



Pedro Renó Gama

**CONSTRUÇÕES ARGUMENTATIVAS, DELIMITAÇÃO DE
COMPETÊNCIAS E LEGITIMAÇÃO: os distintos papéis
que o STF se atribui nos casos paradigmáticos
relacionados à organização e funcionamento do
Poder Legislativo**

**Monografia apresentada
à Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP,
sob a orientação da
Professora Maria Isabela
Haro Meloncini.**

**São Paulo
2016**

Resumo: A monografia se insere no debate entre democracia e constitucionalismo, mais especificamente para tratar da relação entre a revisão judicial e o Poder Legislativo no Brasil. Para isso, centrei-me na análise das funções que o Supremo Tribunal Federal se atribui nos casos paradigmáticos relacionados à organização e funcionamento do Poder Legislativo, procurando compreender como a corte delimita e legitima sua atuação a partir dos argumentos apresentados em suas decisões. Desenvolvi, para tanto, um modelo de análise dos argumentos dos ministros, tentando classificar os papéis que estes acreditam que o STF deve desempenhar ao julgar tais decisões. Cheguei, por meio deste modelo, a quatro categorias centrais de análise: o Papel Moderador, o Papel Modelador, o Papel Contramajoritário e o Papel Modulador. Cada uma destas categorias expõe perspectivas distintas de atuação da corte, embora se inter-relacionem e se complementem. A partir do desenvolvimento destas categorias, percebi como a ideia-comum de que o STF deve ser o “Guarda da Constituição Federal” e o detentor de sua “última palavra” esconde uma série de debates que perpassam pela própria corte. Ademais, a justificativa da corte como melhor espaço de deliberação para certas ocasiões, a separação dos poderes, e o diálogo institucional são temas de difícil conceituação e alta relatividade na argumentação dos ministros, mas que legitimam de distintas formas as funções e os limites do STF no arranjo institucional brasileiro.

Acórdãos citados: ADC 29/DF, ADC 30/DF, ADI 4.578/DF, ADI 4.029/DF, AgRg no MS 31.816, AgRg no MS 32.033, ADI 4.5437, ADI 4.947, ADI 5.020, ADI 5.028, ADI 5.130, ADC 33, Rcl 4.335, ADI 5.081, ADI 4.650, ADI 5.105, ADI 5.127, e MC na ADPF 378.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; papéis/funções; argumentação; legitimidade; separação de poderes; deliberação interinstitucional;

Abreviaturas

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgRg – Agravo Regimental

AP – Ação Penal

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

MC – Medida Cautelar

Min. – Ministro

MS – Mandado de Segurança

Nº - Número

PL – Projeto de Lei

Rcl. – Reclamação

Rel. – Relatoria

SBDP – Sociedade Brasileira de Direito Público

STF – Supremo Tribunal Federal

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

Agradecimentos

Dos raros sentimentos desinteressados que presenciei acerca de mim, o amor e carinho dos meus pais são com certeza os mais fortes que já pude experimentar. A meu pai e a minha mãe, o meu profundo e indescritível agradecimento por todo apoio e companhia. Obrigado por serem parte de mim.

Agradeço aos meus amigos itajubenses por estarem sempre comigo, mesmo que nossos rumos sigam por estradas diferentes. Obrigado por me fazerem compreender que os laços mais fortes não se arrebatam com a distância.

Agradeço aos meus amigos que conheci em São Paulo por me fazerem aprender a lidar com essa nova vida, por desbravarem comigo novas realidades, novos mundos, novos horizontes. Obrigado por me cederem as mãos nesse caos fascinante de São Paulo.

Agradeço a todos os professores que tive durante a vida por me fazerem enxergar o mundo sempre com lentes diferentes. A cada novo olhar, uma nova admiração.

Agradeço a minha orientadora, Professora Maria Isabela Meloncini, por toda atenção dedicada a mim e a meu trabalho. Obrigado pela convivência rica, pelos comentários, reflexões e discussões que tanto contribuíram para o meu amadurecimento e de minha pesquisa. Recordarei sempre de suas orientações, acadêmicas ou não.

Agradeço ainda a toda coordenação e colegas de turma da Escola de Formação. Aprender um pouco sobre Direito com vocês tornou-se aprender muito sobre a vida.

Sumário

Parte I: Introdução, Metodologia e Descrição dos Casos

1. Introdução.....	7
1.1. Apresentação do tema, objeto e justificativa da pesquisa:	7
1.2. Pergunta de Pesquisa e Hipótese	12
1.3. Pressupostos teóricos e definições dos termos	14
1.4. O que são papéis do STF?.....	18
1.5. Organização do trabalho.....	19
2. Metodologia	21
2.1. Seleção do Universo de Análise	21
2.1.1. A fonte de pesquisa.....	21
2.1.2. A escolha de casos paradigmáticos.....	22
2.1.3. A escolha das listas publicadas pelo <i>Consultor Jurídico</i>	22
2.1.4. O recorte de casos ligados ao funcionamento do Poder Legislativo	26
2.1.5. Recorte de casos ligado a julgamentos feitos por plenário	29
2.1.6. Acréscimo da ADI 5105	30
2.1.7. O universo de casos selecionados	32
2.2. Categorias de análise: Papéis do STF	33
2.2.1 O processo de criação das categorias de análise: As perspectivas de análise dos acórdãos.	33
2.2.2 As categorias de análise adotadas: das Categorias Caso-a-Caso para as Categorias Gerais	39
2.2.3. Observações sobre as categorias criadas	45
2.2.4 Análise do Supremo Tribunal Federal ou de suas “11 ilhas”?.....	46

2.2.5 Resumo do processo de criação das categorias de análise	48
3. Descrição dos casos analisados	51
Parte II: Os Papéis do STF - Atuação, legitimidade e limites da corte no processo deliberativo interinstitucional	77
4. Papel Moderador	78
4.1. Arbitrar situações de interferência unilateral: Caso Impeachment	79
4.2. Regular o processo legislativo: Caso Contrabando Legislativo, Caso Veto Presidencial, Caso Chico Mendes.....	83
4.3. Delimitar competências: Caso Número de Deputados.....	88
5. Papel Modelador	91
5.1. Sistema Eleitoral-Partidário/Sistema político: Caso Financiamento de Campanha, Caso Fidelidade Partidária, Caso Ficha Limpa, Caso Número de Deputados, Caso Voto Impresso, Caso Perda de Mandato, e Caso Criação de Partidos.....	94
5.2. Sistema Deliberativo dos Poderes: Caso Contrabando Legislativo, Caso Veto Presidencial, Caso Chico Mendes, Caso Perda de Mandato, e Caso Impeachment.....	109
5.3. Sistema de Controle de Constitucionalidade: Caso Senado e Controle de Constitucionalidade, Caso Controle Preventivo de Constitucionalidade, e Caso Criação de Partidos	115
5.4. Conclusões gerais do Poder Modelador:.....	121
6. Papel Contramajoritário: Caso Criação de Partidos, Caso Ficha Limpa, Caso Controle Preventivo de Constitucionalidade, Caso Financiamento de Campanha, e Caso Veto Presidencial.....	123
7. Papel Modulador: Caso Contrabando Legislativo, Caso Chico Mendes, Caso Veto Presidencial, e Caso Número de Deputados...	131
8. Considerações Finais	142
8.1. Retomada dos capítulos anteriores	142
8.2. Conclusões Gerais: As categorias de análise e os papéis do STF	143

8.3. Outras Conclusões: Legitimidade, limites de atuação e separação dos poderes	147
a) O STF como melhor espaço de deliberação I: Legitimação pela posição de neutralidade	148
9. Referências.....	154
<u>Anexo I – Listas para seleção de casos.....</u>	<u>157</u>
<u>Anexo II – Breve explicação sobre os julgados</u>	<u>163</u>

Parte I: Introdução, Metodologia e Descrição dos Casos

1. Introdução

1.1. Apresentação do tema, objeto e justificativa da pesquisa:

“É que uma Constituição, nós bem sabemos, tem dois papéis centrais: assegurar as regras do jogo democrático, e, portanto, o governo da maioria; e preservar os Direitos Fundamentais, inclusive os Direitos Políticos”¹.

A frase, pronunciada pelo ministro Luís Roberto Barroso em seu voto na ADI 4650 – relativa às doações para financiamento de campanhas eleitorais -, sintetiza de maneira didática um dos grandes desafios da história do constitucionalismo democrático: assegurar o governo da maioria e, ao mesmo tempo, preservar os Direitos Fundamentais.

Por trás deste desafio, há ainda outra importante discussão, que questiona qual seria o arranjo institucional ideal entre os poderes para se atingirem tais objetivos. Parte central desta discussão é o embate entre as decisões tomadas em caráter majoritário e as revisões judiciais² destas decisões por órgãos não-representativos. O embate envolve uma discussão acerca da legitimidade e dos limites de atuação entre tais decisões e revisões, materializando-se na imagem institucional das deliberações entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

Conrado Hübner Mendes, na obra *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*³, reserva dois capítulos para expor os argumentos que sustentam ambas as teses, ou seja, a tese de que a decisão dos legisladores deve prevalecer (*Capítulo 3 – A inclinação por legisladores e*

¹ STF: ADI 4.650/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/09/2015, p. 129.

² Refiro-me ao exercício do controle de constitucionalidade por órgãos não-representativos, em especial as cortes que realizam a jurisdição constitucional em última instância.

³ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 128.

parlamentos)”⁴, e a tese de que os juízes podem rever algumas decisões dos legisladores (*“Capítulo 2 – A inclinação por juízes e cortes constitucionais*)^{5,6}

De maneira ampla, a inclinação por legisladores e parlamentos se baseia numa percepção moral de que o Poder Legislativo, por representar o povo e se basear na regra da maioria, dá a cada indivíduo o mesmo poder de interferência nas decisões (o voto), além de permitir maior limitação do poder e estimular a busca de consenso entre posições políticas distintas. A atuação dos juízes, disfarçada por uma falsa ideia de neutralidade e tecnicidade (isto é, capacidade de dar a melhor interpretação acerca da Constituição), viria a distorcer esta estrutura que, apesar de suas falhas, é o que mais se aproxima do ideal de democracia. Além disso, sob uma perspectiva institucional, deliberações tomadas pelos legisladores tendem a afastar uma linguagem hermética e pouco acessível dos direitos, permitindo que as questões sejam resolvidas em sua substancialidade, e não por via de discussões semânticas de interpretação constitucional.

Já a inclinação por juízes e cortes constitucionais é sustentada pela ideia de que a interferência judicial tende a assegurar a legitimidade do processo de formação da vontade democrática, preservando o ideal de competição política, protegendo a substancialidade de certos direitos fundamentais que, se violados por uma maioria, desestruturariam o próprio funcionamento democrático. A crítica centra-se, portanto, na crença excessiva nos procedimentos de eleição e deliberação dos legisladores, que não observa certos pressupostos essenciais ao bom funcionamento de seu próprio sistema de eleições e formações de maioria. Caberia aos juízes, através de um exercício imparcial e protetivo, garantir tais pressupostos, atuando como um contrapeso às deliberações do Poder Legislativo,

⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 85-103.

⁵ *Ibid.*, p. 61-84.

⁶ Estas “inclinações” são construídas a partir de certas premissas (como a não eleição direta dos juízes e o regular funcionamento do sistema eleitoral que seleciona os legisladores), descritas no início de seus respectivos capítulos.

promovendo o debate público, bem como representando as vontades populares num fórum cuja lógica de funcionamento é mais racionalizada e voltada para a argumentação, e não para os acordos políticos como nos parlamentos.

Esta pesquisa procura se envolver neste debate, inserindo-o na realidade institucional brasileira, e analisando as relações entre jurisdição constitucional e Poder Legislativo sob a ótica ***das funções que o Supremo Tribunal Federal se atribui, em especial nos casos paradigmáticos que envolvem o funcionamento e a organização do Congresso Nacional***, ou seja, em casos cuja repercussão das decisões de nossa Suprema Corte⁷ atinja diretamente o próprio arranjo do Poder Legislativo, ou teria a potencialidade de atingi-lo, em razão do pedido. Em outras palavras, dentro do amplo tema das inter-relações entre constitucionalismo e democracia, em especial das inter-relações entre deliberações do Poder Legislativo e o controle judicial de constitucionalidade, intentei, portanto, delimitar como objeto de estudo os papéis que os ministros do STF atribuem a corte nos casos com a temática descrita acima.

A teoria democrática contemporânea tem mapeado diversas funções que podem ser exercidas por uma corte em jurisdição constitucional, na sua relação com os demais Poderes e a população. Conrado Hübner Mendes, no texto *O projeto de uma corte deliberativa*, elenca cinco distintas imagens que a cultura política da democracia contemporânea tem associado à atuação das cortes e dos juízes: veto, guardião, fórum de princípio, interlocutor institucional e deliberador⁸.

Também nos estudos da realidade brasileira, o debate acerca das funções exercidas por uma corte em jurisdição constitucional se tornou relevante para o melhor entendimento de um suposto protagonismo que o STF tem tomado nos últimos 10 anos⁹, e a discussão da legitimidade deste protagonismo diante da revisão de deliberações tomadas pelo Poder

⁷ Utilizarei expressões como "STF", "nossa Suprema Corte", "Suprema Corte brasileira", "a corte" e semelhantes para me referir ao Supremo Tribunal Federal.

⁸ MENDES, Conrado Hübner. "O projeto de uma corte deliberativa". In: VOJVODIC, ANA et. alli (Org.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 53-54.

⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, *Revista Direito GV*, n. 8, p. 441-464, jul./dez. 2008.

Legislativo. Nessa linha, também Luís Roberto Barroso, agora enquanto importante professor constitucionalista brasileiro, faz uma análise sobre os papéis exercidos pelo tribunal nesse novo campo institucional que se desenha na democracia brasileira. Para o professor da UERJ, o STF tem atuado sobre três funções distintas: a de corte contramajoritária, representativa e iluminista¹⁰.

Nota-se que tais teses procuram explicitar justamente uma parte fundamental do debate entre constitucionalismo e democracia relatado nos parágrafos anteriores, isto é, as funções que a revisão judicial possui na construção das deliberações do Estado. E, estudar tais funções acaba se destrinchando em estudar os limites de cada instituição nestas deliberações, os limites das instâncias representativas, bem como os limites das próprias instâncias de revisão judicial.

Dada tal relevância que o tema apresenta nos debates acerca da democracia e do constitucionalismo, procuro nesta pesquisa abordar estas perspectivas sob um teor empírico, utilizando-me de uma metodologia própria de pesquisa empírica para mapear papéis que o STF se atribui, na tentativa de entender, sob o ponto de vista da própria corte, quais os incentivos e os limites para sua atuação. Isso porque muito do que os ministros da corte dizem acerca de seus papéis refletem as posturas que estes tomam enquanto decidem, ou mesmo as posturas que estes desejam comunicar aos outros poderes e à sociedade¹¹.

De fato, analisar os papéis que uma corte judicial de instância máxima acredita dever exercer em seu meio institucional revela-se parte fundamental para a compreensão dos debates acerca da legitimidade dos Poderes Legislativo e Supremas Cortes¹² em suas deliberações, bem como do entendimento de como a democracia e a revisão judicial se colidem ou

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*, *Consultor Jurídico*, 7 dez. 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2016.

¹¹ Ressalto, contudo, que as análises desenvolvidas nesta monografia não podem ser estendidas a todos os casos que envolvam o STF e o Poder Legislativo, tendo em vista os limites dos recortes que adotei.

¹² Refiro-me às Supremas Cortes que atuam enquanto instância máxima no exercício da jurisdição constitucional

se complementam, sendo tal dicotomia ainda mais enfatizada a partir da temática dos casos que me proponho a estudar.

Para isto, trabalhei no desenvolvimento de um modelo de análise que fosse capaz de abarcar o entendimento dos ministros acerca das funções do STF, a partir de menções expressas por estes ministros em seus votos e de um método de inferências dos seus argumentos, tal como será descrito no subtema 2.2 da Metodologia. Este trabalho, por conseguinte, além de procurar contribuir para o debate sobre constitucionalismo e democracia, se empenha na construção de um modelo de análise das argumentações dos ministros que permita compreender a atuação do STF a partir dos papéis atribuídos a ele por seus componentes. O método de estudo de nossa Suprema Corte referenciado nos discursos argumentativos sobre suas funções é, dessa forma, uma contribuição que procuro dar aos debates acadêmicos com esta monografia.

Ressalto também que, a fim de viabilizar e objetivar a pesquisa, realizei recortes temáticos e temporais na seleção dos casos, que serão explicados posteriormente também no capítulo referente à Metodologia. Entretanto, desde já se faz necessário explicar um destes recortes centrais, visto se tratar de uma opção que direciona a pergunta de pesquisa e, conseqüentemente, todo o sentido desta. Como foi abordado acima, o enfoque de minha pesquisa está nos casos paradigmáticos envolvendo a organização e funcionamento do Poder Legislativo.

De forma geral, tal recorte me permite observar com maior ênfase as relações entre deliberações de caráter majoritário-representativo¹³ (Poder Legislativo) e as revisões judiciais (STF), dado que se trata de deliberações e revisões que dizem respeito ao próprio órgão que legislou e teve sua deliberação revisada. Questões ligadas ao funcionamento e organização do Poder Legislativo, portanto, evidenciam maiores tensões entre as instituições¹⁴. Tal ponto torna-se central nesta pesquisa, dado que possibilita esta de compreender como o STF define a sua forma e extensão

¹³ Insisto que o termo "representativo" se refere ao ideal moderno de representatividade política, materializada num sistema de eleições de mandatários, intermediado pelos partidos políticos.

¹⁴ Tal como será melhor explicado no Capítulo 2.1. (Metodologia – Seleção de Casos).

de atuação em temas que o Poder Legislativo procedeu para também definir sua própria forma e extensão de atuação. O Poder Legislativo legisla sobre si, e o STF define suas próprias competências para rever essas deliberações do legislador. Temos, dessa forma, ambos os poderes se movimentando para definirem suas funções, limites e formas de atuações, fato este que torna ainda mais explícito o debate acerca da separação dos poderes e da legitimidade destes para deliberarem¹⁵.

1.2. Pergunta de Pesquisa e Hipótese

Contextualizado o tema em que a pesquisa se insere, e abordado seu objeto, preocupo-me neste subitem em delimitar com maior especificidade qual é a pergunta de pesquisa, quais são as perguntas derivadas desta principal ("sub-perguntas"), bem como qual é a hipótese adotada enquanto referencial do trabalho.

A pergunta central de pesquisa que busco responder nesta pesquisa é: Que papéis¹⁶ o STF se atribui no exercício da jurisdição constitucional em casos paradigmáticos envolvendo a organização e o funcionamento do Poder Legislativo?

Esta pergunta, porém, pode ser destrinchada em algumas outras perguntas derivadas (que estou chamando de sub-perguntas de pesquisa), que têm o intuito de direcionar melhor o trabalho no alcance de seus objetivos. Tais sub-perguntas são:

- a) Qual modelo de análise pode ser utilizado para apreender os papéis que os ministros atribuem ao STF?
- b) Quais as características dos papéis que os ministros atribuem ao STF?
- c) O que justifica e legitima o exercício desses papéis?
- d) E o que limita este exercício?

¹⁵ Agradeço ao Professor Diogo Rais por trazer esta análise na banca de exame da monografia.

¹⁶ A delimitação mais exata do que venha a significar o termo "papéis" será feita no Capítulo 2 (Metodologia), em que desenvolvo com maior clareza como utilizei esses "papéis" enquanto categorias de análise. Por ora, o termo pode ser compreendido como "função", "competência para atuar".

e) A existência ou não de certa função em certo caso determina a decisão, isto é, determina como o caso deve ser julgado¹⁷, na visão dos ministros?

f) Os ministros que votam de maneiras distintas¹⁸ possuem visões também distintas acerca do papel da corte no caso?

g) Os ministros que votam no mesmo sentido¹⁹ possuem visão semelhante acerca do papel da corte no caso?

h) Os distintos papéis que são atribuídos à corte necessariamente se colidem, isto é, se contrariam? Ou eles podem se complementar?

Já a **hipótese** da qual parto para procurar responder tais perguntas pode ser resumida em: é possível classificar certos papéis que os ministros atribuem ao STF, sendo estes determinantes para a forma que eles decidem, visto que as distintas perspectivas que os ministros possuem acerca destas funções revelam distintas perspectivas em relação aos limites da atuação da corte.

Ressalvo que tal hipótese foi confirmada neste trabalho, mas demonstrou-se extremamente insuficiente para explicar a complexidade da classificação de tais papéis. Isso porque, a medida em que a análise desta monografia foi se construindo, percebi o surgimento de uma série de questões que não fui capaz de supor no momento da construção da pergunta e subperguntas de pesquisa. A delimitação destes papéis, bem como a legitimação dos seus exercícios envolveram muito mais discussões que imaginei no início da pesquisa. Tal imprevisibilidade pode ser atribuída inclusive ao caráter exploratório e classificatório desta monografia, que se sustentou mais na construção de uma perspectiva própria de análise dos argumentos dos ministros, não sendo, portanto, previsíveis quais argumentos seriam encontrados.

Válido ainda ressaltar que os “papéis” a que me refiro em minhas pergunta, subperguntas e hipótese não se limitam simplesmente às

¹⁷ Seja em termos da procedência ou não da ação, seja em quais são os fundamentos desta decisão.

¹⁸ Refiro-me ao resultado do voto (deferimento ou não);

¹⁹ Refiro-me novamente ao resultado do voto (deferimento ou não).

categorias de papéis nomeadas já na Metodologia desta pesquisa (Capítulo 2.2). Tais categorias são, na verdade, perspectivas de análise sobre as quais desenvolverei as características desses papéis. Dessa forma, a resposta a estas perguntas propostas dependem não apenas da categorização feita na Metodologia, mas de todas análises feitas a partir destas categorias.

1.3. Pressupostos teóricos e definições dos termos

Para que o trabalho possa se tornar mais objetivo, destaco alguns pressupostos teóricos dos quais parti para desenvolver minha pesquisa. Destaco estas premissas a fim de dar maior clareza às perspectivas de análise que utilizo para estudar a atuação do STF, expondo ao leitor as fundamentações teóricas que sustentam o modelo de estudo que desenvolvo nesta monografia²⁰.

Importante ainda ressaltar que muitos dos pressupostos teóricos que adoto partem de premissas não necessariamente jurídicas, mas que se baseiam em concepções construídas principalmente nas Ciências Políticas. Assim é que expressões de significado tradicionalmente ligado ao mundo jurídico, como “força constitutiva” e “força vinculativa”, não devem ser interpretadas a partir de seu significado normativo técnico. Tomo como base para a construção destes pressupostos teóricos um texto do constitucionalista Barry Friedman, que discute justamente a necessidade das teorias normativas dialogarem com o chamado “*positive project*”, linha teórica de estudo do comportamento judicial que importa conceitos das Ciências Políticas para o Direito²¹.

²⁰ Tomo estas precauções devido ao próprio interesse de deixar como contribuição de pesquisa a construção de um modelo de estudo que seja capaz de captar algumas facetas da atuação do STF em nosso regime institucional.

Importante ainda ressaltar que muitos dos pressupostos teóricos que adoto partem de premissas não necessariamente jurídicas. Assim, por exemplo, embora não seja juridicamente possível que uma decisão judicial de força vinculante seja desobedecida, compreendo esta ser uma possibilidade caso esta decisão seja incapaz de se manter legítima diante dos demais poderes e da sociedade.

²¹ Cf. FRIEDMAN, Barry. The Politics of judicial review, *Texas Law Review*, vol. 84, nº2, dez. 2005.

a) As decisões do STF e suas fundamentações possuem uma presunção de força constitutiva²² e vinculativa, ou seja, as decisões da corte se presumem aceitas entre os demais poderes e a sociedade, de forma que virão a vinculá-los e criar a situação jurídica prevista. Assim, quando os ministros argumentam que a corte possui competência para atuar de determinada maneira, presume-se que esta interpretação que a corte dá acerca de suas competências constituirá essas próprias competências. Em outras palavras, a corte tende a ter o poder de por si só legitimar suas decisões, determinando quais são suas funções e seus limites de atuação.

b) No entanto, a manutenção desta presunção de legitimidade depende de que as decisões e fundamentações sejam capazes de convencer a sociedade e os demais poderes, ou ao menos sejam capazes de se evitar que aquelas gerem uma reação por parte destes. De fato, estas decisões e fundamentações podem vir a serem questionadas pelos demais agentes. Considero, entretanto, esta uma situação em que a presunção explicada acima foi invertida, isto é, a legitimidade por si só da decisão ou fundamentação se perdeu, passando a ser enfrentada e desafiada pelos demais poderes ou pela sociedade. Isso por que o STF não detém o monopólio absoluto da interpretação constitucional, mas pode ter seus argumentos questionados com base em outras interpretações feitas, por exemplo, pelo Poder Legislativo. O ponto é que uma decisão do STF se presume aceita entre os demais agentes e, portanto, constituidora de situações jurídicas, mas que pode vir a ser enfrentada caso a corte não convença de que esta é legítima.

c) Parte fundamental deste processo de legitimação é, portanto, a comunicação dos fundamentos utilizados na decisão pela corte aos demais poderes e à sociedade. Como ficará mais claro posteriormente, considero os acórdãos como a fonte oficial de comunicação destes fundamentos. Nesse sentido, quando os ministros argumentam em seus votos, eles estão

²² Utilizo este termo em seu sentido amplo, isto é, de forma a abarcar tanto as decisões constitutivas estrito senso, quanto as decisões declaratória, extintiva, modificativa e condenatória.

também justificando por que a corte é ou não competente para atuar de determinada maneira naquele caso.

d) Em resumo dos pressupostos acima, os argumentos trazidos nas decisões do STF possuem tanto uma função comunicativa, quanto uma função constitutiva, na medida em que a presunção de que a decisão é aceita não seja enfrentada.

e) Uma última premissa importante para este trabalho, e que se relaciona com o que já foi discutido nas premissas anteriores, é a ideia de que os atos jurídicos do Estado brasileiro advêm de um complexo processo deliberativo que envolve de maneira dinâmica todos os poderes. Assim, qualquer ato ou deliberação passa pela atuação tanto do Poder Legislativo, quanto do Poder Executivo e do Poder Judiciário, no que denomino **um processo deliberativo interinstitucional**. Quando, por exemplo, discute-se qual modelo de financiamento de campanha a ser adotado no Brasil, esta deliberação será tomada a partir da atuação e **interferência**²³ de todos os poderes, seja na criação de leis em sentido amplo (Poder Legislativo), seja no seu controle judicial (Poder Judiciário), seja na criação dos fundos, órgãos e mecanismos envolvidos para materializar tais modelos (Poder Executivo). A atuação do STF se localiza, portanto, neste complexo campo em que outros agentes também atuam e decidem, de forma que este conjunto de atuações, num processo deliberativo interinstitucional, vai construindo a ordem jurídica do Estado brasileiro. Válido ainda ressaltar que entendo o termo **deliberação** em seu sentido amplo, isto é, como sinônimo de decisão, ato jurídico. Nesse sentido, a elaboração de um ato normativo (lei ou medida provisória, por exemplo) pelo Legislativo, seu controle judicial pelo Judiciário, e sua regulamentação pelo Executivo são considerados exemplos de deliberações, nos termos deste trabalho. Todos esses atos jurídicos encadeados compõe o que denomino processo deliberativo interinstitucional.

²³ A palavra "interferência" será muito utilizada em todo o trabalho, sendo necessário logo de início afastar possíveis significados pejorativos que venham associados a ela. Emprego "interferência" no sentido de atuação, participação, uma decisão que modifique alguma situação, ou seja, interfira nesta situação.

Importante ressaltar que estes pressupostos teóricos adotados resultam em determinados pontos de vista sobre fenômenos como a separação dos poderes e o funcionamento institucional brasileiro. De fato, por trás destas premissas que adoto para construir minha pesquisa há uma compreensão acerca destes e outros conceitos importantes na jurisdição constitucional. Contudo, destaco que estas compreensões sustentam apenas a construção de minhas categorias de análise. Isso por que termos como separação dos poderes, diálogo institucional, delimitações de competências entres os Poderes e modelagem dos institutos jurídicos aparecem também na argumentação dos ministros, não podendo, assim, que suas definições nestes argumentos se confundam com as que utilizo enquanto pressupostos do trabalho.

É fundamental, dessa forma, diferenciar estas duas abordagens: as premissas que adoto, restritas à construção das categorias de análise e delimitação do objeto de estudo da pesquisa, e a visão dos ministros acerca das funções do STF. Ou seja, um ministro pode afirmar o completamente oposto de todas minhas premissas como, por exemplo, que a corte não precisa se legitimar e se justificar diante dos demais poderes, e que sua decisão encerra as discussões acerca de determinado tema pelo simples fato do STF ser o único competente para interpretar a Constituição Federal. Neste caso, no entanto, minha pesquisa compreenderá que este é um argumento do ministro que se presume constitutivo e que possui uma função comunicativa. Ainda que tal ministro afirme que o STF não precisa convencer os demais poderes acerca de sua legitimidade, entenderei que este é um argumento que procura, de certa forma, convencer os demais agentes de algo: de que a decisão do STF vale por si só, independentemente de aceitação. O argumento que parta de premissas distintas da minha pode, dessa forma, ser inserido em minhas categorias de análise sem gerar qualquer contradição, pois ambas não se confundem.

Observe, portanto, que as premissas teóricas que adoto têm a serventia de inserir os argumentos dos ministros num determinado método de análise, sendo sempre necessário diferenciar os pressupostos sobre as

relações institucionais que tomo, das visões que os ministros têm sobre estas.

1.4. O que são papéis do STF?

Compreendo, nesta pesquisa, “papéis do STF” como as funções que o STF se atribui desempenhar na jurisdição constitucional. Trata-se, assim, de um poder-dever do STF de atuar para concretizar algum efeito quando exerce a jurisdição constitucional, ou seja, as competências da corte na atividade de interpretar e aplicar a Constituição Federal. Válido aqui ressaltar que nossa Carta Magna não trouxe de maneira expressa quais seriam essas funções.

De forma geral, atribui-se ao Supremo Tribunal Federal exatamente o papel de “Guarda da Constituição”²⁴, ressaltando a ideia-comum de que caberia à corte dar a palavra final sobre o significado constitucional, a devida aplicação dos dispositivos constitucionais e a contenção de possíveis violações à nossa Carta Magna.

Esta é inclusive a previsão que o próprio texto constitucional traz acerca do “papel do STF”, ao descrever os limites do exercício da jurisdição pela corte que, além da competência para editar súmulas vinculantes emendada no artigo 103-A, assim trata o tema:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

²⁴ Em sua monografia no âmbito da SBDP, Pedro Gonçalo de Souza também procurou compreender quais papéis o STF considera ter, mais especificamente na separação dos poderes nos casos paradigmáticos envolvendo direitos fundamentais de primeira geração. Inclusive, em uma de suas categorias o autor trabalha com este ideal genérico de “guardião da Constituição”, demonstrando como este é um discurso muitas vezes invocado pelos ministros para justificar a interferência da corte. Interessante notar, contudo, que Pedro Gonçalo trabalha com categorias muito diferentes da minha, pois sua seleção de casos envolve temáticas distintas e, conseqüentemente, suas perspectivas de análises têm enfoques distintos dos meus. Contudo, é interessante notar que mesmo assim, algumas categorias de nossos trabalhos sejam coincidentes (como o Papel Contramajoritário) – embora isto não signifique que seus conteúdos sejam semelhantes –, bem como alguns aspectos sejam centrais em ambas as pesquisas, como a questão da separação dos poderes (SOUZA, Pedro G. V. A. Um guardião (quase) Silencioso: uma análise do papel que o STF julga ter na separação de poderes a partir de algumas decisões sobre direitos fundamentais. Monografia da Escola de Formação da SBDP de 2015. Disponível em: <http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=277>. Acesso em: 14 set. 2016).

I - processar e julgar, originariamente: (...);

II - julgar, em recurso ordinário: (...);

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...)."

Contudo, a simples ideia de "guardar a Constituição", "dar a última palavra sobre a Constituição", ou "impedir que a Constituição seja violada", ao mesmo tempo em que não é unânime na doutrina²⁵, é no mínimo incapaz de explicar quais as funções desempenhadas pelo STF justamente quando este realiza essa interpretação da Constituição. Nesse sentido é que esta pesquisa se propõe a destrinchar as funções que estão por trás desta ideia de "guarda da Constituição", justamente ao buscar abarcar as atribuições que o STF dá a si quando interpreta, aplica e guarda a Constituição Federal, bem como questionar se esta ideia-comum é compatível com o discurso dos ministros.

No sub-tema 2.2 (Metodologia – Categorias de Análise) explicarei melhor como construí as categorias dos papéis do STF com base na definição dada neste ponto.

1.5. Organização do trabalho

Esta monografia se desenvolve em três partes. Nesta primeira, preocupo-me em delimitar o objeto de pesquisa, explicitando a temática em

²⁵ Nesse sentido, Conrado Hübner Mendes, na já citada obra *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, mais especificamente no *Capítulo 6 – Separação de poderes e os tempos da política: diálogo ou última palavra*, trabalha com a possibilidade de se compreender as decisões das cortes constitucionais numa lógica distinta da utilizada pela tese da "última palavra". Para isso, o autor traz conceitos como "última palavra provisória" e "rodadas procedimentais", bem como discute como tais pressupostos estão inseridos nas diversas correntes da teoria constitucional. (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 176-197).

Também o autor Juliano Zaiden Benvido, no artigo A "última palavra", o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro, mais especificamente no tópico 3 do texto, aborda também a relativização da força de "última palavra" do STF, discorrendo sobre perspectivas alternativas de se analisar a questão (BENVIDO, Juliano Zaiden. A "última palavra", o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *Revista de informação legislativa*, v. 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014).

que a monografia se insere e os métodos utilizados para responder a pergunta de pesquisa proposta.

Nesta introdução, procurei contextualizar o debate em que se passa a proposta de entender os papéis que o STF se atribui na jurisdição constitucional, bem como explicar os propósitos da monografia e os pressupostos teóricos que sustentam a perspectiva de análise que intento desenvolver.

No segundo capítulo, desenvolverei melhor esta perspectiva de análise, explicando a metodologia utilizada na monografia. Assim, cuido em descrever os métodos utilizados na seleção dos casos paradigmáticos analisados, bem como o processo de criação das categorias que fundamentam esta pesquisa. Neste capítulo, procuro esclarecer, portanto, quais as “lentes” utilizarei para analisar as argumentações dos ministros e, assim, responder as questões levantadas na introdução.

Já a segunda parte da monografia trata do desenvolvimento destas categorias de análise, ou seja, o desenvolvimento dos papéis do STF identificados na Metodologia. Divido esta parte em quatro capítulos, cada qual para a discussão de um papel. Em cada capítulo, intento descrever inicialmente por que considero possível tratar do papel em questão de maneira autônoma, isto é, por que determinado papel pode ser tratado numa categoria específica, bem como descrevo as características gerais do papel, e suas relações com as argumentações apresentadas pelos ministros nos casos estudados.

Por fim, na terceira parte intento explicitar algumas conclusões que obtive a partir do desenvolvimento das perspectivas de análises descritas anteriormente. Na conclusão, portanto, pretendo apontar, de maneira sintética, quais funções do STF puderam ser apreendidas a partir dos casos estudados, como estas se legitimam e quais são seus limites.

2. Metodologia

2.1. Seleção do Universo de Análise

2.1.1. A fonte de pesquisa

O objeto a ser analisado nessa pesquisa deriva do estudo da argumentação dos ministros do STF. Assim, minha fonte de pesquisa se resume a acórdãos de julgamentos ocorridos entre 2012 e 2015²⁶ já publicados pelo Supremo Tribunal Federal. Limito-me ao método documental, pois me interessa saber as argumentações oficiais do STF, fonte principal de comunicação²⁷ dos fundamentos que sustentam as decisões da corte. O caráter da comunicação de tais fundamentos é um ponto importante nessa pesquisa, já que parto do pressuposto teórico de que o STF precisa manter a legitimidade de suas decisões perante as demais instituições e à própria sociedade em geral, e o faz através das justificações destas decisões. Sendo a principal fonte de comunicação de tais justificações, bem como o instrumento oficial utilizado, os acórdãos são, portanto, a fonte mais adequada de análise para esta dissertação²⁸.

A característica temporal adotada, abrangendo o funcionamento da corte de 2012 a 2015, se deve basicamente a duas opções metodológicas: a) trata-se de um período recente, permitindo a análise de decisões próximas da realidade em que a dissertação é escrita, colocando-me no ambiente temporal em que as repercussões das decisões estão sendo geradas, e permitindo-me maior acompanhamento destas, bem como da atuação da corte; b) por ser um curto intervalo de análise, a corte se manteve praticamente com a mesma composição, tendo-se a troca de apenas três ministros. No dia 29 de Novembro de 2012, Teori Zavascki tomou posse no lugar da vaga deixada por Cesar Peluzo; em 26 de Junho de 2013, Luís Roberto Barroso assume a vaga de Ayres Britto; e em 16 de

²⁶ O lapso temporal escolhido será melhor explicado posteriormente no Capítulo 2.1. (Metodologia – Seleção de Casos).

²⁷ Digo isto com base no dever de fundamentação que devem acompanhar as decisões judiciais: art. 93, IX, CF; art.489, II, CPC;

²⁸ Ou seja, não por exprimirem o que realmente os ministros pensam, mas por oficializarem o que por eles está sendo comunicado.

Junho de 2015, Edson Fachin assume o posto de Joaquim Barbosa. Os três ministros foram indicados pela ex-presidenta Dilma Rousseff.

2.1.2. A escolha de casos paradigmáticos

A pesquisa tem como intuito compreender quais papéis o STF se atribui no processo deliberativo interinstitucional, considerando suas relações com os outros poderes e com a sociedade no geral. Busco, assim, num foco mais amplo, entender como a separação dos poderes se desenvolve nas práticas deliberativas das instituições, em especial do STF. Para tal, fiz a escolha metodológica de selecionar primeiramente casos julgados pelo STF que possuíram grandes repercussões nos três poderes e na sociedade, a fim de fazer um recorte capaz de abranger aquelas situações em que as tensões²⁹ e relações institucionais estivessem mais intensificadas e em foco. Tais situações, além de incentivarem e exigirem uma justificação mais detalhada da corte, expõem zonas de penumbra na delimitação dos papéis das instituições e de seus deveres na construção de um regime democrático³⁰.

