional Personae*. New York: Oxford University Press, 2015, p. 67 – 108. Vide: SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

¹¹⁰ KLARMAN, Michael J. *From the closet to the altar: courts, backlash, and the struggle for same-sex marriage*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

¹¹¹ A opção de Sunstein pelo minimalismo burkeano é algo recorrente nos escritos do autor e não surge como uma defesa pontual em sua obra *Constitutional Personae*. Para uma melhor compreensão desse tema ver: SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the*

erro, então, é agir com cautela, construindo suas decisões a partir dos precedentes e das experiências do passado.

Segundo Miguel Gualano de Godoy, o controle de constitucionalidade das leis precisa ser tratado como uma conversa permanente entre os poderes, sendo que as decisões proferidas pelo Supremo assumem tão somente o papel de mostrar um caminho a ser construído gradativamente, e não em apenas um átimo. Nessa toada, Godoy entende que a melhor postura para atingir esse objetivo é a do juiz minimalista, conforme proposta de Sunstein.¹¹²

Duas preferências marcam as ações do minimalista: ele prefere o raso ao profundo e o estreito ao largo. Em outras palavras, o minimalista prefere se apoiar nas tradições, que apresentam um grau mais elevado de concretude, do que em teorias abstratas. Ainda, dá mais valor às decisões que se atenham aos fatos do caso concreto do que às decisões grandiosas, que extrapolam os limites do que realmente deve ser discutido.

Deve-se atentar para o fato de que o minimalista não necessariamente prega o não-discricionarismo judicial. Em verdade, a maioria dos que adotam essa personalidade exaltam o poder discricionário dos juízes, desde que exercido com parcimônia e de maneira a construir mudanças no *status quo*, dando um (pequeno) passo por vez.

Como bem percebe Miguel Gualano de Godoy, enquanto Alexander Bickel defende um “modelo de juiz mudo”, no sentido de que a corte deve permanecer silenciosa, Cass Sunstein dá um passo a mais e busca “explorar o potencial decisório da corte”, o qual, ao seu turno, deve ser exercido com cautela – a corte,

Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001; SUNSTEIN, Cass R. *Burkean minimalism*. Michigan Law Review, v. 105, n. 2, p. 353 – 408, 2006. ARHEGAS, João Victor. A teoria das personalidades constitucionais: possíveis aplicações para o estudo da jurisdição constitucional brasileira. Anais da XIX Jornada de Iniciação Científica, Curitiba, v.1, n. 8, p. 71 – 92. Os argumentos de Sunstein sobre o minimalismo também guardam muitos reflexos de seus estudos acerca das capacidades institucionais, espaços onde o autor teve a oportunidade de argumentar sobre a necessidade de considerar as virtudes passivas e ativas das cortes constitucionais na dinâmica de interpretação constitucional, defendendo que nem sempre o Judiciário será o espaço ideal para a tomada de certas decisões acerca do significado das normas constitucionais – isso implicaria, portanto, na necessidade das decisões judiciais serem menos ambiciosas, deixando espaço para futuras deliberações democráticas com as demais instituições e com o povo pois, afinal, os juízes são falíveis e devem reconhecer seus limites interpretativos. Sobre a teoria das capacidades institucionais ver: SUNSTEIN, Cass R. VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. Michigan Law Review, v. 101, p. 885 – 951, 2003. ARGUELHES, Diego Werneck. LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. Direito, Estado e Sociedade, n. 38, p. 06 – 50, 2011.

¹¹² GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 123.

assim, está autorizada a decidir, mas deve “decidir pouco, conforme o modelo de juiz minimalista.”¹¹³

Há muito de Edmund Burke na construção da personalidade minimalista. Burke é conhecido por ser um ferrenho crítico das revoluções, apontando seus males e seu poder de interromper o diálogo entre gerações.¹¹⁴ Vem do pensamento conservador burkeano a premissa de que é preciso se ater mais às tradições do que às grandiosas e abstratas teorias.

Para o pensador irlandês, as tradições correspondem ao acúmulo de conhecimento através de gerações, ao passo que teorias abstratas pontuais são fruto de mentes individuais; o fato das tradições resistirem ao longo do tempo é, por si só, sinal de que devemos levá-las a sério. No pensamento burkeano, então, há valor a ser considerado nos chamados “preconceitos”, visto que são frutos do acúmulo de conhecimento passados de uma geração para outra.¹¹⁵

O minimalismo judicial (ao lado do constitucionalismo popular) se preocupa, assim, com os movimentos de *backlash* que podem surgir após a formalização de uma decisão da Suprema Corte sobre assuntos de índole constitucional. Trata-se da mobilização social e política que pode nascer na esfera pública após a prolação da decisão, de forma a subverter a sua autoridade e evitar sua concretização. Ou seja, os movimentos políticos e sociais que são contrários à decisão se organizam para que suas preferências se sobressaiam e, assim, sufoquem as chances da posição adotada pela corte alterar o *status quo*. Embora uma “vitória judicial” tenha se concretizado nos autos do processo, a mobilização externa ao Poder Judiciário encampa uma luta que poderá levar à “derrota política” daquela mesma agenda.

O temor de autores como Sunstein, Klarman e até mesmo Tushnet, assim, é de que decisões ambiciosas da Suprema Corte, inicialmente protetivas de minorias políticas e compatíveis com uma pauta progressiva, acabem incentivando movimentos de *backlash* conservadores, capazes de não apenas evitar a consolidação dos efeitos da decisão, mas também de retroceder na proteção dos

¹¹³ *Ibidem*, p. 124.

¹¹⁴ Ver: BURKE, Edmund. *The evils of revolution*. Londres: Penguin Books, 2008; BURKE, Edmund. *Reflections on the revolution in France*. Londres: Penguin Books, 2004. Sobre o minimalismo burkeano e suas possibilidades e limitações para o direito constitucional ver também: GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 118 – 128.

¹¹⁵ A palavra preconceito é carregada de diversas concepções negativas. Melhor seria falar em pré-conceitos, dando ênfase ao entendimento de que são conceitos prévios, construídos em razão do acúmulo de conhecimentos passados entre as gerações, e não necessariamente “preconceituosos”.

direitos fundamentais e das liberdades em jogo. Daí a necessidade de se pensar em alternativas, como o minimalismo judicial, fazendo com que as decisões se debrucem sobre o assunto do dia comedidamente, permitindo que as partes envolvidas não se enxerguem como vitoriosas e derrotadas. Ou seja, seria preciso deixar espaço para que a sociedade continue a discussão sobre o assunto, evitando reações mais apaixonadas daqueles que não concordam com o teor da decisão.

Nas palavras de Klarman, as decisões da corte trazem à tona questões que antes eram ignoradas por boa parte da sociedade, mas que, ainda assim, já faziam parte da pauta de movimentos sociais. Além de forçar os parlamentares a encarar o assunto com seriedade, essas decisões também podem adotar soluções que não seriam apoiadas pela maioria dos eleitores e dos cidadãos em geral. Essa é justamente a principal causa do *backlash* contra as decisões judiciais.¹¹⁶ Ou seja, os cidadãos acabam tomando ciência da existência daquela demanda através da decisão da corte, o que pode levá-los a adotar medidas de retaliação. Ao contrário, há uma crença (que parece ser compartilhada pelos autores acima mencionados) de que, caso a corte não tivesse se manifestado a respeito do assunto ou tivesse adotado uma postura minimalista, os movimentos sociais poderiam continuar a conquistar espaço na arena política, forçando uma adesão popular gradativa em torno de suas pautas e evitando polarizações enérgicas.

Siegel e Post, então, partindo da literatura indicada, propõem uma revalorização do *backlash*, dentro do que chamam de constitucionalismo democrático. Para eles, os progressistas costumavam a falar em “*living constitutionalism*”, ou “constitucionalismo vivo”, para se referir à porosidade do texto constitucional, capaz de absorver as mudanças sociais sem que a Constituição precisasse ser substituída ou mesmo reformada.¹¹⁷

Exemplo notório dessa perspectiva é a teoria constitucional de Bruce Ackerman.¹¹⁸ Segundo o professor de Yale, há períodos históricos onde a população e as classes políticas, seja em virtude de um momento político distinto ou então de uma mudança econômica sensível, podem desafiar as decisões constitucionais que não favoreçam o seu modelo interpretativo preferido, considerando as suas visões

¹¹⁶ KLARMAN, Michael J. *From the closet to the altar: courts, backlash, and the struggle for same-sex marriage*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 165 – 166.

¹¹⁷ POST, Robert C. SIEGEL, Reva B. *Democratic Constitutionalism*. In: BALKIN, Jack. SIEGEL, Reva B. (Orgs.). *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 25.

¹¹⁸ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

sobre as políticas públicas a serem adotadas (ou não) pelo governo. Nesse cenário, como foi o período do New Deal nos EUA, a Suprema Corte pode optar por se curvar à pressão social e política, dando lugar, assim, a um novo paradigma interpretativo.