2.1.3. A escolha das listas publicadas pelo *Consultor Jurídico*

A seleção de quais casos poderiam ser enquadrados como “paradigmáticos” é de controversa determinação, tendo em vista a relatividade e generalidade que a expressão “grande repercussão” apresenta, a depender de qual referência se toma. Pode-se, por exemplo, considerar a mídia enquanto referência, construindo um método capaz de selecionar os casos de maior reprodução nos veículos de comunicação, ou aos quais foi dado maior destaque. Pode-se também utilizar um método que busque na jurisprudência aqueles casos considerados verdadeiros *leading*

²⁹ Utilizo o termo “tensão” em sentido amplo, abrangendo tanto a possibilidade de conflito e disputa, como de cooperação e busca de consenso. Trata-se mais de uma aproximação com o sentido de “relação”, embora revele uma noção mais dinâmica desta.

³⁰ A própria noção de o que venha a ser “democracia” também se insere nessa zona de penumbra, não sendo possível a delimitação exata e objetiva de seu significado. As distintas visões acerca dos papéis das instituições podem resultar também em distintas visões sobre a democracia.

cases, dada a importância que possuíram por consolidar uma tese central para a resolução e fundamentação de vários outros casos. A citação em doutrina, a relevância moral e sociopolítica, o tamanho (quantitativo e qualitativo) do impacto causado pela decisão na população podem também ser importantes referências para determiná-los³¹.

Nesse sentido, entenderei “casos paradigmáticos” a partir de um referencial mais amplo, capaz de abarcar distintos sentidos de “grande repercussão”: a opinião da própria comunidade jurídica. Pedro Gonçalo de Souza, em trabalho com que dialogo em alguns momentos nesta dissertação, aponta bem: “Dito isso, a despeito de não haver conceito preciso, parece existir certa concordância na comunidade jurídica acerca de quais casos decididos pelo STF são paradigmáticos.”³² De fato, há uma percepção geral dos operadores e estudiosos do Direito de quais julgamentos possuíram relevância destacada, por envolverem ao mesmo tempo todas essas repercussões: estiveram na mídia, geraram precedentes importantes, foram objeto de debate moral e sócio-político na sociedade e nos demais poderes, bem como ainda fomentarem discussões no âmbito jurídico e mesmo fora dele. Acredito, assim, que tomando a comunidade jurídica enquanto referencial para se selecionar os chamados casos paradigmáticos, acabo por envolver de maneira geral todos os outros possíveis referenciais, ou ao menos um grau mais alto de amplitude nesse aspecto.

Resta agora o problema de como determinar o que pode ser compreendido como “comunidade jurídica”. Resolvo a situação através da escolha metodológica de utilizar como base a opinião de alguns nomes de referência na comunidade jurídica para elencar quais seriam esses casos mais importantes. Assim, embora não seja capaz de apreender a opinião da comunidade jurídica em geral, represento-a através de importantes juristas

³¹ Nota-se que mesmo selecionando uma referência específica a ser adotado para se caracterizar “casos paradigmáticos”, ainda assim cai-se em termos amplos e gerais, que precisam de outras escolhas conceituais para melhor objetivação.

³² SOUZA, Pedro G. V. A. Um guardião (quase) Silencioso: uma análise do papel que o STF julga ter na separação de poderes a partir de algumas decisões sobre direitos fundamentais. Monografia da Escola de Formação da SBDP de 2015. P. 20. Disponível em: http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=277. Acesso em: 14 set. 2016.

e operadores do Direito que elaboraram listas contendo os casos mais paradigmáticos em suas concepções.

A base de casos selecionada foi feita, dessa forma, a partir de quatro listas com os casos mais importantes do ano, publicadas pelo Consultor Jurídico³³ em seu site (www.conjur.com.br) de 2012 a 2015³⁴, que me deram uma quantidade de 44 casos³⁵.

a) Retrospectiva 2012: STF entre seus papéis contramajoritário e representativo (3 de janeiro de 2013, 8h39).³⁶ – Lista elaborada por Eduardo Mendonça³⁷ e Roberto Barroso³⁸.

b) Retrospectiva 2013: Os 11 julgamentos que marcaram o ano do Supremo. 26 de dezembro de 2013, 11h43.³⁹ – Lista elaborada por Eduardo Mendonça.

c) Retrospectiva 2014: Os 10 julgamentos mais importantes do STF no ano passado. 2 de fevereiro de 2015, 7h47.⁴⁰ – Lista elaborada por Eduardo Mendonça e Roberto Barroso.

³³ Destaco aqui, em singela homenagem e agradecimento, a importância que o Consultor Jurídico tem exercido no ensino jurídico, permitindo acesso aos noticiários de grande relevância jurídica, bem como à circulação de debates livres de ideias de especial apreço ao desenvolvimento das pesquisas jurídicas.

³⁴ Necessário notar que em cada item há mais de um caso julgado. Alguns desses casos agrupados em itens foram julgados conjuntamente, enquanto outros tiveram julgamentos separados.

³⁵ O nome de todos casos e os respectivos números de suas ações estão disponibilizados no Anexo I deste trabalho.

³⁶ MEDONÇA, Eduardo; BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2012: STF entre seus papéis contramajoritário e representativo, *Consultor Jurídico*, 3 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012stfentrepapeiscontramajoritario-representativo>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

³⁷ Professor do UniCEUB, mestre e doutorando na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e assessor do ministro Luís Roberto Barroso, no STF.

³⁸ Ministro do Supremo Tribunal Federal, professor titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e professor visitante do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Mestre em Direito pela Yale Law School, Doutor e Livre-Docente pela UERJ, e Visiting Scholar – Harvard Law School (2011).

³⁹ MENDONÇA, Eduardo. Retrospectiva 2013: Os 11 julgamentos que marcaram o ano do Supremo, *Consultor Jurídico*, 26 set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-26/retrospectiva-2013-11-julgamentosmarcaramano-stf>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

⁴⁰ MENDONÇA, Eduardo. Retrospectiva 2014: Os 10 julgamentos mais importantes do STF no ano passado, *Consultor Jurídico*, 2 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-02/10-julgamentos-importantes-stf-ano-passado>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

d) Retrospectiva 2015: As 10 principais decisões da pauta "qualitativa" do Supremo Tribunal Federal. 28 de dezembro de 2015, 13h20.⁴¹ – Lista elaborada por Roberto Barroso e Aline Osorio⁴².

Caso se vá verificar a íntegra das listas nos *links* indicados, será possível observar alguns pontos sobre a seleção dos casos que merecem destaques. Os documentos trazem diante de cada caso uma breve explicação sobre os julgados e traçam considerações das repercussões e importância que cada um desses possui na visão da comunidade jurídica⁴³. Além disso, são casos que abrangem uma ampla gama de temáticas e tipos de ação, passando por questões ligadas aos direitos fundamentais, à técnica jurídica, bem como à delimitação das competências e funções das distintas instituições. Atende-se aqui, portanto, ao critério de um referencial amplo e justificado para a seleção primária de casos, que pode ser melhor averiguado através da leitura completa dos documentos. Para exemplificar tal abrangência, cito trecho retirado da lista do ano de 2012 (“Retrospectiva 2012: STF entre seus papéis contramajoritário e representativo”):

“A seleção a seguir enuncia julgados que se destacaram por seu alcance prático ou por sua relevância teórica, servindo para ilustrar as diferentes facetas do protagonismo exercido pela Corte.”.

Além disso, a lista é elaborada por especialistas na área do Direito Constitucional e tem os trabalhos regidos pelo ministro Luís Roberto Barroso, junto à participação de dois de seus assessores. Tal questão é importante para reforçar a ideia de representação da “comunidade jurídica” por esses especialistas, visto que em seus currículos encontra-se o exercício da advocacia, a carreira acadêmica e até a atuação direta nos trabalhos do Supremo Tribunal Federal, seja por assessoria, seja pela presença de um

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto; BARROS, Aline. Retrospectiva 2015: As 10 principais decisões da pauta "qualitativa" do Supremo Tribunal Federal, *Consultor Jurídico*, 28 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-28/retrospectiva-2015-10-principais-decisoes-pauta-supremo>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

⁴² Aline Osorio é mestre em Direito Público pela UERJ e assessora de ministro do Supremo Tribunal Federal.

⁴³ Disponibilizados no Anexo II

ministro da corte selecionando os casos em que ele mesmo estivera presente.

2.1.4. O recorte de casos ligados ao funcionamento do Poder Legislativo

Para dar maior objetividade e viabilidade ao trabalho, optei ainda por desenvolver um recorte que acentuasse a seleção de casos em que as relações institucionais se encontrassem em alto grau de tensão, envolvendo diretamente momentos de dúvida acerca dos papéis dos poderes e suas possibilidades e formas de atuação na construção de uma deliberação democrática⁴⁴.

A escolha inicial que faço, a partir desse raciocínio, é de casos que apresentam nítido envolvimento e relação entre o STF e outro poder, ou o próprio Poder Judiciário. Casos que a decisão do STF cause repercussões no funcionamento dessas outras instituições, interferindo nos seus modos de organização, andamento e funções.

Tomando a possibilidade das relações STF-Judiciário, STF-Executivo e STF-Legislativo, opto por essa última por acreditar que a discussão acerca dos papéis de ambas as instituições é mais intenso neste envolvimento. A escolha se dá pelo grande debate na comunidade jurídica acerca da relação entre democracia e revisão judicial, tal como explicado no Capítulo 1 (Introdução).

Assumindo o Poder Legislativo como instituição incorporante dos interesses majoritários, da representação popular e, portanto, do *pedigree* democrático⁴⁵, as decisões pela cúpula do Poder Judiciário que impactem diretamente o funcionamento do Legislativo tendem a expor um grau de relação-tensão mais elevado entre as instituições. Não ignoro que também

⁴⁴ Lembrando que, nos termos deste trabalho, a própria noção de democracia torna-se um objeto a ser definido de acordo com as respostas que se dão ao problema das relações institucionais e seus papéis.

⁴⁵ Refiro-me à ideia de que, por se tratar do órgão composto por representantes selecionados pela população a partir de um sistema de eleição guiado por ideias de representatividade, presume-se o Poder Legislativo enquanto detentor de maior legitimidade para deliberar sobre as escolhas a serem feitas pelo Estado.

há outros temas de enorme relevância para a compreensão da democracia e do funcionamento de suas instituições fora ou não em foco na relação STF-Legislativo⁴⁶. Contudo, por representar historicamente o debate sobre democracia e constitucionalismo, bem como pelo Congresso Nacional envolver o espaço de maior poder deliberativo e representativo consolidado na Constituição de 1988⁴⁷, a escolha de casos relacionados ao funcionamento do Poder Legislativo me parecem compor um universo mais enfático nas características que procuro observar de maneira exploratória nesta dissertação.

Cabe-me explicar, portanto, o que entendo por casos que estou enquadrando na relação *STF-Legislativo*, ou como casos referentes à *organização e funcionamento do Poder Legislativo*.

Subdivido o enquadramento nos seguintes campos, de acordo com o impacto gerado pela decisão:

a) Processo legislativo e os procedimentos internos das Casas: normas que regem o andamento dos trabalhos nas casas legislativas (Câmara dos Deputados e Senado Federal);

b) Organização político-partidária e o processo eleitoral: normas que regem a forma de organização dos partidos políticos, suas relações com o eleitorado e os filiados, bem como o funcionamento do sistema eleitoral;

c) Prerrogativas e limites de atuação dos parlamentares e das Casas: Competências e prerrogativas atribuídas às Casas e aos parlamentares;

Com base em tais critérios, realizei novo recorte e cheguei aos seguintes casos⁴⁸:

1 - Constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa e sua aplicabilidade a fatos anteriores (ADCs 29/DF e 30/DF, ADIn 4.578/DF, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 29 jun. 2012);

⁴⁶ Cito, como exemplo, a problemática da judicialização de políticas públicas, envolvendo conflitos principalmente entre o STF e o Poder Executivo.

⁴⁷ Artigo 1º, parágrafo único, CF; e artigo 14, caput, CF.

⁴⁸ Não enquadrei cada caso no respectivo campo descrito, visto que a divisão não é rígida, e um mesmo caso pode ser pareado a mais de um campo.

2 - Controle do processo legislativo e da atuação do Poder Legislativo de forma geral, a partir das exigências constitucionais (ADIn 4.029/DF, Rel. Min. Luiz Fux; e MS 31.689/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática publicada em 22 nov. 2012);

3 - A controvérsia quanto à perda de mandato parlamentar em razão de condenação criminal transitada em julgado (AP 565, julgamento em 8 de agosto de 2013, relatora ministra Cármen Lúcia; e MS 32.326, decisão cautelar monocrática em 2 de setembro de 2013, relator ministro Luís Roberto Barroso);

4 - Controle jurisdicional do devido processo legislativo: ordem cronológica dos vetos, criação de novos partidos e regime de demarcação das terras indígenas (AgRg no MS 31.816, julgamento em 27 de fevereiro de 2013, relator ministro Luiz Fux ; AgRg no MS 32.033, julgamento em 20 de junho de 2013, relator originário ministro Gilmar Mendes, relator para o acórdão ministro Teori Zavascki; e MS 32.262, decisão monocrática de 23 de setembro 2013, relator ministro Luís Roberto Barroso);

5 - Inconstitucionalidade da reintrodução do voto impresso (ADI 4.543, julgamento em 6 de novembro de 2013, relatora ministra Cármen Lúcia);

6 - Inconstitucionalidade da alteração das bancadas estaduais por ato do Tribunal Superior Eleitoral (ADIs 4.947, 5.020, 5.028, 5.130 e ADC 33, relator ministro Gilmar Mendes; ADIs 4.963, 4.965, relatora ministra Rosa Weber, julgamento conjunto concluído em 1º de julho de 2014);

7 - Discussão quanto ao papel do Senado Federal no controle incidental de constitucionalidade (Rcl 4.335, relator ministro Gilmar Mendes, julgamento concluído em 21 de março de 2014);

8 - Prerrogativa das minorias parlamentares para efetuarem a delimitação de CPI (MS 32.885, relatora ministra Rosa Weber, decisão monocrática de 23 de abril de 2014);

9 - O rito do processo de *Impeachment* (ADPF 378 MC, Rel. Min. Edson Fachin, Rel. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, julgamento concluído em 18.12.2015);

10 - Contrabando legislativo em medida provisória (ADI 5.127, Rel. Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, julgamento concluído em 15.10.2015);

11 - Prisão do senador Delcídio do Amaral (AC 4.039, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento concluído em 25.11.2015);

12 - Financiamento empresarial de campanhas (ADI 4.650, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento concluído em 17.09.2015);

13 - Fidelidade partidária para cargos majoritários (ADI 5.081, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgamento concluído em 27.05.2015);

2.1.5. Recorte de casos ligado a julgamentos feitos por plenário

Faço ainda um último recorte, este buscando conferir maior coerência do universo de casos a serem analisados com os objetivos estabelecidos nesta dissertação. Como proponho analisar os papéis na jurisdição constitucional atribuídos pelo STF, necessito considerá-lo de forma institucionalizada, ou seja, enquanto um órgão em sua totalidade, e não de maneira individualizada nos distintos ministros. Embora tal individualidade seja importante para que eu possa detectar eventuais discordâncias e compreensões distintas dos casos pelos ministros⁴⁹, meu foco está em analisar o STF enquanto uma organização que, ainda que composto de diferentes partes, possui um funcionamento próprio. Dessa forma, interessam-me apenas os casos julgados pelo Plenário, em que há a possibilidade e necessidade de manifestação de toda a corte, refletindo uma deliberação e consenso-enfrentamento de ideias de modo a ser possível extrair argumentos que sejam atribuídas ao STF enquanto instituição⁵⁰.

Retiro, assim, do meu universo os casos julgados por decisões monocráticas ou mesmo por apenas uma das Turmas, ou seja, os seguintes casos:

⁴⁹ Por isso, apesar de buscar uma visão global do STF, partirei inicialmente de análises individuais dos votos e diálogos dos ministros, para depois estabelecer as conexões necessárias. Tal método será melhor analisado no item 2.2.

⁵⁰ Explicarei melhor no ponto 2.2.4. como trato neste trabalho as distinções entre opiniões que podem ser consideradas apenas do ministro de maneira individual, e quais opiniões podem ser estendidas para toda a corte.

- MS 31.689/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática publicada em 22 nov. 2012;
- MS 31.816/DF, Rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática publicada em 19 dez. 2012;
- MS 32.326, decisão cautelar monocrática em 2 de setembro de 2013, relator ministro Luís Roberto Barroso;
- MS 32.262, decisão monocrática de 23 de setembro 2013, relator ministro Luís Roberto Barroso;
- Prerrogativa das minorias parlamentares para efetuarem a delimitação de CPI (MS 32.885, relatora ministra Rosa Weber, decisão monocrática de 23 de abril de 2014);
- Prisão do senador Delcídio do Amaral (AC 4.039, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento concluído em 25.11.2015) .

2.1.6. Acréscimo da ADI 5105

Para melhor entendimento de por que resolvi acrescentar a ADI 5105 em minha seleção de casos, visto que esta não se encontra nas listas utilizadas como base para a seleção, é necessário inicialmente entrar em parte do mérito de uma das ações que estou estudando.

O AgRg no MS 32.033, selecionada como caso a ser analisado nesta pesquisa, traz a discussão acerca de uma liminar do ministro Gilmar Mendes para impedir a tramitação do Projeto de Lei 4.470/2012, que tratava da distribuição do Fundo Partidário e tempo gratuito de rádio e televisão a partidos políticos recém-criados. Nesta liminar, o ministro Gilmar Mendes justifica a utilização do controle preventivo de constitucionalidade por parte do STF por acusar o projeto de lei de ter caráter casuístico, ferir cláusula pétrea e contrariar um entendimento já firmado pela corte, visto que na ADI 4430, o STF já havia declarado a inconstitucionalidade de uma lei que possuía conteúdo semelhante ao do PL 4.470/2012.

Contudo, no agravo em estudo, tal liminar é cassada pela maioria dos ministros com a justificativa de que não caberia ao STF exercer controle preventivo de constitucionalidade, devendo a corte aguardar a deliberação do PL 4.470/2012 pelo Congresso, de modo que eventual interferência judicial deveria vir apenas em controle repressivo à lei já promulgada. De fato, o PL foi aprovado e promulgado como Lei 12.875/2013, e esta veio a ser questionada no STF através da ADI 5105.

Observe, dessa forma, que a ADI 5105 pode ser considerada, na verdade, como uma extensão da matéria que é discutida no AgRg no MS 32.033. De fato, a matéria referente à organização e funcionamento do Poder Legislativo (no que se refere à distribuição do Fundo Partidário e de tempo gratuito de rádio e televisão a partidos recém-criados) sequer chega a ser a discutida pelo plenário, ficando este restrito ao tema do controle preventivo de constitucionalidade que Gilmar Mendes defendeu no mandado de segurança. Assim, a melhor compreensão deste caso fica dependente da leitura e análise da ADI 5105, onde a matéria é enfrentada pelo plenário, que faz referência ao AgRg no MS 32.033, bem como traz novas e importantes discussões quanto aos papéis do STF na resolução dessas problemáticas.

Vale ressaltar que o AgRg no MS 32.033 aparece nas listas utilizadas como base para a seleção de “casos paradigmáticos” como referente ao “Controle jurisdicional do devido processo legislativo”⁵¹. A característica central que classifica este caso como paradigmático, portanto, é o fato de trazer uma importante discussão acerca da interferência do STF no processo legislativo, mais especificamente na possibilidade de controle preventivo e impedimento de que um projeto de lei siga sua tramitação. Da mesma maneira, tal discussão é complementada na ADI 5105, que reafirma o argumento central no agravo de que caberia à corte atuar apenas em controle repressivo, assim como traz novas abordagens sobre a possibilidade do Poder Legislativo enfrentar uma decisão do STF ao propor lei de conteúdo semelhante ao que já foi declarado inconstitucional,

⁵¹ Lista disponibilizada no Anexo I.

discussão esta que também aparece, embora de forma ainda não muito desenvolvida, no agravo do MS 32.033.

Por conseguinte, repare que ambos os casos estão intimamente interligados, seja em seu aspecto material (discussão de mérito da ação, ou seja, do conteúdo do PL 4470 e da Lei 12.875/2013), seja nos seus impactos no aspecto de “controle jurisdicional do devido processo legislativo”.

Além disso, é válido ressaltar que a ADI 5105 cumpre todos demais requisitos utilizados como fatores de seleção dos casos neste trabalho, quer seja, possui uma decisão em plenário, está dentro do prazo de 2012 a 2015 (foi julgado em 2015), bem como está ligado à organização e funcionamento do Legislativo, mais especificamente à organização político-partidária e processo eleitoral.

2.1.7. O universo de casos selecionados

Restam-me, portanto, os seguintes casos, que constituirão o universo de análise dessa dissertação:

1 - ADCs 29/DF e 30/DF, ADIn 4.578/DF, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 29 jun. 2012; julgados conjuntamente - Caso Ficha Limpa;

2 - ADIn 4.029/DF, julgamento concluído em 8 de março de 2012. Rel. Min. Luiz Fux - Caso Chico Mendes;

3 - AP 565, julgamento em 8 de agosto de 2013, relatora ministra Cármen Lúcia – Caso Perda de Mandato;

4 - AgRg no MS 31.816, julgamento em 27 de fevereiro de 2013, relator ministro Luiz Fux – Caso Veto Presidencial

5 - AgRg no MS 32.033, julgamento em 20 de junho de 2013, relator originário ministro Gilmar Mendes, relator para o acórdão ministro Teori Zavascki – Caso Controle Preventivo de Constitucionalidade;

6 - ADI 4.543, julgamento em 6 de novembro de 2013, relatora ministra Cármen Lúcia – Caso Voto Impresso;

7 - ADIs 4.947, 5.020, 5.028, 5.130 e ADC 33, relator ministro Gilmar Mendes; ADIs 4.963, 4.965, relatora ministra Rosa Weber, julgamento conjunto concluído em 1º de julho de 2014 – Caso Número de Deputados.

8 - Rcl 4.335, relator ministro Gilmar Mendes, julgamento concluído em 21 de março de 2014 – Caso Senado e Controle de Constitucionalidade;

9 - ADI 5.081, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgamento concluído em 27.05.2015 – Caso Fidelidade Partidária;

10 - ADI 4.650, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento concluído em 17.09.2015 – Caso Financiamento de Campanha;

11 – ADI 5.105, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento concluído em 01.10.2015 – Caso Criação de Partidos.

12 - ADI 5.127, Rel. Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, julgamento concluído em 15.10.2015 – Caso Contrabando Legislativo;

13 - ADPF 378 MC, Rel. Min. Edson Fachin, Rel. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, julgamento concluído em 18.12.2015 – Caso Impeachment;

2.2. Categorias de análise: Papéis do STF

2.2.1 O processo de criação das categorias de análise: As perspectivas de análise dos acórdãos.

O processo de criação das categorias de análises dos papéis do STF a serem investigadas ocorreu a partir do estudo das argumentações dos ministros. Esses argumentos foram analisados de duas formas:

a) *Menção expressa a um papel:* analisei as menções expressas à função do STF, ou seja, a qual atividade que a corte está exercendo ao interpretar a Constituição naquele caso. Utilizei-me de expressões que remetam à ideia de “papel” que tomei como base nesta pesquisa, ou seja, expressões equivalentes como “função” e “dever”.

b) *Inferência das argumentações dos ministros:* Procurei ainda inferir, a partir do conteúdo dos argumentos dos ministros, que papel estes

projetaram para o STF, tendo em vista a presença em seu voto de elementos que indiquem a legitimidade da corte para atuar no caso, o que a corte está buscando resolver, quais os limites dessa atuação, dentre outras referências. Nesse sentido, busquei construir o papel do STF a partir de certas indicações presentes nos argumentos dos ministros.

Dessa forma, tornou-se necessário criar uma metodologia de análise que fosse capaz de identificar não apenas tais menções expressas, mas também estes argumentos que possibilitassem a inferência de categorias de papéis do STF. Nesse sentido, inicialmente tentei identificar e classificar alguns argumentos que me permitissem chegar a futuras categorias de papéis de corte. Tal identificação e classificação ocorreram, assim, a partir de alguns pontos que considerei relevantes para que este processo de inferência pudesse ser feito. Trata-se, na verdade, de perspectivas de análise que adotei na leitura dos acórdãos.

Torna-me agora necessário explicar quais são esses pontos relevantes na identificação dos argumentos, e como os organizei a fim de chegar a papéis de corte. Refiro-me ao método que utilizei para fazer as inferências mencionadas acima.

Inicialmente, ainda no Projeto de Pesquisa⁵², adotei uma série de “tipos argumentativos” que buscassem explicitar funções do STF nos casos analisados. Tais tipos basicamente buscavam identificar se a atuação da corte, na visão dos ministros, levava em conta certo caráter contramajoritário, se adotava argumentos de base meramente fática (como dados estatísticos, ou previsão de possíveis efeitos fáticos de uma decisão), se previa a possibilidade de a decisão ser revista por outros poderes, se interferia nos procedimentos internos e regramentos próprios destes outros, se mediava conflitos entre outros órgãos e, de maneira geral, se procurava legitimar e explicar o porquê de sua atuação naquele caso.

Iniciada a leitura dos acórdãos, tais perspectivas foram aperfeiçoadas e reagrupadas de modo a se compatibilizarem com o conteúdo que era encontrado no material. A fim de dar maior objetividade a este método de

⁵² São, portanto, categorias prévias às leituras dos acórdãos.

inferência, busquei identificar quais eram as características centrais das categorias mencionadas de maneira expressa. Observado esse núcleo que caracterizava tais categorias, criei cinco grupos de perspectivas a serem observadas nos argumentos dos ministros que possibilitariam encontrar neles as mesmas características que formavam a essência das categorias mencionadas expressamente. Procuo ressaltar, nesse sentido, que as categorias dos papéis do STF mencionados expressamente e inferidos dos argumentos não foram criados em processos separados e isolados, mas de maneira conjunta e complementar.

Observa-se assim que os argumentos são também importantes dados para que se possa compreender os papéis que o STF atribui a si próprio. Isso porque eles vêm muitas vezes a complementar o sentido de uma menção expressa a um destes papéis, ou descrevem com maior clareza o sentido na atuação de tal função, explicando seus limites, sua importância e suas relações com os outros poderes⁵³. Os argumentos dos ministros são, dessa maneira, fonte central de justificação e legitimação de suas decisões, comunicando à sociedade e aos outros poderes quais os papéis que a corte compreende que lhe são atribuídos pela Constituição Federal, assim como por que a corte acredita ser possível e necessário interferir no processo deliberativo interinstitucional em questão⁵⁴.

Ademais, os argumentos não apenas exercem uma função comunicativa, mas também compõe parte importante da própria constituição de quais sejam as funções do STF. Em outras palavras, os argumentos que os ministros utilizam em suas fundamentações possuem força normativa de criar e delimitar as competências da corte, embora não sejam o único elemento desta delimitação. Nesse sentido, estudar os argumentos dos ministros na atribuição de papéis ao STF é estudar a própria construção destes papéis, pois as fundamentações são parte essencial dos julgamentos⁵⁵.

⁵³ Afinal, a relação com outros poderes sempre será um ponto fundamental na construção de um "papel do STF", visto que a descrição de uma função envolve também a descrição de seus limites num arranjo que envolva outros atores.

⁵⁴ Ver Pressupostos teóricos e definição dos termos, Capítulo 1.3.

⁵⁵ Idem.

Enfatizo também que os argumentos analisados serão tanto os referentes a *ratio decidendi*⁵⁶, quanto os em *obiter dictum*⁵⁷, sem me preocupar em diferenciar ambos os tipos de fundamentações em minha leitura. De fato, a grande parte dos argumentos que se referem ou dos quais se pode inferir os papéis do STF aparece em *obiter dictum*, não sendo, portanto, fundamento vinculativo da decisão. Mas, para meu trabalho, tal fato se torna irrelevante, visto que estou considerando os acórdãos como fonte oficial de comunicação da corte à sociedade e aos demais poderes⁵⁸, isto é, considero que todo argumento que apareça no acórdão possui uma função comunicativa e compõe o pensamento do ministro acerca do caso em questão, bem como acerca dos papéis do STF. Nesse sentido, basta que o argumento esteja presente no acórdão para que seja considerado uma expressão oficial da instituição STF, vocalizada nas fundamentações de seus ministros.

Além disso, pelo fato de o processo de inferência ter se desenvolvido de forma conjunta e complementar às menções expressas, a utilização dos argumentos dos ministros, além de essencial para o objetivo classificatório desta pesquisa, permite maior consonância entre as categorias criadas, e maior objetivação do processo de inferência dos argumentos. Isso porque os argumentos observados partem de perspectivas de análises que se originaram na própria observação das características dos papéis mencionados expressamente pelos ministros.

⁵⁶ Segundo professor Luís Roberto Barroso, "A *ratio decidendi* ou o *holding* correspondem justamente ao entendimento jurídico emergente de um precedente que vinculará a decisão dos casos futuros". BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patricia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no Direito brasileiro, p. 19, *site oficial de Luís Roberto Barroso*, 2 nov. 2016. Disponível em: <www.luisrobertobarroso.com.br/?p=152> Acesso em: 9 nov. 2016

⁵⁷ Na mesma obra, o autor aborda que "Quando uma determinada discussão é desnecessária à solução do caso concreto ou, ainda, quando certo argumento não foi aprovado pela maioria da corte como justificativa para a solução dada a uma demanda, tais elementos não se prestam a compor a *ratio decidendi* e não produzem efeitos vinculantes para julgados futuros. Diz-se, então, que constituem *obiter dicta* ou considerações marginais estranhas à decisão do caso." (Ibid., p. 23).

⁵⁸ Não uso declarações de ministros na mídia, por exemplo, por focalizar a pesquisa justamente nos documentos oficiais das instituições, que ficam registrados enquanto expressão comunicativa da instituição em si, fato importante visto que, embora eu trabalhe inicialmente com as argumentações individuais dos ministros, busco nesta pesquisa uma compreensão do STF como um todo institucional.

Tendo como base tais ideias, passo agora a expor e explicar quais são essas perspectivas de análise que adotei para observar os argumentos dos ministros e a caracterização dos papéis que eles atribuem ao STF.

As perspectivas de análises foram divididas em seis grupos, e em cada grupo elaborei questões que orientaram as informações que eu buscava para compor as categorias finais:

a) A questão majoritária x minoritária

O ministro aponta o fato de a decisão tomada pelo Poder Legislativo ser de uma maioria? Tal ênfase se dá para reafirmar a legitimidade dessa decisão legislativa? Ou para destacar a necessidade de se revisar tal decisão majoritária por ela violar alguns direitos que precisam ser protegidos pela corte?

b) Diálogo e conflito com outros poderes

O ministro traz a possibilidade de que a matéria volte a ser regulamentada pelo Poder Legislativo, mesmo após a decisão do STF?

O ministro enfatiza a necessidade de que a ideal regulamentação da matéria envolva a colaboração de todos os poderes?

O ministro identifica que a atuação do STF vem para ocupar um vácuo normativo⁵⁹ deixado pelo Poder Legislativo?

O ministro indica que a atuação do STF vem para fortalecer e desenvolver o funcionamento de outro órgão ou mesmo de outro poder?

O ministro aponta que a atuação do STF vem para delimitar as competências de outro órgão ou poder? Isso possui alguma relação com a separação dos poderes, na visão do ministro?

c) Aperfeiçoamento dos institutos jurídicos e das instituições⁶⁰

⁵⁹ A ideia de "vácuo normativo", ou "omissão do Legislativo", ou "lacunas normativas" que procuro é um conceito a ser definido pelos próprios ministros. Ou seja, não me refiro que a atuação do STF venha para um ocupar um vácuo normativo em seu sentido objetivo, mas no sentido interpretado pelos ministros. Os ministros que apontam a existência de um vácuo e que identificam que a atuação do STF venha para suprimi-la.

⁶⁰ Uma melhor definição desses termos será feita na categorização trazida abaixo.

O ministro identifica problemas institucionais, políticos, econômicos e/ou jurídicos⁶¹ que precisam ser solucionados? Tal solução deve ser dada pelo STF? Se sim, de maneira provisória, ou seja, pode vir a ser reformulado pelos outros poderes? Ou de forma definitiva?

O ministro indica que a interferência do STF vem a remodelar funcionamento de algum instituto jurídico ou instituição? Tal remodelação fortalece ou auxilia o desenvolvimento de algum órgão ou poder, na visão do ministro?

d) Melhor espaço de deliberação

O ministro indica que o STF é o melhor espaço, ou seja, o órgão ideal para decidir essa questão? Por quê?

e) Considerações fáticas

O ministro aponta haver considerações específicas da realidade fática (histórica, social, econômica, cultural, política) que interferem na decisão a vir ser pronunciada pelo STF? Ou seja, o ministro demonstra que uma interpretação fática, ou seja, um diagnóstico da realidade está influenciando sua concepção sobre o exercício da jurisdição constitucional no caso em discussão?

O ministro explica quais os efeitos que a decisão do STF busca atingir?

O ministro prevê quais possíveis “efeitos colaterais”, ou seja, efeitos de difícil previsão e não desejados que possam advir com sua decisão? Se sim, como lida com essas possibilidades?

f) Separação dos poderes

O ministro utiliza a separação dos poderes como argumento para justificar a necessidade de atuação do STF? Ou a utiliza para justificar a necessidade de contenção da corte em sua decisão, isto é, para que a corte não modifique uma deliberação tomada pelo Poder Legislativo?

⁶¹ Novamente a ideia de que “problemas institucionais, políticos, econômicos e/ou jurídicos”. se referem à visão dos próprios ministros.

Observação: estes seis grupos de perspectivas de análise não necessariamente desembocarão diretamente nas categorias criadas, como se este fosse um mero processo de inferência em que um grupo gera uma das categorias. Os grupos, na verdade, funcionam como direcionamento da construção das categorias, direcionando a leitura dos acórdãos e a análise dos argumentos para a compreensão das características que compõe essas categorias na visão dos ministros, ou seja, o motivo de suas existências, os seus limites frente aos outros poderes, sua legitimidade, seus objetivos, e seus efeitos⁶².

2.2.2 As categorias de análise adotadas: das Categorias Caso-a-Caso para as Categorias Gerais

Feitas as leituras a partir de tais perspectivas, bem como identificados os argumentos que se referem aos seis pontos colocados acima, passei a criar categorias de papéis do STF para cada caso em separado.

Nessa fase, a qual denomino “pré-categorização”, procurei analisar individualmente os casos e destacar menções explícitas ao papel do STF, como já foi acima explicado, além de fazer inferências de papéis a partir dos argumentos agrupados de acordo com o explicado no item anterior.

Finda esta fase, estive-me diante de uma série de categorias em cada um dos treze casos, as quais estou chamando “categorias caso-a-caso”. Tais categorias, como explicado no parágrafo anterior, se limitavam a explicar cada caso em específico. Dessa forma, na próxima etapa, a qual denomino “categorização”, busquei identificar novamente qual o núcleo de cada categoria criada para cada caso (“categoria caso-a-caso”), e agrupá-las em categorias mais amplas. Assim, busquei realizar um raciocínio indutivo a fim de sair de tais categorias restritas aos casos de maneira

⁶² Assim é que, por exemplo, a perspectiva da “separação dos poderes” não necessariamente desembocará em uma categoria em específico, mas servirá para a explicação de motivos, limites e objetivos do exercício de algumas categorias, tal como ficará mais claro no decorrer da pesquisa.

isolada para chegar a categorias que fossem capazes de abarcar todos os casos.

Tais categorias gerais passaram, assim, por esse processo de agrupamento e descrição mais minuciosa de suas características nucleares, a fim de que fossem capazes de abarcar todos os casos, bem como fosse possível estabelecer seus limites, ou seja, destacar suas diferenças para que eu pudesse atingir a finalidade classificatória desta pesquisa.

Procurou agora nesta parte da pesquisa descrever essas características gerais que foram adotadas, visto se tratarem do cerne metodológico que conduzirá o desenvolvimento das análises aqui propostas.

Ressalto ainda que todos esses papéis se referem às funções que os ministros atribuem ao STF, não sendo foco de minha pesquisa, portanto, averiguar como tal atuação se dá de fato, mas sim como ela aparece representada e justificada nos discursos argumentativos dos ministros⁶³. Tal averiguação poderá ser questionada em algum momento da pesquisa, mas com o intuito de levantar hipóteses críticas que possam vir a ser desenvolvidas em outras pesquisas.

Dessa maneira, a partir do procedimento metodológico descrito anteriormente, cheguei às seguintes categorias de papéis que o STF se atribui na jurisdição constitucional⁶⁴:

a) Papel Moderador

"Essa é a função moderadora, em tema de conflitos institucionais, de que se acha investido, por expresse mandato

⁶³ Reitero novamente que tal estudo se dá seja por menção expressas, seja por inferências minhas aos argumentos dos ministros.

⁶⁴ Importante ressaltar que uma descrição mais detalhada e objetiva de tais categorias será feita durante a pesquisa e a análise dos casos, em que ficará mais claro como tais categorias podem ser aplicadas às argumentações dos ministros, como elas se relacionam entre si, quais são suas delimitações e extensões mais exatas. Busquei neste capítulo apenas ressaltar o núcleo essencial de cada categoria, a fim de possibilitar ao leitor compreender como a pesquisa se desenrola metodologicamente, bem como quais são suas perspectivas de análise e classificação.

constitucional, o Supremo Tribunal Federal⁶⁵”. – ministro Celso de Mello em seu voto no Caso Impeachment⁶⁶.

Refere-se à função de atuar para garantir a separação dos poderes⁶⁷ na relação Legislativo-Executivo, Legislativo-Judiciário, e Executivo-Judiciário. Tal garantia se dá através de uma interferência do STF, que se coloca como um órgão externo a esse arranjo.

Essa interferência, de maneira geral, ocorre através da arbitração dos conflitos entre os poderes e seus órgãos, da delimitação de suas competências, bem como seus da definição de seus limites de atuação.

b) Papel Modulador

Nessa ordem de ideias, longe de ostentar caráter discricionário ou traduzir arbítrio da Corte Constitucional, a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade consubstancia o dever, inerente à jurisdição constitucional, de assegurar a melhor harmonização possível entre o reconhecimento da supremacia da Constituição, que tenciona no sentido da decretação da nulidade ab initio do ato normativo com ela incompatível, e de outro, o excepcional interesse social e os princípios da segurança jurídica, da razoabilidade e da proporcionalidade que, em tais circunstâncias, apontam noutro sentido.⁶⁸ – Rosa Weber em seu voto no Caso Número de Deputados⁶⁹.

Refere-se à função de adaptar suas decisões às exigências da realidade fática, a fim de evitar que consequências imprevisíveis e não-

⁶⁵ STF: MC na ADPF 378/DF, Rel. originário Min. Edson Fachin, Rel. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 17/12/15, p. 336.

⁶⁶ As citações colocadas junto à descrição de cada papel se referem a uma exemplificação de menção expressa que inspirou a criação de cada uma das categorias.

⁶⁷ A “separação dos poderes” abordada, vale a ênfase, refere-se ao seu significado na visão dos ministros.

⁶⁸ STF: ADC 33/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/09/14, p. 167.

⁶⁹ Considero este trecho uma menção expressa, tendo em vista do uso da expressão “dever de harmonização” entre a supremacia da Constituição e o interesse social, a segurança jurídica, a razoabilidade e a proporcionalidade.

desejadas possam afetar tal decisão ou gerar novos problemas, encargos excessivos e distorções da finalidade constitucional almejada com a proclamação do resultado da própria decisão.

Importante aqui ressaltar que tal função possui inclusive regulamentação legal⁷⁰. O STF, diagnosticando possíveis problemas que sua decisão possa gerar, adapta a extensão dos seus efeitos.

c) Papel Contramajoritário

“A Constituição Federal tem... E aqui já foi dito várias vezes, e essa é que é a conotação, quando se assenta que a Suprema Corte é contramajoritária. A Suprema Corte não é contramajoritária por voluntarismo. A Suprema Corte é contramajoritária porque é seu dever constitucional, nas hipóteses enumeradas, defender as minorias. Aí, ela é contramajoritária⁷¹”. – ministro Luiz Fux em seu voto no Caso Veto Presidencial.

Refere-se à função de atuar contra uma deliberação majoritária a fim de proteger uma minoria política, seja uma minoria parlamentar (partidos políticos menores, por exemplo), seja uma minoria extraparlamentar (grupos sociais com dificuldades de obter representação política-institucional, por exemplo). Os conceitos de maioria e minoria que constituem essa categoria não possuem uma pré-definição exata nessa pesquisa, mas se baseia na própria definição dos ministros em suas argumentações.

d) Papel Modelador

⁷⁰ Lei 9868/99, artigo 27, que dispõe: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

⁷¹ STF: Ag. Rg. no MS 31.816/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27/02/2013, p. 25.

“Daí por que a defesa de uma postura mais ativa do Supremo Tribunal Federal em matérias como a presente não se reduz jamais ao campo estrito da hermenêutica constitucional, exurgindo, antes de tudo, como autêntica questão de modelagem institucional no Estado Democrático brasileiro.⁷²” – ministro Luiz Fux em seu voto no Caso Financiamento de Campanha.

Refere-se à função de atuar como modelador institucional, ou seja, de interferir na construção dos institutos⁷³ de nosso ordenamento jurídico, bem como das instituições⁷⁴ que compõe nosso Estado. Trata-se de uma interferência aditiva, diminutiva ou modificativa⁷⁵, que altera o funcionamento e a regulamentação de alguma instituição ou instituto jurídico. A corte, dessa forma, altera o sentido jurídico, isto é, altera a regulamentação dada pelo Poder Legislativo a um instituto ou instituição. Estas ideias de “modelagem”, “regulamentação” e “alteração do sentido jurídico dos institutos e instituições” ficarão mais claras no Capítulo 5, em que analisarei com maior profundidade este papel.

Tal alteração a que me refiro pode ser compreendida em duas perspectivas:

a) Alteração em um elemento: Trata-se do mecanismo jurídico em específico que a modificação se dá, ou seja, sobre qual instituto jurídico ou instituição se está construindo um novo sentido jurídico pelo STF. Cita-se, por exemplo, uma alteração no funcionamento da medida provisória, do financiamento de campanha, ou das Comissões Mistas do Poder Legislativo. Nesta perspectiva estou preocupado em analisar a alteração sobre o

⁷² STF: ADI 4.650/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/09/2015, p. 37.

⁷³ Refiro-me a instituto jurídico enquanto o objeto de Direito a ser analisado no caso, ou seja, o mecanismo jurídico que está sendo discutido. Assim, por exemplo, medida provisória, veto presidencial, partidos políticos, financiamento de campanha e fidelidade partidária são considerados institutos jurídicos que aparecem no decorrer do trabalho.

⁷⁴ Refiro-me a instituição enquanto um órgão ou um poder que compõe nosso Estado. Os poderes Judiciário, Legislativo, Executivo, bem como o TSE, STF e as Comissões Mistas são, por exemplo, instituições que aparecerão durante o trabalho.

⁷⁵ Ou seja, uma interferência que acrescenta, retira ou modifica algum significado jurídico ao instituto e instituição, alterando seu *modus operandi*. Muitas vezes utilizarei apenas o termo “modificativo” em seu *lato senso* para abranger essas três possibilidades de interferência.

elemento jurídico em si que está sendo objeto de discussão, e não suas repercussões na sistemática em que ele está inserido junto a outros elementos.

b) Alteração em um sistema: Trata-se do complexo jurídico que abrange os elementos descritos no item anterior, e que também será afetado e alterado a partir da mudança destes elementos. Cita-se, por exemplo, as alterações no sistema eleitoral-partidário que ocorrerão a partir da modificação no funcionamento dos institutos da fidelidade partidária ou do financiamento de campanha. Repare que nesta perspectiva estou preocupado em analisar como o elemento jurídico está inserido dentro de certo sistema mais amplo, em que qualquer alteração em um dos seus elementos lhe afeta de alguma forma. Considero sistemas, dessa forma, como campos temáticos do direito, isto é, conjuntos normativos referentes a determinado tema.

De acordo com o conteúdo dos casos analisados, divido esses sistemas em:

a) Sistema Eleitoral-Partidário/ Sistema Político: Tem como cerne a concretização do ideal de representação. Refere-se, assim, ao modo de organização e funcionamento dos partidos políticos bem como da realização das eleições.

b) Sistema Deliberativo dos Poderes: refere-se à forma de deliberação adotada pelos poderes, ou seja, aos procedimentos internos adotados para que se chegue a uma deliberação.

c) Sistema de Controle de Constitucionalidade: refere-se aos mecanismos adotados pelos poderes para a averiguação da compatibilização dos atos normativos com a Constituição Federal, bem como seus consequentes efeitos.

Dessa forma, uma atuação do STF que venha a, por exemplo, declarar inconstitucional o financiamento de campanha eleitoral por pessoas jurídicas pode ser analisada tanto em sua alteração no funcionamento do instituto jurídico "financiamento de campanha", quanto em suas repercussões no funcionamento do "Sistema Eleitoral-Partidário" brasileiro.

2.2.3. Observações sobre as categorias criadas

Válido ainda ressaltar que outras categorias de papéis do STF poderiam ser destacadas na pesquisa, mas preferi, por questões de organização, envolvê-las dentro destas próprias quatro categorias, para abarcar tanto as funções em si, mas também os seus limites. Assim, por exemplo, quando o ministro afirma que não cabe ao STF interferir em determinada decisão do Poder Legislativo, visto que ela possui a legitimidade de ter sido tomada pela maioria representativa do povo brasileiro, seria possível inferir deste argumento um “papel majoritário” da corte, isto é, uma função de proteção de deliberações tomadas pelas maiorias representativas. Contudo, ao invés de retratar esta situação num papel à parte, optei por abordá-la enquanto limite ao exercício de outras funções do STF, seja um limite ao exercício contramajoritário, seja um limite ao exercício modelador, por exemplo.

Observa-se, assim, que o fato de determinada situação ou argumento não estar abarcado diretamente numa categoria nomeada não significa que ele está excluído da pesquisa, mas que foi realocado estrategicamente para outros pontos da composição das categorias. Os papéis foram, assim, nomeados com base em funções que interferem na deliberação do Poder Legislativo de modo a modificá-la⁷⁶, mas os seus conteúdos foram completados por outras situações que integralizam a análise dos argumentos dos ministros.

Estas observações são essenciais para se entender, tal como foi abordado na Introdução, que os papéis nomeados neste capítulo são apenas perspectivas adotadas para se compreender a atuação do STF nos argumentos dos ministros. A resposta à minha pergunta de pesquisa não corresponde apenas a esta nomeação exposta neste capítulo, mas a todas as características descritas em cada uma das categorias. Responder, portanto, quais são os papéis que o STF se atribui nesta monografia não é

⁷⁶ Seja declarando sua nulidade, seja alterando seu sentido jurídico através de técnicas interpretativas, seja modulando sua validade e eficácia.

apenas nomear os quatro papéis (Moderador, Modelador, Contramajoritário, Modulador), mas adentrar em suas peculiaridades, seus limites, divergências, legitimidade e outros atributos. Isto porque, reforço, esta nomeação representa apenas um recorte metodológico adotado para se observar a argumentação do STF sobre si próprio.

Dentro destas categorias, destaco ainda alguns pontos para os quais minha análise se deteve, a fim de melhor caracterizá-las e compreender como o STF as utiliza em suas argumentações no exercício da jurisdição constitucional. Assim, enumero algumas questões que nortearam o estudo e a delimitação entre as categorias acima descritas quando aplicadas aos casos selecionados para esta pesquisa.

Ressalto ainda que não me proponho a responder todas as questões abaixo coladas para todos os papéis, mas que me utilizo delas justamente como uma orientação para conseguir delimitar esses papéis, caracterizar seu núcleo constitutivo e compreender suas relações entre si.

Assim, tendo como base a existência de determinado papel do STF em certo caso, procuro entender, segundo a visão dos ministros:

- a) Quando e por que cabe ao STF atuar em determinada função?
- b) Quais as finalidades almejadas pelo STF com a atuação nesta função?
- c) Quais limites dessa atuação?
- d) Qual a relação dessa atuação com os outros poderes?
- e) Qual a relação dessa atuação com outras futuras deliberações de outros poderes?
- f) O exercício desta função neste caso deve ocorrer na visão de todos os ministros? Ou há divergências sobre a possibilidade de sua ocorrência? Ou a divergência se dá quanto à extensão de tal atuação, e não exatamente quando a necessidade de se atuar neste papel?
- g) O exercício desta função neste caso se relaciona com outros possíveis papéis a serem desempenhados no mesmo caso? Se sim, qual é esta relação? Como estes papéis se complementam ou se excluem?

2.2.4 Análise do Supremo Tribunal Federal ou de suas "11 ilhas"?

Minha pesquisa busca compreender os papéis que o STF atribui a si próprio na jurisdição constitucional, partindo da argumentação dos

ministros, analisadas inicialmente de maneira individual. Tal método expõe certa dificuldade, no sentido de que como poderia um trabalho buscar entender o discurso de uma corte a partir de discursos individuais feitos por onze ministros? A dificuldade parte de um diagnóstico feito acerca da atuação do STF, que não possuiria uma estrutura deliberativa que permitisse a busca do consenso e de uma opinião mais homogênea e unificada da corte, sendo as decisões meras proclamações de onze votos completamente distintos, cujas argumentações são construídas de maneira individualizada e separada⁷⁷.

Contudo, a análise dos acórdãos em questão não ofereceu tal tipo de dificuldade em minha pesquisa. Isso porque foi possível delimitar bem as congruências entre os argumentos dos ministros, que de certa forma puderam ser agrupados em correntes que expressavam de maneira homogênea suas posições acerca dos papéis do STF. Por exemplo, nos casos do Poder Modulador, embora os ministros argumentassem em torno de técnicas distintas de interpretação para modular os efeitos das decisões, era possível identificar uma corrente que defendia o exercício desta função, e outra corrente que não o defendia.

Assim, pude organizar as argumentações dos ministros prioritariamente entre correntes majoritárias (ou seja, que abarca a maioria do plenário) e correntes minoritárias, sendo homogênea a interpretação dada acerca dos papéis do STF em cada uma destas correntes. Tal explicação é importante para que se compreenda a forma com que organizei a escrita da descrição dos casos (baseada na ideia de corrente

⁷⁷ O artigo "Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas" traz uma análise mais detalhada sobre o tema. (KLAFFE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito - Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 1, n. 1, jan 2014, p. 89-104).

No próprio âmbito da SBDP, é possível também apontar duas interessantes monografias que desenvolvem modelos de análise do desempenho deliberativo do Supremo Tribunal Federal: KLAFFE, Guilherme Forma. Vícios no processo decisório do Supremo Tribunal Federal. Monografia da Escola de Formação da SBDP de 2010. Disponível em: <http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=164>. Acesso em: 2 nov. 2016; e TORMIN, Mateus Matos. Desempenho deliberativo e falhas deliberativas no Supremo Tribunal Federal: O esboço de um modelo de análise. Monografia da Escola de Formação da SBDP de 2013. Disponível em: < http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=212>. Acesso em: 2 nov. 2016.

majoritária e minoritária), bem como no próprio desenvolvimento das categorias de análise, visto que busquei construir as características desses papéis de corte a partir destes argumentos encontrados em congruência entre os ministros, embora, em alguns casos, eles viessem demonstrados de maneira expressa nos votos de apenas alguns ministros.

Ressalvo, nesse sentido, que quando me refiro ao fato de as argumentações em relação aos papéis do STF entre os distintos ministros se apresentarem de maneira homogênea, não estou afirmando que todos os ministros mencionaram tais papéis de maneira expressa. Mas, a partir da menção expressa por um ou mais ministros, e acompanhando a argumentação dos demais a partir do processo de inferência já explicado neste capítulo, é possível perceber uma congruência entre esta menção e estes argumentos, de forma que se torna admissível agrupá-los em uma única corrente argumentativa acerca de determinada função da corte.

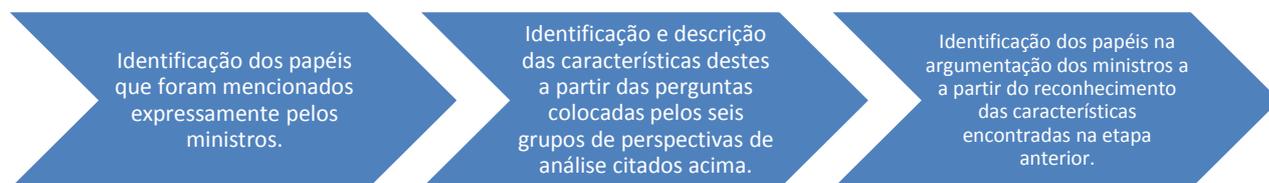
2.2.5 Resumo do processo de criação das categorias de análise

Tabela I - Definição das perspectivas de análise

Definição das perspectivas de análise	
(o que será observado nas leituras dos acórdãos para que seja possível responder a pergunta de pesquisa?)	
fase preliminar (direcionamentos adotados antes do início da leitura dos acórdãos)	fase exploratória (direcionamentos adotados após uma primeira leitura dos acórdãos)
<ol style="list-style-type: none"> 1. Como os ministros justificam a legitimidade da decisão do STF? 2. Há ênfase na necessidade de a Corte atuar de forma contramajoritária? 3. Há o uso de argumentos de base fática (como dados estatísticos, ou dos possíveis efeitos fáticos de uma decisão)? 4. Menciona-se a possibilidade de a decisão ser revista por outros poderes? 5. A decisão altera os procedimentos internos e regimentos próprios destes 	<p>Reorganização dos pontos anteriores e de novos pontos encontrados durante a leitura em seis grupos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Como os ministros compreendem os conceitos de "maioria (deliberação majoritária)" e "minoría" (deliberação contramajoritária)? 2. Como os ministros compreendem a questão do diálogo e/ou conflito entre os poderes?; 3. Como os ministros compreendem a necessidade ou não de se

<p>outros poderes?</p> <p>6. A decisão busca mediar conflitos entre órgãos ou poderes?</p>	<p>aperfeiçoar os institutos e instituições jurídicas criadas pelo Legislador?</p> <p>4. Como os ministros compreendem qual o melhor espaço institucional para a deliberação das questões envolvidas nos casos discutidos neste trabalho?</p> <p>5. Como os ministros utilizam considerações fáticas em suas argumentações?;</p> <p>6. Como os ministros compreendem a separação dos poderes nas questões envolvidas nos casos discutidos neste trabalho?</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Método para a criação das categorias



Este procedimento foi adotado inicialmente de forma isolada em cada caso, sendo as categorias criadas individual e separadamente nos treze casos analisados (pré-categorização). Posteriormente, tais categorias foram agrupadas em categorias mais amplas (categorização), que formaram as quatro categorias centrais do trabalho.



Chega-se, assim, às quatro categorias centrais: Papel Modelador, Papel Moderador, Papel Modulador e Papel Contramajoritário.

c) Tabela II: As categorias centrais:

	Descrição
PAPEL MODERADOR	Refere-se à função de atuar para garantir a separação dos poderes na relação Legislativo-Executivo, Legislativo-Judiciário, e Executivo-Judiciário. Tal garantia se dá através de uma interferência do STF, que se coloca como um órgão externo a esse arranjo.
PAPEL MODULADOR	Refere-se à função de adaptar suas decisões às exigências da realidade fática, a fim de evitar que consequências imprevisíveis e não-desejadas possam afetar tal decisão ou gerar novos problemas, encargos excessivos e distorções da finalidade constitucional almejada com a proclamação do resultado da própria decisão.
PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO	Refere-se à função de atuar contra uma deliberação majoritária a fim de proteger uma minoria política, seja uma minoria parlamentar (partidos políticos menores, por exemplo), seja uma minoria extraparlamentar (grupos sociais com dificuldades de obter representação política-institucional, por exemplo).
PAPEL MODELADOR	Refere-se à função de atuar como modelador institucional, ou seja, de interferir na construção dos institutos de nosso ordenamento jurídico, bem como das instituições que compõe nosso Estado.

3. Descrição dos casos analisados

A melhor compreensão das análises propostas neste trabalho depende de uma breve descrição dos casos que estão sendo estudados. Neste capítulo, procuro relatar brevemente cada um dos treze casos selecionados para a pesquisa, contextualizando o objeto de debate, os argumentos principais, bem como a decisão tomada. As descrições trazidas neste capítulo, portanto, são as informações que considerarei relevante para que as análises a serem discutidas nos capítulos seguinte pudessem ser melhor compreendidas. Importante, dessa forma, ressaltar que estas descrições não pretendem ser um resumo completo dos casos, trazendo todas as perspectivas que envolvem as decisões, mas apenas abordar de forma geral o que está sendo discutido em cada um deles, bem como pequenos enfoques que interessam a esta pesquisa em específico.

Tal como já explicado na Metodologia, busquei analisar os casos com base nas perspectivas da corrente majoritária e corrente minoritária de cada ação, procurando compreender os argumentos em comum utilizados pelos ministros nestas correntes, a fim de garantir um entendimento mais completo da corte, em detrimento dos diversos entendimentos individuais e isolados de cada ministro.

a) ADCs 29/DF e 30/DF, ADIn 4.578/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 29 jun. 2012; julgados conjuntamente - Caso Ficha Limpa

A chamada Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135) foi sancionada em junho de 2010, trazendo modificações na Lei Complementar 64 de 1990, lei esta responsável por regulamentar o regime das inelegibilidades, tal como previsto constitucionalmente⁷⁸. De forma geral, a Lei da Ficha Limpa estabeleceu um regime de inelegibilidade mais rígido, aumentando o rol de enquadramento de condutas e situações que

⁷⁸ art. 14, § 9º da Constituição Federal: Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

ocasionam a impossibilidade do cidadão de concorrer a um mandato público. Cita-se, assim, como exemplo, a exclusão do exercício profissional por decisão sancionatória do órgão profissional competente (em decorrência de infração ético-profissional), bem como a condenação judicial de alguns crimes (especificados na lei) por órgão colegiado. Além disso, a lei previu um prazo mais severo de inelegibilidade, adotando mecanismos que estendessem o efeito desta impossibilidade de se candidatar a qualquer cargo eletivo.

A lei surge num contexto de questionamento social das autoridades públicas envolvidas em escândalos de corrupção. Nesse sentido é que a proposta inicial da lei nasce a partir de um projeto de iniciativa popular tocado pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), que colheu à época cerca de 1,6 milhões de assinatura. O projeto foi então recebido e alterado pela Câmara dos Deputados, que apresentou outro projeto preservando o núcleo da proposta inicial, mas trazendo algumas alterações importantes⁷⁹.

O questionamento da lei chegou ao STF por três vias distintas (ADC 29/DF, ADC 30/DF, e ADI 4578/DF), sendo colocado em julgamento de forma conjunta pelo relator Luiz Fux. As questões essenciais a serem decididas pelo STF eram se as novas situações de inelegibilidades e os prazos previstos pela lei tinham aceitação constitucional, se estas novas situações ocorridas antes da promulgação da lei seriam enquadradas para futuras eleições, e se este novo regramento já se aplicaria nas eleições de 2010.

A corte se dividiu em duas distintas correntes quanto à resolução dos três primeiros problemas, mas foi unânime na impossibilidade de que a lei atingisse as eleições de 2010, dada a previsão constitucional de que

⁷⁹ No projeto inicial, por exemplo, previa-se a inelegibilidade a partir da condenação em qualquer instância por alguns tipos de crime.

alterações no processo eleitoral não afetam as eleições que ocorrerão no prazo máximo de um ano de sua vigência⁸⁰.

De maneira geral, a corrente majoritária⁸¹ argumentou que a questão das inelegibilidades não deve ser vista a partir de uma perspectiva processual-penal, mas a partir do âmbito eleitoral. Nesse sentido, as inelegibilidades não seriam punições do Estado aos cidadãos, mas apenas requisitos exigidos pela lei para o exercício da representação política, tendo como base os princípios da moralidade na seara política e na administração pública. Assim, este requisito negativo de elegibilidade não seria regido pelos mesmos princípios do processo penal, sendo relativizadas, portanto, as ideias de presunção de inocência e irretroatividade inautêntica da lei para abarcar fatos passados em efeitos futuros. A proteção de valores públicos e coletivos teria, nesses casos, maior prevalência, e foi justamente esta a escolha do Legislador, mediante competência delegada pelo próprio artigo 14, § 9º da Constituição Federal, que utiliza o termo “vida pregressa” como ponto de análise a se considerar nas inelegibilidades. Isto não indicaria, contudo, arbitrariedade, dada a existência da possibilidade de se recorrer à decisão em órgãos especiais. Reforça esta ideia a grande ênfase que os ministros desta corrente deram a toda movimentação popular que cercou a edição da lei, marcada pelo sentimento de insatisfação com a imoralidade na administração pública e com a corrupção no país.

Por outro lado, a corrente minoritária⁸² insistiu na ideia de que a lei violaria princípios democráticos centrais, tais como a presunção de inocência e a irretroatividade da lei. Tal violação atingiria também os direitos políticos dos cidadãos, que poderiam ser impedidos de se candidatar por fatos que até então não geravam tais efeitos, possibilitando que a lei fosse utilizada em caráter casuístico e ocasionasse uma quebra de expectativa entre estes cidadãos. A lei, assim, geraria insegurança jurídica

⁸⁰ Constituição Federal, art. 16: A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

⁸¹ Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Ayres Brito, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski; com exceção de que Marco Aurélio votou contra a possibilidade da lei abarcar fatos passados, e Luiz Fux deu interpretação conforme ao novo regime de contabilidade dos prazos da inelegibilidade.

⁸² Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso.

ao atingir situações ainda válidas no contexto em que ocorreram. Além disso, tais ministros atentaram para o risco de se submeter certos direitos políticos subjetivos dos cidadãos a situações que escapam de um controle objetivo, tal como a possibilidade de a sanção de uma organização profissional ou uma decisão ainda não transitada em julgado. A centralidade destes direitos na Constituição Federal não permitiria, portanto, que estes fossem suspensos por critérios tão imprecisos e severos de inelegibilidade. A alta pressão e movimentação popular não poderia, dessa forma, ultrapassar os limites colocados pela Constituição.

b) ADIn 4.029/DF, julgamento concluído em 8 de março de 2012. Rel. Min. Luiz Fux - Caso Chico Mendes

Em 2007, a medida provisória nº 366/2007 foi convertida na Lei 11.516, em que ficou instituído o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMCB), uma autarquia federal vinculada ao Ministério do Meio Ambiente que passaria a atuar, como diz o próprio nome, na promoção da preservação da biodiversidade no país e da maior celeridade aos procedimentos de licenciamento ambiental. Contudo, a lei gerou contestação no STF pela Associação Nacional dos Servidores do IBAMA, seja em seu aspecto material – dada a já existência de uma autarquia com atuação na área, ou seja, o IBAMA –, seja em seu aspecto formal – dado o procedimento de tramitação pelo qual passou a medida provisória, bem como ao não atendimento dos requisitos de relevância e urgência –.

O aspecto formal acaba tendo maior relevo para os propósitos desta pesquisa. A Constituição Federal traz em seu artigo 62, § 9º que *“cabera à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional”*. Contudo, tal dispositivo constitucional vinha regulamentado na Resolução nº 01 de 2002 do Congresso Nacional, que dispunha que ultrapassado o prazo de 14 dias da publicação da medida provisória no Diário Oficial da União, o parecer poderá ser proferido pelo Relator ou

Relator Revisor diretamente no Plenário. De fato, a medida provisória nº366/2007 e muitas outras foram convertidas em lei a partir desta tramitação, sendo este, junto à ausência de urgência e relevância, o questionamento feito pelo requerente quanto à criação do ICMCB.

Inicialmente, a corrente majoritária da corte (Luiz Fux, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Rosa Weber, Teori Zavascki, Celso de Mello e Cármen Lúcia)⁸³, considerou a ação parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade incidental dos artigos da resolução citada acima, bem como da Lei 11.516/2007, com a ressalva de que a corte cedeu ao Congresso o prazo de 24 meses para que nova lei no mesmo sentido fosse editada, e o funcionamento do instituto se regularizasse. Até completar esse prazo, não haveria declaração de nulidade da lei em questão. A justificativa se baseia justamente no devido processo legislativo, em que se coloca constitucionalmente a necessidade do parecer ser aprovado na Comissão Mista para depois ir a Plenário, de modo que a resolução violaria texto expresso da Constituição Federal, distorcendo a tramitação da medida provisória no Poder Legislativo e prejudicando uma deliberação democrática e cautelosa, visto que o processo legislativo da medida provisória tem como função justamente permitir que o Poder Legislativo decida com cuidado esse ato atípico do Executivo.

Quanto ao argumento dos requisitos relevância e urgência, apenas o ministro Luiz Fux defendeu este ponto, dizendo que caberia ao Poder Judiciário o exercício deste controle em casos que a ausência destes seja explícita. Contudo, o argumento será rebatido por Gilmar Mendes, para quem a análise dos requisitos é de caráter político, não cabendo à corte interferir no assunto com risco de violar a separação dos poderes.

Em voto divergente, o ministro Lewandowski ressaltou justamente a autonomia do Poder Legislativo para organizar suas tramitações internas, de modo a acomodar o devido processo legislativo com a lógica própria de funcionamento do Congresso. O ministro destacou sua preocupação com a possibilidade de que minorias obstruam a realização das reuniões nas

⁸³ O ministro Joaquim Barbosa estava ausente nesta sessão, enquanto o ministro Toffoli declarou-se impedido para julgar.

comissões, a fim de atrasar a votação do parecer e, assim, atrasar a votação definitiva da medida provisória. Nesse sentido é que caberia a adaptação feita pelo Congresso através da resolução em questão, e a improcedência da ação.

Marco Aurélio, por outro lado, divergiu por votar pela procedência total da ADI em questão. Isso por que, para o ministro, a clareza do texto constitucional não permitiria meras adaptações e flexibilizações como a que a corte estaria fazendo à tramitação da medida provisória nº366/2007.

Contudo, no dia seguinte da decisão, a Advocacia da União entrou com uma questão de ordem alegando que a decisão do STF levaria a uma enorme insegurança jurídica, considerando que cerca de 500 leis em vigor foram convertidas por medidas provisórias com base na Resolução nº 1 de 2002, e outras muitas medidas provisórias já tramitavam também com base nessa regulamentação. Assim, a questão de ordem foi acatada pela corte e por sete votos a dois (a divergência foi de Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, pelos motivos já apresentados acima), a corte modificou sua decisão, declarando a ação improcedente, com a declaração de inconstitucionalidade incidental da resolução, mas tendo seus efeitos modulados para o futuro, ou seja, tanto a medida provisória 366/2007, quanto todas as anteriores a tal decisão e que já tramitavam no Congresso no momento desta foram consideradas constitucionais.

c) AP 565, julgamento em 8 de agosto de 2013, relatora ministra Cármen Lúcia – Caso Perda de Mandato

O julgamento da Ação Penal envolveu a condenação de três réus, o então senador Ivo Cassol, Salomão da Silveira e Erodí Matt. Os três estavam sendo acusados de envolvimento num esquema de fraude de licitações na cidade de Rolim de Moura (RO). Contudo, interessa-me deste caso apenas a discussão que envolveu a possibilidade de perda de mandato de senador de Ivo Cassol, visto ser esta a questão constitucional relativa à organização e funcionamento do Poder Legislativo no processo em debate.

A discussão gira em torno do artigo 55, VI⁸⁴, combinado com o § 2º do mesmo artigo⁸⁵ da Constituição Federal. A corrente majoritária da corte (Cármen Lúcia, Roberto Barroso, Luiz Fux, Teori Zavascki, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli) argumentou que estes dispositivos não permitem outra interpretação possível além da literal, no sentido de que a perda de mandato por condenação criminal em sentença transitada em julgado depende de decisão de maioria absoluta na Câmara dos Deputados e no Senado. Nesse sentido, mesmo que para alguns desses ministros esta não fosse a melhor situação para o funcionamento do instituto da perda de mandato, não poderia a corte passar por cima do texto constitucional, que é explícito nesta escolha.

Por outro lado, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Joaquim Barbosa defenderam que a sentença transitada em julgada por condenação criminal geraria a perda imediata do mandato de Ivo Cassol, cabendo ao Congresso apenas declará-la. Isso por que não teria lógica que um mandatário que cumprisse pena em regime fechado mantivesse seu exercício parlamentar, sendo dever do STF corrigir essa disfuncionalidade. Além disso, a condenação criminal com trânsito em julgado gera a suspensão de direitos políticos⁸⁶, sendo impossibilitado, portanto, que o senador permaneça com o mandato.

É nesse sentido que o ministro Gilmar Mendes propôs ainda outra interpretação, que seja capaz de abarcar esses dispositivos aparentemente confusos da Constituição. O ministro sugeriu que a perda de mandato ocorra de maneira imediata caso haja sentença de condenação transitada em julgado, com a condição de que a fundamentação desta traga que haja prática de improbidade administrativa como conteúdo elementar do tipo penal aplicado, bem como nos casos do artigo 92 do Código Penal⁸⁷. Sua

⁸⁴ Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

(...)

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

⁸⁵ § 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

⁸⁶ Artigo 15, III, Constituição Federal

⁸⁷ Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

proposta, contudo, não foi levada adiante pela corte, ficando o voto do ministro vencido no caso.

d) AgRg no MS 31.816, julgamento em 27 de fevereiro de 2013, relator ministro Luiz Fux – Caso Veto Presidencial

Em dezembro de 2012, o então deputado federal pelo Partido dos Trabalhadores, Alessandro Molon, impetrou mandado de segurança no STF contra a Mesa Diretora do Congresso Nacional, para que esta se abstinhasse de votar um veto presidencial referente ao Projeto de Lei 2.565/2011, que tratava de novas regras de partilha dos royalties do petróleo. O ministro Luiz Fux deferiu o pedido de liminar contido no MS, impedindo que a Mesa Diretora examinasse o veto em questão. Esta, contudo, entrou com o agravo regimental ora em análise, para que a liminar fosse cassada e a tramitação do projeto de lei pudesse prosseguir.

No agravo, a corrente minoritária, formada pelos ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello, defendeu os fundamentos apresentados pelo relator para deferir a liminar. De maneira geral, o argumento utilizado por esta corrente se baseia nos parágrafos 1^{o88}, 4^{o89} e 6^{o90} do artigo 66 da Constituição Federal. A interpretação conjunta destes positivos, para os quatro ministros, leva a obrigatoriedade de que o

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. (

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

⁸⁸§ 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

⁸⁹§ 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores.

⁹⁰§ 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.

Congresso delibere sobre os vetos em ordem cronológica à medida que eles são recebidos, não podendo as Casas colocarem em votação arbitrariamente alguns vetos em detrimento de outros, situação que consistiria nítida afronta ao devido processo legislativo. Trata-se de um limite colocado ao funcionamento do Congresso Nacional a fim de garantir que a tramitação dos projetos de lei sejam capazes de garantir uma decisão democrática e representativa, não podendo um mero costume parlamentar de desobedecer esses dispositivos atropelar o texto constitucional. A liminar viria no sentido, portanto, de justamente fortalecer o Poder Legislativo, evitando uma hipertrofia do Executivo, bem como direcionando o funcionamento parlamentar para as exigências constitucionais.

Já a corrente majoritária, formada pelos ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, defendeu que tal intervenção judicial ocasionada pela liminar fere a separação dos poderes ao retirar a autonomia interna do Poder Legislativo para se organizar, visto que a decisão traria um verdadeiro trancamento de pauta ao poder. Isso porque o Congresso seria obrigado a avaliar todos os mais de três mil vetos pendentes. Além disso, todos os vetos já apreciados anteriormente sofreriam de forte insegurança jurídica, podendo ser questionados no Judiciário a qualquer momento. Assim, a provável solução da corte no julgamento de mérito do mandado de segurança em questão tenderia a uma modulação de efeitos que harmonizasse essa situação caótica aos dispositivos constitucionais, sendo incabível uma liminar que desconsiderasse todos estes efeitos danosos ao funcionamento do Poder Legislativo.

e) AgRg no MS 32.033, julgamento em 20 de junho de 2013, relator originário ministro Gilmar Mendes, relator para o acórdão ministro Teori Zavascki – Caso Controle Preventivo de Constitucionalidade

Em 2012, entrou em tramitação no Congresso Nacional o PL 4.470/2012 que reestruturava a distribuição do Fundo Partidário e do

horário reservado à propaganda eleitoral em rádio e televisão, estabelecendo que, nas mudanças de mandatários para partidos políticos recém-criados, a fatia antes cabível a este mandatário não será também transferida ao novo partido político. A medida prejudicaria diretamente novos partidos que buscassem atrair parlamentares, situação esta permitida pelos novos entendimentos acerca da fidelidade partidária. O PL tramitava com muita rapidez e já havia sido aprovado na Câmara, aguardando apenas decisão do Senado, que estava para deliberar em breve.

O STF havia julgado recentemente a ADI 4.430 (relatoria de Dias Toffoli), que declarou inconstitucional uma lei com teor idêntico ao proposto pelo PL 4.470/2012. A fundamentação tratou da proteção ao pluralismo político, a livre criação de partidos e a preservação da igualdade política.

A partir destes fatos, o senador Rodrigo Rollemberg (então do Partido Socialista Brasileiro) impetrou mandado de segurança (MS 32.033) no STF para impedir a deliberação do PL 4.470/2012. O ministro Gilmar Mendes, com base na decisão da ADI 4.430, argumentou que o projeto de lei em questão possuía caráter casuístico, ou seja, era voltado a atingir a criação de alguns partidos em específico (no caso, a Rede Sustentabilidade). Além disso, o PL atingia cláusula pétrea no que se refere a certos direitos políticos fundamentais, como a livre criação de partidos e o pluralismo político⁹¹, sendo sua tramitação um risco evidente a pilares centrais da Constituição Federal e do funcionamento da democracia no Brasil.

Assim, com base no artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal⁹², caberia ao STF impedir que a deliberação do PL ocorresse, deferindo o pedido de liminar do mandado de segurança para que este não fosse colocado em votação no Senado até o julgamento de mérito da questão.

⁹¹ art. 17, *caput* e § 3º, CF: É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: (...)

§ 3º Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

⁹² § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

O agravo regimental em análise veio justamente para questionar essa liminar deferida pelo ministro relator. De forma minoritária, apenas Gilmar Mendes e Dias Toffoli defenderam a manutenção da liminar, reforçando os argumentos utilizados por Gilmar Mendes no deferimento desta, bem como insistindo na necessidade de se manter a recém-decisão da corte frente a um projeto de interesse casuístico.

Por outro lado, a maioria da corte argumentou que tal mandado de segurança representa perigosa tentativa de que o Judiciário exerça um controle preventivo de constitucionalidade, impedindo o Poder Legislativo de realizar seu exercício de deliberação, situação que se demonstra nítida violação à separação dos poderes. Dessa forma, a atuação do Supremo deveria advir somente em controle repressivo, podendo os legitimados constitucionalmente propor uma nova Ação Direta de Inconstitucionalidade caso a lei fosse aprovada sem alterações em seu conteúdo.

f) ADI 4.543, julgamento em 6 de novembro de 2013, relatora ministra Cármen Lúcia – Caso Voto Impresso

A Lei 12.034/2009 trouxe grandes modificações ao sistema de votação brasileiro, ao introduzir em seu artigo 5º um mecanismo em que após a confirmação final do voto pelo eleitor, a urna eletrônica imprimiria um número único de identificação deste voto à assinatura digital do eleitor, que seria depositado, sem qualquer contato manual, num local lacrado. Finda a votação, a Justiça Eleitoral realizaria um sorteio de 2% das urnas de cada Zona Eleitoral para que os votos em papel fossem contados e comparados com os resultados das urnas.