A ideia de Ackerman, então, é compatível com a perspectiva da Constituição viva (ou *living constitution*), uma vez que dá conta das transformações constitucionais dentro de um sistema constitucional já estabelecido. Não se trata, portanto, de uma revolução propriamente dita, mas sim de dar nova roupagem ao texto constitucional – o que é exatamente o contrário da busca pelo sentido original das palavras –, possibilitando mudanças pontuais de significado ao longo do tempo.¹¹⁹

Nada obstante, conforme o ensinamento de Post e Siegel, após esses autores receberem críticas às suas construções teóricas, principalmente diante das acusações de que o conceito de *living constitutionalism* seria apenas uma forma de camuflar suas preferências políticas como se categorias jurídicas fossem, muitos passaram a raciocinar de forma defensiva, sendo certo que alguns adotaram modelos de minimalismo judicial para justificar a defesa que faziam ao *judicial review*.

A proposta do constitucionalismo democrático, então, seria a de quebrar com essa tendência, afastando a sobrevalorização dada às teorias de interpretação judicial e assumindo uma visão constitucional substantiva que fizesse frente às teorizações conservadoras (a exemplo do originalismo).¹²⁰

Para Post e Siegel, são as lutas em torno dos signos constitucionais que definem o conteúdo do direito constitucional. Ou seja, os conflitos sobre o significado das normas constitucionais ajudam, paradoxalmente, a sustentar a autoridade da Constituição. E é justamente a relação de reconhecimento da população frente ao texto constitucional que lhe concede legitimidade. Se apenas o Poder Judiciário pudesse definir tal conteúdo, o risco de rompimento do laço que une os cidadãos à Constituição seria alto.

Os autores sugerem que a Constituição deve continuar a inspirar lealdade e compromisso, ainda que persistam os desentendimentos na sociedade acerca de

¹¹⁹ TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 35 – 36.

¹²⁰ POST, Robert C. SIEGEL, Reva B. *Democratic Constitutionalism*. In: BALKIN, Jack. SIEGEL, Reva B. (Orgs.). *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 26.

seu conteúdo. Para tal, importa sobremaneira que as pessoas acreditem sinceramente na possibilidade de persuadir seus pares, de forma que eles passem (eventual e possivelmente) a adotar sua visão sobre o sentido da Constituição – apenas assim seria possível “permitir que pessoas com diferentes convicções vejam a Constituição como a expressão de seus compromissos mais fundamentais e a aceitem como lei fundamental”.¹²¹

Indo além, afirmam os autores que os cidadãos aceitam a interpretação que é dada pelas cortes, através do exercício do controle de constitucionalidade, desde que disponham de instrumentos efetivos para se posicionarem contra o entendimento sedimentado. Ou seja, se a atividade jurisdicional se apresentar como não receptiva e insensível às críticas apresentadas pela população, a tendência é que as decisões sejam enfrentadas como ilegítimas ou até mesmo opressoras pelo público.¹²²

A constatação fundamental dessa proposta teórica é a de que a mudança constitucional se perfaz antes na atividade de “contestação normativa” do que propriamente na atividade de “interpretação judicial” pelas cortes. Para Post e Siegel, os cidadãos se mobilizam em torno de ideais constitucionais; “isso é justamente o contrário de argumentar que a necessidade mais importante para os progressistas é um método de interpretação constitucional”.¹²³ São nesses termos que a dupla de autores afasta o minimalismo judicial, já que aos seus olhos trata-se de uma corrente metodológica que não tem a capacidade de mobilizar a opinião pública nem de capacitar as gerações futuras para que consolidem seus próprios entendimentos sobre a Constituição.

Nas palavras de Post e Siegel, “a questão para os progressistas é como sua visão constitucional distinta [da dos conservadores] poderá se transmutar da melhor maneira em reivindicações de direito constitucional. Isso, ao seu turno, depende da substância dessa visão. Não é uma questão que possa ser respondida em abstrato”.¹²⁴

A preocupação, assim, é que o distanciamento entre uma leitura técnica e uma leitura popular da Constituição acabe minando a própria legitimidade democrática do direito constitucional. Daí a importância da contribuição do

¹²¹ *Ibidem*, p. 27.

¹²² *Ibidem*, p. 28.

¹²³ *Ibidem*, p. 31.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 32.

constitucionalismo democrático ao defender que a leitura técnica se aproxime de conceitos substanciais, afastando aqueles meramente interpretativos ou metodológicos (como é o caso do minimalismo). Esse objetivo só será atingido se os constitucionalistas progressistas se aproximarem de valores e ideais populares.¹²⁵

Em suma, “controvérsias sérias [...] não serão resolvidas por um truque metodológico mágico. O desentendimento não desaparecerá simplesmente porque a corte decidiu emoldurar seu argumento de uma forma ou de outra”.¹²⁶

Para o constitucionalismo democrático, o conceito de *backlash* deixa de ser encarado como algo negativo, como um obstáculo a ser evitado, e passa a ser compreendido como mais um elemento das trocas comunicacionais que sustentam a própria legitimidade democrática da Constituição. Ou seja, o *backlash* seria um mecanismo à disposição dos cidadãos para pressionar as cortes e seus concidadãos a adotarem posições convergentes com as suas. Para Post e Siegel, trata-se da possibilidade de pressionar os intérpretes da Constituição a realizar sua atividade com responsabilidade democrática.¹²⁷

Em suma, ao contrário do que propõe o minimalismo judicial e os autores que assumem o *backlash* como um dado negativo, o constitucionalismo democrático não acredita que os conflitos em torno do conteúdo das normas constitucionais representem um perigo à coesão social ou à legitimidade da Constituição. Ao contrário, trata-se de uma linha teórica que acredita na possibilidade da controvérsia sobre os signos constitucionais gerar coesão social e garantir a legitimidade da Constituição em “condições de heterogeneidade normativa”.¹²⁸

Assim como a cientista política belga Chantal Mouffe propõe uma reavaliação do paradoxo democrático, retratado pela insuperável tensão entre igualdade e liberdade – assumindo que essa contraposição deveria ser tratada de forma positiva através da teoria do “pluralismo agonístico” –¹²⁹ Post e Siegel propõem uma reavaliação do paradoxo da autoridade da constituição, que se fundamenta justamente nos desentendimentos sobre o conteúdo das normas constitucionais – assumindo que essa condição deveria ser tratada de forma

¹²⁵ POST, Robert C. SIEGEL, Reva B. *Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash*. Harvard Civil-Rights and Civil-Liberties Law Review. v. 42, 2007, p. 379.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 385.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 389 – 390.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 405.

¹²⁹ MOUFFE, Chantal. *The democratic paradox*. London: Verso, 2009.

positiva através da teoria do constitucionalismo democrático; que muito bem poderia se chamar “constitucionalismo agonístico”.

3.4. O STF, A MANUTENÇÃO DE UMA INTERLOCUÇÃO EFETIVA COM A SOCIEDADE E A CRÍTICA DO COLEGIADO DESERTO

A corrente do constitucionalismo democrático, nos termos expostos anteriormente, apresenta uma nova condição de legitimidade para o exercício da jurisdição constitucional pelo Poder Judiciário em uma democracia. O *judicial review*, ao menos para Post e Siegel, será legítimo se fortalecer o pressuposto de autoridade da Constituição. Ou seja, é preciso que as cortes sejam sensíveis às críticas apresentadas pelos cidadãos, abrindo canais de comunicação com a sociedade para que seja possível interferir na formação de suas decisões.

No caso brasileiro, buscando uma aproximação do constitucionalismo democrático aos debates nacionais, muito se falou em ativismo judicial, sendo certo que esse conceito assumiu diversas acepções, algumas acadêmicas e outras ligadas ao senso comum.¹³⁰ Nada obstante, Glauco Salomão Leite propõe uma nova abordagem para o estudo do ativismo judicial no Brasil, principalmente à luz do constitucionalismo democrático. Segundo o autor, “quando o estudo do ativismo se confunde com o debate em torno dos parâmetros que devem orientar a interpretação judicial, via de regra se desenvolve um discurso juriscêntrico apoiado exclusivamente na atuação das cortes”.¹³¹

Para Salomão Leite, assim, seria preciso dissociar a ideia de ativismo da atividade meramente interpretativa dos juízes e cortes, dando lugar à concepção de um “ativismo institucional”, mais coerente com as compreensões dialógicas da jurisdição constitucional. Ou seja, uma corte, a exemplo do Supremo, será considerada ativista quando interferir de forma ilegítima na esfera de competência e autonomia de outro órgão ou instituição (e vice-versa). Segundo o autor, essa categoria permite uma avaliação mais apurada de quando uma corte está agindo de

¹³⁰ Vide: ARGUELHES, Diego Werneck. OLIVEIRA, Fabiana Luci de. RIBEIRO, Leandro Molhano. Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. *Direito, Estado e Sociedade*. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, n. 40, jan./jun. 2012, p. 35 – 64.

¹³¹ LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 94.

forma legítima ou não, evitando o subjetivismo que está atrelado à concepção de interpretação judicial.¹³²

Nessa toada, Salomão Leite apresenta uma importante alternativa para os debates sobre ativismo no Brasil, aproximando a literatura constitucional brasileira do constitucionalismo democrático de Post e Siegel. Em outras palavras, se a legitimidade da atuação do Supremo se dá em termos dialógicos, sendo certo que o ativismo é um fenômeno compreendido em termos institucionais e não interpretativos, a legitimidade do exercício da jurisdição constitucional depende da sua capacidade de absorver as críticas apresentadas pela sociedade, à semelhança dos demais órgãos e instituições da República. Afinal, o povo também se apresenta como interlocutor do Supremo, para além dos Poderes Legislativo e Executivo.