Alegando violação ao voto secreto⁹³, a Procuradoria Geral da República impetrou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade questionando o artigo descrito, inclusive com pedido de cautelar para que os efeitos da lei fossem suspensos até o julgamento definitivo. Para esta pesquisa, analisei tanto a decisão do pedido de liminar, que foi julgada em plenário e concedida, quanto ao julgamento de mérito, que também foi pela

⁹³ Art. 14, caput, CF.

procedência da ação, dado que os argumentos utilizados em ambas as decisões coincidem quanto à posição da corte, que foi unânime na cassação da norma.

Os argumentos da relatora Cármen Lúcia foram seguidos de maneira geral, em que ficou colocado o retrocesso que este novo mecanismo representaria ao funcionamento das votações no Brasil, visto por em risco o segredo do voto dos eleitores. O sistema não garantia, assim, que o voto do eleitor não pudesse vir a ser identificado por meio de sua assinatura digital, fato que viola tanto o artigo 14 da Constituição, quanto propriamente uma cláusula pétrea⁹⁴.

Os votos trazem também muitas críticas à qualidade do novo mecanismo criado, alegando que este traria uma enorme despesa ao Estado brasileiro, mas que, em contrapartida, não seria capaz de garantir maior segurança no processo de contagem de votos, visto já existirem meios mais eficazes de se promover tal segurança e fiscalização. A complexidade deste mecanismo de voto impresso, portanto, não seria benéfica ao funcionamento eleitoral brasileiro, em detrimento dos altos custos que geraria.

O argumento da ineficiência do mecanismo de voto impresso, bem como do retrocesso tecnológico que este representaria culmina inclusive na defesa pro Cármen Lúcia de uma “proibição constitucional ao retrocesso de direitos políticos-eleitorais” no funcionamento de sistema de votos brasileiros.

Tal afirmação veio a ser criticada pelo ministro Gilmar Mendes, para quem não caberia ao STF fazer a análise quanto à qualidade das leis criadas, mas sim quanto a sua compatibilidade com a Constituição, não sendo proibido ao Poder Legislativo o desenvolvimento de outros mecanismos de voto impresso, desde que estes não violem a garantia de que o voto seja secreto. O sistema eletrônico brasileiro não seria, dessa forma, imune a modificações que, na visão do Legislador, pudessem aperfeiçoar a confiança e qualidade das apurações.

⁹⁴ Art. 60, § 4º, II, CF.

g) ADIs 4.947, 5.020, 5.028, 5.130 e ADC 33, relator ministro Gilmar Mendes; ADIs 4.963, 4.965, relatora ministra Rosa Weber, julgamento conjunto concluído em 1º de julho de 2014 – Caso Número de Deputados

O artigo 45 da Constituição Federal, em seu parágrafo primeiro, traz que o número total de deputados e sua distribuição entre os estados seriam estabelecidos por lei complementar, levando-se em conta “à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados”. Tal lei complementar foi editada em 1993 (LC 78/1993) e definiu que o número de deputados não excederia 513, o estado mais populoso teria 70, o menos populoso 8, e as demais distribuições seriam feitas pelo TSE a partir de uma resolução que levasse em conta dados fornecidas pela “Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no ano anterior às eleições, a atualização estatística demográfica das unidades da Federação”.

Desde então, o TSE tem expedido resoluções acerca do número de deputados por estado. Inicialmente, apenas aumentou-se o número de deputados de São Paulo de 60 para 70 e adequou-se o número dos recém criados estados do Amapá e Roraima, sendo que as resoluções seguintes não trouxeram qualquer alteração até 2013, quando, com base nas atualizações estatísticas feitas pelo IBGE em 2010, a Resolução 23.389 trouxe modificações mais impactantes à divisão, afetando diretamente vários estados.

Confrontando a Resolução, o Congresso Nacional editou o Decreto Legislativo 424/2013, que sustava os efeitos da decisão do TSE, com a justificativa de que esta extrapolava a delegação concedida pela Lei Complementar 78/1993. As ações em análise nesse caso tratam justamente do questionamento da constitucionalidade da Lei Complementar 78/2013, da Resolução 23.389/2013 e do Decreto Legislativo 424/2013, levando o

STF a decidir acerca de tal disputa de competências para a regulamentação da distribuição do número de cadeiras parlamentares entre os estados.

A corte se dividiu basicamente em duas correntes. A primeira, minoritária, é encabeçada pelo ministro relator Gilmar Mendes e acompanhada por Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli. Para eles, a Lei Complementar 78/1993 não delegou completo arbítrio ao TSE na realização da divisão das cadeiras, mas estabeleceu alguns parâmetros para que um órgão mais neutro pudesse aferir esta divisão a partir de uma perspectiva mais técnica. Assim, o TSE apenas agiu dentro dos limites concedidos pelo Legislador, que não são abertos o suficiente para se afirmar que houve uma delegação para elaboração normativa primária sobre o artigo 45, parágrafo primeiro da Constituição Federal.

A divergência, aberta por Rosa Weber e acompanhada por Luiz Fux, Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, argumentou que a divisão das cadeiras possui caráter político e que, portanto, caberia exclusivamente ao Legislador realizá-la de acordo com o que determina o artigo 45, parágrafo primeiro da Constituição Federal. Não seria, assim, possível que esta normatização fosse delegada à Justiça Eleitoral, como fez a Lei Complementar 78/1993 sobre parâmetros tão abertos e indeterminados. Nesse sentido, tem-se tanto uma situação de inconstitucionalidade da Resolução em questão, como desta lei complementar.

O ministro Teori Zavascki, em visão próxima a da corrente majoritária, votou pela procedência parcial da ação, declarando a inconstitucionalidade da Resolução 23.389/2013 e interpretação conforme a lei complementar, a fim de dar o entendimento de que esta não autoriza o TSE a realizar alterações nas bancadas, como o fez com a resolução em debate. Para o ministro Zavascki, apenas o STF teria competência para realizar esta atualização judicialmente, através da impetração de um mandado de injunção, visto se tratar de uma omissão constitucional da Lei Complementar 78/1993.

A grande discussão passou a ser, dessa forma, como a corte deve decidir para que tais problemáticas sejam resolvidas e, além disso, para que não se coloque em insegurança todas as eleições já realizadas com base nas resoluções editadas pelo TSE, bem como para que se determine com base em que divisão serão realizadas as próximas eleições.

Rosa Weber sugeriu que a corte modulasse sua decisão, a fim de que as resoluções do TSE fossem consideradas constitucionais seja nas eleições passadas, seja para as eleições futuras, até que o Congresso edite nova Lei Complementar com parâmetros mais rígidos de definição da divisão de cadeiras. Contudo, não havia quórum na sessão para que se votasse a modulação, estimulando a corte a fazer novas adaptações em sua decisão para que sua decisão pudesse resolver os problemas de insegurança jurídica colocados em debate.

É nesse sentido que prevalece a proposta construída na corte, fixando-se que todas as resoluções anteriores do STF apenas davam publicidade a uma divisão já consolidada na ordem jurídica brasileira, dadas as adaptações feitas com a entrada em vigor da Lei Complementar 78/1993. Assim é que tal divisão seria válida e vigente até que o Congresso Nacional legisle novamente sobre o tema. A corte, portanto, proclamou a inconstitucionalidade da Resolução do TSE em questão, bem como a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei Complementar 78/1993 por omissão, visto seus critérios serem insuficientes para se determinar como a atualização das estatísticas deve resultar em atualização nas divisões das cadeiras entre os estados.

h) Rcl 4.335, relator ministro Gilmar Mendes, julgamento concluído em 21 de março de 2014 – Caso Senado e Controle de Constitucionalidade

O caso discute uma reclamação impetrada pela Defensoria Pública do Acre no STF diante de uma decisão de um juiz de primeira instância, que indeferiu um pedido de progressão de regime por conta da prática de crime hediondo pelo condenado. A ação questionou que a decisão deste juiz

violaria a autoridade das decisões do Supremo. O ponto é que em fevereiro de 2006, o STF julgou o Habeas Corpus 82959, em que se declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990⁹⁵, que proibia a progressão de regime em caso de condenação por crime hediondo⁹⁶.

Contudo, o juiz em questão alegou que esta declaração de inconstitucionalidade ocorreu num controle concreto, vinculando apenas as partes do caso, ou seja, seus efeitos não foram erga omnes. Isso por que o efeito erga omnes ocorre apenas em decisões de controle abstrato de constitucionalidade, ou ainda, caso as decisões em controle concreto tenham seus efeitos estendidos pelo Senado Federal. Esta segunda hipótese tem como base o artigo 52, X da Constituição Federal, que diz:

“Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”;

Observa-se que, de fato, o caso em discussão não trouxe nenhuma das duas hipóteses, sendo objeto de debate, portanto, como o STF conseguiria impor sua jurisprudência acerca da progressão de regime para crimes hediondo, dado entendimento distinto de juízes de instâncias inferiores, como o caso concreto no Acre expõe.

A corte se dividiu em duas opiniões. A primeira é encabeçada pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Graus, que defenderam uma releitura do art. 52, X da Constituição Federal a fim de adaptá-lo a este problema institucional de uniformização da jurisprudência no Brasil. A participação do Senado na extensão dos efeitos do controle concentrado seria apenas de dar publicidade à decisão do STF, passando, contudo, estes efeitos a terem

⁹⁵ § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

⁹⁶ Interessante, contudo, ressaltar que esta norma foi revogada pelo Poder Legislativo em 2007, que passou a estabelecer que: “§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.” A existência de um possível diálogo institucional entre as decisões do STF e a modificação trazida pelo Legislador é um interessante tema para futuras pesquisas.

caráter erga omnes logo a partir desta decisão. O argumento se baseia na ideia de que este dispositivo constitucional teria mero caráter histórico, visto que o instituto da suspensão pelo Senado se deu em um contexto institucional distinto, em que predominava outra visão acerca da separação dos poderes e do controle judicial. Entretanto, a dinâmica institucional brasileira revelou uma tendência em que o controle de constitucionalidade se torna cada vez mais concentrado e abstrato, sendo o STF munido progressivamente de maior controle sobre suas decisões, bem como disponibilizando à sociedade civil mais meios de acessá-lo. Nesse sentido é que se pode perceber uma mutação constitucional no papel do Senado no controle de constitucionalidade.

Os demais ministros, porém, negaram que a corte possa ultrapassar de tal forma o texto constitucional, sob o risco de violar a separação dos poderes ao tirar do Senado uma função constitucionalmente lhe atribuída, com a justificativa de que assim seria possível superar o problema institucional brasileiro de uniformização de jurisprudência. Na verdade, para a corrente majoritária, já existem outros mecanismos para solucionar o tipo de problema apresentado no caso, como a repercussão geral, a súmula vinculante, e para o caso em específico da progressão de regime, o próprio habeas corpus cedido de ofício. Assim, repreende-se a ideia de tal mutação constitucional, mantendo-se o papel do Senado tal como já consolidado na jurisprudência da corte.

Outra discussão que envolveu o STF no caso foi acerca de qual remédio processual mais adequado para corrigir o problema em questão. Isso por que a corte editou a Súmula Vinculante 26 em 2010, fixando o entendimento jurisprudencial da seguinte forma: "para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990". O problema é que a Reclamação em questão foi ajuizada mais de três anos antes da edição desta súmula, havendo uma divergência entre os ministros sobre o conhecimento e deferimento do pedido com base nesta súmula, ou a mera cessão do Habeas Corpus de ofício, sem conhecimento da ação.

Na decisão, a maioria (Gilmar Mendes, Eros Grau, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Teori Zavascki e Celso de Mello) votou pelo conhecimento e procedência da ação, enquanto os demais ministros (Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence) votaram pelo não conhecimento e a cessão do habeas corpus de ofício. Válido enfatizar, entretanto, que a tese da mutação constitucional de Gilmar Mendes e Eros Grau não prosperou no julgamento.

i) ADI 5.081, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgamento concluído em 27.05.2015 – Caso Fidelidade Partidária

Em 2007, em meio a consultas feitas ao TSE, este afirmou a tese de que o mandato político pertencia ao partido, e não ao parlamentar, de tal forma que, em caso de mudança de filiação partidária, o partido segue com o mandato deste parlamentar. No mesmo ano, o STF confirmou o entendimento do TSE nos mandados de segurança MS 26.602, relatoria ministro Eros Grau; MS 26.603, relatoria ministro Celso de Mello; e MS 26.604, relatoria ministra Cármen Lúcia, modificando a então consolidada jurisprudência da corte. Os argumentos utilizados partiram da defesa da centralidade dos partidos políticos no sistema político adotado pela Constituição Federal de 1988, sendo a filiação requisito essencial para o exercício de um mandato, bem como o fato do próprio método de eleição proporcional adotado depender dos votos de toda a legenda partidária.

Assim, embora a Constituição Federal de 1988 houvesse retirado o texto referente ao pertencimento do mandato ao partido, uma interpretação sistemática do conteúdo constitucional referente ao funcionamento das eleições e dos partidos políticos possibilitava a compreensão implícita desta norma. Nesse sentido, o partido teria direito ao mandato em caso de desfiliação do mandatário, exceto se tal desfiliação se desse por uma justa causa.

Ainda em 2007, o TSE, baseando-se em tais decisões do STF, baixou a Resolução 22.610 disciplinando a questão da fidelidade partidária, ratificando novamente a permanência do mandato com o partido, exceto

nos casos em que a desfiliação ocorresse por incorporação ou fusão do partido, criação de novo partido, mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário, ou grave discriminação pessoal. Tal resolução foi questionada no STF nas ADIs 3999 e 4086, sendo declarado constitucional pela maioria.

A temática retornou à corte apenas em 2015, com o julgamento da ADI 5.081, em que a Procuradoria Geral da República questiona o entendimento de que as regras da fidelidade partidária estabelecidas na jurisprudência aqui descrita se aplicariam também para cargos oriundos do método majoritário de eleição. Assim, por exemplo, questiona-se se caso um senador mude de partido, este partido teria direito a se manter com o cargo em questão. A decisão acabou sendo unânime, e o voto do relator Luís Roberto Barroso pode ser considerado como a base argumentativa central que sustentou a decisão.

Luís Roberto Barroso argumentou que a ideal construção do instituto da fidelidade partidária dependeria de que o entendimento fixado pelo STF não se aplicasse aos cargos majoritários, visto nestes ter muito mais destaque a figura do mandatário que do próprio partido, correspondendo a verdadeira distorção na soberania popular um entendimento que desconsiderasse esta lógica de funcionamento distinta entre eleições proporcionais e majoritárias. Isso por que as eleições proporcionais giram em torno dos votos contabilizados nas coligações, devido ao sistema de transferência de votos e do quociente eleitoral e partidário. Como nas eleições majoritárias depende-se exclusivamente dos votos obtidos pelo candidato, não caberia aplicar as mesmas regras de fidelidade partidária para ambos os casos, pertencendo o mandato, portanto, nesta última situação ao mandatário.

j) ADI 4.650, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento concluído em 17.09.2015 – Caso Financiamento de Campanha

A ADI 4.650 foi proposta pelo Conselho Federal da OAB, e tratava do questionamento da constitucionalidade dos dispositivos normativos que

regulamentavam a doação por pessoas jurídicas e físicas para campanhas eleitorais. O tema era regulamentado pelas leis 9096/95 e 9.504/97, que autorizavam a doação para campanhas eleitorais por pessoas físicas, limitada a dez por cento dos rendimentos brutos auferidos no anterior às eleições⁹⁷; e por pessoas jurídicas, limitada por dois por centos do faturamento bruto obtido nesta mesma data⁹⁸. No caso de doação de recursos próprios dos candidatos, esta ficava limitada de acordo com o estabelecido pelo partido, na forma da lei⁹⁹.

A captação das eleições pelo poder econômico, num ambiente institucional em que a influência econômica das pessoas jurídicas seja capaz de distorcer a igualdade política entre os agentes participantes, bem como em que cidadãos tenham capacidades distintas de influenciar o pleito eleitoral através de suas doações formaram o cerne do debate acerca da constitucionalidade de tais dispositivos.

Em relação às doações de pessoas físicas, alegava-se que a definição dos limites por um valor proporcional à renda do cidadão, e não um valor baixo e já definido de forma fixa, distorcia a isonomia entre indivíduos de rendas distintas no processo de participação política através das doações. Contudo, esta discussão acabou sendo superada de forma consensual na corte para que o pedido não procedesse¹⁰⁰, centrando-se o debate na questão das doações por pessoas jurídicas.

Nesta discussão, o voto vitorioso será o do relator Luiz Fux, pela procedência da ação, acompanhado pelos ministros Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio . O voto apresenta a ideia de que as pessoas jurídicas não são cidadãos, sendo o exercício por elas de direitos políticos diretamente ligados à soberania popular e à representatividade, como é o financiamento de campanha, uma distorção completa do sistema democrático. Assim, a participação das pessoas jurídicas no processo

⁹⁷ Art. 23, § 1º, I, Lei 9.504/97

⁹⁸ Art. 81, § 1º, Lei 9.504/97

⁹⁹ Art. 23, § 1º, II, Lei 9.504/97

¹⁰⁰ O próprio relator Luiz Fux que, inicialmente deferia o pedido, reajustou seu voto para indeferi-lo, a partir de ponderações feitas pela maioria.

eleitoral acaba tendo um viés de interesse privado transvestido de interesse público, o que apenas encarece as campanhas e incentiva as situações de corrupção sem, contudo, qualificar o debate democrático. Seriam poucas as empresas que concentrariam grande parte das doações, que muitas vezes é feita para partidos que disputam o mesmo cargo, demonstrando o desequilíbrio injustificável do ponto de vista constitucional de tal participação, que feriria o princípio democrático, o princípio republicano, a representatividade, a soberania popular, a igualdade política e a isonomia.

A corrente divergente será formada pelos ministros Teori Zavascki e Gilmar Mendes. Para ambos, o financiamento de campanhas por pessoas jurídicas faria parte do custeio de todo o grande gasto que envolve a democracia, dado que os partidos precisam buscar recursos além do Fundo Partidário para poderem se sustentar, se comunicar com a população e construir seus projetos políticos. Nesse sentido, a solução para os problemas apontados pelos demais ministros, como a corrupção – por exemplo -, não seria simplesmente proibir tais doações, mas fortalecer os mecanismos de combate à corrupção. A reforma política envolve diversos fatores que não podem ser discutidos isoladamente, e encontram seu melhor espaço de deliberação no Congresso, não cabendo ao STF, apenas com base apenas em princípios constitucionais, alterar as escolhas do Poder Legislativo de forma tão interventiva, violando a separação dos poderes.

Além disso, o fato de as pessoas jurídicas não serem cidadãos não significa que elas não possuam interesses legítimos em disputa no jogo democrático, bem como não sejam parte fundamental no desenvolvimento da sociedade brasileira.

O financiamento de campanha seria, assim, um tema complexo que envolve a possibilidade de vários modelos, e ainda, dentro de cada modelo diversas variações dos mecanismos de controle das doações, não podendo o Poder Judiciário simplesmente encerrar a discussão de tal maneira. A partir de tal complexidade, ambos os ministros sugerem a procedência parcial da ação para dar interpretação conforme aos dispositivos questionados, adequando-os aos preceitos constitucionais e corrigindo suas distorções a

fim de aperfeiçoar o modelo adotado, sem negá-lo totalmente. Sugere-se, por exemplo, a proibição de celebração de qualquer tipo de contrato por empresa que doe dinheiro para campanha, bem como a proibição de que a mesma empresa doe para candidatos concorrentes.

I) ADI 5.105, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento concluído em 01.10.2015 – Caso Criação de Partidos

A ação em questão, como já foi explicitado na Metodologia, pode ser compreendida como uma continuação do Caso Controle Preventivo de Constitucionalidade. Dada a aprovação do PL 4.470/2012, transformando-se na Lei 12875/2013, o Partido Solidariedade entra com uma ação direta de inconstitucionalidade questionando seu mérito cujo conteúdo, recorda-se, já havia sido declarado inconstitucional na ADI 4430, sob relatoria de Dias Toffoli.

A ADI 5.105 questionou, assim, os artigos 1º e 2º da lei 12875/2013, que estabeleciam que a divisão do Fundo Partidário e do horário gratuito em rádio e televisão não seria alterada pela saída de um mandatário de seu partido para outro recém-criado. Assim, os partidos recém-criados poderiam atrair parlamentares, mas não teriam acesso à parte do fundo e do tempo em questão adquiridos pelos votos destes parlamentares. Tais partes continuariam, portanto, com o partido pelo qual os parlamentares foram eleitos.

O julgamento gerou basicamente duas correntes entre os ministros. A corrente majoritária, formada pelos ministros Luiz Fux, Roberto Barroso, Cármen Lúcia, Rosa Weber, Dias Toffoli e Marco Aurélio, votou pela procedência da ação e a declaração de inconstitucionalidade de ambos os artigos. Para estes ministros, os artigos impedem o desenvolvimento de novas agremiações políticas, ferindo o pluralismo político e a livre criação de partidos, importantes princípios constitucionais diretamente ligados à igualdade política e ao funcionamento democrático.

A construção do voto vencedor pelo ministro Luiz Fux traz ainda uma importante discussão acerca da possibilidade de o Congresso Nacional

enfrentar uma decisão tomada pelo STF, como é o que de fato ocorreu com a aprovação desta lei frente a recente decisão da corte em sentido contrário. O ministro defende que tal confronto é possível, visto não ter o STF o monopólio da interpretação constitucional, nem a última palavra definitiva sobre a Constituição, sendo o significado desta uma construção dinâmica que envolve a participação de vários agentes, dentre eles o Poder Legislativo. Nesse sentido é que uma decisão do STF pode ser superada pela aprovação de uma emenda constitucional no Congresso (desde que esta não fira cláusulas pétreas), ou ainda pela abordagem do mesmo tema a partir de perspectivas distintas, ou com outros argumentos. De fato, a corte pode vir a mudar seu posicionamento, seja a partir dos novos argumentos apresentados, seja a partir de mudanças fáticas relevantes, seja mesmo com mudanças em sua composição.

No caso em questão, tanto para Luiz Fux quanto para os demais ministros da corrente majoritária, o Poder Legislativo não apresentou novos argumentos, nem mesmo novas perspectivas sobre o tema. Interessante notar que mesmo Cármen Lúcia, que votou pela constitucionalidade da regulamentação em debate na ADI 4430, vota agora por sua inconstitucionalidade, argumentando numa perspectiva institucional que o Legislador foi incapaz de superar uma decisão já consolidada pela corte.

A corrente minoritária, por outro lado, defendeu que a medida se trata, na verdade, de uma expressão legítima do Poder Legislativo para enfrentar o problema das excessivas migrações partidárias, que distorcem o funcionamento do sistema representativo brasileiro. A regulamentação do parágrafo 3º do artigo 17 da Constituição Federal¹⁰¹ é competência do Congresso Nacional, que deve fazê-la de acordo com suas perspectivas políticas, a análise dos problemas da realidade e a tentativa de superá-los, não cabendo, assim, ao Judiciário interferir nessas escolhas. A modificação do entendimento do STF viria, dessa maneira, a partir da identificação da mudança do quadro político brasileiro, em que o excesso de partidos pequenos e o excesso de migrações partidárias ocasionariam sérios danos

¹⁰¹ "Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei."

ao funcionamento da democracia brasileira e que, nesse sentido, a nova regulamentação dada pelo Poder Legislativo, não violava o pluralismo político, mas realizava suas ponderações de interesses e prioridades para superar esses problemas institucionais diagnosticados.

m) ADI 5.127, Rel. Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, julgamento concluído em 15.10.2015 – Caso Contrabando Legislativo

O caso trata do julgamento conjunto de uma série de ações que questionava o artigo 76 da Lei 12.249/2010, artigo este resultado de uma emenda parlamentar à medida provisória 472/2009. O artigo extinguiu a profissão de técnico em contabilidade, mas o cerne da discussão foi sobre o aspecto formal da inclusão de determinar emendas parlamentares feitas à medida provisória em questão. O debate colocado é se estas emendas são constitucionalmente aceitas, visto se tratar, segundo alegação dos impetrantes (dentre eles, destaca-se a Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL), de um conteúdo totalmente distinto da matéria que a medida provisória procurou regulamentar.

A discussão girou em torno, portanto, da possibilidade do Judiciário intervir nos chamados “contrabandos legislativos” nas medidas provisórias, isto é, emendas parlamentares de tema estranho ao tratado nas medidas, mas que se aproveitam da tramitação mais célere destas para serem inclusas e aprovadas.

Dos onze ministros, apenas Dias Toffoli discordou da ideia da possibilidade de intervenção judicial nesses casos. Para o ministro, cabe ao Poder Legislativo decidir quais seriam as emendas parlamentares possíveis à medida provisória, sob o risco de que o STF intervenha excessivamente no funcionamento dos demais poderes. Além disso, não há exigência constitucional para que as emendas tenham pertinência temática, sendo esta exigência feita por lei (Lei Complementar 95 de 1998) e por resolução interna ao Congresso (Resolução 01 de 2002), cabendo a este órgão fazer a

interpretação das emendas. Nesse sentido é que Toffoli votou pela improcedência da ação.

Os demais ministros abordaram que, na verdade, o contrabando legislativo viola o princípio democrático e o devido processo legislativo (artigo 1º, caput, parágrafo único, CF; artigo 2º, caput, CF; artigo 5º, caput e LIV, CF). Trata-se, assim, de um direito tanto dos parlamentares de apenas deliberar sobre questões que passem por um processo justo e democrático, bem como um direito dos cidadãos de só serem obrigados por leis que resultem de procedimentos adequados às exigências constitucionais. Tal questão ganha ainda mais atenção quando se trata de um procedimento atípico e mais célere de produção normativa, como as medidas provisórias são. Nestes casos, as emendas não são votadas em separado, e temas avessos que deveriam passar por todo um procedimento próprio acabam sendo deliberados de maneira descuidada.

A divergência dos dez ministros, contudo, foi quanto à forma que a corte deve decidir a ação para declarar a inconstitucionalidade da prática do chamado contrabando legislativo em medidas provisórias, sem comprometer a segurança jurídica de todas leis já convertidas com o uso desta prática. As questões da técnica interpretativa a ser utilizada, bem como a modulação dos efeitos acabam tornando-se, portanto, outras questões centrais a serem decididas.

Nesse sentido é que a relatora Rosa Weber defendeu a procedência da ação e a adoção da data da edição da Resolução 01/2002 (que proíbe justamente o contrabando legislativo em medida provisória) como marco para a declaração dos efeitos de nulidade. O seu voto foi acompanhado pelos ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

O voto vencedor, todavia, comandado pelo ministro Fachin, decidiu pela improcedência da ação, e a comunicação ao Congresso Nacional da inconstitucionalidade da apresentação de emendas parlamentares sem pertinência temática com a medida provisória. Esta decisão visava justamente preservar a segurança jurídica das leis já convertidas. Os ministros desta corrente apresentaram distintas sugestões de como

construir a declaração, como Gilmar Mendes que defendeu a técnica do “ainda constitucional” para se referir ao uso do contrabando legislativo nas medidas já convertidas, ou como Luís Roberto Barroso, que defendeu a declaração de constitucionalidade da Resolução 01/2002 e a declaração de inconstitucionalidade do costume de praticar contrabando legislativo.

n) MC na ADPF 378 MC, Rel. Min. Edson Fachin, Rel. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, julgamento concluído em 18.12.2015 – Caso Impeachment

O debate acerca do processo de Impeachment da ex-Presidenta da República Dilma Rousseff envolveu importante participação do STF na delimitação dos aspectos formais que deveriam guiar todo o procedimento. A corte já havia sido provocada para definir diversas questões, fato que reforçou a necessidade do ministro Fachin conhecer da ADPF 378 ajuizada pelo Partido Comunista Brasileiro, para discutir a constitucionalidade de alguns artigos da Lei 1079/1950 e definir o rito do processo. O relator, também devido à relevância da pauta, colocou outros dois pedidos de cautelar incidental para serem julgados conjuntamente com a ação, convertendo o julgamento das medidas cautelares para julgamento definitivo, a fim de salvaguardar a segurança jurídica.

De forma consensual, os ministros enfatizaram a importância de a corte atuar na delimitação dos ritos que deveriam reger o processo de Impeachment, tal como foi feito na ocasião do ex-Presidente da República Fernando Collor, sem, contudo, interferir no mérito material daquele, isto é, sem interferir nas deliberações acerca do cometimento ou não de crime de responsabilidade pela acusada. Houve importantes divergências, entretanto, acerca de alguns pontos fundamentais no andamento do processo.

A ação movimentou uma série de questões, algumas resolvidas de forma unânime (a possibilidade de aplicação dos regimentos internos das Casas no que se refere à auto-organização destas), e outras com divergências. Dentre estas, pode-se destacar os debates acerca de qual seria o papel da Câmara e do Senado no processo, como se daria a votação

para a composição da Comissão Especial, e a possibilidade de se lançar chapa avulsa (isto é, independente das indicações das lideranças partidárias), sendo estes dois últimos temas de extrema relevância, visto que a composição da Comissão já havia sido realizada através de votação fechada e da participação de chapa avulsa.

Em resumo¹⁰², decidiu-se que a Câmara dos Deputados apenas admite o processo por maioria simples, cabendo ao Senado instaurá-lo também por maioria simples e, posteriormente, o julgamento definitivo para aprovar o Impeachment dependeria do voto de 2/3 dos senadores¹⁰³. Quanto à composição da Comissão Especial, definiu-se que esta se dá por votação aberta¹⁰⁴, com a impossibilidade de participação de chapas compostas por parlamentares sem indicação das lideranças partidárias¹⁰⁵. Esta decisão, portanto, exigiu que novas eleições para a composição da Comissão Especial fossem realizadas.

Parte II: Os Papéis do STF - Atuação, legitimidade e limites da corte no processo deliberativo interinstitucional

Tal como descrito no capítulo de Introdução, esta parte tem o intuito de desenvolver as categorias de análise descritas na Metodologia, a fim de analisar os argumentos dos ministros nos casos selecionados. Intento, dessa maneira, observar os argumentos dos ministros a fim de entender quais são as funções que estes atribuem ao STF, quais são os limites desta interferência, como elas se legitimam, assim como quais são suas relações com o Poder Legislativo e a separação dos poderes.

¹⁰² Optei por não entrar nas nuances dos argumentos para cada ponto debatido entre os ministros, visto que, embora seja a própria discussão de mérito do caso, acabaria me alongando muito em questões que nada acrescentariam na compreensão do desenvolvimento da pesquisa.

¹⁰³ Corrente vencedora composta por Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Teori Zavascki, Cármen Lúcia, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

¹⁰⁴ Corrente vencedora composta por Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski

¹⁰⁵ Corrente vencedora composta por Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Teori Zavascki, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

4. Papel Moderador

A preservação da separação dos poderes é núcleo fundamental de sustentação do Estado Democrático de Direito brasileiro, concretizado enquanto cláusula pétrea em nossa Carta Magna¹⁰⁶. O processo deliberativo interinstitucional, tal como adotado nos pressupostos teóricos desta pesquisa, passa necessariamente por este arranjo que muitas vezes reflete atritos e tensões na disputa pelas decisões a serem tomadas pelo Estado¹⁰⁷. Tais tensões podem ser encontradas nas distintas relações entre os Poderes e seus órgãos, ou seja, podem se materializar nas relações Judiciário-Legislativo, Judiciário-Executivo e Legislativo-Executivo.

De maneira geral, o STF assume o Papel Moderador, de acordo com os votos dos ministros nos casos analisados, nos momentos em que as relações de tensão entre os distintos poderes se acentuam, e passam a exigir uma interferência da corte a fim de garantir o arranjo harmônico¹⁰⁸ entre as instituições, bem como o ideal e estável funcionamento deste arranjo no processo deliberativo interinstitucional. Esta categoria possui um recorte próprio¹⁰⁹, portanto, por se preocupar em analisar a atuação do STF na promoção do equilíbrio entre os poderes nos casos que envolvam o funcionamento e a organização do Poder Legislativo.

Importante frisar que esta categoria não esgota o tema da separação dos poderes na pesquisa, visto que este aparecerá em outras categorias enquanto delimitação da atuação da própria corte. Meu interesse nesta categoria é a perspectiva da separação dos poderes considerando o STF

¹⁰⁶ Art. 60, III, CF.

¹⁰⁷ "Queremos ser harmônicos e tentamos, de todas as formas, evitar o conflito (...). Este artigo nasce da compreensão contrária. Não há democracia sem perturbar nossas certezas, sem desarranjar nossas conquistas, sem provocar nossas tristes lembranças. (...) E não há ingenuidade: a democracia convive com o conflito cotidiano. (BENVIDO, Juliano Zaiden. A "última palavra", o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *Revista de informação legislativa*, v. 51, n. 201, p. 71, jan./mar. 2014).

¹⁰⁸ Compreendo "arranjo harmônico" como um arranjo institucional capaz de neutralizar tais tensões envolvidas nas relações entre os poderes, garantindo a estabilidade nos processos deliberativos interinstitucionais.

¹⁰⁹ Procuo reforçar, no desenvolvimento das categorias de análise que utilizo neste trabalho, porque elas merecem um recorte autônomo, diferenciando suas características nucleares que as fazem constituir uma categoria autônoma.

enquanto um agente que observa o arranjo de maneira externa, ou seja, que busca protegê-lo, sem considerar, *a priori*, que sua própria atuação pode vir a infringi-lo. Assim é que, por exemplo, no caso em que a tensão institucional se dá entre Judiciário e Legislativo, a corte não se coloca simplesmente como parte do Judiciário (e, assim, parte do conflito), mas de maneira externa a este. Isso não significa, entretanto, que a corte não interfira neste arranjo, visto que, ao decidir, esta acaba se inserindo também como um agente constituidor da relação entre os poderes.

Os casos analisados permitem distinguir, sob o ponto de vista material, três situações distintas em que, na visão dos ministros, a atuação do STF enquanto moderador mostrou-se necessária. Vale ressaltar, entretanto, que estas subdivisões possuem mero caráter explicativo, para facilitar a visualização do que o Papel Moderador significa nesta monografia, não sendo, portanto, uma classificação rígida. Pelo contrário, as três situações muitas vezes se inter-relacionam na construção de seus significados.

4.1. Arbitrar situações de interferência¹¹⁰ unilateral: Caso Impeachment

Há situações em nosso regime institucional em que um poder é capaz de trazer interferências diretas, isto é, alterar o funcionamento, a composição e a organização de outro poder, sem que este provenha de meios para impedir ou resistir àquelas. É o que denomino “situações de interferência unilateral”, ou seja, deliberada unilateralmente por um único poder.

Trata-se de uma situação anormal, visto que, em geral, os poderes dependem de uma ação conjunta para tais tipos de interferências. Assim é que, por exemplo, casos de emenda à Constituição para diminuição de funções do Poder Executivo, ou mesmo decisões judiciais que exigem

¹¹⁰ Ressalvo o que já destaquei no ponto referente aos “pressupostos teóricos” do trabalho, ou seja, que não utilizo o termo “interferência” em seu sentido pejorativo e negativo, mas com um sentido de atuação modificativa, uma atuação de um poder que modifique alguma situação no âmbito de outro poder.

determinadas ações¹¹¹ da administração pública podem receber maior atenção do STF, no que se refere à ideia de separação dos poderes.

O Impeachment do Presidente da República é também um interessante exemplo destes cenários, visto que o instituto jurídico prevê o julgamento do chefe do Poder Executivo pelo Poder Legislativo, que detém, portanto, a competência para determinar a remoção ou não da figura institucional central de outro poder.

Tais situações revelam um ambiente de embate entre os poderes, revelando disputas que precisam ser arbitradas por algum poder externo à disputa, a fim de estabelecer regras ditas neutras e que garantam sua equidade e justo andamento, bem como preservar certa estabilidade institucional no momento de tamanha tensão. A preocupação colocada é, mais do que promover um embate regrado entre os poderes, garantir que, apesar do conflito em questão, a estabilidade institucional do arranjo entre os poderes se mantenha.

No Caso Impeachment, analisado nas amostras desta pesquisa, o STF veio a ser chamado para decidir por diversas vias e em distintos momentos. Tal como no caso Fernando Collor, a corte acabou participando diretamente do processo, principalmente no que se refere ao estabelecimento dos procedimentos formais que conduziram o caso.

É como o Ministro Fachin, relator da MC na ADPF em questão, inicia seu voto:

O tema referente ao impeachment presidencial é da mais alta magnitude jurídico-política, de maneira a revelar a imperatividade de um diálogo institucional entre o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião das regras da democracia constitucional, e os demais Poderes da República, aqui, por intermédio da prestação da jurisdição constitucional em processo objetivo¹¹².

¹¹¹ Refiro-me aos casos de judicialização das políticas públicas.

¹¹² STF: MC na ADPF 378/DF, Rel. originário Min. Edson Fachin, Rel. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 17/12/2015, p. 44.

De fato, o Impeachment do Presidente da República representa alto grau de tensão entre o Poder Legislativo e Executivo, visto se tratar de um processo em que o primeiro julga o afastamento do chefe do segundo, sendo que, num regime presidencialista como adotado em nossa Constituição, a eleição de ambos se dá de forma independente. O caso em 2016 revelou o auge de uma crise política que afligiu o país desde a reeleição de Dilma Rousseff, e marcou a consolidação de uma série de conflitos e disputas entre o Legislativo e Executivo¹¹³. Tal situação de tensão institucional, na visão do próprio STF, exige e legitima a atuação da corte¹¹⁴.

O Papel Moderador do STF, portanto, na visão dos ministros, se apresenta na garantia da segurança jurídica e na estabilidade institucional da disputa. Esta garantia ocorre mediante a arbitragem das regras a conduzirem o processo, para assegurar que este se dê dentro dos parâmetros democráticos estabelecidos na Constituição Federal, bem como para evitar que um poder prejudique indevidamente o funcionamento do outro, ou seja, impedir o que Celso de Melo chama, em seu voto, de “dominação institucional”¹¹⁵.

¹¹³ Cf. BOMBIG, Alberto. *Ápice da turbulência, Impeachment marcará nova fase da crise, Estadão*, 16 abr. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,apice-da-turbulencia-politica--impeachment-marcará-nova-fase-da-crise,10000026508>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

¹¹⁴ O ministro Barroso, nesse sentido, destaca: “A permanecer o atual estado de coisas, tal processo será objeto de múltiplas ações, decididas de forma pontual, casuística e assistemática, em evidente prejuízo a segurança jurídica. A discussão se alongará, agravando o já dramático quadro político e econômico. Daí a necessidade de intervenção desta Corte” (STF: MC na ADPF 378/DF, Rel. originário Min. Edson Fachin, Rel. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 17/12/2015, p. 144).

Também o ministro Gilmar Mendes faz observação semelhante: “Estamos vivendo um momento extremamente delicado, de conflitos enormes entre os poderes e também no âmbito do próprio Poder Legislativo, com afirmações retóricas que se podem convolar em desarmonia. Há poucos dias, eu ouvia o vice-presidente Michel Temer dizer que a desarmonia entre os poderes, ou até intrapoderes, era inconstitucional, chamando a atenção para distorções que podem ser colocadas. Então, nesse passo, a mim, parece-me que o eminente Relator trouxe importante contribuição a esta Casa ao indicar um caminho nesse sentido” (Ibid., p. 302).

¹¹⁵ “Resulta evidente, pois, que o sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República (ou daqueles que os integram) sobre os demais órgãos e agentes da soberania nacional” (Ibid., 329).

O ministro Barroso resume a atuação do STF no caso, esclarecendo no início do seu voto quais seria o papel da corte na definição do rito do Impeachment: “Entendo que o papel do Supremo Tribunal Federal neste processo é o de assegurar que ele transcorra de forma regular e legítima e em respeito às regras do jogo”¹¹⁶. A promoção do equilíbrio entre os poderes, enquanto núcleo do Papel Moderador, se expressa nesse caso, portanto, nessa função de árbitro.

Contudo, a delimitação dessa interferência não possui uma opinião tão unânime entre os ministros. De forma geral, há consenso que a atuação moderadora do STF deve vir somente no sentido de estabelecer as normas formais que regeriam o processo do Impeachment, baseando-se no parâmetro constitucional do devido processo legal¹¹⁷. Mas mesmo sobre essa convenção há divergências em relação ao grau de autonomia do Legislativo para criar seus regramentos próprios, assim como para interpretar a Constituição e o regimento interno. Dessa maneira, embora os ministros concordem que a atuação da corte deve ser restrita, tal restrição não é uma constatação homogênea entre os ministros.

A extensão da função moderadora torna-se, assim, objeto de debate entre os ministros, visto que alguns deles acreditam que a proposta de regramento acordada entre a maioria da corte feriria a liberdade política do Legislativo, além de representar uma interferência indevida que inclusive violaria a separação dos poderes¹¹⁸. Observa-se que nesse caso a extensão de uma interferência do STF que viria para garantir a separação dos poderes estaria, na verdade, acentuando a violação desta mesma cláusula.

Tais discussões acerca dos limites da atuação moderadora da corte, como abordado no capítulo referente à descrição dos casos, envolvem principalmente a questão das eleições da Comissão Mista a elaborar o

¹¹⁶ STF: MC na ADPF 378/DF, Rel. originário Min. Edson Fachin, Rel. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 17/12/2015, p. 144.

¹¹⁷ Fachin resume a ideia: “Assim sendo, a lógica tradicional, em que se atribui ao processo a singela tarefa de servir como instrumento do provimento final, deve ser compreendida, portanto, como meio de concretização dos ideais democráticos, cuja materialização passa, necessariamente, pelo desenvolvimento de processos justos que observem as garantias constitucionais dos litigantes.”(Ibid., p. 67).

¹¹⁸ Tal como apresentado no Capítulo 3 (Descrição de Casos).

relatório sobre a acusação, mais especificamente a possibilidade de candidatura de chapa avulsa e de votação fechada. Na corrente minoritária, Edson Fachin fala de um dever de autocontenção da corte nessas deliberações que envolvem interpretação do regimento interno do Congresso¹¹⁹, bem como Toffoli aborda serem estas questões *interna corporis*, isto é, que devem ser resolvidas pelos próprios parlamentares¹²⁰.

Daqui já se pode perceber como a delimitação de um papel do STF acaba muitas vezes representando o próprio cerne que justifica ou não a existência e legitimidade dessa função. A própria ministra Cármen Lúcia trata da dificuldade de objetivação desse tipo de parâmetro:

Acho que a observação do Ministro Toffoli, que alerta ser essa questão que poderia ser rotulada de matéria interna corporis, não é sem razão. Entretanto, em algumas ocasiões e talvez essa seja uma delas, como antes acentuei, é tênue o fio a separar o político e o que é extra-muros, digamos, de cada qual dos Poderes¹²¹.

4.2. Regular o processo legislativo: Caso Contrabando Legislativo, Caso Veto Presidencial, Caso Chico Mendes

Também no processo legislativo é possível verificar certas tensões na relação entre o Legislativo e Executivo, e também nesses casos os ministros do STF compreendem a corte como responsável por promover o equilíbrio entre os poderes, garantindo a separação dos poderes modelada na Constituição Federal, na interpretação dos próprios ministros de qual seria este modelo.

No Caso Veto Presidencial, o instituto jurídico do veto do Presidente da República aos projetos de lei aprovados pelo Congresso é interpretado

¹¹⁹ “a intervenção do Poder Judiciário no Poder Legislativo deve, em homenagem à tripartição dos poderes, submeter-se à autocontenção. Portanto, não compete ao Poder Judiciário sindicat atos administrativos do Parlamento, quando as soluções são múltiplas e constitucionalmente adequadas”. (STF: MC na ADPF 378/DF, Rel. originário Min. Edson Fachin, Rel. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 17/12/2015, p. 92).

¹²⁰ “Eu não dou esse passo. Eu respeito as atividades e as competências interna corporis de todos o Poderes. Mais além, nós estamos tolhendo a representação popular, nós estamos tolhendo a soberania popular.” (Ibid., p. 192).

¹²¹ Ibid., p. 299.

como um elemento que configura uma relação no âmbito do processo legislativo entre o Poder Legislativo e o Executivo, que necessita ser equilibrada. Assim, a própria construção do significado jurídico deste instituto, ou seja, a modelagem desse instituto a partir dos parâmetros interpretados da Constituição torna-se uma atividade essencial para a promoção do equilíbrio institucional dos Poderes. É nesse sentido que a interferência aqui se daria também numa perspectiva do Papel Moderador pelo STF, que, na visão dos ministros, atua para garantir a ideal relação entre os Poderes no processo legislativo.

É assim que o relator Luiz Fux aborda a separação dos poderes como argumento para a defesa da liminar que exigia a votação cronológica de todos vetos presidenciais ainda não pautados pelo Congresso. Para o ministro, trata-se de defender o modelo de separação dos poderes erigido pelo poder constituinte, que exige, segundo sua interpretação, a adoção desta ordem cronológica de votação¹²².

Tal perspectiva é explicitamente abordada, por exemplo, no voto de Joaquim Barbosa:

Estamos diante de um exemplo muito claro de como se dá a hipertrofia do Poder Executivo no nosso sistema de governo. E, neste caso, ficou muito claro que essa hipertrofia se dá por meio da abdicação, pelo Congresso Nacional, das suas prerrogativas, das suas atribuições constitucionais. Só isso já me bastaria para acompanhar o Relator e manter a sua decisão. Mas não é só isso, é que, nessa mesma linha, eu examino o veto, não apenas como um elemento do processo legislativo, veto, para mim, é um dos mais significativos fatores de *checks and balances*. E vem sendo simplesmente

¹²² O princípio da separação de Poderes, conquanto consagrado axioma da ciência política, tem sua fisionomia articulada pelas opções políticas do poder constituinte originário e reformador, histórica e geograficamente bem situados. Destarte, o debate travado nestes autos deve partir do texto constitucional e permanecer nos seus limites, na medida em que o que está em jogo não é o melhor modelo de relações entre os Poderes da República, mas sim o sistema efetivamente incorporado ao texto da Constituição brasileira em vigor." (STF: Ag. Rg. no MS 31.816/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27/02/2013, p. 9)

abandonado pelo Congresso Nacional; isso, como eu disse, é muito grave¹²³.

Todavia, o desfecho do caso Veto Presidencial é interessante para se analisar a relatividade da utilização da separação dos poderes como parâmetro de atuação do STF. Isso por que a maioria dos ministros, com exceção de Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio¹²⁴, vota por cassar a liminar do relator justamente com a justificativa de que esta, na verdade, estaria violando diretamente a separação dos poderes, por se tratar de uma interferência indevida nos regramentos internos do Poder Legislativo, atropelando suas lógicas próprias de funcionamento. Ocorre que a liminar de Luiz Fux obrigaria o Legislativo a votar todos os vetos pendentes antes de deliberar sobre os demais vetos que chegavam ao Congresso, situação que, segundo a posição majoritária, retiraria dos legisladores seu poder de agenda, ou seja, seu poder de organizar suas pautas de maneira autônoma e de acordo com as prioridades colocadas pelo poder em questão¹²⁵.

No mesmo sentido moderador acima, o instituto jurídico da medida provisória é também abordado como central nessa relação entre Legislativo e Executivo, necessitando ser adaptado aos moldes constitucionais a fim de preservar a ideal separação dos poderes, ou seja, a relação harmônica entre estes dois poderes no processo legislativo.

Segundo o STF, modelar o funcionamento da medida provisória no processo legislativo para se garantir a ideal participação do Legislativo e do Executivo de maneira equilibrada nas deliberações legislativas exige, assim, a interferência da corte enquanto uma instância de moderação, ou seja, de

¹²³ Ibid., p. 97.

¹²⁴ Interessante notar que o voto de Marco Aurélio não aborda o caso pela perspectiva do Papel Moderador, mas principalmente pelas perspectivas do Papel Modulador e Contramajoritário, sendo estas fundamentais para sua decisão. Nas partes referentes a esses papéis, tais perspectivas serão analisadas.

¹²⁵ Ricardo Lewandowski resume bem este argumento: "Com efeito, uma conclusão que imponha uma jamais cogitada cronologia na análise dos vetos, não apenas reduziria substancialmente o importante "poder de agenda" do Congresso Nacional, desequilibrando as relações entre os Poderes Executivo e Legislativo, como também subtrairia deste último o que há de mais essencial no funcionamento parlamentar, a saber, a escolha, essencialmente política, de sua pauta de deliberações, que, teoricamente, deve corresponder às prioridades da nação em um dado momento histórico." (STF: Ag. Rg. no MS 31.816/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27/02/2013, p. 72).

promoção do equilíbrio institucional. Tal visão é explicitada no voto do ministro Luiz Fux no Caso Chico Mendes:

A efetividade do art. 62, § 9º, da Carta Magna não pode mais ser negada. O Pretório Excelso não pode ser conivente com o desrespeito à Constituição, quanto mais quando a práxis vetusta se revela tão nociva à democracia e ao correto funcionamento do sistema de equilíbrio entre os Poderes da República (...) O Supremo Tribunal Federal, nesta esteira, deve assegurar que o Legislativo não se torne um simples anexo do Executivo, subserviente e pouco ativo, que se limite a apreciar, na maior parte do tempo, as medidas materialmente legislativas adotadas pelo Chefe da Administração.(...)¹²⁶.

Igualmente, o voto do ministro Fachin no Caso Contrabando Legislativo denota tal preocupação: “O uso hipertrofiado de instrumento excepcional – Medida Provisória -, ordinarizando-o, deturpa diuturnamente o processo legislativo desenhado pela Constituição, gerando distorções ilegítimas na arena democrática.¹²⁷”.

Interessante ainda notar como as categorias de análise criadas neste trabalho já se relacionam nesta fase da pesquisa. Para exercer sua função moderadora, o STF atua modelando os institutos jurídicos em questão, revelando-se a faceta da categoria de Papel Modelador adjunta a de Papel Moderador¹²⁸.

Para os ministros que defendem a atuação do STF nesses casos¹²⁹, a preocupação se dá por conta da instrumentalidade das medidas provisórias no arranjo institucional presidencialista brasileiro, que as tornam centrais na produção normativa rápida e eficaz pelo Executivo, colocando o Legislativo em certa situação de subordinação para deliberar sobre as matérias

¹²⁶ STF: ADI 4.029/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 08/03/2012, p. 23.

¹²⁷ STF: ADI 5.127/DF, Rel. originária Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 15/10/2015, p. 61.

¹²⁸ O Papel Modelador será melhor explicado posteriormente. Em resumo, trata-se da função do STF de modelar os institutos jurídicos e as instituições a fim de aperfeiçoá-las, tomando como parâmetro a Constituição Federal e o ideal dela interpretado de regime democrático.

¹²⁹ Trata-se da corrente majoritária tanto no Caso Veto Presidencial, quanto no Caso Contrabando Legislativo.

regulamentadas por medida provisória pelo Presidente da República. Nota-se novamente a existência aqui de uma tensão institucional entre os dois Poderes que vem a ser harmonizada pela atuação da corte.

Dessa forma, tanto no Caso Chico Mendes, quanto no Caso Contrabando Legislativo, a preocupação centra-se em modelar o instituto da medida provisória a fim de impedir que esta se torne um instrumento de deturpação da separação dos poderes. Novamente destaca-se a complementariedade entre as categorias dos Papéis Modelador e Moderador, expressa nessa ideia de que a participação da modelação de um instituto jurídico pelo STF também está ligada à promoção do equilíbrio institucional pela corte.

E tal promoção se dá através do próprio fortalecimento do Poder Legislativo ao se interpretar a tramitação das medidas provisórias aos moldes constitucionais. O equilíbrio é, portanto, garantido, na visão dos ministros, pelo ideal funcionamento do processo legislativo no seio do próprio Congresso Nacional. Nesse sentido é que a função moderadora assume-se novamente como parte complementar da função modeladora. Tal visão é abrangida, por exemplo, no voto da relatora Rosa Weber no Caso Contrabando Legislativo:

O exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, do controle da constitucionalidade da atividade parlamentar, longe de traduzir ingerência indevida do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo, fortalece o aspecto essencialmente deliberativo, assegurando as condições para a efetiva participação e, assim, para a preservação da legitimidade democrática e do equilíbrio nas relações entre os Poderes¹³⁰.

Dessa forma, mesmo a extensão da interferência do STF em sua função moderadora dependerá diretamente de como os ministros interpretam qual deve ser a extensão da interferência do STF em sua função modeladora. O quanto o STF pode modelar, ou seja, interpretar e atribuir significado jurídico para os institutos do veto presidencial e das

¹³⁰ STF: ADI 5.127/DF, Rel. originária Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 15/10/2015, p. 37.

medidas provisórias determina o quanto o STF deve agir para promover o equilíbrio institucional¹³¹.

4.3. Delimitar competências: Caso Número de Deputados

A atuação moderadora do STF também ocorre, na visão dos ministros, quando se tem um conflito entre os poderes na delimitação de suas competências. Segundo essa perspectiva, o STF aparece enquanto um órgão externo que busca compatibilizar a distribuição das competências das funções de Estado entre as distintas instituições, tendo em vista a separação dos poderes enquanto parâmetro constitucional para tal intervenção. O caso em destaque colocado neste item é o do Número de Deputados.

A discussão em específico envolve a delimitação das funções do Legislativo e da Justiça eleitoral na distribuição das cadeiras da Câmara dos Deputados entre os Estados, bem como na determinação das cadeiras das Assembleias Legislativas. O caso se diferencia, portanto, por se tratar, materialmente, de um conflito entre o próprio Judiciário e o Legislativo. Contudo, encaro tal situação também como um exemplo de atuação moderadora do STF, pois, embora não se trate de uma mediação entre Legislativo e Executivo como tem sido tratada esta categoria, o caso expõe uma tensão institucional entre órgãos e poderes distintos em que a corte se coloca como uma instância externa a esse arranjo.

Tal tensão se dá na possibilidade ou não de atuação da Justiça Eleitoral no processo de divisão das cadeiras do Legislativo. Coloca-se em questão se a escolha inicial do Poder Legislativo de delegar ao TSE participação direta neste processo consistiria numa divisão inconstitucional de competências entre os órgãos e os poderes do Estado. O ministro Teori Zavascki acrescenta ainda a possibilidade de o STF definir que a interferência do Poder Judiciário nessa deliberação do número de cadeiras para cada estado deveria advir, na verdade, pela atuação do próprio STF

¹³¹ Tais limites serão melhores desenvolvidos na parte referente ao Papel Modelador.

enquanto cúpula do Poder Judiciário, e não da Justiça Eleitoral¹³². Observa-se como o ministro Zavascki trata a corte em dois sentidos: num primeiro, enquanto um órgão externo ao Judiciário que vem para decidir, com base na Constituição, quais os limites das competências das distintas instituições no arranjo traçado pela Carta Magna. Num segundo sentido, o próprio STF enquanto cúpula do Judiciário que teria a competência para realizar o papel que a lei complementar delegou ao TSE. Tal diferenciação reforça a ideia de uma visão moderadora que o ministro tem da corte.

Interessante notar que o conflito foi gerado por uma deliberação do Poder Legislativo (tal como no Caso Veto Presidencial e Caso Chico Mendes), que, na visão dos ministros, enfraqueceu o próprio funcionamento deste poder. Percebe-se, assim, que a atuação moderadora do STF nem sempre vem para resolver uma tensão gerada pelo embate direto entre dois poderes (tal como no Caso Impeachment), mas também para promover o equilíbrio institucional que adveio de uma decisão que enfraqueceu o próprio poder que a tomou. Luiz Fux, em seu voto no Caso Número de Deputados, desenvolve esse argumento:

E como nós aqui trabalhamos também com ponderações de princípios e cláusulas - e alguns elegem uns princípios mais importantes do que outros -, eu destaco que a nossa solução tem que ser uma solução de estrita retenção, porque o que se pretende com essa solução judicial é se suprimir uma prerrogativa do Parlamento vale dizer, violar-se uma cláusula pétrea, que é a cláusula de separação de Poderes¹³³.

Essa percepção é importante para compreender o caráter protetivo do arranjo institucional pelo STF, que age para evitar a desestruturação dessa necessária harmonia entre os poderes. Assim, mesmo quando o caso é de explícita arbitragem de um embate, como no Caso Impeachment, a intenção da interferência do STF, como inferido das argumentações dos

¹³² “Assim, caso se entenda indispensável a intervenção do Poder Judiciário para regulamentação provisória do comando constitucional, quem deverá promovê-la é o STF, jurisdicionalmente, e não o TSE, administrativamente”. (STF: ADC 33/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/09/2014, p. 111).

¹³³ STF: ADC 33/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/09/2014, p.124.

ministros, vem mais no sentido de preservar o equilíbrio institucional que de dar “equiparação de armas” aos poderes para que “vença o melhor”.

Contudo, a própria existência desse dever de atuação, bem como a sua extensão geram divergências entre os ministros. Alguns deles acreditam que não caberia ao STF delimitar as competências de maneira distinta ao que foi determinado inicialmente pelo próprio Poder Legislativo, com o risco de, novamente, ao invés de promover o equilíbrio institucional, estar-se, na verdade, ferindo a autonomia do Congresso Nacional e, conseqüentemente, a separação dos poderes.

É sob esse fundamento que o ministro Gilmar Mendes rebate o argumento de Luiz Fux transcrito acima:

O argumento do minimalismo ou da ideia de que caberia um *selfrestrained* por parte do Judiciário teria toda a condição de ser desenvolvido se nós estivéssemos diante de um protagonismo da Justiça Eleitoral, que ocorre até em outras searas, em outros segmentos, mas não aqui, em que o Congresso fez a avaliação¹³⁴.

Assim, mesmo que os legisladores tenham tentado voltar atrás nesta possibilidade do TSE regulamentar o número de cadeiras parlamentares entre os estados, por meio de um Decreto Legislativo 424/2013, este não seria o meio adequado para se desfazer de uma opção tomada em Lei Complementar, visto que a Resolução do TSE não exorbitou suas funções. A possibilidade deste decreto regular funções atribuídas à Justiça Eleitoral configuraria, para Gilmar Mendes, novamente uma violação à separação dos poderes, dado que se trataria de uma interferência indevida do Poder Legislativo no Poder Judiciário¹³⁵.

¹³⁴ STF: ADC 33/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/09/2014, p. p. 125.

¹³⁵ “A atribuição de controlar o Poder Executivo é certamente uma das principais outorgadas pelas constituições modernas ao Poder Legislativo. Tal competência, no entanto, não pode ser estendida ao Poder Judiciário por meio de mera interpretação extensiva. Antes o que ocorre é o contrário, o Poder Judiciário é que fiscaliza o relacionamento entre os outros dois poderes. Admitir a higidez jurídica de decreto legislativo dessa espécie poderia nos levar a um quadro em que tal prática se tornasse comum, comprometendo a independência dos poderes”. (Ibid., p. 44).

Nota-se que mais uma vez a mesma separação dos poderes, que é invocada para legitimar a atuação da corte por parte dos ministros, é também colocada como um limite a esta atuação. Isto porque, embora se coloque como um órgão externo ao arranjo, o STF interfere e atua nele diretamente, seja como cúpula do Judiciário, seja como um importante agente no processo deliberativo interinstitucional.

Além disso, também essa função de delimitação de competências a fim de guardar a separação dos poderes também está diretamente associada a uma função de modelar o sistema político-eleitoral a fim de maximizar os princípios da representatividade e da igualdade política interpretados da Constituição Federal. Novamente o Papel Moderador aparece enquanto complementar ao Papel Modelador, que será melhor discutido posteriormente. Mas, importante enfatizar desde já que esta ideia de preservação do arranjo institucional se relaciona a uma ideia de promoção de um sistema político eleitoral ideal, cuja construção passa também pela interferência do STF. Dessa forma, a extensão dessa interferência acaba revelando também a extensão da interferência enquanto atividade moderadora exercida pela corte.

5. Papel Modelador

Esta pesquisa tem tomado como um de seus conceitos cernes a ideia de “processo deliberativo interinstitucional”. Tal como explicitado nos pressupostos teóricos, busco compreender as deliberações tomadas pelo Estado brasileiro como produto de uma interação, seja dialogada ou conflituosa, entre distintos órgãos e Poderes que participam ativamente da construção dos sentidos jurídicos de nossos institutos e instituições¹³⁶.

É com base nessa conceituação que adoto enquanto perspectiva de análise e categorização também a possibilidade de o STF atuar nesse processo deliberativo interinstitucional para interpretar os institutos e

¹³⁶ Capítulo de introdução. Pressupostos Teóricos e Definição dos Termos (1.3.)

instituições, acrescentando, excluindo ou modificando um significado jurídico. Trata-se de uma atuação que interfere na modelagem desses institutos e instituições, alterando o que havia sido deliberado pelos outros poderes, em especial o que havia sido regulamentado pelo Poder Legislativo.

Necessário, porém, problematizar o que entendo nesta pesquisa como "modelar" institutos e instituições. De fato, a ideia de que o STF, ao agir no controle judicial, regulamenta alguns conjuntos normativos, de modo a dá-los novo significado jurídico é objeto de muita discussão na doutrina. Pode-se afirmar, por exemplo, que na verdade a corte apenas interpreta e aplica a Constituição Federal, adaptando um conjunto normativo infraconstitucional à nossa Carta Magna. Ou ainda, pode-se afirmar que o exercício do STF apenas interpreta as modelagens criadas pelo Poder Legislativo à luz de certos preceitos constitucionais fundamentais, não sendo este um exercício regulamentador que cria uma norma. A própria distinção entre "interpretar uma norma" e "criar uma norma" é de difícil conceituação na teoria do direito.

Torna-se, pois, indispensável que eu adote alguma premissa que permita superar essa variação de entendimentos acerca do que estou chamando de Papel Modelador. Nesse sentido é que o que tenho colocado como cerne do ato de modelar, isto é, a expressão "alterar o sentido jurídico", precisa ser compreendida de forma mais ampla. Não estou preocupado em discutir neste trabalho se a corte simplesmente interpreta ou cria norma, visto que esta discussão dependeria da definição de uma série de conceitos da teoria do direito. Minha preocupação é de apenas identificar se, ao agir em jurisdição constitucional, o STF altera algum entendimento ou pretensão dada pelo Poder Legislativo, através de um ato normativo, a um elemento e sistema, tal como definido na Metodologia. Assim, quando utilizo a expressão "alterar significado jurídico", o faço sem adentrar todo este debate de teoria do direito, atentando-me apenas à ideia de que a decisão da corte está produzindo modificações nas deliberações que o Poder Legislativo tomou sobre determinado instituto ou instituição.

Da mesma forma, expressões como “regulamentação”, “alteração no funcionamento”, “atribuição de nova modelagem”, “atribuição de novo significado jurídico” e outras de conotações semelhantes devem ser compreendidas, neste trabalho, de maneira ampla, ou seja, sem o rigor das diversas divergências que existem quanto a esses conceitos e abordagens.

Feita esta explanação de importante interesse metodológico, retomo à discussão acerca do conteúdo do Papel Modelador nos casos selecionados por este trabalho, na perspectiva dos ministros do STF. A categoria gira em torno do pressuposto de que, num processo deliberativo interinstitucional, a corte pode atuar nos objetos de deliberações feitas pelos outros poderes, em especial pelo Poder Legislativo. Assim, se os legisladores tomam alguma deliberação acerca do instituto medida provisória, por exemplo, dando-lhe determinado significado jurídico, a corte pode também atuar alterando este significado¹³⁷.

Tal interferência se dá nos momentos em que os ministros identificam algum mau funcionamento desses institutos e instituições que estaria de certa maneira infringindo alguma norma constitucional. Assim, busco identificar também quais seriam essas situações que, na visão dos ministros, exigem uma atuação modeladora da corte, bem como qual é essa atuação, quais são seus objetivos, como ela se legitima e, talvez a questão mais importante, quais os limites de sua extensão.

O recorte dado nesta categoria a torna autônoma, portanto, por se ater a identificar e explicar, a partir das argumentações dos ministros, as alterações buscadas pela corte nesses elementos jurídicos e nos sistemas em que eles estão inseridos, compreendendo o STF enquanto um ator fundamental na regulamentação de importantes assuntos relacionados ao funcionamento e organização do Poder Legislativo.

¹³⁷ Para vias de exemplificação, entendo que o Poder Legislativo tomou uma deliberação acerca do funcionamento das medidas provisórias ao, no Caso Chico Mendes, editar a Resolução 01/2002. Contudo, este objeto de deliberação, ou seja, as medidas provisórias vieram ganhar novo significado jurídico a partir da decisão do STF neste caso. Não me importo em entender se este novo significado adveio de uma interpretação ou uma criação de norma pela corte, mas apenas inseri-lo neste processo deliberativo interinstitucional que, de maneira dinâmica, vai modificando o funcionamento dos institutos e instituições.

De forma geral, tal como adotado na Metodologia, subdivido este papel de acordo com o conteúdo do sistema em que ele está inserido, de tal forma que posso analisar com maior proximidade as características dos argumentos que sustentam cada interferência modeladora.

5.1. Sistema Eleitoral-Partidário/Sistema político: Caso Financiamento de Campanha, Caso Fidelidade Partidária, Caso Ficha Limpa, Caso Número de Deputados, Caso Voto Impresso, Caso Perda de Mandato, e Caso Criação de Partidos

A atuação do STF em alguns casos se legitima, na visão dos ministros, na necessidade de se modelar alguns institutos e instituições para promover o ideal funcionamento das estruturas políticas, a fim de permiti-las materializar a soberania do povo, o pluralismo político e a representatividade dos indivíduos nas deliberações do Estado. É nesse sentido que a função modeladora do STF pode ser percebida em sua atuação na construção dos elementos jurídicos relativos ao sistema eleitoral-partidário, ou seja, relativos ao modo como se dão as eleições e as organizações político-partidárias.

A partir dos casos selecionados para a análise, é possível perceber que esta interferência se dá a partir da identificação, pelos ministros, de algum mau funcionamento no sistema político em vigência, que passaria a exigir uma atuação da corte para “corrigi-lo”.

No Caso Financiamento de Campanha, por exemplo, a maioria dos ministros que vota pela inconstitucionalidade do então modelo de doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais concorda que a discussão das reformas políticas deve se fazer no âmbito do Congresso¹³⁸. Porém, isso não significa, para estes ministros, que a corte deve se ausentar deste debate,

¹³⁸ Ministro Luiz Fux: “Inicialmente, repiso que me parece indisputável que a Reforma Política deva ser capitaneada pela classe política, e não pelo Poder Judiciário”. (STF: ADI 4.650/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/09/2015, p. 38).

visto que, em casos de algum mau funcionamento do sistema político, o STF deveria atuar na correção das falhas diagnosticadas¹³⁹.

Tal mau funcionamento estaria ligado a uma série de problemas fáticos que os ministros identificam em seus votos como consequência da modelagem que o instituto do financiamento de campanha apresentava: alto valor das campanhas, interesses particulares revestidos como interesse público, interferência das empresas nas decisões do governo, distorção da representatividade advinda da influência do poder econômico nas campanhas, existência de empresas que doam para dois partidos distintos que disputam entre si, bem como a concentração das doações em poucas empresas.

No Caso Fidelidade Partidária, no mesmo sentido, os ministros também apontam um diagnóstico do modelo político em vigor que indica a necessidade de atuação da corte¹⁴⁰. O ministro Barroso, referindo-se ao debate acerca da fidelidade partidária para cargos eleitos pelo método proporcional¹⁴¹, diz que a decisão do STF adveio “procurando mitigar os efeitos graves da migração partidária no sistema político brasileiro”¹⁴². Esta preocupação se daria diante da necessidade de se preservar a legitimidade do processo eleitoral e da soberania do cidadão, bem como de fortalecer os partidos políticos na construção de seus programas e na atuação parlamentar¹⁴³.

¹³⁹ Nesse sentido, ainda o ministro Luiz Fux: “Em tais cenários, diagnosticado o inadequado funcionamento das instituições, é dever da Corte Constitucional otimizar e aperfeiçoar o processo democrático (...)”. (Ibid., p. 35).

¹⁴⁰ Barroso desenvolve em seu voto, mais especificamente na parte em que denomina “As disfunções do sistema proporcional”, vários problemas no funcionamento político-eleitoral brasileiro, que, em sua visão, necessita passar por mudanças. (STF: ADI 5.081/DF, Rel. Luís Roberto Barroso, j. 27/05/2015, p. 15-16).

¹⁴¹ Utilizo as expressões “método proporcional” e “método majoritário” para me referir às formas que ocorrem as eleições dos mandatários. São, portanto, sinônimos das usuais expressões “sistema proporcional” e “sistema majoritário” de eleições, que procurei evitar em virtude do significado próprio que a palavra “sistema” possui nesta monografia.

¹⁴² Ibid., p. 18.

¹⁴³ Nessa linha, o ministro Celso de Mello, relembrando o seu voto no julgamento do MS 26/603 de 2007, afirma: “A repulsa jurisdicional à infidelidade partidária, além de prestigiar um valor eminentemente constitucional (CF, art. 17, § 1º, ‘in fine’), (a) preserva a legitimidade do processo eleitoral, (b) faz respeitar a vontade soberana do cidadão, (c) impede a deformação do modelo de representação popular, (d) assegura a finalidade do sistema eleitoral proporcional, (e) valoriza e fortalece as organizações partidárias e (f) confere primazia à fidelidade que o Deputado eleito deve observar em relação ao corpo eleitoral e ao próprio partido sob cuja legenda disputou as eleições”. (Ibid., p. 71).

A discussão, inclusive, extrapola os casos que envolvem apenas o instituto da fidelidade partidária, englobando também, por exemplo, as abordagens de Dias Toffoli, que traz uma longa análise acerca da acomodação dos interesses regionais numa estrutura que funcionasse sobre partidos políticos nacionais e seus consequentes problemas; Gilmar Mendes, que descreve as discussões acerca das coligações partidárias; e Luís Roberto Barroso, que reforça a ideia de que o voto proporcional em lista aberta deturpa a vontade do eleitor.

A questão da migração partidária volta a ser discutida no Caso Criação de Partidos, sendo a sua prática excessiva e seus efeitos danosos à representatividade utilizados como justificativa para uma alteração na jurisprudência da Corte. A corrente minoritária dos ministros nesse caso procura, assim, afirmar que a mudança de deputado para partidos recém-criados sem a incorporação do tempo gratuito de rádio e televisão e da parte do Fundo Partidário ao novo partido não afronta a Constituição Federal¹⁴⁴.

A necessidade de atualizar a distribuição de cadeiras dos parlamentares de acordo com os novos dados demográficos dos Estados no Caso Número de Deputados; a alegada incompatibilidade do exercício do mandato parlamentar com o cumprimento da pena em regime fechado no Caso Perda de Mandato; bem como os supostos retrocessos na segurança do voto secreto e com o aumento de gastos e entraves logísticos trazidos com a nova modelagem eleitoral no Caso Voto Impresso também revelam debates acerca da identificação de uma patologia nos institutos jurídicos em questão, que acabariam levando a distorções em todo o sistema político-eleitoral em que estão inseridos. Neste último caso, por exemplo, o ministro Ricardo Lewandowski sugere que o voto impresso, previsto nos termos da lei em debate, representaria verdadeira falha no funcionamento do sistema eleitoral brasileiro: "Acoplar uma impressora eletromecânica às urnas

¹⁴⁴ Em especial, o artigo 17, caput: É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos (...).

E o artigo 17, § 3º: Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

eletrônicas equivaleria, a meu ver, dotar o avião a jato de uma bússola a vapor. É um retrocesso, do ponto de vista tecnológico, absolutamente Incompreensível”¹⁴⁵.

Embora a identificação de uma patologia não seja por si só suficiente para determinar o exercício modelador do STF no caso¹⁴⁶, tal como será melhor discutido posteriormente, este é um fator importante na legitimação do poder-dever da corte de atuar. Dessa forma, a discussão do exercício do Papel Modelador passa pelo debate acerca da existência ou não de alguma disfunção nos institutos e instituições jurídicas.

Outro legitimador da interferência do STF também colocado pelos ministros é de uma suposta neutralidade da corte, que assim se tornaria o melhor espaço deliberativo para trazer modificações ao modelo vigente. Tal neutralidade se daria em detrimento de um interesse privado dos parlamentares em não fazer reformas, ou realizá-las de modo a favorecer a sua manutenção no poder. Assim, a suposta inexistência de interesse pessoal do STF no caso, mas apenas no bom funcionamento das instituições democráticas, legitimaria que a corte participasse ativamente dessa modelagem.

No Caso Financiamento de Campanha, por exemplo, o ministro Luiz Fux destaca que a temática do caso e a existência dos distintos interesses envolvidos nos membros do Congresso no financiamento de campanha legitimaria uma atuação mais incisiva da corte¹⁴⁷. O ministro inclusive ressalta que esta legitimidade já tem sido exercida, e parte da reforma política tem sido incentivada pelo próprio STF. Destaca-se, portanto, como o Papel Modelador, no Caso Financiamento de Campanha, é compreendido de maneira extensiva para este ministro, que embora defenda que estas

¹⁴⁵ STF: ADI 4.543/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 06/11/2013, p. 36.

¹⁴⁶ No caso Perda de Mandato, por exemplo, a incompatibilidade do exercício parlamentar com o cumprimento de pena em regime fechado não foi suficiente, na visão da maioria dos ministros, para determinar o exercício do Papel Modelador.

¹⁴⁷ “Exatamente porque matérias intimamente ligadas ao processo eleitoral aumentam consideravelmente as chances de manipulação e parcialidade no seu tratamento pelos órgãos eleitos por este mesmo processo, justifica-se, a meu sentir, uma postura mais expansiva e particularista por parte do Supremo Tribunal Federal, em detrimento de opções mais deferentes e formalistas. Creio que, ao assim agir, a Corte não amesquinha a democracia, mas antes a fortalece, corrigindo pelo menos algumas de suas naturais disfuncionalidades”. (STF: ADI 4.650/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/09/2015, p. 39).

reformas devem vir prioritariamente do Poder Legislativo, afirma também que:

Agora se diz: "Não, mas o Judiciário não é o lócus próprio para a reforma política". Ah, então o Judiciário não é o locus próprio para a reforma política. Mas saiu do Judiciário a questão da fidelidade partidária; saiu do Judiciário a Lei da Ficha Limpa; saiu daqui do Judiciário a questão relativa a esse tema que está sob o nosso crivo, e saiu daqui também debates reflexamente políticos sobre cassação de mandato. Então, a reforma política, no meu modo de ver, começou a ser feita aqui com a Lei da Ficha Limpa, porque barramos no TSE vários candidatos inelegíveis à luz da jurisprudência lavrada pelo Supremo Tribunal Federal¹⁴⁸.

O argumento da neutralidade do STF para atuar na modelação das temáticas políticas-eleitoral aparece também nos casos Número de Deputados e Criação de Partidos. No primeiro, o ministro Barroso destaca como este aspecto auxilia na proteção das minorias parlamentares, evidenciando a relação com o Papel Contramajoritário¹⁴⁹, e na promoção do aperfeiçoamento democrático a fim de se alcançar um modelo que garanta a igualdade política entre os distintos agentes:

Essa circunstância exige uma atuação especialmente cuidadosa por parte do Poder Judiciário, encarregado de zelar para que o peso político de determinados atores não seja utilizado para fechar ou direcionar os canais de representação segundo as suas conveniências. Nesse universo, a Justiça Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal apresentam melhores capacidades institucionais do que o sistema político, autointeressado nos resultados a que se pode chegar. A definição do espaço que cada corrente ocupará no processo político não pode se submeter ao controle absoluto ou total das maiorias parlamentares de cada momento. Afirmar o contrário seria admitir que o grupo que hoje está no poder tivesse em suas mãos os meios

¹⁴⁸ STF: ADI 4.650/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/09/2015, p. 277.

¹⁴⁹ Este papel será melhor trabalhado posteriormente.

de moldar a representação democrática, podendo, assim, impedir ou dificultar o acesso de outros atores, partidos ou ideologias¹⁵⁰.

Já no Caso Criação de Partidos, a questão da promoção da igualdade política atrelada à participação de um órgão externo e neutro aparece na argumentação do ministro Luiz Fux, para quem o tipo de mudança legislativa em questão exige uma interferência do STF, principalmente quando se considera a posição de interesse daqueles que aprovaram esta mudança¹⁵¹.