No mesmo sentido, Miguel Gualano de Godoy pensa em alternativas para que o povo possa participar do processo de formação das decisões do Supremo. O autor destaca, assim, dois principais mecanismos que estão à disposição da corte brasileira: os *amici curiae* e as audiências públicas. Embora conclua, após a análise de diferentes decisões tomadas pelo Supremo, que os *amici curiae* e as audiências públicas efetivamente influenciam a formação dos votos dos ministros da corte – ao menos quando as manifestações vão ao encontro da decisão já tomada pelo julgador –, “a forma como tem se dado a utilização desses instrumentos, bem como a performance deliberativa do Supremo Tribunal Federal, precisa ser aprimorada”.¹³³

O problema que mais interessa ao presente trabalho, ao menos neste momento, é o fato de que a escolha dos amigos da corte e dos participantes de determinada audiência pública (ou de sua própria realização) é uma faculdade do ministro relator, que poderá decidir de forma discricionária, não se preocupando em justificar a opção adotada. A promoção do debate público entre o Supremo e a sociedade, assim, está nas mãos de um único ministro, que poderá, além de modular as circunstâncias do debate e decidir sobre sua própria existência, escolher quais serão seus interlocutores.¹³⁴

É certo, então, que essa realidade desgasta o pressuposto de legitimidade apresentado pelo constitucionalismo democrático, uma vez que a permeabilidade do Supremo às críticas e opiniões do povo depende da decisão imotivada de apenas

¹³² *Ibidem*, p. 86 – 106.

¹³³ GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 200.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 201.

um de seus ministros, ou seja, trata-se de mais uma dimensão dos poderes individuais apresentados ao longo deste trabalho.

Ainda, a crítica do colegiado deserto também se apresenta quando consideramos o individualismo do Supremo como um todo. Ou seja, transcendendo a atuação isolada e discricionária do ministro relator na escolha dos *amici curiae* e dos participantes das audiências públicas, ainda assim persistem óbices para que a jurisdição constitucional exercida pela corte brasileira seja justificada a partir do constitucionalismo democrático.

Assim, se as decisões da corte devem ser receptivas às críticas dos cidadãos, a fragmentação do Supremo resumida pelo exercício contínuo dos poderes individuais representa a face diametralmente oposta do debate: o Supremo, que deveria ser impessoal e republicano ao absorver as interferências legítimas dos cidadãos como condição de garantir a autoridade da Constituição, torna-se pessoal e partidário, refém das preferências individuais de seus onze ministros.

Segundo o exposto por Barroso no excerto exposto no início deste capítulo, “a perda de interlocução com a sociedade [...] retiraria o acatamento e a legitimidade do Tribunal”.¹³⁵ A crítica do colegiado deserto, assim, argumenta que isso já ocorreu, ou seja, o Supremo perdeu sua capacidade de manter uma verdadeira interlocução com a sociedade, ao menos nos termos do constitucionalismo democrático, com efetiva abertura às interferências dos cidadãos e responsabilidade democrática.

Como afirmam Post e Siegel, os cidadãos aceitam as decisões da corte desde que disponham de instrumentos efetivos para se posicionarem contra o entendimento sedimentado. No caso do Supremo, o individualismo que tomou conta da mais alta corte brasileira acaba pessoalizando a discussão em torno das pautas constitucionais, levando à consequente perda de legitimidade da jurisdição constitucional.

As manchetes dos jornais brasileiros ilustram bem a situação. A mídia se preocupa demasiadamente em indicar ao leitor ou telespectador para qual ministro o processo foi distribuído, qual ministro deu a decisão monocrática ou, então, qual ministro pediu vista dos autos e não devolveu o processo para julgamento em plenário.

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 46.

É deixado de lado, cada vez mais, o conteúdo do debate. Não há um verdadeiro “chamamento público” para que os cidadãos participem do debate enfrentado pelo Supremo, mas sim um prenúncio de que o processo está com seus rumos pré-definidos visto que foi distribuído para o ministro A ou em razão do pedido de vista ter sido feito pelo ministro B. Ainda que as previsões não se confirmem, a exclusão dos cidadãos do debate já foi operada desde o início. É inevitável que a decisão do Supremo reverbere na sociedade, mas a permeabilidade do Supremo às interferências legítimas dos cidadãos está comprometida.

Essas circunstâncias acabam minando a própria relação de confiança da população frente ao direito constitucional. A Constituição passa a ser vista como um documento frívolo, cujo conteúdo é definido de forma aleatória a depender de qual ministro do STF tiver a oportunidade de se pronunciar mais incisivamente, manobrando para que suas preferências individuais se sobressaiam.

Embora a outra dimensão de legitimidade apontada por Siegel e Post possa persistir, ou seja, ainda que os cidadãos acreditem que podem convencer uns aos outros sobre o conteúdo das normas constitucionais, o isolamento do “guarda précipuo” da Constituição é devastador. Em outras palavras, um dos elos da corrente comunicacional que legitima a autoridade da Constituição é perdido, qual seja: a receptividade da corte constitucional às críticas e conjecturas do povo.

Como consequência, a própria imagem do tribunal é abalada, visto que deixa de ser tratado como instituição e passa a ser encarado como a soma acidentada de onze vozes. Enquanto persistir o quadro de colegiado deserto, o pressuposto de autoridade da Constituição, assim descrito pelo constitucionalismo democrático, não será apto a emprestar efeitos de legitimidade à atividade decisória do Supremo, embora ainda possa, de maneira limitada, afetar as relações horizontais entre cidadãos.

3.5. A APOSTA DELIBERATIVA E A CAPACIDADE DE JUSTIFICAR AS DECISÕES JUDICIAIS

Quanto maior for o déficit eleitoral de uma instituição, maior deverá ser a carga deliberativa de suas decisões. *Contrario sensu*, quanto maior for a proximidade de uma instituição ao povo, menor será seu déficit deliberativo e, conseqüentemente, menor será a carga deliberativa de suas decisões.

Essa lógica matemática que relaciona o dever deliberativo de uma instituição ao seu *pedigree* democrático, como dois fatores inversamente proporcionais, é apresentada em trabalho seminal de Farejohn e Paquino.¹³⁶ Segundo os autores, as cortes constitucionais enfrentam, no dia a dia de seu funcionamento institucional, elevadas expectativas de que devem operar segundo práticas deliberativas. Ou seja, essas cortes precisam justificar suas decisões através de razões.¹³⁷

Diferentemente de outras instituições que possuem “credenciais democráticas” aparentes, a exemplo do parlamento, uma corte constitucional depende da qualidade do seu raciocínio judicial para conservar sua legitimidade e a autoridade de suas decisões. Essa concepção é compartilhada por John Rawls, que encara as cortes constitucionais como “instituições deliberativas exemplares”.¹³⁸

Como explica Virgílio Afonso da Silva, “quando se argumenta que as cortes são legitimadas a exercer o controle de constitucionalidade em razão da seu especial potencial deliberativo”, tem-se em mente um processo decisório no qual a informação é compartilhada entre os juízes de forma livre, estando eles abertos para os argumentos apresentados e, caso convencidos, abertos a mudar de opinião. Em outras palavras, tem-se em mente uma instituição cujos membros trabalham em equipe para atingir a melhor decisão possível, buscando minimizar os efeitos da “*bounded rationality*” – ou seja, a deliberação seria uma maneira de contornar, ainda que parcialmente, os limites temporais, informacionais e cognitivos que circundam o processo de tomada de decisão.¹³⁹

Assim, as cortes constitucionais devem expor as razões que levaram à tomada de suas decisões, não bastando apenas publicar seus julgados. Daí o motivo de no Brasil, por exemplo, a TV Justiça não se confundir com o conceito de transparência das decisões do Supremo. É preciso mais para que uma corte seja considerada transparente, e essa exigência é justamente de ordem deliberativa. São as razões que fundamentam as decisões que precisam transparecer, e não apenas as sessões de julgamento. Não se está aqui a defender que abrir ou não as sessões

¹³⁶ FAREJOHN, John. PASQUINO, Pasquale. *Constitutional Courts as Deliberative Institutions: towards an institutional theory of constitutional justice*. In: SADURSKI, Wojciech. *Constitutional Justice, East and West*. Haia: Kluwer Law International, 2002, p. 21 – 36.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 22.

¹³⁸ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, p. 231 – 236. In: FAREJOHN, John. PASQUINO, Pasquale. *Constitutional Courts as Deliberative Institutions: towards an institutional theory of constitutional justice*. In: SADURSKI, Wojciech. *Constitutional Justice, East and West*. Haia: Kluwer Law International, 2002, p. 22.

¹³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without Deliberating*. *International Journal of Constitutional Law*. ICON v. 11. July 2013, p. 568.

ao público é irrelevante para a transparência do tribunal, mas tão somente que o debate a respeito da transparência não pode ser reduzido a esta questão.

Tanto é assim que a Constituição brasileira estabelece em seu artigo 97, inciso IX, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e *fundamentadas* todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes a seus advogados”. Ou seja, a fundamentação das decisões judiciais é regra que não pode ser relativizada, sob pena de nulidade, ao passo que a exigência de publicidade dos julgamentos comporta exceções.

No caso das cortes constitucionais (e do Supremo em específico), que se apresentam como instituições colegiadas, a fundamentação das decisões – ou seja, a apresentação de suas razões – se dá através de um processo interno de deliberação. É através de um protocolo deliberativo que o colegiado deve fundamentar seus julgamentos.¹⁴⁰

Nada obstante, esse protocolo varia de corte para corte, dependendo das normas internas que guiam o processo de tomada de decisões. Não há, assim, apenas uma forma de deliberação, mas é possível afirmar que instituições colegiadas, principalmente aquelas que carregam consigo um déficit eleitoral mais acentuado, deverão deliberar para atingir um ideal de fundamentação de suas decisões.

A técnica de fundamentação das decisões é importante para assegurar a autoridade das cortes em duas frentes de análise, uma de ordem democrática e outra de eficiência. Em primeiro lugar, as ações dos ministros (ou dos juízes), quando enfrentam uma questão constitucional, produzem efeitos que se projetam sobre a dimensão pública da sociedade. Nada obstante, como esses atores não são eleitos, apresentar as razões que dão embasamento às decisões tomadas pela corte pode ser uma maneira de fornecer, ainda que indiretamente, “justificativas democráticas” ao público externo.

Em segundo lugar, a fundamentação de uma decisão da corte pode servir como um sinal de como a instituição se comportará no futuro. O precedente que foi instituído pela decisão fundamentada dos ministros irá orientar os atores externos, sejam públicos ou privados, permitindo que eles pautem suas ações de acordo com

¹⁴⁰ FAREJOHN, John. PASQUINO, Pasquale. *Constitutional Courts as Deliberative Institutions: towards an institutional theory of constitutional justice*. In: SADURSKI, Wojciech. *Constitutional Justice, East and West*. Haia: Kluwer Law International, 2002, p. 23.

as prováveis consequências daquele determinado julgado. Em suma, a técnica de fundamentação das decisões, pelo meio da qual a corte expõe as suas razões de decidir, pode servir como um postulado de eficiência ao aperfeiçoar o Estado de Direito, principalmente à luz do princípio da segurança jurídica.¹⁴¹

No contexto das eleições, onde a expressão da democracia é mais intensa e evidente, as razões ocupam um papel secundário. Basta pensar no princípio de que cada voto tem (ou, ao menos, deveria ter)¹⁴² o mesmo peso. Juntando essa concepção com a máxima de que o voto é secreto, o resultado é aceitar a “zona eleitoral” como uma “zona livre de razões”. Isso não é necessariamente uma constatação negativa, significando apenas que o voto não depende da capacidade do eleitor de justificar sua opção através de boas razões públicas – ao contrário, cada eleitor pode escolher seu candidato livremente, sem nenhum ônus deliberativo imediato.

Já no contexto do processo decisório das cortes constitucionais, onde a expressão da democracia é menos intensa e opaca, as razões ocupam o papel central. A deliberação – ou seja, a atividade de formar e expor as razões de decidir – torna-se o principal mecanismo pelo qual se empresta autoridade democrática para uma instituição que, a princípio, não goza de autorização popular (seja ela proporcional ou majoritária).¹⁴³

A depender do sistema de controle de constitucionalidade que é adotado por uma determinada constituição, a forma de deliberação será afetada de forma distinta. Em um sistema de separação de poderes (como o brasileiro), os mecanismos mais comuns adotados pelas cortes são as audiências públicas, a publicação de votos e acórdãos e a formulação de uma doutrina de precedentes. Do outro lado, em sistemas de soberania parlamentar (como o francês), o controle de constitucionalidade é, antes de ser judicial, uma atividade legislativa que garante, *a priori*, a conformidade das leis à constituição.¹⁴⁴

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 24 – 25.

¹⁴² Para uma análise sobre as variações de peso do voto em uma democracia, especificamente no Senado estadunidense, ver DAHL, Robert A. A constituição norte-americana é democrática? Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015.

¹⁴³ FAREJOHN, John. PASQUINO, Pasquale. *Constitutional Courts as Deliberative Institutions: towards an institutional theory of constitutional justice*. In: SADURSKI, Wojciech. *Constitutional Justice, East and West*. Haia: Kluwer Law International, 2002, p. 26 – 27.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 33. No Brasil é possível argumentar que os dois protocolos são aplicáveis. Ou seja, ao mesmo tempo que o controle de constitucionalidade é uma prática judicial, também se apresenta como uma tarefa legislativa (a exemplo da CCJ no Senado Federal e na Câmara dos Deputados ou,

Para Mattias Kumm,¹⁴⁵ ao seu turno, o controle de constitucionalidade exercido pelas cortes pode ser defendido em duas frentes de análise. Primeiro, é um processo de tomada de decisões que, mais provavelmente do que menos, levará a melhores resultados. Segundo, o *judicial review* é um complemento necessário para o processo democrático de tomada de decisões, este que, por sua vez, é identificado mais imediatamente com a tarefa desempenhada pelas casas do Poder Legislativo, além de ser exposto com maior frequência ao mecanismo de *accountability* titularizado pelos cidadãos. Em suma, o autor afirma que o controle de constitucionalidade pode ser defendido em termos pragmáticos, visto que possibilita melhores resultados, e também como uma questão de princípio, uma vez que reforça o espírito democrático.¹⁴⁶

O principal objetivo do *judicial review*, então, seria institucionalizar uma prática de contestação socrática, pelo meio da qual as decisões tomadas pelas autoridades públicas seriam avaliadas criticamente. Caberia às cortes ponderar se tais decisões foram baseadas em boas ou más razões públicas. Afinal, a legitimidade dessas ações depende da fundamentação que é apresentada por estas autoridades, de forma que as razões subjacentes devem ser minimamente compartilhadas e aceitáveis (e não necessariamente aceitas) pelos cidadãos. A corte constitucional, quando provocada a se manifestar sobre alguma dessas ações, não estaria se substituindo à política eleitoral, mas sim a complementando e, com isso, reforçando os princípios básicos do constitucionalismo liberal democrático.¹⁴⁷

Assim como Sócrates – filósofo que reconhecia que sua verdadeira sabedoria não estava naquilo que sabia, mas sim em *admitir* que não sabia enquanto seus concidadãos *achavam* saber –, os juízes de uma corte constitucional não se diferenciam pelo conhecimento que possuem sobre teorias de justiça ou políticas públicas. A sabedoria não está naquilo que *sabem*, mas sim naquilo que *não sabem*. Ou seja, as cortes desempenham um papel legítimo não porque supostamente sabem mais do que as autoridades públicas sobre determinados assuntos, mas sim porque estão numa posição favorável para fazer perguntas e,

então, do veto presidencial por motivo jurídico). Nada obstante, em cada um desses casos o ônus deliberativo será distinto, bem como os mecanismos deliberativos que serão adotados irão divergir.

¹⁴⁵ KUMM, Mattias. *Institutionalising Socratic Contestation: the rationalist human rights paradigm, legitimate authority and the point of judicial review*. European Journal of Legal Studies, 2007. n.1 v. 2, p. 01 – 32.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 02.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 03 – 04.

assim, inserir essas mesmas autoridades num processo de contestação crítica para, ao final, aferir a consistência e a coerência das razões apresentadas.¹⁴⁸

Kumm, ao defender a posição esboçada acima, não está afirmando que as cortes sempre chegarão a uma decisão correta e irretocável. O autor aduz, tão somente, que as cortes estão numa posição institucional adequada para desempenhar esse papel. Ao mesmo tempo que a prática de contestação socrática se dá num ambiente público e produz uma decisão pública, as garantias institucionais do Poder Judiciário imunizam esse processo (ao menos em teoria) das pressões representadas pela política ordinária.¹⁴⁹

Essa análise judicial, assim, reforça o próprio processo decisório democrático, apontando para as incoerências que podem existir nas decisões tomadas pelas autoridades públicas e que poderiam passar despercebidas pelos cidadãos. Nas palavras de Kumm, “uma vez forçados para dentro do jogo de justificar uma prática através de razões públicas, os participantes são constrangidos a repensar os seus argumentos”.¹⁵⁰ Ao mesmo tempo, saber exatamente qual é o papel das cortes ajuda a avaliar se essas instituições estão desempenhando corretamente suas funções.¹⁵¹

O que interessa da tese de Kumm, que busca justificar o *judicial review* em termos pragmáticos e normativos, é o fato de que a contestação socrática esboçada acima é uma prática eminentemente deliberativa. Assim como as cortes devem fundamentar suas decisões através de razões, conforme a posição de Farejohn e Pasquino, o próprio processo de controle de constitucionalidade se debruça sobre as razões que fundamentam as ações das autoridades públicas. Cabe às cortes, então, fundamentar por qual motivo as razões públicas que sustentam essas ações são ou não justificáveis, e isso é feito de forma deliberativa, seja através do engajamento das autoridades públicas no processo decisório ou do protocolo deliberativo interno que levará à construção de uma decisão colegiada.

Como explica Conrado Hubner Mendes,¹⁵² as cortes constitucionais, compreendidas enquanto “fóruns deliberativos singulares”, formam espaços que “privilegiam o argumento à contagem de votos”, que se caracterizam “pelo esforço

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 13 – 14.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 15 – 16.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 19. Trecho traduzido livremente.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 16 – 18.

¹⁵² MENDES, Conrado Hubner. O projeto de uma corte deliberativa. In: SOUZA, Rodrigo Pagani de et al. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2011.

de persuadir e a abertura de ser persuadido por meio de razões imparciais”.¹⁵³ Existem, nesse contexto, ao menos cinco imagens sobre os limites da atuação de um tribunal que exerce o controle de constitucionalidade: ator de veto, guardião, fórum de princípio, interlocutor institucional e deliberador.