Válido apontar que a identificação destes argumentos não implica em afirmar que a atuação da corte se dá realmente de forma neutra e externa à política, mas que esta é a visão expressa pelos ministros nos casos destacados. Importante discussão que pode ser levantada, portanto, é se este discurso de neutralidade e melhor capacidade institucional pode ser estendido para além da forma que a corte diz atuar, isto é, para a forma em que a corte atua de fato.

Independentemente deste debate, é notável que a promoção da “igualdade política” é, na argumentação dos ministros, um fator importante que direciona o exercício do Papel Modelador. De fato, Identificadas as distorções no funcionamento político-eleitoral, e a legitimidade da corte para atuar, grande parte dos ministros assume a responsabilidade do STF em corrigi-los, procurando otimizar e aperfeiçoar a forma que se dá a eleição e a representação dos eleitos e seus partidos políticos.

A interferência do STF, portanto, seria no sentido de garantir uma igualdade de forças entre os partidos para disputar as eleições. Uma visão, desenvolvida por grande parte dos ministros que vota pela procedência da ação, de que a democracia representativa envolve a igualdade de

¹⁵⁰ STF: ADC 33/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/09/2014, p. 41.

¹⁵¹ “Diante disso, devem ser repudiadas visões idealizadas de democracia que desconsiderem a posição de interesse da instância decisória. O deslinde de controvérsias de natureza política não pode abster-se da análise de qual agente investido do maior grau de imparcialidade e neutralidade está apto para apreciar a matéria”. (STF: ADI 5.105, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01/10/2015, p. 48).

oportunidade dos distintos agentes políticos na disputa pelos votos e aderência dos eleitores.

Também no Caso Fidelidade Partidária, há a busca pela proteção do sistema em questão, através do entendimento de que os cargos advindos do método majoritário de eleição pertencem ao candidato, e não ao partido, ao contrário do que foi entendido para os cargos oriundos do método proporcional. Nesse sentido, o ministro Luís Roberto Barroso afirma:

Se o objetivo perseguido é o aperfeiçoamento da democracia representativa e do modelo eleitoral brasileiro, a extensão da fidelidade partidária ao método majoritário subverte esse propósito, agravando o problema sob o pretexto de saná-lo¹⁵².

No caso Número de Deputados, o ministro Barroso novamente levanta a importância da igualdade política, como parâmetro para que se chegue a melhor solução nos conflitos de competência, isto é, sobre qual regramento adotar para a distribuição das cadeiras parlamentares entre os Estados: “Tanto quanto possível, a Câmara deve ser uma expressão da diversidade e do pluralismo existentes na sociedade brasileira, aferido a partir da premissa básica da igualdade política de todos os cidadãos”¹⁵³.

A proteção da igualdade política aparece também nas argumentações dos ministros no Caso Controle Preventivo. Embora a maioria da corte vote pela cassação da liminar de Gilmar Mendes¹⁵⁴, estes não rebatem o argumento de que a proposta em questão violaria a igualdade de chances dos partidos políticos. Tanto este argumento é central na questão, que será ele o fundamento da decisão do Caso Criação de Partido. Neste, ainda que o mesmo ministro Gilmar Mendes expresse uma opinião completamente distinta da posição exposta no Caso Controle Preventivo¹⁵⁵, a corrente

¹⁵² STF: ADI 5.081/DF, Rel. Luís Roberto Barroso, j. 27/05/2015, p. 26.

¹⁵³ STF: ADC 33/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/09/2014, p. 87

¹⁵⁴ Ver descrição dos casos (Capítulo 3).

¹⁵⁵ Embora tenha feita exaustiva defesa da igualdade política no Caso Controle Preventivo, Gilmar Mendes, ao julgar ADI referente à lei que foi formalizada a partir do Projeto de Lei que sua liminar buscou cassar – o Caso Criação de Partidos, afirma que a opção do Legislador vem no sentido de conter os excessos das migrações partidárias. Assume, assim, que seu voto no Caso Controle Preventivo se dera, na verdade, por conta de que, na época,

majoritária da corte defendeu que novas regras para distribuição do Fundo Partidário e do tempo gratuito de rádio e televisão aos partidos recém-criados violariam a igualdade política entre os partidos e, conseqüentemente, o princípio da livre criação de partidos e do pluralismo político.

Nota-se, assim, que, de forma geral, o parâmetro das modelagens buscadas pelos ministros gira em torno de uma visão de democracia pautada na ideia de igualdade política entre os distintos agentes que buscam apresentar suas demandas, influenciar a sociedade civil e se tornarem eleitos. A ideia das eleições enquanto um mecanismo de disputa entre distintas forças políticas, que tentam angariar força na sociedade e ganhar apoio dos cidadãos, culmina na necessidade de que o sistema político-eleitoral garanta a igualdade de chances entre os distintos agentes nesta disputa.

Interessante ainda notar que, dada a promoção da igualdade política como parâmetro central na modelação dos institutos pelo STF, este papel vem muitas vezes associado ao Papel Contramajoritário, como foi destacado na transcrição do voto do ministro Barroso acima. A garantia da livre competição dos agentes políticos no cenário eleitoral aparece associada à necessidade de se proteger as minorias políticas, a fim de que estas não sejam afastadas da disputa política pelas composições majoritárias¹⁵⁶.

Além dessas análises, é necessário ainda delimitar quais seriam os limites dessa interferência modeladora na visão dos ministros, sendo este o ponto de maior discordância que, muitas vezes, acaba sendo central na afirmação da própria necessidade do exercício desta função no caso em debate.

A discordância pode ser vista a partir de dois pontos de vista. O primeiro refere-se ao próprio diagnóstico das patologias do sistema político-eleitoral feito pelos ministros, que legitimaria a atuação da corte. Este

a tramitação do projeto visava atingir um partido em específico (no caso, a Rede Sustentabilidade), possuindo nítido caráter casuístico.

¹⁵⁶ Esta relação será melhor tratada quando o trabalho discutir o Papel Contramajoritário.

diagnóstico, todavia, não necessariamente é objetivo, variando de acordo com as distintas opiniões dos ministros.

No caso Financiamento de Campanha, por exemplo, os ministros Gilmar Mendes e Teori Zavascki apresentam um diagnóstico completamente distinto dos demais ministros. Para ambos, corrente minoritária do caso em questão, a concretização da democracia tem um alto custo que precisa ser financiado por alguém e, nesse sentido, as pessoas jurídicas exerceriam um papel fundamental. O problema estaria, assim, na falta de fiscalização por parte do Estado sobre como essas doações são feitas, e sobre como os futuros contratos públicos são realizados com estas empresas. Na perspectiva dos ministros, o tema seria extremamente complexo para que se acreditasse que a simples proibição de doação por pessoa jurídica resolveria os problemas do modelo vigente¹⁵⁷.

Dada tal divergência no diagnóstico do problema, os moldes e a extensão da interferência serão distintos. Assim, ainda no Caso Financiamento de Campanha, embora os ministros Gilmar Mendes e Teori Zavascki aparentem concordar com a existência de uma função modeladora na situação em debate¹⁵⁸, discordam da extensão da interferência que dada pelos demais ministros, por analisarem o problema de forma distinta. Para eles, a atuação do STF no caso deveria ser mínima, visando apenas corrigir falhas pontuais na regulamentação da doação para campanhas por pessoas jurídicas. Assim é que seu voto, acompanhado pelo ministro Gilmar Mendes, decide pela vedação de doações por “pessoas jurídicas ou de suas

¹⁵⁷ Nesse sentido, Teori Zavascki: “É indispensável, sim, que o Legislativo cumpra sua parte, e todas as forças sociais devem ser mobilizadas para sensibilizá-lo da urgência no atendimento desse dever constitucional. Mas não há dúvida que é também importante que essas mesmas forças sociais, as entidades organizadas, os órgãos de fiscalização, o Ministério Público, empreendam um continuado esforço coletivo destinado a impor a mudança de comportamento político, para minimamente ajustá-lo às normas já existentes. É preciso, sobretudo, que os abusos do poder econômico e a corrupção política tenham severa resposta repressiva por parte do Estado, sob pena de tornar ineficaz, não só o modelo atual, mas qualquer outro que venha a substituí-lo no futuro”. (STF: ADI 4.650/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/09/2015, p. 157).

¹⁵⁸ Esta ideia fica clara no voto do ministro Teori Zavascki: “Em hipóteses típicas de abulia constitucional, com a que se tem, a atuação do Supremo Tribunal Federal não resume apenas a providências típicas de legislador negativo. Quando a superação do estado letárgico do direito ordinário for imprescindível, deve a jurisdição constitucional se valer da energia cinética dos princípios constitucionais, recuperando a autoridade da Constituição. É claro que também o antídoto deve ser exercido dentro da mais avisada prudência”. (Ibid., p. 291).

controladas e coligadas que mantenham contratos onerosos celebrados com a Administração Pública, a pessoas jurídicas a partidos (ou seus candidatos) diferentes, que competem entre si”, bem como “pessoas jurídicas que efetuaram contribuições a partidos ou campanhas, de, desde então e até o término da gestão subsequente, celebrar qualquer contrato oneroso com entidades da Administração Pública”.

Por outro ponto de vista, a discordância acerca da extensão da atuação do STF pode-se se dar mesmo nos casos em que o diagnóstico do problema é convergente. No caso Criação de Partidos, tem-se uma situação em que há grande consenso sobre o diagnóstico de um problema do modelo institucional, quer seja, o do excesso de migrações partidárias, que inclusive é o cerne da decisão do Caso Fidelidade Partidária¹⁵⁹. A corte no geral aponta que o excesso de migrações partidárias é prejudicial ao funcionamento do sistema político brasileiro, mas isso não significaria, para a corrente majoritária dos ministros, que a modelagem dada pela lei em questão para a distribuição do Fundo Partidário e do tempo gratuito em rádio e televisão seja declarada constitucional. A preservação da igualdade política, nesse sentido, não poderia ser sacrificada pelo Poder Legislativo, cabendo ao STF, na visão da maioria dos ministros, remodelar o instituto jurídico em questão de acordo com os parâmetros constitucionais¹⁶⁰.

Para a corrente minoritária, entretanto, o Papel Modelador da corte deveria se conter diante de uma escolha legítima dos legisladores, fruto de um balanceamento entre os distintos valores envolvidos na questão, e que pendeu para o fortalecimento dos partidos políticos através de medidas que contivessem as migrações partidárias¹⁶¹.

¹⁵⁹ Gilmar Mendes inclusive utiliza o argumento da acentuação desse problema para votar pela constitucionalidade da lei, apesar de no Caso Controle Preventivo de Constitucionalidade ter tentado cassar o projeto de lei desta com uma liminar.

¹⁶⁰ O ministro Marco Aurélio, por exemplo, argumenta que, a despeito de também defender a correção da patologia identificada - tal como foi intentado pelo Poder Legislativo -, é necessário a corte intervir no caso: “Confesso, Presidente, ser simpático a qualquer normatização que iniba a troca de camisas. Mas há sistema que preciso observar, o sistema constitucional, inclusive o da razoabilidade. Não posso conceber que o Estado dê com uma das mãos e tire com a outra”. (STF: ADI 5.105, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01/10/2015, p. 62).

¹⁶¹ Tal como exposto no argumento do ministro Edson Fachin, para quem: “se a Constituição atribuiu a tarefa de regulamentar o §3º do artigo 17 (que trata da divisão do tempo de antena e acesso aos recursos do fundo partidário) à lei, como poderia a Suprema Corte

Já no Caso Ficha Limpa, em que se destaca a necessidade de proteção da moralidade pública frente a um histórico de corrupção e confusão entre patrimônio público e privado no Brasil, o debate é acerca da possibilidade de que o suposto caráter “punitivista” da modelagem adotada pelo Legislativo venha a violar normas constitucionais e não resolver o problema. Gilmar Mendes, em seu voto, apresenta justamente, além de longa defesa do Papel Contramajoritário da corte na defesa de direitos fundamentais (como a presunção de inocência), um diagnóstico completamente distinto do feito pelo Legislador e pelos outros ministros:

Sabemos que, para temas complexos em geral, há sempre uma solução simples e em geral errada. E para esse caso a população passa a acreditar que a solução para a improbidade administrativa, para as mazelas da vida política, é a Lei da Ficha Limpa¹⁶².

O Caso Perda de Mandato também é outro exemplo significativo que expõe uma interessante discussão entre os ministros Barroso e Joaquim Barbosa que, apesar de concordarem que a solução dada pelo constituinte da possibilidade de que um parlamentar cumpra pena em regime fechado mas não perca seu mandato, divergem acerca de a possibilidade do STF atuar nessa situação para aperfeiçoar o instituto jurídico da perda do mandato.

Para Joaquim Barbosa, seria dever do STF superar as incoerências deste instituto¹⁶³, enquanto Luís Roberto Barroso acredita que tal tarefa é indevida à corte, pois esta não pode ultrapassar o sentido literal do texto constitucional, exceto em casos mais delicados envolvendo direitos

declarar a inconstitucionalidade da opção do Legislativo se ela não é teratológica, mas decorre de escolhas válidas em termos constitucionais (tão válidas que sufragadas pela própria Corte em tempos muito recentes sem que tenha havido alteração na base fática ou normativa) ainda que não reflitam a posição mais moderna (mas não unânime da Corte)? Pode o Judiciário sobrepor-se a escolhas válidas de competência do Legislativo? Nesse caso, parece-me adequado, do que até aqui se viu, que a Corte exercite a autocontenção”. (Ibid., p. 84).

¹⁶² STF: ADC 29/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16/02/2012, p. 279.

¹⁶³ “O Supremo Tribunal Federal é o guarda da Constituição. Cabe a ele impedir que incongruências como essas ocorram cotidianamente”. (STF: AP 565, Rel. Cármen Lúcia, j. 08/08/2013, p. 291).

fundamentais¹⁶⁴, com o risco de se violar a separação dos poderes¹⁶⁵. Nota-se aqui que a própria extensão da interferência é determinante para que o papel seja ou não exercido em certo caso.

Vale ainda ressaltar que a extensão da interferência do STF pode ser também limitada na perspectiva dos efeitos que a decisão possa vir a ter em futuras novas deliberações sobre o tema em discussão. Assim, é possível notar uma grande preocupação dos ministros que defendem uma intervenção mais extensa da corte em justificar que esta não venha para encerrar o processo deliberativo interinstitucional, ou seja, não impeça que o Poder Legislativo venha a deliberar novamente sobre o tema, trazendo novos argumentos e ideias. Trata-se da ideia de que a decisão do STF encerraria apenas a uma “rodada de deliberação”, que se prolongaria futuramente com outras rodadas numa perspectiva de diálogo entre as instituições, tal como aparece no voto do ministro Luiz Fux no Caso Financiamento de Campanha¹⁶⁶.

As decisões do STF que viessem a modelar o sistema político-eleitoral, portanto, seriam apenas parte de um aperfeiçoamento interinstitucional. Na verdade, mais do que mera participação neste aperfeiçoamento, a corte viria, com a função modeladora, a incentivar uma autorreforma do Legislativo, recolocando pautas importantes que estão travadas em debate. No Caso Financiamento de Campanha, Luís Roberto Barroso apresenta esta ideia quando afirma que “me leva à constatação de que o modelo em si precisa ser transformado e que cabe ao Supremo Tribunal Federal empurrar a história neste sentido”. Para o ministro,

¹⁶⁴ “Eu gostaria só de fazer um comentário. A hora já vai muito avançada para debates teóricos, mas eu acho que os esforços hermenêuticos, eles são valiosos e, inclusive, por vezes, há superação da textualidade quando se cuida da promoção de direitos fundamentais. Mas, a meu ver, fazer um exercício hermenêutico elaborado para exacerbar o poder punitivo não corresponde ao meu modo de ver a vida”. (Ibid., p. 308).

¹⁶⁵ Interessante notar, embora isso venha a ser melhor enfatizado no decorrer da pesquisa, que a separação dos poderes, neste contexto, é utilizada em sentido completamente distinto do na função moderadora. Nesta, a separação dos poderes é o motivo que leva o STF a agir, já aqui é o motivo pelo qual o STF não deve agir.

¹⁶⁶ “Conquanto finalize uma rodada de deliberações, eventual pronunciamento da Corte (i.e., procedência ou improcedência) se destina a abrir os canais de diálogo com os demais atores políticos, notadamente o Poder Legislativo, para a formulação de um modelo constitucionalmente adequado de financiamento de campanhas”. (ADI 4.650/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/09/2015, p. 43).

portanto, é papel do STF trazer pautas importantes da reforma política para o processo deliberativo interinstitucional. A modelagem da corte promoveria também, dessa forma, o debate destas pautas nos outros poderes, de forma a dinamizar este processo de deliberação, incentivando o andamento de uma reforma política:

Portanto, eu, que não tenho a fantasia de salvar o mundo com papel e tinta, vivo, no entanto, a crença de que faz parte do meu papel condenar um modelo que eu acho que arruína, a médio e longo prazo, as instituições. Portanto, eu acho que a atuação do Supremo, neste diálogo institucional, é para que o Congresso apresente alternativas a esse modelo¹⁶⁷.

Também no Caso Fidelidade Partidária, este argumento aparece quando o então Presidente da corte, ministro Lewandowski, justifica que pautou o julgamento:

(...) como uma contribuição ao Congresso Nacional, que está se debruçando sobre a reforma política. Portanto, a urgência se deve não a esse caso concreto, que eu pessoalmente nem sabia, que havia sido ajuizada essa ação no TSE, mas, sim, em função do momento em que nós vivemos, em que a nação está discutindo a reforma política.

O Caso Criação de Partidos é que talvez traga o exemplo mais interessante do funcionamento do diálogo institucional na construção da reforma política. O que está colocado em questão é a possibilidade de mudança de uma deliberação do STF acerca da inconstitucionalidade da reforma desejada. De maneira geral, o que fica assentado pelos ministros é que é possível que uma decisão da corte seja novamente enfrentada pelo Legislativo, desde que este traga a deliberação em emenda constitucional (caso não viole cláusula pétrea), ou mesmo caso este traga novos argumentos a fim de apresentar distintas interpretações acerca da Constituição na tentativa de compatibilizar a reforma desejada com suas normas fundamentais. De fato, alguns ministros reverteram seu

¹⁶⁷ ADI 4.650/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/09/2015, p. 163.

posicionamento nessa nova “rodada deliberativa” no STF, com base em novos diagnósticos da realidade¹⁶⁸, embora tenha havido a manutenção do entendimento da corte. O ministro Luiz Fux resume o argumento:

É precisamente sob as lentes desse hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais que a Corte Constitucional deve examinar a presente discussão. Deveras, os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, como não poderiam deixar de ser, vinculam as partes do processo e finalizam uma rodada procedimental, mas não encerram, em definitivo, a controvérsia constitucional em sentido amplo¹⁶⁹.

Interessante notar, por conseguinte, que a questão da “reforma política” é assumida também como de interesse pelo STF¹⁷⁰, que atua diagnosticando patologias do sistema político vigente, atuando na sua modelação e, dessa maneira, incentivando os outros poderes a debater o tema. Esta atuação, todavia, não ocorre sobre parâmetros objetivos, ou seja, parâmetros que permitam identificar de maneira objetiva quando e em que extensão a corte pode e deve atuar.

Neste debate, cabe, contudo, apontar uma posição crítica acerca de tais fundamentações que é tratada por Teori Zavascki e Gilmar Mendes Caso Financiamento de Campanha. Trata-se de questionar até que ponto de fato uma decisão do STF vem a incentivar que outras futuras deliberações sejam tomadas pelo Legislativo na construção de um diálogo institucional. A questão é que estas decisões podem, na verdade, representar um encargo e um ônus argumentativo e político tão grande que acaba desestimulando que os legisladores venham a debater a matéria, congelando de vez a pauta decidida pela corte. Assim, o diálogo institucional seria apenas um

¹⁶⁸ Como os ministros Gilmar Mendes, Teori Zavascki e Ricardo Lewandowski. Este último, inclusive, argumenta em vários momentos que a intensificação do problema das migrações partidárias representa uma modificação fática que precisa ser considerada no exercício jurisdicional da corte.

¹⁶⁹ STF: ADI 5.105, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01/10/2015, p. 29.

¹⁷⁰ Embora não seja este o cerne desta monografia, é possível tirar algumas conclusões acerca do papel do STF na reforma política, embora restrito aos casos selecionados para este trabalho. A extensão da pesquisa deste tema para outros casos é uma sugestão interessante para se intentar compreender este fenômeno de maneira mais abrangente.

argumento retórico para dissimular um monólogo que entrava o processo deliberativo interinstitucional. Nas palavras de Gilmar Mendes:

Decisões emanadas do Poder Judiciário, mormente quando baseadas em interpretação constitucional, possuem tendência a definitividade, em tudo indesejada no tratamento de temas complexos e cambiáveis como financiamento de partidos e de campanhas, conforme uma passada de olhos sobre a experiência comparada revelou.

Ainda em relação à modelagem institucional do sistema político-eleitoral e à reforma política, importante traçar um paralelo com outra pesquisa já realizada na SBDP, centrada no tema da participação do STF na reforma política brasileira. A monografia de Pedro Marques Neto¹⁷¹ questiona qual o real papel o Supremo Tribunal Federal tem assumido nesta temática, concluindo que, ao contrário do que se afirma comumente na doutrina, a corte não tem sido um agente reformador, isto é, um agente que altere o status quo normativo do sistema político brasileiro¹⁷². Contudo, a questão da reforma política ainda assume um espaço importante no STF, seja porque a corte é muito instada a decidir questões relativas à organização político-eleitoral brasileira¹⁷³, seja porque é possível perceber uma lenta reforma (“reforma à conta gotas”) promovida pelo TSE e chancelada pelo STF¹⁷⁴.

¹⁷¹ NETO, Pedro Marques. Supremo Tribunal Federal e a reforma do sistema eleitoral: Da judicialização à reforma a conta gotas?. Monografia da Escola de Formação da SBDP de 2014. Disponível em: <http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=248>. Acesso em: 5 nov. 2016.

¹⁷² “Demonstrei que não se pode atribuir ao STF o rótulo de reformador. Por si só, poucas decisões do Tribunal realmente redesenharam a estrutura política-eleitoral do país, tão somente duas frente a mais de vinte do total, um número inferior a 10% dos casos” (Ibid., p. 57).

¹⁷³ “Enfim, por mais que o Supremo não atue de modo reformador na maioria dos casos, ele é instado a se manifestar acerca de assuntos de relevância as mais diversas para o sistema político brasileiro. E suas decisões, ainda que não reformadoras, repercutem diretamente ao longo dos anos, conformando como se dará a organização e competição político-eleitoral no país”. (Ibid., p. 52).

¹⁷⁴ “Demonstrei que o TSE também se mostrou uma via potencialmente interessante de reformas. Nesses casos, o STF já não é o autor das mudanças, papel assumido pelo TSE, mas possui participação fundamental para o sucesso da ação. Seria o caso, então, de uma reforma oblíqua, no sentido de que a atuação do STF não conduz diretamente à reforma, como no caso das decisões de perfil reformador, mas conduz ao resultado final de reforma do sistema eleitoral” (Ibid., p. 58).

Entendo que as conclusões chegadas por Pedro Marques Neto, embora inicialmente possam aparentar contraditórias às minhas, são consonantes com o que desenvolvo nesta parte da monografia. Afirmo isto porque, nesta monografia, considero o Papel Modelador numa compreensão mais ampla do que a entendida por Pedro Neto com o termo “reformador”. Isso porque, o termo “modelador” abrange também àquelas decisões do STF que contrariam uma deliberação tomada pelo Poder Legislativo, ou ainda que ratificam uma alteração feita pelo TSE. Contudo, Pedro Marques coloca estas abordagens em categorias distintas, referindo-se à primeira como uma ação “obstaculizadora de reforma”, e à segunda como uma “chancela de terceiros”.

Contudo, embora as categorias trabalhadas sejam distintas¹⁷⁵, ambas as pesquisas apontam como o STF, atuando em determinando ambiente institucional junto a outros agentes, tem sido importante na discussão acerca da reforma política.

5.2. Sistema Deliberativo dos Poderes: Caso Contrabando Legislativo, Caso Veto Presidencial, Caso Chico Mendes, Caso Perda de Mandato, e Caso Impeachment

Na visão dos ministros, tal como será apresentado neste sistema, o processo de deliberação do Poder Legislativo possui um apreço especial, devendo ser resguardado de fraudes e irregularidades que distorçam o exercício dessa representatividade. A modelagem no sistema deliberativo dos poderes deve ocorrer, de acordo com os argumentos analisados nos casos em discussão, para garantir um debate ideal entre as representatividades de distintos setores da sociedade e, dessa forma, impedindo o próprio debate da sociedade civil.

¹⁷⁵ E isso ocorre em vista dos distintos objetos de pesquisa de nossas monografias. Nesse sentido, o meu modelo de análise está centrado em compreender as interferências do STF nas deliberações tomadas pelos outros poderes, em especial o Poder Legislativo. Já o modelo de Pedro Marques Neto aparenta ser mais direcionado a captar o perfil decisório do STF. A revisão judicial, dessa forma, acaba tendo um enfoque mais aprofundado em minha pesquisa.

O ministro Edson Fachin, no Caso Contrabando Legislativo, resume o argumento, demonstrando esta preocupação jurisdicional com o processo legislativo:

É evidente que um processo legislativo democrático, público e transparente pode e deve primar por uma uniformidade temática que o torne sempre mais acessível, passível de um debate mais robusto, conhecimento e controle pelos outros Poderes, órgãos e pelo próprio povo¹⁷⁶.

Também a ministra Rosa Weber, neste mesmo caso, destaca que a proteção do processo legislativo, através do entendimento de que não se pode emendar medida provisória com conteúdo diverso do tratado nesta, é essencial para se garantir que a deliberação tomada pelo Poder Legislativo seja democrática e, então, tenha legitimidade para regular a sociedade¹⁷⁷.

Nota-se, portanto, que o papel modelador é exercido nestes casos com a finalidade de adequar os regramentos e processos internos do Legislativo ao que os ministros interpretam serem os parâmetros constitucionais deste exercício deliberativo. Tal modelagem se dá através da interferência em institutos jurídicos centrais na tramitação dos processos legislativos como o veto presidencial, as comissões mistas para apreciação de medidas provisórias e as emendas parlamentares a estas, ou ainda na tramitação de outras importantes deliberações competentes ao Legislativo, como o Impeachment. Esta interferência atribui novo significado jurídico a estes institutos, modificando a forma com que o Legislativo os havia concebido e, na visão dos ministros, aperfeiçoando-os para o ideal funcionamento do seu sistema deliberativo.

A construção destes institutos e instituições jurídicas depende, dessa forma, tanto do Poder Legislativo, quanto do próprio STF. A regulamentação

¹⁷⁶ STF: ADI 5.127/DF, Rel. originária Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 15/10/2015, p. 63.

¹⁷⁷ "O que tem sido chamado de contrabando legislativo, caracterizado pela introdução de matéria estranha a medida provisória submetida à conversão, não denota, a meu juízo, mera inobservância de formalidade, e sim procedimento marcadamente antidemocrático, na medida em que, intencionalmente ou não, subtrai do debate público e do ambiente deliberativo próprios ao rito ordinário dos trabalhos legislativos a discussão sobre as normas que irão regular a vida em sociedade". (STF: ADI 5.127/DF, Rel. originária Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 15/10/2015, p. 31).

da medida provisória, por exemplo, obteve importante avanço a partir de decisões da corte, que foi consolidando no passar do tempo o entendimento sobre este instituto, ajustando as questões que não haviam sido deliberadas pelos legisladores. Nesse sentido, o ministro Gilmar Mendes, em seu voto no Caso Chico Mendes, destaca como parte da construção jurisprudencial do STF veio a ser incorporado ao texto constitucional posteriormente pelo Poder Legislativo, em especial na Emenda Constitucional 32/2001. Apesar disso, o ministro, ao argumentar sobre a necessidade da corte atuar diante da prática de se ignorar a votação do parecer da medida provisória na Comissão Mista¹⁷⁸, afirma que:

(...) me impressiona que, passados já mais de dez anos da edição da Emenda nº 32, nós continuemos mais ou menos no mesmo lugar, quer dizer, que a práxis política, que a evolução não se tenha dado, ou seja, um mínimo, um quantum civilizatório adiante, no sentido da maior participação do Legislativo na construção desse modelo, que é o que quer o § 9º do artigo 62, que dilargou o prazo, evitou o fenômeno da reedição, mas quer um mínimo de participação, de legitimação democrática nesse contexto. Parece-me, então, como eu já sinalizava, que é chegada a hora de nós firmarmos uma leitura que dê efetividade ao § 9º do artigo 62, sob pena de constituirmos um modelo de direito costumeiro, só que um direito costumeiro constitucional que revoga uma norma constitucional ou que a debilita, que é a norma constante do § 2º ¹⁷⁹.

Interessante ainda observar como a regulamentação desses procedimentos e institutos internos ao Legislativo pelo STF é, na visão dos ministros, um próprio reforço da autonomia de funcionamento do Legislativo, buscando dar robustez às suas deliberações, protegendo o debate no Congresso e o exercício da atividade parlamentar. Essa visão fica clara principalmente nos casos que envolvem institutos jurídicos também diretamente ligados ao Poder Executivo (veto presidencial e medida

¹⁷⁸ Ver Descrição dos Casos (Capítulo 3).

¹⁷⁹ STF: ADI 5.127/DF, Rel. originária Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 15/10/2015, p. 35.

provisória), haja vista a necessidade de impedir que o Legislativo, através da adoção de um processo legislativo falho, acabe se submetendo ao Executivo, ocasionando um desequilíbrio institucional prejudicial ao seu livre funcionamento. É exatamente nesse ponto que o Papel Modelador dialoga com o Papel Moderador, visto que a modelagem de um instituto jurídico vem para impedir o desequilíbrio no arranjo da separação dos poderes.

Tal argumento aparece no voto da ministra Rosa Weber, no Caso Contrabando Legislativo:

O exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, do controle da constitucionalidade da atividade parlamentar, longe de traduzir ingerência indevida do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo, fortalece o aspecto essencialmente deliberativo, assegurando as condições para a efetiva participação e, assim, para a preservação da legitimidade democrática e do equilíbrio nas relações entre os Poderes¹⁸⁰.

Também Luiz Fux, no Caso Veto Presidencial, trabalha com o argumento:

(...) (a decisão), muito ao contrário, ela lança as bases para uma atuação verdadeiramente independente do Congresso Nacional, revitalizando uma prerrogativa institucional do Legislativo que de há muito vem sendo amesquinhada por uma política incompatível com o Estado Democrático de Direito e com a cláusula pétrea da Separação de Poderes. O quadro atual de apatia no exercício dessa autoridade revela uma dinâmica nefasta de funcionamento legislativo, capaz inclusive de tornar letra morta um prazo constitucional peremptório¹⁸¹.

Observa-se ainda que o Papel Modelador também aparece, nos casos analisados, para proteger minorias políticas de deliberações majoritárias que violem o devido processo legislativo, o funcionamento parlamentar e os parâmetros ideais de debate que os ministros interpretam da Constituição.

¹⁸⁰ STF: ADI 5.127/DF, Rel. originária Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 15/10/2015, p. 37.

¹⁸¹ STF: Ag. Rg. no MS 31.816/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27/02/2013, p. 21.

Nesse sentido é que se pode novamente colocar o Papel Contramajoritário também como figura complementar do Papel Modelador¹⁸².

Por outro lado, contudo, é necessário delimitar, na visão dos ministros, qual seriam os limites dessa atuação modeladora, visto que, como já foi trazido neste trabalho, a delimitação da interferência é muitas vezes determinante na existência ou não do papel em certo caso.

De forma geral, os ministros que concordam com a existência do Papel Modelador nos casos discutidos não entram a fundo no debate sobre os limites da atuação. Colocam apenas que esta se dá na garantia do processo legislativo e no fortalecimento das deliberações do legislativo. Baseiam-se, assim, em parâmetros constitucionais tais como a representatividade, o devido processo legislativo e a separação dos poderes.

Todavia, a relatividade de tais parâmetros, e o risco do STF intervir na autonomia do funcionamento do Legislativo é abordado por outros ministros como limites claros à atuação da corte. A existência desses limites equivaleria, na verdade, à impossibilidade da atuação da corte nos casos aqui estudados, visto que esta impede que o Legislativo regulamente seus próprios trâmites de acordo com sua interpretação da Constituição, sua logística de funcionamento e seus interesses na deliberação em questão e na forma com que esta se relaciona com o Executivo.

Tal impossibilidade se daria, assim, para a preservação da própria autonomia do Legislativo e, conseqüentemente, da separação dos poderes. Assim como foi abordado durante a descrição do Papel Moderador, a separação dos poderes é, portanto, utilizada como justificativa tanto para a interferência, quanto para a não interferência do STF através da modelagem dos institutos jurídicos e da moderação entre as instituições.

No caso Caso Contrabando Legislativo, essa objeção é colocada por Dias Toffoli:

¹⁸² Tal abordagem ficará mais claro quando este trabalho desenvolver melhor a ideia do que venha a ser o Papel Contramajoritário.

Nós vamos engessar o debate do processo legislativo dizendo como é que o Congresso tem ou não tem que fazer, indo além daquilo que está na Constituição? Como nós vamos avaliar se aquela matéria é ou não é correlata à medida provisória, se não era necessário se acrescentar aquela emenda, etc., etc., etc. Tenho muita dúvida se estaríamos dentro do nosso âmbito de competência ou se estaríamos avançando sobre um âmbito de competência *interna corporis* do Congresso¹⁸³.

No Caso Veto Presidencial, a questão também é levantada pelo fato de que, caso adotada a decisão monocrática dada por Fux no MS 31816 - fundamentada na modelagem do veto para a proteção do devido processo legislativo e da preservação da autonomia do Legislativo - o Congresso sofreria grande perda de sua autonomia, visto que este ficaria refém da deliberação de milhares de vetos, trancando sua pauta, impedindo seu poder de agenda e afetando diretamente o seu funcionamento. E, de fato, esta será a posição majoritária que derrubará a liminar de Luiz Fux, a fim de garantir o que mesmo o ministro Fux argumentava estar garantindo com sua decisão: a separação dos poderes.

O argumento aparece também no Caso Chico Mendes, em que o ministro Ricardo Lewandowski demonstra sua preocupação com uma interferência do STF que venha a prejudicar o funcionamento autônomo do Poder Legislativo, ao deliberar sobre uma matéria *interna corporis*¹⁸⁴. Para o ministro, a discussão acerca da comissão mista caberia exclusivamente aos legisladores, pois são eles que conhecem a lógica de funcionamento do Congresso. Assim é que a Resolução 01/2002 foi editada para resolver um problema interno de funcionamento do processo legislativo, quer seja, a possibilidade de uma minoria travar a votação da medida provisória através do esvaziamento do quórum das comissões mistas. A atuação do STF, nesse

¹⁸³ STF: ADI 5.127/DF, Rel. originária Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 15/10/2015, p. 50.

¹⁸⁴ "E essa Resolução 01/2002, na verdade, é uma resolução que trata de matéria *interna corporis*. E o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma decisão, diz que nós não podemos nos debruçar sobre matéria desta natureza". (ADI 4.029/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 08/03/2012, p. 60).

caso, ignorando estas questões, estaria retirando uma importante ferramenta de garantia da autonomia do Poder Legislativo.

Percebe-se, por conseguinte, que a garantia do bom funcionamento do sistema deliberativo do Poder Legislativo coloca em debate duas ideias distintas sobre o Poder Modelador do STF, mas que apresentam fundamentos em comuns. Por um lado, a maioria dos ministros defende que a intervenção da corte se dê para a preservação da autonomia do Legislativo, adequando seus regramentos internos aos parâmetros constitucionais, protegendo minorias parlamentares, garantindo o exercício do funcionamento parlamentar, aperfeiçoando os procedimentos de deliberação a fim de evitar que estes distorçam a representatividade e impeçam que o debate se desenvolva no Congresso e na sociedade, bem como evitando que o Legislativo se submeta ao Executivo, preservando assim a separação dos poderes. Por outro, entretanto, a própria necessidade de se preservar a autonomia do poder Legislativo, o bom funcionamento de suas deliberações de acordo com a sua lógica de funcionamento, bem como a necessidade de evitar uma interferência abusiva do STF em outro Poder, que violaria a separação dos poderes¹⁸⁵, são argumentos que reforçam, na verdade, que o exercício do Papel Modelador aqui é indevido. Isto por que tal modelagem caberia exclusivamente ao Poder Legislativo.

5.3. Sistema de Controle de Constitucionalidade: Caso Senado e Controle de Constitucionalidade, Caso Controle Preventivo de Constitucionalidade, e Caso Criação de Partidos

Também o sistema de controle de constitucionalidade é importante objeto de modelagem pelo STF nos casos trabalhados nesta pesquisa. A situação envolve a definição de quais agentes participam deste sistema, quais são suas funções, e quais são os efeitos dos distintos controles de normas aqui debatidos.

¹⁸⁵ Repare a semelhança com a contradição acerca do exercício do Papel Moderador também em alguns casos, como ficou descrito anteriormente.

O Papel Modelador no sistema de controle de constitucionalidade tem interesse especial por, além de interferir diretamente nas deliberações tomadas pelo Legislativo, representa o próprio STF delimitando quais são seus poderes no processo deliberativo interinstitucional. Isso por que a corte participa deste processo pelo próprio exercício do controle de constitucionalidade, sendo importante observar como os ministros, em sede de exercício de jurisdição constitucional, determinam quais são os poderes deste próprio exercício.

O exercício dessa modelagem também parte da discussão de um problema no sistema de controle, ou seja, alguma patologia que necessita ser superada. Assim é que no Caso Senado e Controle de Constitucionalidade, por exemplo, a falta de uniformidade jurisprudencial e os sequentes descumprimentos dos juízes dos entendimentos dos tribunais superiores são colocados como situações disfuncionais diagnosticadas pela corte.

É nesse sentido que os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau vão defender a limitação histórica do artigo 52, X da Constituição Federal em questão, cuja função no ordenamento constitucional estaria ultrapassada e em desacordo com uma nova visão de separação dos poderes e de controle de constitucionalidade. É como questiona Gilmar Mendes:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes - hoje inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes? ¹⁸⁶

¹⁸⁶ Recl. 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20/03/2014, p. 27.