Enquanto ‘ator de veto’, o tribunal estaria inserido num ambiente de separação de poderes, atuando como poder moderador e dando vida à dinâmica de “freios e contrapesos”. Ao ser encarado como um ‘guardião’, o tribunal assumiria o papel de um ‘jugador apolítico’, aplicando a constituição de forma desinteressada. O tribunal ‘fórum de princípio’, ao seu turno, é aquele capaz de decidir através do uso de princípios, garantindo o desenvolvimento de uma cultura de justificação. Já a imagem do ‘interlocutor institucional’ enfrenta o controle de constitucionalidade como apenas mais uma etapa na conversa entre a corte, o legislador e a esfera pública. Por fim, aqueles que encaram o tribunal como ‘deliberador’ se preocupam com o aspecto interno da instituição, afirmando que a deliberação colegiada entre os juízes é uma vantagem que aumenta a probabilidade de alcançar boas respostas.¹⁵⁴

Nas palavras de Mendes, “das imagens mencionadas acima, a última [deliberador] permanece uma das mais atraentes e completas”. Nada obstante, é preciso investigar o significado dessa qualidade institucional, avaliando, então, quais são as práticas e as condutas que devem guiar a deliberação. É dizer, antes é necessário identificar as tarefas a serem desempenhadas por uma corte deliberativa.¹⁵⁵

Assim, o autor identifica três *fases* deliberativas, que correspondem, respectivamente, a três *tarefas* deliberativas de uma corte constitucional. Em um primeiro momento, a corte experimenta a fase pré-decisional, na qual serão congregados os atos de interação entre as partes do processo, interlocutores em geral e a própria instituição. Na fase decisional, que sucede a primeira, os juízes irão interagir entre si, uma vez colhidas as manifestações das partes, para a formulação de uma decisão. Por fim, a terceira fase é denominada de pós-decisional, momento no qual será redigida a decisão colegiada, abarcando, ainda, as reverberações do *decisum* na esfera pública.¹⁵⁶

¹⁵³ *Ibidem*, p. 02.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 03 – 05.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 06.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 06 – 08.

Uma corte só será genuinamente deliberativa, entretanto, quando desempenhar as três tarefas que correspondem às fases deliberativas antes elencadas. Assim, deverá promover verdadeira contestação pública na fase pré-decisional, coletando os argumentos de seus interlocutores, desafiando esses argumentos e demonstrando uma abertura institucional à todos os atores que possam contribuir com o deslinde da discussão.¹⁵⁷

Já na fase decisional, os juízes precisam interagir de forma colegiada. Isso significa entender que a deliberação não é um duelo verbal entre partes antagonistas, mas sim uma atividade comunicativa sincera que visa a melhor decisão possível.¹⁵⁸ A deliberação, assim, nem sempre irá atingir um consenso entre os julgadores. O juiz, entretanto, deve estar aberto à posição de seus pares, incorporando os argumentos dispostos durante a deliberação, seja para aderir ou para discordar. Há, portanto, três forças motrizes do engajamento colegiado: buscar considerar todas as posições coletadas pela corte na primeira fase, tentar atingir a melhor decisão fundamentada plausível e ter como norte o menor dissenso possível (embora o consenso não seja um imperativo).¹⁵⁹

Em um terceiro momento, por ocasião da fase pós-decisional, a tarefa a ser desempenhada é a de redação de uma decisão deliberativa. Trata-se de um documento que consiga traduzir em palavras os compromissos ético-deliberativos assumidos durante a fase decisional. A decisão, além de bem fundamentada, também deve ser de fácil compreensão pelo público externo e demonstrar responsividade. Ainda mais importante, a decisão não pode tratar as partes como perdedoras e vencedoras. Afinal, a posição da corte não é um ponto final, mas apenas mais um ponto que marcará uma discussão potencialmente controversa e que afeta as crenças e as verdades compartilhadas em sociedade. Embora supra-individual e institucional, a decisão escrita pode (e deve) apresentar os dissensos que permaneceram incólumes após a fase decisional.¹⁶⁰

¹⁵⁷ MENDES, Conrado Hubner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 107 – 108.

¹⁵⁸ Como afirma Ian Shapiro em seu texto “*Optimal Deliberation?*”, também citado por Mendes, “*Argument is about winning, which is what lawyers are trained to do. Deliberation is about getting the right answer.*” SHAPIRO, Ian. *Optimal Deliberation?* The Journal of Political Philosophy. v. 10. n. 2. 2002, p. 197.

¹⁵⁹ MENDES, Conrado Hubner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 108 – 109.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 108 – 113.

Em suma, as tarefas básicas de uma corte que se pretenda deliberativa são “promover contestação pública na fase pré-decisional, estimular os juízes numa prática sincera de interação colegiada na fase decisional e redigir uma decisão deliberativa na fase pós-decisional.”¹⁶¹

Partindo da construção esboçada anteriormente, Mendes busca avaliar como as decisões coletivas legítimas são formadas. Nada obstante, como já mencionado, não existe apenas uma forma de deliberação, sendo certo que uma corte pode se diferenciar de outra no que diz respeito às suas práticas internas e, ainda assim, desempenhar as três tarefas deliberativas identificadas.

Assim, como já adiantado nas discussões que permearam o primeiro capítulo, o formato da decisão proferida pela corte pode ser *seriatim* (composta por uma sucessão de votos) ou *per curiam* (quando há uma opinião da corte). Considerando que o estilo argumentativo adotado pode ser classificado como deliberativo ou não deliberativo, tem-se ao todo quatro possibilidades: *seriatim* não deliberativa, *seriatim* deliberativa, *per curiam* não deliberativa e *per curiam* deliberativa.

A *seriatim* não deliberativa é justamente a opção que deve ser evitada por uma corte. Ela representa a antítese do esforço deliberativo. “A instituição é deixada à sombra dos seus membros individuais que, por isso mesmo, tendem a se tornar personalidade públicas, a ser percebidos pelo que pensam individualmente, não pelo que são capazes de produzir em conjunto quando interagem num foro colegiado.”¹⁶² Ou seja, o que é apresentado ao público é uma sucessão de decisões individuais (ou de “votos”) que, embora colocadas lado a lado, não se comunicam. O resultado é uma junção acidentada de tantas razões de decidir quanto forem as decisões individuais redigidas.

3.6. A CAPACIDADE DO STF JUSTIFICAR SUAS DECISÕES DE FORMA DELIBERATIVA E A CRÍTICA DO COLEGIADO DESERTO

¹⁶¹ MENDES, Conrado Hubner. O projeto de uma corte deliberativa. In: SOUZA, Rodrigo Pagani de et al. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 08.

¹⁶² MENDES, Conrado Hubner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 111 – 112.

A crítica do colegiado deserto, considerando o quadro teórico elaborado até aqui, identifica o Supremo como uma corte cujo hábito decisório se aproxima (quase completamente) da *seriatim* não deliberativa.

As sessões de julgamento do STF, ao invés de incorporarem práticas de interação colegiada entre os ministros e promoverem a deliberação na fase decisional, acabam se resumindo à leitura de votos individuais que foram redigidos pelos ministros num momento anterior. Ou seja, o costume é que o ministro do Supremo tome uma decisão sobre determinado caso sem ouvir a opinião de seus pares. Posteriormente, quando reunidos em plenário, essa decisão individual será apresentada aos demais ministros, os quais também, em regra, já terão redigido seus votos individuais. A prática decisional da corte brasileira, portanto, é a completa antítese da tarefa deliberativa de “interação colegiada”.¹⁶³

É preciso considerar, tal como ensina Kornhauser,¹⁶⁴ que o protocolo a ser seguido por juízes que estão decidindo *juntos* é distinto do protocolo que se aplica no caso de um juiz que está decidindo *sozinho*. Ou seja, em uma corte colegiada, como é o caso do STF, não podem os juízes decidirem um caso tal como se estivessem solucionando um problema isoladamente – afinal, ao assim procederem, estão considerando apenas as leituras individuais que fazem dos fatos e dos argumentos apresentados nos autos. O Supremo, enquanto corte constitucional, foi arquitetado para funcionar como um órgão colegiado, e não como uma bancada de onze juízes titulares de suas respectivas varas. O protocolo de “decidir sozinho”, uma vez inserido nesse contexto institucional específico, acaba minando o objetivo de “construir decisões consistentes e coerentes durante o tempo.”¹⁶⁵

Nada obstante, não é apenas a fase decisional do STF que deixa a desejar. A corte de cúspide do Judiciário brasileiro também encontra problemas ao incentivar a contestação pública na fase pré-decisional e está distante de redigir decisões deliberativas durante a fase pós-decisional. Embora existam instrumentos à disposição do Supremo para que possa convocar atores para participar do seu processo decisório, como é o caso das audiências públicas e dos *amici curiae*, o

¹⁶³ É preciso considerar que esse argumento se aplica principalmente quando questões controvertidas são apresentadas à corte, sendo relativizado nos demais casos.

¹⁶⁴ KORNHAUSER, Lewis A. *Deciding Together*. New York University Law and Economics Working Papers. n. 358. 2013, p. 01 – 19.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 09.

tribunal, nas palavras de Hubner Mendes, “ainda não demonstra interesse em escutar e, muito menos, em responder (seja para concordar ou para discordar)”.¹⁶⁶

No mesmo sentido, como já mencionado anteriormente, Miguel Gualano de Godoy conclui que, embora os *amici curiae* e as audiências públicas efetivamente influenciem a formação dos votos dos ministros da corte – relativizando, assim, a crítica esposada por Mendes –, “a forma como tem se dado a utilização desses instrumentos, bem como a performance deliberativa do Supremo Tribunal Federal, precisa ser aprimorada”.¹⁶⁷

No que diz respeito ao processo de redação das decisões do Supremo, nada parece mais claramente anti-deliberativo do que o hábito de publicar todos os votos individuais dos ministros que participaram do quórum de julgamento, compondo longos acórdãos que comumente somam centenas de páginas. Esses votos, como já mencionado anteriormente, não dialogam entre si e formam verdadeiras “colchas de retalho”, o que dificulta o trabalho de leitura e interpretação das razões de decidir. Ademais, a linguagem utilizada tende a ser demasiadamente técnica, incompreensível para o cidadão comum e, quiçá, até mesmo para a mídia e demais autoridades públicas.

Parece importar mais para um ministro do STF registrar sua opinião nos autos do que ouvir seus pares e, quando preciso, incorporar os contra-argumentos apresentados. Daí o motivo dos votos individuais, principalmente quando da apreciação de questões de alta voltagem política, serem longos e repetitivos. Ao invés dos ministros identificarem os principais argumentos a favor e contra uma determinada posição de forma deliberativa, uma vez reunidos em plenário se fazem surdos uns aos outros e apenas aguardam o momento de leitura de seus votos. Em suma, “o STF cultiva e premia a emissão de ‘opiniões fortes’, que resistem, por princípio, ao contra-argumento para evitar qualquer sinal de fraqueza moral e intelectual.”¹⁶⁸

Comentando sobre essa situação, o ministro Marco Aurélio foi incisivo ao afirmar que antes era praxe no tribunal apenas o relator do processo levar seu voto por escrito para ler durante a sessão. Hoje, entretanto, todos os ministros vão para a

¹⁶⁶ MENDES, Conrado Hubner. O projeto de uma corte deliberativa. In: SOUZA, Rodrigo Pagani de *et al.* Jurisdição Constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 18.

¹⁶⁷ GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 200.

¹⁶⁸ MENDES, Conrado Hubner. O projeto de uma corte deliberativa. In: SOUZA, Rodrigo Pagani de *et al.* Jurisdição Constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 19.

sessão de julgamento com seus votos já redigidos e não abrem mão da oportunidade de lê-los em plenário. Para o ministro, “isso criou um sistema com um relator e nove revisores.”¹⁶⁹

Uma corte que leva em conta a eficiência como princípio regente de sua atuação certamente evitaria a prática denunciada por Marco Aurélio. O fato do Supremo fazer exatamente o contrário, redobrando o trabalho de seus membros, é mais um sinal do individualismo que acomete a corte, há muito fragmentada pela desconfiança entre os ministros. A atividade decisória do STF, como resultado desse fenômeno, é dispersada entre os onze gabinetes, e não mais concentrada no plenário do tribunal.

Essa prática acaba esvaziando não só o conceito de deliberação, mas também o de colegialidade. Segundo Virgílio Afonso da Silva, supremas cortes e cortes constitucionais são órgãos colegiados por definição, ao menos no sentido de que as suas decisões são tomadas pelos juízes de forma conjunta. Colegialidade, entretanto, não é sinônimo de inexistência de desentendimentos. Para o autor, a colegialidade, dentre outros aspectos, implica na disposição de trabalhar como um time, na ausência de hierarquia entre os juízes e seus argumentos, na aptidão para ouvir os argumentos expostos pelos colegas, na cooperação durante o processo decisório, no respeito mútuo entre os juízes e na disposição de falar como uma instituição, e não como uma mera soma de indivíduos. A colegialidade, nesses termos, é uma condição da deliberação, de forma que quanto mais elementos de colegialidade estiverem presentes numa corte, maior será seu potencial deliberativo.¹⁷⁰

Como explica Hubner Mendes, transformar um tribunal de solistas, que se recusam a falar na primeira pessoa do plural, em um tribunal de deliberadores exige mais do que meras reconfigurações procedimentais – é preciso, acima de tudo, que os ministros “entendam e valorizem o espírito da deliberação”.¹⁷¹ Em outras palavras, é preciso que os ministros incorporem os aspectos da colegialidade delineados anteriormente.

¹⁶⁹ CANÁRIO, Pedro. Demanda sem fim: “é desumano julgar 100 processos por semana”. Texto publicado no site CONJUR em 24 de novembro de 2013. Acesso em 27 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-24/entrevista-marco-aurelio-ministro-stf-presidente-tse>.

¹⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without Deliberating*. International Journal of Constitutional Law. ICON v. 11. July 2013, p. 565 – 566.

¹⁷¹ MENDES, Conrado Hubner. O projeto de uma corte deliberativa. p. 20.

De forma a avaliar como os próprios ministros encaram essa situação, Afonso da Silva buscou compreender, através de entrevistas, qual é opinião dos membros atuais e passados do STF sobre o modelo deliberativo da corte brasileira e sobre a performance deliberativa de seus pares e deles mesmos.¹⁷²

Quando perguntados sobre a sessão de *juízo* ser ou não uma sessão de *deliberação*, muitos ministros mencionaram o artigo 135 do regimento interno do Supremo. Segundo este dispositivo, os votos individuais só serão colhidos pelo presidente do tribunal uma vez “concluído o debate oral”. A maioria, partindo de suas percepções individuais, acreditam que as sessões de juízo são sim deliberativas, citando, por exemplo, a possibilidade de discutir e trocar ideias, complementando uns aos outros.¹⁷³

Sobre a atividade de buscar a construção de consenso durante o desenvolvimento do processo decisório no tribunal, alguns ministros consideraram que isso sequer deveria existir. Outros, ao seu turno, acreditam que embora seja uma tarefa legítima, não há um ambiente propício para isso no STF. Para a maioria dos ministros aposentados, ainda, a falta de compromisso com a busca do consenso não é uma desvantagem a ser superada, mas antes um sinal de respeito às posições individuais dentro do Supremo.¹⁷⁴

Em seguida, ao serem questionados a respeito da colegialidade no tribunal, os ministros ainda em atividade afirmaram que o ambiente no qual estão inseridos não avança os elementos da colegialidade, ao passo que os ministros aposentados demonstraram percepção antagônica, afirmando que há (ou pelo menos havia) colegialidade no STF. Os ministros aposentados, ainda, perceberam a mudança enfrentada pela corte nos últimos anos, sendo que um deles chegou a dizer que “[os ministros] começaram a bater na pessoa [...]. Ao invés de atacarem os argumentos, passaram a atacar a pessoa. Isso começou a criar discórdia [...]. Eu estive lá recentemente, um fala do outro, reclamam, ‘eu fui tratado com desrespeito’, isso e aquilo.” Todos os ministros aposentados disseram que há uma mudança clara no sentido da diminuição da colegialidade no Supremo.¹⁷⁵

A colegialidade, como já mencionado, envolve a disposição de trabalhar em equipe, de ouvir os argumentos dos colegas e estar aberto a ser convencido por

¹⁷² SILVA, Virgílio Afonso da. *Do We Deliberate? If So, How?* European Journal of Legal Studies. v. 09. n. 02. 2017, p. 209 – 240.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 218 – 221.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 231 – 235.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 235 – 238.

eles, além de buscar a construção de uma decisão que fale pela instituição, e não pelos indivíduos. Os ministros, entretanto, disseram que quase nunca mudam de opinião após ouvirem seus pares. Dentre os entrevistados, apenas um admitiu que já havia reconsiderado suas posições, mas apenas em “matéria penal”, já que nesse assunto era “mais severo que seus colegas.”¹⁷⁶

A conclusão de Afonso da Silva, traçada a partir dessa série de entrevistas, é curiosa: embora os ministros estejam satisfeitos com as práticas deliberativas do Supremo, há um consenso de que falta colegialidade na corte ou, ainda que não admitam essa patologia institucional, suas respostas indicam uma aversão às características fundantes do conceito de colegialidade. Como explica o autor, o STF é um órgão colegiado, mas isso não significa que há colegialidade na corte brasileira. Do ponto de vista deliberativo, então, a falta de colegialidade é fatal, visto que, como já identificado acima, há uma relação de pressuposição entre os dois conceitos.¹⁷⁷

Os poderes individuais identificados no segundo capítulo deste trabalho são sintomas (e ao mesmo tempo causas) desse quadro de desgaste da colegialidade no Supremo. Ao concederem entrevistas criticando seus pares (dentre outras manifestações públicas), pedindo vista dos autos para modular o *timing* das decisões do tribunal, muitas vezes quando o resultado do processo já é certo, e, ainda, proferindo decisões monocráticas cujos efeitos acabam se eternizando e alterando definitivamente o *status quo* político e social, os ministros assumem o papel de coveiros da colegialidade e, conseqüentemente, da deliberação no STF.

Não há disposição para trabalhar em equipe quando um ministro pode decidir monocraticamente e não liberar o processo para julgamento em plenário. Não há cooperação no processo decisório quando outro ministro pode pedir vista dos autos a qualquer momento, retirando o processo do alcance das interferências legítimas dos demais julgadores. Não há respeito mútuo quando um terceiro ministro não hesita em expressar sua insatisfação com o comportamento de outro colega publicamente, assunto esse que é eminentemente intramuros. Em suma, não há disposição de falar como uma instituição quando todos os onze ministros usam e abusam de seus poderes individuais.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 238 – 239.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 235; 239 – 240.