No caso Controle Preventivo de Constitucionalidade, o problema identificado se refere à possibilidade de que uma cláusula pétrea venha a ser violada por um projeto de lei que tramitava no Congresso. Na visão de Gilmar Mendes e Dias Toffoli, o projeto de lei trazia conteúdo idêntico ao de uma lei que já havia sido declarada inconstitucional pelo STF, ou seja, vinha a enfrentar jurisprudência recém determinada, além de possuir caráter casuístico por visar atender certos alvos em específico. De certa forma, a atuação do STF em termos de controle preventivo far-se-ia necessária, extrapolando o usual da corte de atuar apenas em controle repressivo de constitucionalidade¹⁸⁷.

Destaca-se ainda como Gilmar Mendes e Dias Toffoli entendem o efeito da decisão passada sobre o conteúdo do projeto de lei em questão. Nas palavras de Gilmar Mendes:

Só para deixar claro. Neste caso específico, o que houve foi uma interpretação conforme à Constituição – neste caso da ADI nº 4.430. Portanto, a decisão, obviamente, vincula o legislador, gostemos ou não. Quer dizer, a interpretação será constitucional na medida em que aplicada dessa forma. O que está a ocorrer – e chamo a atenção do Ministro Dias Toffoli, com propriedade, e falo com autoridade de quem tem acompanhado essa questão do efeito vinculante desde a Emenda nº 3, que diz claramente isso. Agora, o que estamos a falar é de coisa julgada. A eficácia erga omnes já fixa esse sentido¹⁸⁸.

Dessa forma, o que se coloca em ambos os casos citados é a possibilidade de o STF adaptar a modelagem sobre controle de constitucionalidade a fim de resolver algumas problemáticas identificadas

¹⁸⁷ É como argumenta o ministro Gilmar Mendes, ao tentar demonstrar que o projeto de lei em questão feria cláusula pétrea da Constituição Federal: "Ante a evidente necessidade de se garantir a segurança jurídica em matéria concernente ao processo democrático-eleitoral e de proteção institucional dos direitos políticos e, nesse sentido, também da institucionalidade dos partidos, o presente exame deve atentar para a centralidade dos partidos no modelo de participação política nacional e, assim, garantir que os atores políticos interessados possam contar com regras justas, isonômicas e previsíveis, de modo a preservar o direito fundamental de livre e leal concorrência democrática, cláusula pétrea da ordem constitucional positivada em 1988". (STF: Ag. Rg. no MS 32.033, Rel. originária Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ acórdão Teori Zavascki, j. 20/06/2013, p. 78).

¹⁸⁸ Ibid., p. 164.

no atual sistema. Nota-se, assim, a argumentação dos ministros para justificar um exercício de modelagem que estenda, através da jurisdição constitucional, o próprio poder de jurisdição constitucional da corte.

Todavia, em ambos os casos a maioria dos ministros identificou claras limitações a esse Papel Modelador da corte. No Caso Senado e Controle de Constitucionalidade, embora os demais ministros concordem com o diagnóstico problemático da falta de uniformização jurisprudencial e reiterem a desobediência dos juízes com os entendimentos dos tribunais superiores, não pode a corte querer ultrapassar o texto literal da Constituição com o simples intuito de remodelar o sistema de controle de constitucionalidade¹⁸⁹. Além disso, tal modificação não necessariamente acabaria com a cultura jurídica de desobediência dos juízes.

Os demais ministros sugerem, assim, a existência de outros mecanismos já modelados pela corte e pelo Legislativo para resolver as problemáticas em questão: o habeas corpus, a edição de súmula vinculante e o instituto da repercussão geral¹⁹⁰.

Além disso, uma modificação tão brusca que enfrentasse o texto literal da Constituição, bem como retirasse uma competência de um órgão do Legislativo (no caso, o Senado), consistiria numa afronta clara à separação dos poderes, levando a um fortalecimento excessivo do STF através de decisões da própria corte em detrimento das demais instituições¹⁹¹.

¹⁸⁹ Exemplo deste argumento aparece no voto de Joaquim Barbosa: "Reforça minha convicção a circunstância, revelada pelo próprio relator, de que o STF não depende mais do Senado para atribuir efeito erga omnes às declarações de inconstitucionalidade no controle difuso. Isso justamente porque, se o STF entender, com base na gravidade da questão constitucional, que a decisão deverá ter aplicação geral, deverá editar súmula vinculante a respeito". (STF: Recl. 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20/03/2014, p. 99)

¹⁹⁰ Sepúlveda Pertence, respondendo os argumentos de Gilmar Mendes, afirma: "Eu só me oponho a essa ruptura pela ruptura, Ministro Gilmar Mendes. Vossa Excelência sabe muito bem que comungo de quase todas as premissas de seu voto. Mas não vejo a necessidade dessa ruptura, sobretudo hoje, quando ela é desnecessária".(Ibid., p. 104).

¹⁹¹ Como demonstra o ministro Ricardo Lewandowski: "Tal interpretação, contudo, a meu ver, levaria a um significativo aviltamento da tradicional competência daquela Casa Legislativa no tocante ao controle de constitucionalidade, reduzindo o seu papel a mero órgão de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal nesse campo. (...) A exegese proposta, segundo entendo, vulneraria o próprio sistema de separação de poderes (...)." (Ibid., p. 120).

A separação dos poderes aparece também no Caso Controle Preventivo de Constitucionalidade, aqui como cerne da argumentação de se modelar o controle preventivo da forma defendida por Gilmar Mendes e Dias Toffoli, que praticamente estendiam os efeitos do controle abstrato também ao Legislativo¹⁹². Tal interferência, na visão majoritária da corte, representaria verdadeiro empecilho ao direito e dever do Congresso de debater suas pautas e de deliberar, violando sua autonomia e, conseqüentemente, a separação dos poderes. O argumento aparece muito bem representado no voto do ministro Marco Aurélio:

Então, por tudo e para prevalência da independência e harmonia entre os poderes, para o fortalecimento da Democracia com o “d” maiúsculo, que o Supremo, na postura de Supremo, de guarda maior da amada Constituição Federal, reserve-se para atuar, se for o caso, no controle repressivo de constitucionalidade, encerrado o devido processo legislativo, que tem como atores não juizes, mas os representantes do povo brasileiro – os Deputados Federais – e os dos Estados – os Senadores da República – e a Chefe do Executivo Nacional – a Presidenta Dilma Rousseff¹⁹³.

O Caso Criação de Partidos traz também uma interessante correlação entre separação dos poderes e o sistema de controle de constitucionalidade. De maneira geral, os ministros parecem concordar com a ideia de que uma deliberação feita pelo Legislativo e derrubada pelo STF pode vir a ser novamente colocada em pauta pelo Congresso, e a corte julgar de forma distinta. Isso por que a decisão do STF não representa uma última palavra definitiva, mas apenas uma jogada nesse processo deliberativo interinstitucional. Assim, caso o Legislador traga novos argumentos para sua deliberação, ou a traga em emenda constitucional (desde que não fira cláusula pétrea), ou mesmo haja modificações significativas na realidade

¹⁹² Interessante notar como no Caso Criação de Partidos, ambos os ministros apresentam uma conotação completamente distinta na argumentação, abrindo a possibilidade para que o Legislativo enfrente sim a decisão da corte numa perspectiva de desenvolver um diálogo institucional.

¹⁹³ STF: Ag. Rg. no MS 32.033, Rel. originária Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ acórdão Teori Zavascki, j. 20/06/2013, p. 249.

fática ou normativa, o entendimento da corte pode se modificar e a deliberação ser declarada constitucional¹⁹⁴.

Interessante perceber que mesmo esse entendimento pode ser considerado como uma importante modelagem da corte acerca do controle de constitucionalidade, visto que expressa certa relativização deste controle frente à possibilidade de o Poder Legislativo superá-lo, tal como visto no voto do ministro Luiz Fux. Assim, a separação dos poderes, vista sob um paradigma mais dinâmico e flexível¹⁹⁵, é novamente abordada como um limite ao exercício da jurisdição constitucional, relativizando seus efeitos em futuras deliberações. A interferência modeladora da corte nessa situação, ao contrário das demais discussões acima colocadas, vem para diminuir a extensão interventiva do STF.

Nota-se, dessa forma, a preocupação majoritária dos ministros em impedir grandes remodelagens no sistema de controle de constitucionalidade, tomando o cuidado para não se enfrentar o texto literal ou causar grave constrangimento no Legislativo. Vale, todavia, ressaltar que esta abordagem fica restrita aos dois casos estudados nesta parte do trabalho, o que não significa necessariamente que o STF tenda a uma posição menos interventiva nessa temática¹⁹⁶.

¹⁹⁴ O voto de Luiz Fux aborda essa possibilidade, ainda que o ministro tenha votado pela manutenção da jurisprudência da corte: "À luz dessas premissas, forçoso reconhecer que, prima facie, o legislador pode, por emenda constitucional ou lei ordinária, superar a jurisprudência, reclamando, a depender do instrumento normativo que veicular a reversão, posturas distintas do Supremo Tribunal Federal". (STF: ADI 5.105, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01/10/2015, p. 30).

¹⁹⁵ Tal como apresentado na Ementa do Caso Criação de Partidos: "O princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes players contribua, com suas capacidades específicas, no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional e no aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República". (STF: ADI 5.105, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01/10/2015, p. 2-3).

¹⁹⁶ Inclusive a temática de como o STF atua em casos ligados à modelagem do sistema de controle de constitucionalidade regulamentado pelo Legislativo é uma interessante questão para futuras pesquisas. O tema se tornou ainda mais controvertido com o surgimento de mecanismos de uniformização da jurisprudência, como a súmula vinculante e a repercussão geral.

5.4. Conclusões gerais do Poder Modelador:

O Papel Moderador, com base nas análises que foram feitas, revela-se um instrumento essencial na atuação do STF, que participa ativamente da modelagem dos institutos jurídicos e das instituições nesse processo deliberativo interinstitucional. A corte, dessa maneira, altera decisões tomadas pelo Poder Legislativo, acrescentando, retirando ou modificando elementos jurídicos que acabam interferindo no funcionamento de todo um sistema, isto é, um campo jurídico. Trata-se, na verdade, do papel central para todos os casos paradigmáticos relativos à organização e funcionamento do Poder Legislativo analisados.

De forma geral, a atuação modeladora nos casos analisados por este trabalho revela uma preocupação da corte em modelar os institutos e instituições a fim de garantir o que ela entende ser o bom funcionamento do Legislativo, isto é, aperfeiçoar o sistema de eleição e funcionamento parlamentar de acordo com os ideais da representatividade¹⁹⁷ e igualdade política entre os distintos agentes (candidatos, parlamentares e partidos políticos, por exemplo). Tais ideias aparecem de forma relacionada a uma visão de democracia concebida a partir da defesa do pluralismo político, ou seja, da defesa de que distintos agentes tenham iguais chances de participar do “jogo democrático”, disputar eleitores, ideias e atuar nas deliberações parlamentares. Assim é que a interferência modeladora da corte se dá tanto nos mecanismos de eleição e representação, quanto nos relativos aos procedimentos e funcionamento interno do Legislativo. É nesse sentido que inclusive muitas vezes a atuação da corte é justificada com a necessidade de se proteger minorias parlamentares de ações promovidas pela maioria dentro dos trâmites do próprio Legislativo, ou mesmo de promover o equilíbrio institucional através do incentivo ao fortalecimento do próprio Congresso.

Já, contudo, nos casos de modelagem do sistema de controle de constitucionalidade, a atuação da corte se viu de forma mais contida,

¹⁹⁷ Sempre válido ressaltar que compreender o que o STF necessariamente entende por termos vagos como “representatividade” não é o foco deste trabalho, podendo vir a ser objeto de futuras pesquisas.

combatendo às propostas mais interferentes trazidas, como a possibilidade de maior controle preventivo de constitucionalidade, e o efeito erga omnes imediato de declaração de inconstitucionalidade em controle concreto pelo STF.

Em termos de limites de atuação, é possível também perceber algumas características comuns aos casos analisados. Primeiramente, nota-se que o Papel Modelador surge como decorrência do diagnóstico de alguma patologia nos sistemas normativos, isto é, alguma disfuncionalidade que necessita ser corrigida para se evitar ou ao menos conter certos efeitos que atingem normas constitucionais. Todavia, a realização desse diagnóstico nem sempre é objetiva, dependendo muito da subjetividade dos ministros que podem identificar problemas distintos, ou divergir quanto a suas causas. Além disso, também qual remodelagem deve ser feita para solucionar problema apresenta grande variação, o que dificulta a colocação de parâmetros mais objetivos de delimitação da atuação da corte.

Ademais, importante convergência entre os casos é o do uso da separação dos poderes como um limite a atuação da corte. De fato, o papel aqui analisado depende de interferência da corte, alterando as deliberações do Poder Legislativo e, mais ainda, alterando deliberações do Poder Legislativo relativas ao seu próprio funcionamento e organização. Esta situação expõe a alta tensão institucional presente na análise deste papel, justificando o porquê da separação dos poderes aparecer tantas vezes como um limite às interferências da corte.

Para enfrentar este argumento, utiliza-se comumente uma interpretação mais dinâmica da separação dos poderes, fugindo do rigor clássico que buscava delimitar objetivamente as funções e competências de cada Poder. Esta nova concepção gira basicamente em torno da questão do diálogo institucional, que compreende as deliberações do Estado como fruto de várias deliberações de todos os Poderes numa sequência de rodadas procedimentais, em que a decisão da corte resultaria apenas em uma "última palavra provisória", não impedindo que esta venha a ser futuramente modificada por outro Poder. Assim, as remodelagens dadas

pelo STF fariam parte deste processo, que neste trabalho estou chamado de processo de deliberação interinstitucional, e não significam necessariamente uma interferência da corte nas funções do Poder Legislativo, visto que esta divisão de funções se relativizou, bem como a noção de que o STF detém o monopólio da interpretação da Constituição. No lugar deste monopólio, as ideias de “sociedade aberta de intérpretes” e democratização da interpretação constitucional surgem como novos parâmetros que norteiam o Papel Modelador da corte.

6. Papel Contramajoritário: Caso Criação de Partidos, Caso Ficha Limpa, Caso Controle Preventivo de Constitucionalidade, Caso Financiamento de Campanha, e Caso Veto Presidencial

A ideia de a jurisdição constitucional ocupar uma função de contenção às maiorias é clássica na doutrina da revisão judicial e de cortes constitucionais¹⁹⁸. O tema em trabalhos empíricos também já recebeu atenção, possuindo inclusive abordagens recentes em estudos realizados no âmbito da Sociedade Brasileira de Direito Público. Em sua monografia, Pedro Gonçalo de Souza destaca, a partir do estudo dos seus casos – sendo estes casos paradigmáticos relacionados aos direitos fundamentais de 1º geração -, o que o Papel Contramajoritário representa nessas situações:

A ideia aqui é de que o STF teria um papel especial na proteção dos direitos fundamentais das minorias políticas frente a opressão da maioria. Essa concepção não me parece excludente ao papel de guardião da Constituição. Conforme ficará claro nessa seção, muitas das menções também trazem, a ideia de proteção da Constituição ou dos direitos fundamentais¹⁹⁹.

¹⁹⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 62-77.

¹⁹⁹ SOUZA, Pedro G. V. A. Um guardião (quase) Silencioso: uma análise do papel que o STF julga ter na separação de poderes a partir de algumas decisões sobre direitos fundamentais. Monografia da Escola de Formação da SBDP de 2015. P. 42-43. Disponível em: http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=277. Acesso em: 14 set. 2016.

De maneira geral, o Papel Contramajoritário abrange uma perspectiva de análise essencial na compreensão das atuações do STF, visto se tratar da contenção direta de deliberações majoritárias em prol da proteção de minorias, sejam elas apenas numéricas no campo parlamentar ou histórico-sociológicas²⁰⁰. Trata-se, assim, de um papel que envolve grande tensão, não apenas institucional (no sentido do STF interferir nas deliberações do Poder Legislativo), mas também no próprio campo de determinação das características inerentes à democracia constitucional brasileira.

Procurou nesta categoria analisar justamente como os ministros do STF interpretam os conceitos e as relações de "maioria" e "minorias", ou seja, intento abarcar tanto os argumentos direcionados a uma contenção do Poder Legislativo na proteção de "minorias", bem como os argumentos que, pelo contrário, reafirmam uma deliberação por esta possuir um "caráter majoritário". Faço tal contraposição por entender que a descrição e delimitação do Papel Contramajoritário depende da compreensão de ambas as facetas desta função, isto é, a dicotomia entre "maioria" e "minorias".

De forma geral, como já foi abordado anteriormente, o Papel Contramajoritário aparece muito interligado à função modeladora da corte. Nessa relação, a corte atua modelando os institutos e instituições jurídicas a partir de um ideal de promoção da igualdade e pluralismo político, permitindo aos distintos agentes iguais condições para disputar as eleições e suas ideias políticas. Tais parâmetros serviriam, assim, para evitar a formação de verdadeiros "monopólios políticos", isto é, para evitar que maiorias políticas se estabeleçam definitivamente no poder e passem a bloquear a participação equânime de outros agentes, excluindo e prejudicando as minorias de suas possibilidades de disputar o eleitorado e as instituições. A questão não é impedir que as maiorias se formem e passem a governar de acordo com os seus ideais – visto ser esta, inclusive,

²⁰⁰ Utilizo a expressão "minorias numéricas" para me referir às minorias parlamentares formadas no Congresso; e "minorias histórico-sociológicas" para me referir aos grupos historicamente desfavorecidos, tais como os homossexuais, as mulheres e os negros na história brasileira.

o cerne do próprio exercício democrático no Legislativo²⁰¹ -, mas impedir que as maiorias formadas se utilizem dessa condição para prejudicar os demais agentes no exercício de seus direitos, e engessar o estatuto majoritário daquelas.

É este o argumento trazido pelo ministro Luís Roberto Barroso, no Caso Criação de Partidos, quando vota pela inconstitucionalidade da lei em questão:

Por último, vale acrescentar que a natureza das regras em jogo reforça a legitimidade da interpretação e do controle exercidos pelo STF. Isso porque as regras político-eleitorais são especialmente suscetíveis a manipulações particularistas pelos ocupantes de cargos eletivos. Mudar essas regras é, infelizmente, um dos artifícios mais comuns que as maiorias utilizam para se perpetuarem no poder. Cabe, assim, ao Judiciário o papel institucional de defesa das minorias políticas e, com isso, da preservação da ordem democrática. E é isto o que foi feito nas ADIs 4430 e 4795 e, agora, se repete²⁰².

No caso Financiamento de Campanha, é o ministro Luiz Fux quem aborda a preocupação contramajoritária da corte em impedir que as maiorias tomem deliberações que inviabilizem os canais de participação das minorias. No caso em específico, o financiamento de campanha por grandes empresas tornaria as minorias mais frágeis e afastadas da disputa política, visto que não conseguiriam participar de maneira isonômica dos embates eleitorais²⁰³. Nesse sentido, seria função do STF atuar no caso para

²⁰¹ Tendo como base a soberania popular, a isonomia e o sistema representativo, as deliberações no Legislativo ocorrem como base na "regra da maioria", ou seja, vence a proposta que consiga atrair maior quantidade de votos.

²⁰² STF: ADI 5.105, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01/10/2015, p. 112.

²⁰³ Luiz Fux cita em seu voto trecho da obra de teoria constitucional *Democracy and Distrust*, de Jhon Hart Ely: "O mau funcionamento ocorre quando o processo não merece confiança, quando (1) os de dentro estão bloqueando os canais de mudança política de modo a assegurar que continuarão no poder e que os de fora continuarão alijados, ou (2) quando, embora ninguém seja, a rigor, excluído do processo, os representantes vinculados às maiorias estejam sistematicamente prejudicando alguma minoria por conta de simples hostilidade ou recusa preconceituosa do reconhecimento de interesses comuns, e, assim, negam àquela minoria a mesma proteção assegurada a outros grupos pelo sistema representativo." (STF: ADI 4.650/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/09/2015, p. 36).

“proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias”²⁰⁴.

Também no Caso Veto Presidencial, o argumento da “minoría parlamentar” aparece adjunto ao argumento do exercício contramajoritário do STF. A corte, no caso, deveria agir na garantia das regras democráticas em detrimento de práticas costumeiras do Congresso que violam a Constituição e, por consequência, que atingem a previsibilidade e segurança de atuação pelas minorias, na perspectiva dos ministros. Esta, embora tenha sido a visão minoritária da corte, aparece, por exemplo, também no voto do ministro Luiz Fux:

Agora, vejam como o detalhe é importante: o mandado de segurança vem instrumentalizado por meio de uma peça veiculada por uma minoría parlamentar. Ora, o Regimento Interno das Casas serve também para que as minorias parlamentares tenham previsibilidade e segurança daquilo que elas vão votar. E mais importante que isso, no meu modo de ver, elas são regras do jogo democrático²⁰⁵.

Entretanto, esta diferenciação nem sempre se faz clara e depende, muitas vezes, de um diagnóstico dos ministros sobre qual é a situação política em análise, isto é, depende da interpretação dos ministros da conjuntura política debatida para se afirmar que o caso é de mera formação de maioria no exercício das deliberações competentes ao Legislativo (que, enfatiza-se, rege-se pela regra da maioria), ou se esta maioria se aproveita de sua condição para impor medidas que impeçam futuras alternâncias e fechem canais de acesso ao poder.

Esta situação acaba fazendo os ministros, ao menos em seus discursos argumentativos, ter certa cautela na defesa do Papel Contramajoritário, dado justamente seu caráter de contenção de uma decisão tomada pela maioria. O ministro Barroso demonstra esse cuidado em seu voto no Caso Financiamento de Campanha, quando descreve os

²⁰⁴ Ibid., p. 35.

²⁰⁵ STF: Ag. Rg. no MS 31.816/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27/02/2013, p. 25.

papéis que uma Corte Constitucional deve ter no exercício de sua jurisdição contramajoritária, em que os ministros:

(...) só podem fazer isso, legitimamente, em nome da Constituição. Essa competência é uma competência que se exerce com grande parcimônia, exatamente porque ela é contra a vontade da maioria²⁰⁶.

Outra questão interessante que é possível inferir da argumentação dos ministros é como, nos casos aqui analisados – ou seja, relacionados ao funcionamento do poder legislativo -, os critérios de maioria e minoria são definidos a partir de parâmetros numéricos no exercício parlamentar dos partidos, isto é, de parâmetros que levem em conta quantos parlamentares determinado partido político possui. A questão de representatividade política, observada por uma perspectiva sociológica de compreender grupos historicamente favorecidos ou prejudicados, tal como se apresenta nos casos analisados por Pedro Gonçalo de Souza, acaba não sendo abordado nesse contexto. Tal fato pode se dar em virtude justamente da temática dos casos selecionados, isto é, casos que tratem da organização e funcionamento do Poder Legislativo tendem a tratar do Papel Contramajoritário nas perspectivas do exercício parlamentar dos partidos, e não das situações de desigualdades historicamente construídas, ou ainda de situações que concernem à autonomia privada dos indivíduos, como são os casos, por exemplo, dos julgamentos da corte referente à união estável de casal homoafetivo (ADPF 132), do direito de protesto – Marcha da Maconha (ADPF 187), das pesquisas com células-troncos (ADI 3510), e do aborto de anencéfalos (ADPF 54)²⁰⁷.

Estes dois pontos, ou seja, a dificuldade de se diferenciar uma movimentação perniciosa da maioria de uma simples deliberação majoritária, e a concepção de “maioria” e “minoria” enquanto ideal de

²⁰⁶ STF: Ag. Rg. no MS 31.816/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27/02/2013, p. 130.

²⁰⁷ Trata-se de exemplos de casos em que foi identificado o exercício do Papel Contramajoritário no trabalho de Pedro Gonçalo de Souza. (SOUZA, Pedro G. V. A. Um guardião (quase) Silencioso: uma análise do papel que o STF julga ter na separação de poderes a partir de algumas decisões sobre direitos fundamentais. Monografia da Escola de Formação da SBDP de 2015. P. 42-44. Disponível em: http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=277. Acesso em: 14 set. 2016.

presença política no Congresso pelos grupos e partidos políticos são, de certa forma, determinantes sobre necessidade de uma interferência contramajoritária do STF. Gilmar Mendes, por exemplo, no Caso Financiamento de Campanha, infere:

Quanto ao argumento de maioria e minoria, isso tem que ser visto no devido contexto, inclusive, no de que se discute. Penso ter demonstrado ontem que a decisão que estávamos tomando atendia a um pleito da maioria instalada, não de minorias que tinham dificuldade. Então, é um outro debate. Uma coisa é trazer o debate, que é clássico, da função contramajoritária no que diz respeito a direitos fundamentais, quando se trata de proteger presos, de proteger homossexuais; outra, é se envolver na luta política e tentar algar uma das forças. Essa é a questão delicada. Então, o argumento contramajoritário, data venia, não é adequado a esse tipo de questão²⁰⁸.

Entretanto, o próprio Gilmar Mendes apresentou a perspectiva contrária a esta no Caso Controle Preventivo de Constitucionalidade, em que afirmou que a atuação do STF deveria garantir que as minorias tenham a oportunidade de se tornarem maioria futuramente, sendo este um dos cerne de legitimação do regime democrático²⁰⁹. Assim, deveria a corte intervir nas deliberações do Legislativo que casuisticamente ferissem esse direito político, visto se tratar inclusive de um direito fundamental²¹⁰. A própria jurisprudência do STF seria de dar proteção às minorias

²⁰⁸ STF: ADI 4.650/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/09/2015, p. 286.

²⁰⁹ "Essas colocações permitem entrever que em uma concepção majoritária de democracia, as regras que regem o processo democrático-eleitoral devem ser previsíveis e justas, de modo a viabilizar que a minoria de hoje possa transformar-se em maioria no dia seguinte. Sem isso, minam-se as próprias condições de legitimidade do regime democrático."

²¹⁰ "O catálogo de direitos fundamentais não está à disposição; ao contrário, cabe à Corte Constitucional fazer o trabalho diuturno, exatamente porque ela não julga cada caso individualmente, mas, quando julga o caso, ela o faz na perspectiva de estar definindo temas. Cabe à Corte fazer, diuturnamente, a pedagogia dos direitos fundamentais, contribuindo para um processo civilizatório mais elevado". (STF: Ag. Rg. no MS 32.033, Rel. originária Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ acórdão Teori Zavascki, j. 20/06/2013, p. 131).

parlamentares²¹¹, sendo este exercício da jurisdição constitucional compatível com o próprio sistema democrático²¹².

Observa-se aqui como a própria delimitação da função contramajoritária do STF se faz confusa mediante a dificuldade de se delimitar em que casos haveria uma situação danosa de exercício majoritário frente a uma minoria. Mesmo o critério de “violação de direitos fundamentais” não aparenta ser um parâmetro objeto para tal interferência, visto que a própria noção de “direitos fundamentais” sofre variações de entendimento entre os julgadores.

O debate acerca das definições destes conceitos aparece ainda no Caso Ficha Limpa, em que novamente Gilmar Mendes faz uma extensiva defesa da função contramajoritária da corte diante de possíveis violações de direitos fundamentais. A situação deste caso é um pouco distinta, visto se tratar de um suposto desrespeito pela lei a direitos individuais de primeira geração do parlamentar, isto é, o direito à presunção de inocência e ao devido processo legal. Porém, também nesse caso os conceitos de “maioria” e “minorias” seguem atrelados a uma perspectiva de exercício parlamentar, dado que a situação atinge diretamente as relações de mandato político²¹³.

A relativização destes conceitos é, nesse sentido, apontada por Joaquim Barbosa no Caso Controle Preventivo de Constitucionalidade, em que o ministro argumenta sobre o risco que a utilização do argumento de um Papel Contramajoritário representa para o próprio funcionamento majoritário do Legislativo:

O diagnóstico, precipitado, de que a proposta legislativa impugnada revelaria a preponderância iníqua da maioria

²¹¹ “É preciso ressaltar que a questão da proteção das minorias políticas é constantemente revisitada nos debates desta Corte. É o que se colhe, por exemplo, da firme jurisprudência desta Corte quanto ao direito de oposição das minorias parlamentares para a instalação de CPIs.” (Ibid., p. 74).

²¹² “Essa colocação tem a virtude de ressaltar que a jurisdição constitucional não se mostra incompatível com um sistema democrático que imponha limites aos ímpetos da maioria e discipline o exercício da vontade majoritária. Ao revés, esse órgão de controle cumpre uma função importante no sentido de reforçar as condições normativas da democracia e atenuar a possibilidade de conflitos básicos que afetem o próprio sistema”. (Ibid., p. 107).

²¹³ Ou seja, novamente a ideia de “maioria” e “minorias” envolvidas na representação parlamentar dos grupos e partidos políticos, e não uma concepção de “minorias sociais” como já foi abordado neste trabalho.

sobre a minoria exige, como sempre, uma distinção prévia. De que minorias estamos tratando? É possível falar, em nosso regime, da existência de minorias parlamentares? Será que a nossa prática parlamentar admite o rótulo, aplicável a várias outras democracias, de uma disputa clara e transparente entre maioria e minoria plenamente identificáveis, tais como faz crer o impetrante?²¹⁴

O Caso Ficha Limpa, nas discussões acerca de maioria e minoria, possui ainda uma particularidade, que se refere à ênfase que todos os ministros que votam pela constitucionalidade da lei fazem em relação ao apego popular e a unanimidade no Congresso por sua aprovação. Nesse sentido, o anseio da população pela promoção da moralidade na administração pública acaba, mesmo que em obter dictum, tornando-se um ponto central na argumentação dos ministros, que buscam demonstrar justamente o caráter altamente majoritário que a deliberação legislativa possuiu, o que aumentaria o cuidado da corte em interferir de forma contramajoritária. O caso é particular ainda por se referir a um conceito de maioria que não se encontra apenas contido no âmbito parlamentar, mas que extrapola por toda sociedade civil, representada na ideia de que a proposta surgiu, na verdade, de demandas e projetos de iniciativa popular²¹⁵.

Tal situação reforça, assim, a ideia de relatividade dos conceitos de “minoria” e “maioria” nas argumentações utilizadas pelos ministros, demonstrando a dificuldade que se tem de delimitar parâmetros objetivos ou ao menos mais exatos para a atuação contramajoritária da corte.

Além disso, outros limites ao exercício do Papel Contramajoritário são aqueles ligados à função modeladora da corte, visto que, como já abordado, a contenção das deliberações majoritárias é complementada com a

²¹⁴ STF: Ag. Rg. no MS 32.033, Rel. originária Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ acórdão Teori Zavascki, j. 20/06/2013, p. 302.

²¹⁵ Este fato pode levar a indagação acerca da legitimidade do STF em ratificar uma decisão, partindo de argumentos majoritários retirados de uma análise de conjuntura, ou seja, de uma percepção do contexto social do país. Um interessante debate poderia ser, nesse sentido, se esta percepção é suficiente para se afirmar uma ideia majoritária e utilizá-la como argumento de uma decisão judicial.

modelação de algum instituto ou instituição jurídica, nos termos em que este papel foi descrito no Capítulo 5. Assim, critérios de separação dos poderes, por exemplo, seria também um limite a interferência contramajoritária. De fato, a própria separação dos poderes já aparece embutida na difícil rotulação do que venha a ser “maioria” e “minoría” a serem tuteladas, visto que uma concepção errônea destes conceitos pode levar a uma atuação exagerada do STF, isto é, uma atuação que interferiria nas deliberações majoritárias do Poder Legislativo, desconsiderando que este é o modo de funcionamento do Congresso.

7. Papel Modulador: Caso Contrabando Legislativo, Caso Chico Mendes, Caso Veto Presidencial, e Caso Número de Deputados

A interferência da suprema corte brasileira no exercício da jurisdição constitucional se dá basicamente mediante a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma, seja de forma incidental ou abstrata²¹⁶. Contudo, a complexidade de tal interferência, tendo como base que as normas dialogam diretamente entre si e com a realidade fática em distintas perspectivas²¹⁷, torna a mera declaração de inconstitucionalidade insuficiente para se alcançar os efeitos desejados pela corte, tendo em vista seus tradicionais efeitos de nulidade, tal como adotado em nosso sistema de controle de constitucionalidade²¹⁸.

Nesse sentido é que a Lei nº 9868/99 trouxe em seu artigo 27 a possibilidade de o STF modular os efeitos de sua decisão, ou seja, adaptar a

²¹⁶ Ver mais em: MENDES, Gilmar. Novos Aspectos do Controle de Constitucionalidade Brasileiro, *Revista de Direito Público*, n. 27, Maio-Jun/2009, p. 7-45.

²¹⁷ Refiro-me aqui aos distintos efeitos que uma norma possui em outras normas, bem como em distintos fatos, seja os já ocorridos, seja os que ocorrem momentaneamente, sejam os que vão ocorrer e podem se modificar de acordo com o regramento dado pela norma em questão.

²¹⁸ Em trabalho no âmbito da SBDP, Mariane Cereja Braz, cujo tema de pesquisa foi justamente a modulação de efeitos no STF, descreve com clareza a situação: “Contudo, apesar dessa consolidada orientação acerca da nulidade da lei inconstitucional no direito brasileiro, verificou-se que, em muitas ocasiões, a pronúncia de nulidade era insuficiente para superar as situações de inconstitucionalidade, visto que a cassação de todos os efeitos da lei traria consequências sociais e jurídicas desastrosas, com isso ofendendo a Constituição em maior grau do que a não-pronúncia da nulidade da lei” (BRAZ, Mariane Cereja. O STF e a modulação temporal dos efeitos no controle de constitucionalidade abstrato e concentrado. Monografia da Escola de Formação da SBDP de 2012. P. 6. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=211. Acesso em: 29 out. 2016).

extensão destes efeitos, a fim de proteger a segurança jurídica ou o interesse social²¹⁹. Tal possibilidade representa verdadeiro marco na jurisdição constitucional brasileira, visto que possibilita o exercício de uma nova função pela corte. Esta, assim, passa a possuir, na visão da maioria dos ministros – tal como será explorado nesta parte do trabalho – dever²²⁰ de adaptar suas decisões a fim de otimizar os efeitos pretendidos com elas, de tal forma a evitar a ocorrência de efeitos indesejáveis que possam abalar outras normas constitucionais, gerando insegurança jurídica ou consequências fáticas prejudiciais à sociedade e ao funcionamento das instituições.

Considero neste trabalho tal capacidade de modular as decisões uma categoria de análise autônoma, ou seja, um papel da corte, dado o interesse de se analisar essa perspectiva de atuação do STF que, como se observa na argumentação dos ministros, olha diretamente para os efeitos das decisões na realidade fática e atua num processo deliberativo independente²²¹ para adaptá-los²²². Trata-se, assim, de um exercício de

²¹⁹ “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

²²⁰ A existência desse dever é tema de muita discussão, que não intento adentrar. Flávio Beicker Barbosa de Oliveira, também no âmbito da SBDP, discute com maior profundidade, a partir da posição dos ministros do STF em alguns casos, se a modulação de efeitos seria realmente um dever constitucional da corte, ou instrumento para sua atuação estratégica (OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa de. O Supremo Tribunal Federal e a dimensão temporal de suas decisões: a modulação de efeitos em vista do princípio da nulidade dos atos normativos inconstitucionais, Monografia da Escola de Formação da SBDP de 2008. Disponível em: http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=113. Acesso em: 29 out. 2016).

Contudo, com base nos casos observados nesta minha pesquisa, considero que a compreensão majoritária é de que se trata de um dever da corte, visto ser esta perspectiva de função do STF a apresentada pelos ministros que defenderam a modulação dos efeitos nestes casos.

²²¹ Como se pode notar na lei, a modulação depende da aprovação de 2/3 dos ministros. Sendo assim, esta deliberação se distingue da própria deliberação sobre a constitucionalidade ou não da norma em discussão. Daí o “processo independente de deliberação” pelo qual passa a modulação.

²²² Nesse sentido, válido destacar novamente a monografia de Flávio Beicker Barbosa de Oliveira, que destaca a centralidade do estudo das modulações de efeitos na compreensão das funções do STF: “A relevância de averiguar os possíveis efeitos das decisões do STF em controle de constitucionalidade significa determinar, em última análise, qual a real extensão de seu poder decisório, no desempenho da função que lhe é atribuída de guardião da constituição”. (OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa de. O Supremo Tribunal Federal e a dimensão temporal de suas decisões: a modulação de efeitos em vista do princípio da nulidade dos atos normativos inconstitucionais, Monografia da Escola de Formação da SBDP

certa maneira autônomo, que observa características particulares para ser feito, possui um *modus operandi* próprio e que, portanto, pode ser compreendido também como uma função da corte. Importante ressaltar, porém, que com “exercício autônomo” não quero dizer um exercício independente dos outros papéis, visto que, como será melhor abordado posteriormente, também o Papel Modulador é interligado e complementar ao exercício dos outros papéis. Refiro-me apenas ao fato de que é possível identificar neste exercício modulador um momento próprio em que ele ocorre e, assim, estudar suas características próprias.

A análise dos casos selecionados pela pesquisa permite verificar que, a valer, o Papel Modulador aparece nas argumentações ligado à ideia de contenção de possíveis efeitos indesejáveis que advenham com uma decisão da corte. Dias Toffoli, no Caso Contrabando Legislativo, ao defender a improcedência da ação, relembra que o STF já tomou decisões cujos efeitos escaparam da previsão e do controle da corte²²³. Em seu voto, o ministro cita o exemplo do Caso Chico Mendes, também estudado neste trabalho.

A insegurança jurídica, de forma geral, está relacionada a atos jurídicos passados que já foram tomados com base na norma que é declarada inconstitucional pela corte. Dado o efeito de nulidade adotado em nosso sistema de controle, tais normas e todos os efeitos já gerados poderiam ser questionados, ocasionando um excesso de demandas no Judiciário e mesmo a imprevisibilidade de qual a solução a se adotar, quais os efeitos que continuam válidos e como as situações regidas por estas normas ficam diante de tal situação. É o que ocorre, por exemplo, nos casos Contrabando Legislativo, Chico Mendes e Número de Deputados.

Em todos esses casos, houve a identificação de alguma inconstitucionalidade nos processos de deliberação do Legislativo, seja em

de 2008. P. 5. Disponível em: http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=113. Acesso em: 29 out. 2016).