Como afirma Barroso, em excerto que foi apresentado no início do presente capítulo, “a eventual incapacidade de justificar suas decisões ou de ser compreendido retiraria o acatamento e a legitimidade do Tribunal”.¹⁷⁸ Mais uma vez, a crítica do colegiado deserto, traçada ao longo desta monografia a partir do quadro empírico que identifica o Supremo como uma órgão fragmentado, afirma que isso já ocorreu. Ou seja, o STF já perdeu sua capacidade de justificar suas decisões de forma coerente e há muito deixou de ser compreendido por seus interlocutores e pela sociedade em geral.

Enquanto a realidade do colegiado deserto persistir, não há como justificar a legitimidade da corte brasileira em termos deliberativos. Veja-se, entretanto, que não basta superar as mazelas representadas pelos poderes individuais para que o tribunal deixe de ser composto por solistas e passe a ser residido por deliberadores. Em que pese este ser um importante primeiro passo, para que o Supremo realmente supere a falta de colegialidade é preciso mais que rearranjos procedimentais; é preciso, finalmente, que os ministros mudem seus hábitos decisórios e compreendam o valor da deliberação para a consolidação da autoridade do tribunal.

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 46.

CONCLUSÃO: UM OÁSIS EM MEIO AO DESERTO

“Por não conseguir encarnar o papel de árbitro,
o tribunal tornou-se partícipe da crise” –
Conrado Hubner Mendes¹⁷⁹

Embora os poderes individuais analisados no decorrer do segundo capítulo deste trabalho possam ser exercidos em qualquer dimensão do rol de competências institucionais e jurisdicionais concentradas pelo Supremo, as maiores dificuldades enfrentadas pela teoria constitucional contemporânea aparecem durante o exercício da jurisdição constitucional e a conseqüente discussão sobre a legitimidade do tribunal para desempenhar o seu papel de guarda precípua da Constituição.

Um Supremo individual desafia as premissas do controle de constitucionalidade. Diversas são as tentativas de justificar o judicial review em termos teóricos, harmonizando o instituto frente ao Estado Democrático de Direito. Nada obstante, como se pretendeu demonstrar ao longo do terceiro capítulo deste trabalho, três das correntes mais influentes do constitucionalismo moderno apresentam requisitos que o STF não consegue cumprir.

Em primeiro lugar, o Supremo não está engajado num diálogo institucional apto a desconstruir a ideia de supremacia judicial no Brasil. O tribunal “dialoga” com as demais instituições e com o povo a partir das preferências individuais de seus ministros – o que significa dizer que não há diálogo algum, já que inexistente uma instituição capaz de se relacionar com os demais autores de forma coerente e estável. Resta, conforme alertamos, uma supremacia fragmentada, dividida entre os onze ministros na forma dos poderes individuais.

Em segundo lugar, o Supremo acaba por se distanciar dos cidadãos, isolando o tribunal em relação à sua receptividade às críticas legítimas do povo. Isso acaba minando a relação de confiança da população no próprio direito constitucional. A Constituição vai perdendo sua autoridade e passa a ser encarada como um documento frívolo cujo conteúdo é definido de forma aleatória a depender do ministro que tiver a oportunidade de se manifestar mais incisivamente.

¹⁷⁹ MENDES, Conrado Hubner. Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP. Texto publicado no jornal Folha de S. Paulo em 28 de janeiro de 2018. Acesso em 10 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>.

Em terceiro e último lugar, o Supremo foi criado para funcionar como um colegiado de ministros que deliberam entre si para atingir a melhor decisão que solucionará o caso apresentado à corte. Nada obstante, o tribunal, através das atitudes egocêntricas e avessas ao espírito da colegialidade de seus ministros, distorceu esta imagem (de órgão deliberativo) e tornou letra morta tanto o conceito de colegialidade quanto o conceito de deliberação.

Em suma, o STF assumiu, vacilante, o papel de ser seu próprio pior inimigo. Como escrito na epígrafe desta conclusão, nas palavras de Hubner Mendes, o tribunal, que deveria ajudar na manutenção do equilíbrio entre os poderes, tornou-se partícipe da crise política que dominou e paralisou o Brasil nos últimos anos. O Supremo, por ser incapaz de lidar com suas próprias disfuncionalidades internas, acaba transmitindo seus defeitos e inseguranças para a arena política e, conseqüentemente, para a sociedade civil em geral.

Embora o Ministro Barroso tenha tentado minimizar as críticas tecidas por Hubner Mendes, citando diversas decisões importantes do tribunal, muitas das considerações feitas pelo segundo sobrevivem intactas às ponderações apresentadas pelo primeiro.¹⁸⁰ O motivo é simples: os acertos históricos do Supremo são importantes, mas insuficientes para justificar o individualismo que criou raízes em seu processo decisório.

O STF deveria segundo os preceitos da colegialidade – esta é sua vocação. Essa escolha foi reafirmada ao longo dos anos e também encontrou seu lugar na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A corte, através da atuação individualista de seus ministros, distorceu essa imagem e deu causa aos problemas identificados neste trabalho.

As críticas traçadas por alguns autores brasileiros, embora possam parecer até mesmo exageradas, são necessárias para denunciar os defeitos do Supremo para a sociedade e para seus próprios ministros. Apenas uma autorreflexão poderá salvar a mais alta corte do judiciário brasileiro. Em outras palavras, o tribunal deve ser colocado diante do espelho.¹⁸¹ Esse é o oásis em meio ao deserto: a promoção

¹⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. 'Operação Abafa' tenta barrar avanços do STF. Texto publicado no jornal Folha de S. Paulo em 28 de fevereiro de 2018. Acesso em 04 de março de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml>.

¹⁸¹ MENDES, Conrado Hubner. O STF diante do espelho. Texto publicado na revista Quatro Cinco Um em 28 de fevereiro de 2018. Acesso em 04 de março de 2018. Disponível em: <http://www.arevistadoslivros.com.br/conteudos/visualizar/O-STF-diante-do-espelho>.

de uma consciência colegiada entre os ministros, fazendo prevalecer a primeira pessoa do plural em detrimento da primeira pessoa do singular.

REFÊRENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ANJOS, Anna Beatriz. Vai ter bolo! Pedido de vista de Gilmar Mendes completa um ano. Matéria publicada na Revista Fórum em 02 de abril de 2015. Acesso em 25 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.revistaforum.com.br/vai-ter-bolo-pedido-de-vista-de-gilmar-mendes-completa-um-ano>

ARCHEGAS, João Victor. A teoria das personalidades constitucionais: possíveis aplicações para o estudo da jurisdição constitucional brasileira. Anais da XIX Jornada de Iniciação Científica, Curitiba, v.1, n. 8, p. 71 – 92.

ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. Editorial, Revista de Direito Administrativo. v. 250. 2009. p. 5 – 12.

_____, Diego Werneck. HARTMANN, Ivar A. *Timing Control without Docket Control*: how individual justices shape the Brazilian Supreme Court's agenda. Journal of Law and Courts. v. Spring, 2017. p. 105 – 140.

_____, Diego Werneck. HARTMANN, Ivar A. A Monocratização do STF: Tribunal delega cada vez mais poder para decisões individuais em ADIs e ADPFs. Texto publicado no JOTA em 03 de agosto de 2015. Acesso em 25 de setembro de 2017. Disponível em: <https://jota.info/artigos/a-monocratizacao-do-stf-03082015>.

_____, Diego Werneck. OLIVEIRA, Fabiana Luci de. RIBEIRO, Leandro Molhano. Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. Direito, Estado e Sociedade. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, n. 40, jan./jun. 2012, p. 35 – 64.

_____, Diego Werneck. RECONDO, Felipe. Onze supremos e votos vencidos: dois fenômenos distintos. Texto publicado no JOTA em 27 de outubro de 2017. Acesso em 06 de novembro de 2017. Disponível em: <https://jota.info/artigos/onze-supremos-e-votos-vencidos-dois-fenomenos-distintos-27102017>

_____, Diego Werneck. RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. Direito, Estado e Sociedade. n. 46. jan/jun 2015. p. 121 a 155.

_____, Diego Werneck. RIBEIRO, Leandro Molhano. “Ministrocracia”? O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. Artigo pendente de publicação.

_____, Diego Werneck. RIBEIRO, Leandro Molhano. ‘*The Court, It is I?*’ Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory. *Global Constitutionalism: Human Rights, Democracy and the Rule of Law*. v. 07. n. 02. jul. 2018. p. 236 – 262.

_____, Diego Werneck. LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 06 – 50, 2011.

BAILEY, Michael A; MALTZMAN, Forrest. *The Constrained Court: law, politics, and the decisions justices make*. Princeton: Princeton University Press, 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial das políticas públicas. *Revista Direito GV São Paulo*. v. 8. n. 1. jan./jun. 2012. p. 59 – 86.

BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília*, v. 5, Número Especial, 2015, p. 24 – 51.

_____, Luís Roberto. REGO, Frederico Montedonio. Balanço de dez anos da repercussão geral. Texto publicado no portal JOTA em 07 de fevereiro de 2018. Acesso em 06 de março de 2018. Disponível em:
<https://www.jota.info/especiais/balanco-de-dez-anos-da-repercussao-geral-07022018>

_____, Luís Roberto. ‘Operação Abafa’ tenta barrar avanços do STF. Texto publicado no jornal Folha de S. Paulo em 28 de fevereiro de 2018. Acesso em 04 de março de 2018. Disponível em:
<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml>

BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. *Brooklyn Law Review*. v. 71. n. 3. 2006, p. 1109 – 1180.

BINENBOJM, Gustavo. A Justiça na TV. Texto publicado no jornal Folha de S. Paulo em 02 de maio de 2009. Acesso em 06 de fevereiro de 2018. Disponível em:
<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0205200909.htm>

BURKE, Edmund. *The evils of revolution*. Londres: Penguin Books, 2008.

_____, Edmund. *Reflections on the revolution in France*. Londres: Penguin Books, 2004.

CANÁRIO, Pedro. Demanda sem fim: “é desumano julgar 100 processos por semana”. Texto publicado no site CONJUR em 24 de novembro de 2013. Acesso em 27 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-24/entrevista-marco-aurelio-ministro-stf-presidente-tse>

CASADO, Letícia. Gilmar diz que prisão em segunda instância não é obrigatória. Texto publicado no jornal Folha de S. Paulo em 04 de dezembro de 2017. Acesso em 22 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/12/1940449-gilmar-diz-que-prisao-em-segunda-instancia-nao-e-obrigatoria.shtml>

DAHL, Robert A. *A constituição norte-americana é democrática?* Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015.

FALCÃO, Joaquim. HARTMANN, Ivar A. CHAVES, Vitor P. III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014, p. 89 – 100.

FALCÃO, Márcio. Entidades: Fux só liberou associações a favor de auxílio-moradia em julgamento. Texto publicado no portal JOTA em 02 de março de 2018. Acesso em 05 de março de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/entidades-fux-so-liberou-associacoes-favor-de-auxilio-moradia-em-julgamento-02032018>

_____, Márcio. Fux: Projeto que proíbe liminar em ADI e ADPF é tentativa de engessar o Judiciário. Texto publicado no portal JOTA em 02 de agosto de 2018. Acesso em 06 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/fux-projeto-que-proibe-liminar-em-adi-e-adpf-e-tentativa-de-engessar-judiciario-02082018>

FAREJOHN, John. PASQUINO, Pasquale. *Constitutional Courts as Deliberative Institutions: towards an institutional theory of constitutional justice*. In: SADURSKI, Wojciech. *Constitutional Justice, East and West*. Haia: Kluwer Law International, 2002, p. 21 – 36.

FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____, Miguel Gualano de. CHUEIRI, Vera Karam de. *Marbury versus Madison: uma leitura crítica*. Curitiba: Juruá, 2017.

KORNHAUSER, Lewis A. *Deciding Together*. New York University Law and Economics Working Papers. n. 358. 2013, p. 01 – 19.

KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 09 – 34.

KLARMAN, Michael J. *From the closet to the altar: courts, backlash, and the struggle for same-sex marriage*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

KUMM, Mattias. *Institutionalising Socratic Contestation: the rationalist human rights paradigm, legitimate authority and the point of judicial review*. European Journal of Legal Studies, 2007. n.1 v. 2, p. 01 – 32.

LEAL, Fernando. Até que ponto é possível legitimar a jurisdição constitucional pela racionalidade? Uma reconstrução crítica de “A razão sem voto”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena. GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, p. 108 – 140.

LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Soberania nacional e ativos estratégicos. Artigo publicado no jornal Folha de S.Paulo em 27 de junho de 2018. Acesso em 06 de agosto de 2018. Disponível em:
<https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2018/06/ricardo-lewandowski-soberania-nacional-e-ativos-estrategicos.shtml?loggedpaywall>

LOSEKANN, Marcos. Cármen Lúcia diz que prisão após condenação em segunda instância não voltará à pauta do STF. Texto publicado no portal G1 em 30 de janeiro de 2018. Acesso em 22 de fevereiro de 2018. Disponível em:
<https://g1.globo.com/politica/noticia/carmen-lucia-diz-que-prisao-apos-julgamento-em-segunda-instancia-nao-voltara-a-pauta-do-stf.ghtml>

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 195.

MENDES, Conrado Hubner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2012

_____, Conrado Hubner. O projeto de uma corte deliberativa. In: SOUZA, Rodrigo Pagani de *et al.* Jurisdição Constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 53 – 74.

_____, Conrado Hubner. Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP. Texto publicado no jornal Folha de S. Paulo em 28 de janeiro de 2018. Acesso em 10 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>

_____, Conrado Hubner. O STF diante do espelho. Texto publicado na revista Quatro Cinco Um em 28 de fevereiro de 2018. Acesso em 04 de março de 2018. Disponível em: <http://www.arevistadoslivros.com.br/conteudos/visualizar/O-STF-diante-do-espelho>

MENGARDO, Bárbara. Ação popular questiona demora de Toffoli em devolver pedido de vista. Texto publicado no portal JOTA em 21 de fevereiro de 2018. Acesso em 21 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/acao-popular-questiona-demora-de-toffoli-em-devolver-pedido-de-vista-21022018>

MOUFFE, Chantal. *The democratic paradox*. London: Verso, 2009.

PONTES, Felipe. Celso de Mello defende que plenário discuta prisão após segunda instância. Texto publicado no portal Brasil 247 em 21 de fevereiro de 2018. Acesso em 22 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.brasil247.com/pt/247/poder/343426/Celso-de-Mello-defende-que-plenário-discuta-prisão-após-segunda-instância.htm>

POST, Robert C. SIEGEL, Reva B. *Democratic Constitutionalism*. In: BALKIN, Jack. SIEGEL, Reva B. (Orgs.). *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 25 – 34.

_____, Robert C. SIEGEL, Reva B. *Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash*. *Harvard Civil-Rights and Civil-Liberties Law Review*. v. 42, p. 373 – 433, 2007.

RAMALHO, Renan. Ministros Barroso e Gilmar Mendes trocam acusações durante sessão do STF. Texto publicado no portal G1 em 26 de outubro de 2017. Acesso em 10 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/ministros-barroso-e-gilmar-mendes-trocam-acusacoes-durante-sessao-do-stf.ghtml>

SALGADO, Eneida Desiree. ARCHEGAS, João Victor. Fux e a inconstitucionalidade flutuante: o financiamento de campanhas políticas. Texto publicado no site

Justificando em 25 de agosto de 2017. Acesso em 22 de fevereiro de 2018.
Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/08/25/fux-e-inconstitucionalidade-flutuante-questao-do-financiamento-de-campanhas-politicas/>

SHAPIRO, Ian. *Optimal Deliberation?* The Journal of Political Philosophy. v. 10. n. 2. 2002, p. 197.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without Deliberating*. International Journal of Constitutional Law. ICON v. 11. July 2013, p. 557 – 584.

_____, Virgílio Afonso da. *Do We Deliberate? If So, How?* European Journal of Legal Studies. v. 09. n. 02. 2017, p. 209 – 240.

_____, Virgílio Afonso da. MENDES, Conrado Hubner. Entre transparência e o populismo judicial. Texto publicado no jornal Folha de S. Paulo em 11 de maio de 2009. Acesso em 06 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1105200908.htm>

SILVA, Irapuã Santana do Nascimento da. LANDAU, Elena. O direito de privatizar e a liminar do ministro Lewandowski. Texto publicado no portal CONJUR em 10 de julho de 2018. Acesso em 06 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-10/opiniao-direito-privatizar-liminar-ministro-lewandowski>

SUNSTEIN, Cass R. *#Republic: divided democracy in the age of social media*. Princeton: Princeton University Press, 2017, p. 59 – 97.

_____, Cass R. *Constitutional Personae*. New York: Oxford University Press, 2015, p. 67 – 108.

_____, Cass R. *Burkean minimalism*. Michigan Law Review, v. 105, n. 2, p. 353 – 408, 2006

_____, Cass R. VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. Michigan Law Review, v. 101, p. 885 – 951, 2003.

_____, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

_____, Cass R. *The law of group polarization*. Chicago: John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 91, 1999.

TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

_____, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review*. Revista de Investigações Constitucionais do NINC – UFPR. v. 01. n. 03. 2014, p. 59 – 90.

VELLOSO, Carlos. A TV Justiça e o seu papel. Texto publicado no jornal Folha de S. Paulo em 02 de maio de 2009. Acesso em 06 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0205200908.htm>

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. Tempo Social, revista de sociologia da USP. v. 19. n. 2. nov. de 2007. p. 39 – 85.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista Direito GV. vol. 4. n. 2. São Paulo, 2008. p. 441 – 463.

_____, Oscar Vilhena. Quem impedirá o STF de se tornar um inimigo da Constituição? Texto publicado no jornal Folha de S. Paulo em 23 de dezembro de 2017. Acesso em 10 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2017/12/1945603-quem-impedira-o-stf-de-se-tornar-um-inimigo-da-constituicao.shtml>

VOJVODIC, Adriana de Moraes. MACHADO, Ana Mara França. CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. Revista Direito GV. vol. 5. n. 1. São Paulo, 2009. p. 21 – 44.

WHITTINGTON, Keith E. *Political Foundations of Judicial Supremacy: the presidency, the supreme court and constitutional leadership in U.S. history*. Princeton: Princeton University Press, 2009.