²²³ “Também já vimos casos julgados por esta Corte surtirem efeitos inesperados no mundo do ser, que ultrapassaram os limites objetivos da decisão, com fundamento em tese firmada”. (STF: ADI 5.127/DF, Rel. originária Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 15/10/2015, p. 78).

algum regramento legislado (como a Resolução 01/2002 no Caso Chico Mendes, e as resoluções do TSE no Caso Número de Deputados), seja em mera prática costumeira (como a prática de se emendar medidas provisórias com temáticas distintas). Todavia, este regramento, por já ter gerado diversas situações jurídicas concretizadas no passado, embora seja reconhecido como inconstitucional, acaba sendo aceito pela ordem jurídica, que passa a coibi-los apenas para casos futuros, a fim de evitar justamente essas insustentabilidades já descritas.

No Caso Chico Mendes, por exemplo, depois de questão de ordem levantada pela AGU, relatando a quantidade de leis que poderiam ser questionadas com a primeira decisão tomada pelo STF, o ministro relator Luiz Fux²²⁴ propõe uma revisão desta decisão, atentando a corte justamente para os efeitos futuros que esta geraria. Preocupação muito semelhante aparece na argumentação do ministro Barroso, no Caso Contrabando Legislativo, em que também a modulação se torna exigível diante dos casos de medidas provisórias passadas já convertidas em lei, que poderiam ser atingidas pelos efeitos de nulidade da decisão²²⁵.

Um agravante em tais casos é nosso sistema de controle difuso de constitucionalidade, que permitiria a qualquer juiz competente em todo o país de interpretar estes efeitos e normas de maneira distinta, bem como revisando as situações jurídicas já geradas, o que acentuaria ainda mais a problemática da insegurança jurídica. É como trata o ministro Dias Toffoli, também no Caso Contrabando Legislativo, ao expor sua preocupação com uma possível decisão procedente no caso, visto que esta possibilitaria que qualquer juiz revisse judicialmente as leis já convertidas²²⁶.

²²⁴“Considerando o volume quantitativo de leis aprovadas com base na prática inconstitucional de dispensar a manifestação da Comissão Mista no trâmite parlamentar das Medidas Provisórias, a atitude mais prudente, a bem do interesse público, é adotar a técnica denominada pure prospectivity”. (STF: ADI 4.029/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 08/03/2012, p. 27).

²²⁵“Mas penso, assim, como concepção preliminar, que nós temos que fazer um juízo, sim, acerca da retroatividade ou não pelo risco de estarmos comprometendo - como observou a Ministra Cármen Lúcia - uma quantidade relevante de dispositivos já aprovados.” (STF: ADI 5.127/DF, Rel. originária Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 15/10/2015, p. 49).

²²⁶“Nesse quadro, imaginem o que ocorrerá se acolhermos a tese defendida pela requerente, afirmando ser exigência decorrente da Constituição Federal a existência de

Outra questão colocada é que, tendo em vista de se tratarem de casos ligados ao funcionamento e organização do poder Legislativo, esta preocupação com a insegurança jurídica e outros efeitos indesejáveis tornam-se ainda mais relevante na pauta do STF, exigindo maior cuidado da corte em lidar com suas decisões. O risco de ocorrer uma violação à separação dos poderes, por exemplo, é um cuidado que os ministros levam para construir uma modulação que seja capaz de concretizar a declaração de inconstitucionalidade de uma norma sem, contudo, prejudicar o funcionamento interno de outro poder, no caso o Poder Legislativo. É como demonstra o Caso Chico Mendes, em que a maioria dos ministros, embora concordasse com a situação de inconstitucionalidade do caso discutido, decide proclamar tal inconstitucionalidade apenas para os casos futuros, a fim de evitar que as medidas provisórias já convertidas em lei com base no regramento anterior passassem a ser questionadas judicialmente, atropelando as deliberações já tomadas pelo Poder Legislativo. Ainda este caso demonstra a prejudicialidade que o não exercício da modulação poderia trazer para o funcionamento de outros órgãos que foram criados com base nesse regramento anterior, como é a própria situação do Instituto Chico Mendes, que poderia ter todos seus atos administrativos questionados²²⁷.

Também no Caso Veto Presidencial, o ministro Teori Zavascki aborda que a liminar do relator ministro Luiz Fux causaria efeitos caóticos no funcionamento do Poder Legislativo, que perderia seu poder de agenda ao ser obrigado a votar todos os vetos pendentes, bem como geraria insegurança quanto a todos os vetos anteriormente já votados em ordem não-temporal²²⁸. Assim, embora a discussão da decisão em análise se refira

correlação entre a matéria tratada na emenda ao projeto de lei de conversão e aquela tratada na medida provisória? Estaremos dando carta branca para que todo e qualquer magistrado possa, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, afastar a aplicabilidade da lei ao caso concreto com fundamento em inconstitucionalidade formal, por vício no processo legislativo de conversão". (Ibid., p. 73).

²²⁷ Como aborda o ministro Luiz Fux: "A proteção do meio ambiente, direito fundamental de terceira geração previsto no art. 225 da Constituição, restaria desatendida caso pudessem ser questionados os atos administrativos praticados por uma autarquia em funcionamento desde 2007". (STF: ADI 4.029/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 08/03/2012, p. 26).

²²⁸ "A procedência dessa afirmação permite concluir que uma rígida e estrita aplicação dos §§ 4º e 6º do art. 66 da Constituição, com eficácia ex tunc, não apenas imporia um futuro

apenas à cassação da liminar do ministro Fux, a maioria dos ministros defende que a provável solução a ser adotada pela corte no julgamento definitivo do mandado de segurança seja a modulação de efeitos, a fim de preservar a autonomia e segurança do funcionamento interno do próprio Legislativo, evitando uma violação à separação dos poderes²²⁹.

Há também situações em que insegurança jurídica não apenas se projeta em relação a fatos e efeitos concretizados no passado e que tornam passíveis de serem questionados, mas atinge ainda situações futuras sobre as quais não se sabe ao certo qual regulamentação será dada após a eliminação de determinada norma do ordenamento jurídico pelo STF. Trata-se, por exemplo, do Caso Número de Deputados, em que decidida a impossibilidade do TSE regulamentar o número de cadeiras por estado na Câmara dos Deputados por resolução, coloca-se em questão qual norma ou qual órgão seria responsável por exercer essa regulamentação²³⁰. No caso, a situação é agravada pela aproximação do período de um ano antes das eleições de 2014²³¹, período este sobre o qual não poderia haver mais alterações na definição do processo eleitoral²³².

caótico para a atuação do Congresso Nacional (paralisando qualquer nova deliberação, a não ser a da apreciação, por ordem de vencimento, dos vetos pendentes) como também, o que é ainda mais grave, estenderia um manto de insegurança jurídica sobre todas as deliberações tomadas pelo Congresso Nacional pelo menos nos últimos 13 – treze – anos, desde quando decorreu o prazo para deliberação do mais antigo veto ainda não apreciado, deliberações essas sujeitas a declaração de nulidade por inconstitucionalidade formal”. (STF: Ag. Rg. no MS 31.816/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27/02/2013, p. 33).

²²⁹ Teori Zavascki ilustra o argumento: “no julgamento definitivo do presente mandado de segurança, o Tribunal – tudo indica – deverá adotar orientação semelhante àquela, ou seja: inobstante venha a declarar a inconstitucionalidade da prática até agora adotada pelo Congresso Nacional no processo legislativo de apreciação de vetos, com recomendação de corrigir para o futuro, o Tribunal haverá de atribuir a essa decisão apenas eficácia ex nunc, excluindo de seu comando as deliberações já tomadas, os vetos presidenciais já apreciados e os que já tenham sido apresentados mas estejam pendentes de apreciação no Congresso Nacional.” (Ibid., p. 36).

²³⁰ Interessa notar que neste caso, a insuficiência de quórum para deliberar sobre a modulação de efeitos acabou fazendo com que os ministros abandonassem esta que era a ideia inicial. A corte, assim, buscou outros tipos de interpretação que pudessem assegurar a segurança jurídica das situações passadas sem a necessidade do uso da modulação. Estes tipos de interpretação estão melhores explicadas no capítulo referente à “Descrição dos Casos”.

²³¹ Ricardo Lewandowski endossa essa preocupação, que já havia sido levantada pelo ministro Gilmar Mendes e comentada por outros ministros que defenderam a modulação, embora esta não fosse possível pela questão do quórum: “Então, nós temos um quadro fático consolidado, cuja desconsolidação terá que ser feita via judicial, caso a caso, penso eu. Isso poderá introduzir um fator de balbúrdia, de confusão, nestas próximas eleições, jamais visto. É por isso que eu, pessoalmente, embora tenha votado no sentido da

Para resolver tais problemáticas, a discussão dos ministros sobre o papel modulador gira basicamente em torno de qual técnica interpretativa é a mais adequada ao caso em questão para que os efeitos gerados sejam o menos prejudicial possível, bem como capazes de otimizar a finalidade buscada pela corte. O desafio é muito bem colocado pelo ministro Fachin no Caso Contrabando Legislativo:

Acredito que aqui o desafio é firmar um entendimento que, prestando homenagem ao princípio da segurança jurídica, também possa, por meio de uma *ratio decidendi* fundamentada e sólida, estabelecer doravante um entendimento, e preservando-se a constitucionalidade de todas as leis, inclusive desta que estamos aqui a examinar²³³.

Ainda neste contexto, destaca-se outro ponto importante do Papel Modulador, que se refere a sua relação com os outros poderes. Em determinadas situações, a resolução de determinado problema através da função moduladora depende de um funcionamento conjunto dos poderes, isto é, depende de que os poderes sejam capazes de dialogar e observar as deliberações já tomadas pelos outros. É o que ocorre no Caso Número de Deputados, em que se discute a possibilidade do Poder Legislativo observar a decisão tomada pela corte e, percebendo a incerteza quanto à regulamentação das próximas eleições, tal como explicado no parágrafo anterior, editar uma lei que venha a resolver o problema. Assim, discute-se inclusive a possibilidade de o STF colocar um prazo para a edição desta lei, ou ainda que a resolução declarada inconstitucional continue a produzir efeitos até que o Legislativo edite nova lei. É a solução apontada, num nítido aspecto de diálogo institucional, por Luís Roberto Barroso:

inconstitucionalidade da lei, votei por uma questão de perspectiva pragmática, prática, inclusive, de consolidação das instituições democráticas e republicanas, no sentido da modulação, mas a que não haja alteração no quadro fático já consolidado nessas eleições". (STF: ADC 33/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/09/2014, p. 227).

²³² Art.16, CF: A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

²³³ STF: ADI 5.127/DF, Rel. originária Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 15/10/2015, p. 54.

Com todas as vênias, eu me absteria de fixar um prazo, porque isso nos criará um problema no futuro se eles não dispuserem a respeito. De modo que, se eles não dispuserem a respeito, vai continuar vigendo esta Resolução. Nós estamos deferindo ao Congresso que dê a última palavra. Se eles não derem, prevalece a nossa²³⁴.

Neste caso em específico, embora haja grande discordância quanto a qual solução adotar²³⁵, importante é registrar o esforço dos ministros em construírem a decisão a partir de uma técnica interpretativa que seja capaz de enfrentar as problemáticas da segurança jurídica. Para a construção dessa saída, os ministros levam em conta que o Poder Legislativo é um participante desse processo deliberativo e, portanto, deve observar as regras colocadas pela corte, mas também pode atuar de ofício na deliberação. O caso, dessa forma, é importante para se compreender o Papel Modulador, mesmo que não tenha sido aplicada a modulação de efeitos por questões de quórum, pois traz discussões centradas na busca de uma decisão capaz de conter efeitos indesejáveis que a simples declaração de nulidade geraria.

Também no Caso Contrabando Legislativo, os ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes demonstram essa preocupação. A escolha da técnica adequada aparece associada à necessidade de se estabelecer um diálogo com o Congresso para a resolução do problema, tal como insiste o ministro Gilmar Mendes:

Agora, eu gostaria de deixar claro que, nesses casos, a mim me parece que seria positivo definir algum tipo de técnica a fim de que tenhamos algum tipo de uniformidade. Até porque é preciso que o próprio legislador nos entenda também nesse contexto²³⁶.

Quanto aos limites do exercício da função moduladora, interessante notar que o papel é normalmente aceito sem grandes questionamentos

²³⁴ STF: ADC 33/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/09/2014, p. 192-193.

²³⁵ A solução adotada está melhor explicada na Descrição dos Casos (Capítulo 3).

²³⁶ STF: ADI 5.127/DF, Rel. originária Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 15/10/2015, p. 100.

pelos ministros. Quando há discordância, por exemplo, quanto à modulação dos efeitos no Caso Contrabando Legislativo, o ponto de divergência é se a modulação deve atingir também o caso específico em análise (a conversão da Medida Provisória 472/2009 em lei), mas não há questionamento acerca da necessidade do exercício da modulação para efeitos passados, por exemplo. Em outras palavras, a função moduladora tem alguns pequenos pontos de sua extensão questionados, mas não a necessidade de seu exercício em si. O questionamento das interferências do STF nos casos que envolva modulação está, na verdade, mais ligado ao exercício dos outros papéis, tais como a função modeladora e moderadora. Assim é que todo caso em que a possibilidade de modulação foi discutida, a maioria votou pela sua ocorrência²³⁷, com exceção do Caso Número de Deputados em que não se obteve quórum suficiente.

Assim, nos casos analisados neste trabalho, a crítica a este papel de teor consequencialista²³⁸ aparece em poucos momentos, e de forma muito minoritária entre os ministros. Nesse sentido, o ministro Marco Aurélio, no Caso Contrabando Legislativo, afirma que o excesso de uso das modulações pelo STF tem se caracterizado como uma forma de se acomodar situações que nitidamente violam a Constituição Federal. Tal situação, na verdade, apenas geraria um estímulo para que tais violações continuassem acontecendo, impedindo que o Congresso avance institucionalmente em suas deliberações²³⁹. O ministro insiste neste argumento no Caso Veto presidencial, afirmando que tais modulações representam o “famoso jeitinho brasileiro²⁴⁰” estampado num pragmatismo prejudicial à força normativa da Constituição que, assim, está sendo em regra “deixada em

²³⁷ Com a exceção apenas dos votos de Marco Aurélio e Joaquim Barbosa destacados anteriormente.

²³⁸ Isto por que os próprios ministros que defendem o seu exercício falam na necessidade de uma análise consequencialista por parte da corte, ou seja, uma análise que leve em conta as consequências que a decisão pode gerar.

²³⁹ “Presidente, toda vez que encontramos um jeitinho para acomodar situações, não avançamos culturalmente; adentramos, sim, o campo do retrocesso cultural; estimulamos o descumprimento de documento que deveria ser um pouco mais amado – as duas Casas do Congresso Nacional têm Comissão de Constituição e Justiça – que é a Carta Federal”. (STF: ADI 5.127/DF, Rel. originária Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 15/10/2015, p. 106).

²⁴⁰ STF: Ag. Rg. no MS 31.816/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27/02/2013, p. 96.

stand-by²⁴¹” ²⁴². Neste mesmo caso, Joaquim Barbosa também demonstra sua preocupação com o excesso de utilização da modulação de efeitos pela corte, que, segundo o ministro, está banalizando o instituto²⁴³.

Também no Caso Número de Deputados, Joaquim Barbosa faz severas críticas a esta suposta “banalização do instituto”. Para o ministro, a modulação, tal como vem sendo utilizada pela corte, acarreta mais insegurança jurídica ao invés de evita-la:

Tenho notado como pode ser nefasta esta prática, na medida em que ela tem potencial de perenizar as nossas mais tristes mazelas, como a desigualdade e a precariedade do acesso à educação, o patrimonialismo, etc, etc. (...) Ao meu ver, a segurança jurídica estará sim ameaçada se a Corte prosseguir neste faz de conta e disser que o Tribunal Superior Eleitoral agiu mal e infringiu a Constituição, mas, por razões de ordem pragmática, a inconstitucionalidade causada por ele – TSE – valerá para as próximas eleições (...) ²⁴⁴.

Nota-se, porém, que nos casos analisados por este trabalho, a modulação de efeitos é compreendida como um dever da corte na contenção dos efeitos indesejáveis de suas decisões judiciais, procurando garantir a segurança jurídica e a ordem social. Nessa linha de raciocínio, uma importante discussão que se pode levantar é acerca de como a consolidação deste instituto jurídico impacta a atuação do STF nos processos deliberativos interinstitucionais. Os casos trabalhados nessa monografia aparentam indicar que a modulação de efeito permite à corte maior flexibilidade na sua atuação modeladora e moderadora, revelando a

²⁴¹ Ibid., p. 87.

²⁴² Também Mariane Cereja Braz, no mesmo trabalho já citado, aborda esta inconformidade do ministro Marco Aurélio com o instituto da modulação de efeitos. Como descreve em sua pesquisa, “No mais, também foi possível visualizar uma reiterada oposição, por parte de um dos ministros da Corte, à aplicação da modulação de efeitos: o Ministro Marco Aurélio, que diferentemente dos outros ministros, não concorda com a constitucionalidade da norma do artigo 27, da Lei 9868/99”. (BRAZ, Mariane Cereja. O STF e a modulação temporal dos efeitos no controle de constitucionalidade abstrato e concentrado. Monografia da Escola de Formação da SBDP de 2012. P. 83-84. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=211. Acesso em: 29 out. 2016).

²⁴³ “Eu adverti há alguns anos quanto a essa possível banalização da modulação. E é o que está ocorrendo”. (STF: Ag. Rg. no MS 31.816/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27/02/2013, p. 96).

²⁴⁴ STF: ADC 33/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/09/2014, p. 216.

complementariedade entre tais papéis. De fato, as funções modeladora e moderadora nos quatro casos abordados neste capítulo concretizaram seu exercício com a modulação de efeitos.

Tal situação pode ser interpretada como uma ampliação da capacidade da corte de participar do processo de deliberação interinstitucional, visto que sua interferência não fica mais restrita apenas à dicotomia de declarar a constitucionalidade ou não de determinada norma, mas permite que os efeitos desta decisão sejam manipulados, fator que interfere diretamente na construção das modelagens em questão. Para Gilmar Mendes, inclusive, esta tendência de aumento da capacidade de atuar pela corte se mostra uma necessidade, na medida em que o controle de constitucionalidade brasileiro torna-se cada vez mais concentrado²⁴⁵.

Flávio Beicker Barbosa, em trabalho já citado nesta monografia, também ressalta essa maior flexibilidade da atuação do STF a partir da modulação dos efeitos, com base nos casos analisados em sua pesquisa, que, importante enfatizar, são distintos e mais numerosos que os desta monografia:

Nesse sentido, ganha força o argumento segundo o qual a modulação de efeitos permitiria um aprimoramento do livre exercício da jurisdição constitucional, contribuindo para que o Supremo exerça de forma plena seu papel de guardião da constituição, que, inegavelmente, dá o tom político de sua atuação²⁴⁶.

Embora tratemos de casos distintos, a comparação permite observar como discutir o Papel Modulador desemboca em discutir uma série de questões relacionadas à participação do STF no processo deliberativo interinstitucional. Os casos analisados nesta parte do trabalho possibilitam a

²⁴⁵ Em seu voto no Caso Contrabando Legislativo, o ministro Gilmar Mendes afirma: "Então, na medida em que nós ampliamos o modelo de controle abstrato, de controle de perfil concentrado, necessitamos de algum tipo de moderação, de temperamento na decisão". (STF: ADI 5.127/DF, Rel. originária Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 15/10/2015, p. 121).

²⁴⁶ OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa de. O Supremo Tribunal Federal e a dimensão temporal de suas decisões: a modulação de efeitos em vista do princípio da nulidade dos atos normativos inconstitucionais, p. 64, Monografia da Escola de Formação da SBDP de 2008. Disponível em: http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=113. Acesso em: 29 out. 2016).

compreensão justamente dessas inter-relações entre as funções do STF, demonstrando como a modulação de efeitos pode ser entendida como um dever da corte no exercício da jurisdição constitucional, embora esta não seja a única possibilidade de entendimento²⁴⁷.

Parte III - Conclusões

Intento nesta parte retomar os pontos centrais da pesquisa, bem como sintetizar as principais conclusões que obtive de toda a análise desenvolvida neste trabalho.

8. Considerações Finais

8.1. Retomada dos capítulos anteriores

Procurei nesta monografia analisar de maneira exploratória a argumentação do STF acerca de suas atribuições nos casos paradigmáticos envolvendo a organização e o funcionamento do Poder Legislativo. Meu interesse foi adentrar o debate sobre democracia e constitucionalismo na visão dos próprios ministros de nossa suprema corte, propondo compreender melhor como estes enxergam a função do STF no processo deliberativo interinstitucional brasileiro, como delimitam sua competência, e como legitimam esta delimitação diante dos demais poderes e da sociedade. Expliquei melhor tais objetivos da monografia, bem como os debates teóricos que a sustentam no primeiro capítulo.

No segundo capítulo, apresentei quais casos selecionei para este trabalho, procurando destacar a centralidade que os casos paradigmáticos relacionados ao Poder Legislativo têm no intuito desta pesquisa, visto se

²⁴⁷ A pesquisa de Flávio Beicker Barbosa traz conclusões mais aprofundadas e diversas sobre o tema (Cf. nota de rodapé 239). Contudo, a realização de outras pesquisas sobre a modulação de efeitos, a partir de casos distintos dos trabalhos por Flávio, tal como a monografia de Mariane Cereja Braz (Cf. nota de rodapé 236), também já citada neste trabalho, é fundamental para um entendimento mais apurado de como a corte vem tratando o tema. Procurei, assim, trazer uma perspectiva de análise possível para o tema em meu trabalho, quer seja, a análise da relação da modulação de efeitos como um papel do STF, e suas relações com outros papéis que a corte diz desempenhar, nos treze casos selecionados.

tratar de casos que tendem a expor maior tensão institucional entre o STF e o Congresso Nacional.

Ainda neste capítulo, expus a perspectiva de análise que adotei metodologicamente para compreender as funções do STF na visão dos ministros e da própria corte como instituição. Para construir esta perspectiva de análise, utilizei-me da categorização de alguns papéis que o STF se atribuiu, a partir de menções explícitas e inferências argumentativas que realizei. Válido novamente ressaltar que essas quatro categorias de papéis correspondem a uma classificação metodológica que realizei para analisar e organizar as argumentações dos ministros, a fim de entender como estes delimitam e justificam a legitimidade das competências que a corte assume para si própria.

No Capítulo 3 realizei uma breve descrição dos casos estudados neste trabalho, ressaltando as distintas opiniões formadas na corte, bem como outras informações que considerei relevante para o desenvolvimento da pesquisa. Explicitado os treze casos, nos Capítulos 4, 5, 6 e 7 desenvolvi o cerne do trabalho em si, isto é, descrevi as características das quatro categorias de análise, procurando relacionar os argumentos dos ministros e agrupá-los de acordo com as funções e os limites de atuação que eram atribuídos à corte.

Procuro neste Capítulo 8 destacar os principais pontos observados no desenvolvimento da monografia, a fim de responder as perguntas de pesquisa propostas e enfatizar algumas questões importantes que foram apreendidas no trabalho. Ressalto, porém, que estes pontos e questões serão tratados de maneira sintética neste capítulo, sendo o completo entendimento das conclusões que serão apontadas dependentes da compreensão global de todo trabalho.

8.2. Conclusões Gerais: As categorias de análise e os papéis do STF

O desenvolvimento das categorias de análise deste trabalho permite que importantes aspectos dos argumentos dos ministros sejam observados, principalmente no que se refere à delimitação das competências da corte,

às suas funções no processo deliberativo interinstitucional, e a busca de sua legitimação através dos fundamentos das decisões.

Centralizei estes aspectos em torno das quatro categorias criadas, que refletem importantes pontos de determinação das funções que o STF se atribui na jurisdição constitucional dos casos analisados. Os papéis Moderador, Modelador, Contramajoritário e Modulador representam, assim, quatro perspectivas de atuação que o STF atribui a si próprio, cada qual com características próprias que indicam deveres de atuação da corte, seus limites e sua legitimidade para agir, na visão dos ministros.

Assim, o Papel Moderador, por exemplo, explicita o dever da corte de atuar na promoção do equilíbrio institucional entre os poderes, arbitrando suas relações para atenuar seus atritos, ou ainda impedir que um poder se imponha indevidamente sobre outro. Tal promoção se dá tanto na arbitragem de alguns procedimentos que envolvam a interferência de um poder em outro (como o Impeachment), quanto na regulação do processo legislativo e na delimitação de competência entre distintos órgãos. A corte se coloca, portanto, como um órgão externo, protetivo e supostamente neutro ao arranjo entre os três poderes. Todavia, o exercício deste poder é questionado a partir do momento em que a própria atuação da corte passa a ser vista como prejudicial ao equilíbrio dos poderes, visto que sua interferência pode diminuir a autonomia do poder que tenha suas deliberações revisadas judicialmente, sendo este dever de autocontenção um limite de atuação ao STF.

Já o Papel Modelador enfatiza a faceta do STF que atua alterando o significado jurídico dos institutos e instituições inicialmente regulamentados pelo Poder Legislativo. Nesta função, observa-se como a corte participa do processo deliberativo interinstitucional, interferindo e discutindo o funcionamento do sistema político eleitoral, do sistema de deliberação dos outros poderes e mesmo do sistema de controle de constitucionalidade. Tais interferências ocorrem a partir de uma perspectiva dos ministros sobre a democracia na Constituição Federal de 1988, bem como da ideia de neutralidade que legitimam a atuação da corte. Os ministros diagnosticam

disfuncionalidades no funcionamento dos sistemas normativos regulamentados pelo Poder Legislativo e os corrige com base nesta perspectiva. O exercício deste papel, dessa forma, depende deste diagnóstico, além de também levantar uma discussão acerca do dever de autocontenção da corte. Isto porque a delimitação entre o que seja uma mera opinião da corte sobre uma modelagem ruim de um instituto jurídico, e o que seja um modelo inconstitucional que precisa ser reformado judicialmente é de difícil objetivação. Esta dificuldade de objetivação acaba resultando não apenas em visões distintas acerca do exercício ou não do Papel Modelador em determinado caso, mas também acerca de qual deva ser a extensão deste exercício no caso em questão.

O Papel Contramajoritário se foca, por outro lado, na discussão acerca do significado de maioria e minoria para o STF, a fim de identificar o que, para a corte, legitima uma atuação que tenha o intuito de frear deliberações majoritárias para proteção de minorias prejudicadas, ou ainda o que legitima uma atuação da corte que ratifique deliberações majoritárias tomadas pelo Poder Legislativo. Tal papel possui como limitação a diferenciação entre o que seja uma mera decisão majoritária, e o que seja uma decisão majoritária que visa prejudicar as minorias. Esta diferenciação, por outro lado, depende ainda do próprio conceito que se tome para "maioria" e "minoria", que também é de difícil objetivação entre os ministros. Nos casos analisados, tal discussão tende a girar em torno da ideia de presença política e funcionamento parlamentar no Congresso Nacional, isto é, "maioria" e "minoria" se referem aos grupos parlamentares e partidários.

Por fim, o Papel Modulador realça a função da corte de controlar as consequências de sua decisão através da modulação de efeitos. Tal categoria revela a preocupação do STF com os resultados que suas decisões, em particular o efeito de nulidade, ocasionam, o que legitima a corte a adaptá-las a fim de garantir a segurança jurídica e a ordem social. O papel coloca em discussão, portanto, qual a melhor técnica interpretativa, qual melhor modulação e qual a melhor forma de se proclamar a decisão da corte, a fim de se evitar efeitos prejudiciais que uma mera declaração de

nulidade geraria. Tal discussão tende a aumentar a flexibilidade do STF para atuar em suas funções modeladora, moderadora e contramajoritária, visto que a corte não mais fica presa apenas à dicotomia entre declarar ou não a nulidade de determinado ato normativo. A limitação deste papel é dependente, por outro lado, da identificação destes possíveis efeitos prejudiciais que justifiquem a necessidade do STF “relativizar” sua declaração de inconstitucionalidade. Esta identificação não aparenta, com base nos casos analisados, levantar muitas divergências entre os ministros, ao contrário do que ocorre nos diagnósticos referentes ao exercício dos outros papéis.

Válido ressaltar que tais categorias estão interligadas, de forma que o exercício e a delimitação de um papel acabam estando condicionados ao exercício e a delimitação de outros papéis. Por exemplo, o exercício do Papel Contramajoritário e Papel Moderador é muitas vezes dependente dos limites que o ministro compreende ao Papel Modelador, tal como foi explicitado no desenvolvimento desta pesquisa. Isso ocorre pelo fato de tais categorias captarem apenas perspectivas distintas de um único fenômeno na argumentação dos ministros, quer seja a delimitação das competências da corte no exercício da jurisdição constitucional.

Interessante ainda observar como tais papéis nem sempre aparecem de forma unânime entre os ministros, mas é possível identificar correntes na corte que tratam estes papéis de maneira homogênea em suas argumentações. Assim, torna-se possível falar em papéis que a corte se atribui, num órgão formado por onze ministros com votos individuais.

Além disso, a visão dos ministros acerca de tais papéis acaba sendo definitiva para a forma com que eles julgam os casos, isto é, a compreensão que os ministros têm sobre as funções do STF direcionam a forma que eles acreditam que a corte deve atuar. Isso porque estes papéis envolvem o debate sobre a legitimidade e os limites de atuação do STF, que serão delimitados distintivamente de acordo com a visão das correntes de opinião que se formam na corte. Confirmando, dessa maneira, minha hipótese de trabalho, embora esta não tenha sido suficiente para captar quais são as

discussões centrais que definem a delimitação e legitimação destes papéis. Tais discussões foram apresentadas durante o desenvolvimento da pesquisa, e estão sintetizadas nestas considerações finais.

Estes quatro papéis centrais compõem, dessa forma, o modelo de análise desta monografia. Destaco esse ponto nas Considerações Finais por entender que este modelo pode vir a ser utilizado em outros estudos sobre o tema, isto é, o modelo pode vir a ser empregado para se analisar a argumentação dos ministros acerca das funções do STF em outros casos relacionados à organização e o funcionamento do Poder Legislativo, ou mesmo em casos de temáticas distintas. Logicamente, tal transposição encontrará limites e necessitará de adaptações, em virtude da restrição desta monografia aos treze casos estudados. Contudo, acredito que tais adaptações sejam possíveis, dado que procurei descrever o procedimento de construção destas quatro categorias. Dessa maneira, o mesmo procedimento pode ser empregado para a construção de outras categorias, caso verifique-se que estas são incapazes ou insuficientes para analisar casos distintos dos estudados neste trabalho.

Sendo esta pesquisa de caráter principalmente exploratório, destaco ainda que as considerações finais observadas nesta parte do trabalho estão longe de esgotar qualquer assunto. Procuo, pelo contrário, levantar novas questões que precisam ser enfrentadas pela academia a fim de se compreender melhor a atuação de nosso Supremo Tribunal, auxiliando o seu desenvolvimento e consolidação institucional.

8.3. Outras Conclusões: Legitimidade, limites de atuação e separação dos poderes

A análise desta pesquisa permitiu ainda apreender outros interesses aspectos da argumentação que os ministros utilizam, em especial na delimitação e legitimação da atuação da corte. Em síntese, foi possível observar:

a) O STF como melhor espaço de deliberação I: Legitimação pela posição de neutralidade

A legitimação da corte enquanto espaço ideal para certas deliberações ocorre a partir de um argumento institucional, quer seja, a de que o STF é um ator neutro, isto é, afastado do ambiente político que caracteriza os demais poderes. Assim, a corte é capaz de promover o equilíbrio institucional entre os poderes, colocando-se como um agente externo a este arranjo, identificando e resolvendo conflitos e riscos de sobreposição de um poder ao outro (Papel Moderador). A neutralidade aparece também no dever da corte de realizar modelagens institucionais de institutos ligados à organização e funcionamento do Poder Legislativo, principalmente aqueles que se encontram em situação de disfuncionalidade, ou entravados pelos próprios interesses dos parlamentares (Papel Modelador).

b) O STF como melhor espaço de deliberação II: Legitimação pela posição de protetor da igualdade política

Outro argumento que legitima a atuação da corte é, como destacado acima, a necessidade de se garantir a ideal organização e o bom funcionamento do Poder Legislativo. Tais ideias estão ligadas ao valor da igualdade política, que os ministros interpretam sistematicamente da Constituição Federal. Este valor, tal como apreendido da argumentação da corte, centra-se na garantia de que os agentes políticos tenham iguais condições de interferir nas disputas eleitorais e parlamentares. Tal noção aparece, dessa forma, muito associada aos conflitos entre parlamentares e partidos políticos, principalmente no que se refere às disputas por mandatos políticos.

Tais atuações dependem ainda que a corte seja capaz de fazer um diagnóstico da realidade, isto é, um diagnóstico acerca de como os institutos criados pelo Poder Legislativo têm funcionado na prática, assim como quais efeitos têm gerado. A identificação de falhas e

disfuncionalidades, na visão dos ministros, legítima, portanto, que a corte interfira para adaptá-los de acordo com este valor de igualdade política.

c) STF e o fortalecimento do Poder Legislativo

A atuação do STF se legitima também, na visão dos ministros, pela necessidade de se fortalecer o Poder Legislativo, isto é, garantir que suas deliberações ocorram de maneira democrática e autônoma. Interessante perceber que tal garantia ocorre algumas vezes com a própria revisão de alguma deliberação dos legisladores. Assim, tal como demonstrado em alguns casos relativos ao Papel Moderador, a interferência do STF ocorre para proteger o Congresso Nacional das decisões que este próprio tomou, visto que estas levariam a perda da autonomia dos legisladores para o Poder Executivo, ou ainda ao enfraquecimento do aspecto democrático de suas deliberações, na visão dos ministros. Além disso, também o Papel Modelador revela que a atuação da corte pode ocorrer para corrigir disfuncionalidades na organização e funcionamento do Poder Legislativo, a fim de fortalecê-lo institucionalmente e tornar sua composição e suas deliberações mais democráticas.

Ademais, o estudo do Papel Modelador também revelou que o STF em vários momentos, embora reconheça o Congresso Nacional como melhor espaço de deliberação para certos temas – como a reforma política, por exemplo -, se enxerga legitimado para atuar a fim de colocar pautas “congeladas” em discussão, promovendo a discussão destas no Poder Legislativo, e o incentivando a deliberar. Tal incentivo, em termos de reforma política, resultaria também numa motivação à “autorreforma” do Congresso Nacional.

d) A relatividade dos limites de atuação

Esta identificação de falhas e disfuncionalidades tratada nos itens anteriores, entretanto, não ocorre de maneira muito objetiva. Os ministros

em alguns casos possuem, dessa forma, visões distintas acerca do funcionamento dos institutos em vigor, bem como propõe soluções diferentes para aperfeiçoá-los. Além disso, esta relatividade atinge a própria diferenciação do que venha a ser o diagnóstico de um instituto em mau funcionamento, e um instituto inconstitucional, visto ser tal diferenciação essencial na determinação dos limites da atuação do STF. Assim, mesmo em casos que o diagnóstico seja semelhante, a extensão da atuação da corte ainda pode variar nas visões dos ministros.

Tal dificuldade de definir parâmetros para atuação da corte ocorre também na perspectiva de outros papéis. Assim, a relatividade dos conceitos de "maioria" e "minoridade" na delimitação do Papel Contramajoritário, bem como a dificuldade de se determinar uma situação de desequilíbrio institucional na delimitação do Papel Moderador são outros exemplos desta dificuldade.

Dentro destes três papéis, a definição do que venha a ser matéria "interna corporis", isto é, matéria de regulamentação exclusiva pelo Congresso Nacional, por se tratarem de questões especialmente internas, também é um fator determinante na delimitação do exercício destas funções. Assim, promover o equilíbrio institucional, modelar institutos jurídicos, e proteger minorias parlamentares podem resultar em diminuir a autonomia interna do Poder Legislativo, sendo este um limite à atuação do STF. Todavia, também esta definição é controversa entre os ministros, sendo mais uma variável importante na definição das funções da corte.

Nesse sentido, a única categoria que parece apresentar maior uniformidade em sua delimitação, nos casos estudados por este trabalho, é a do Papel Modulador, visto que a preservação da segurança jurídica e da ordem social parecem ser parâmetros mais sólidos entre os ministros.

e) A relatividade da separação dos poderes

Outro argumento muito utilizado pelos ministros, mas de difícil objetivação são os decorrentes da ideia de separação dos poderes. Interessante notar como os ministros utilizam esta ideia ora para legitimar

a atuação da corte, como nos casos do exercício do Papel Moderador, ora para delimitar suas interferências, isto é, para justificar por que a corte não deve agir no caso, ou agir com certas restrições. Tal ambiguidade ocorre inclusive em casos semelhantes, ou seja, no mesmo caso há argumentos que utilizam a separação dos poderes para defender a atuação do STF, e outros para evitar que esta ocorra.

Esta ocorrência enfatiza a dificuldade da própria corte em delimitar seus espaços de atuação. Isto porque a definição de tais espaços está diretamente relacionada à visão que a instituição possui da separação dos poderes. Em outras palavras, as funções e limites do STF são, na verdade, as visões que o STF possui acerca de si e dos efeitos de suas decisões no arranjo da separação dos poderes. Sendo a compreensão da própria separação dos poderes algo difícil de estabelecer parâmetros, também as funções e limites da corte tornam-se algo de difícil definição para os próprios ministros.

Tais indefinições e o repetitivo uso da separação dos poderes, embora em sentidos distintos, pode ser explicado pelo alto grau de tensão institucional que envolve os casos analisados neste trabalho, por se tratar de situações em que as deliberações do Poder Legislativo acerca de seu funcionamento e organização são questionadas um por órgão não-representativo.

f) Diálogo institucional e a última palavra

Afirmar no início deste trabalho²⁴⁸ que a ideia comum das funções do STF vem atrelada ao papel de "Guardião da Constituição", ou seja, a corte seria o agente com competência para dar a última palavra sobre a Constituição Federal.

Na argumentação dos ministros, todavia, tal ideia aparece muitas vezes já ter sido superada. Isso porque em vários casos a corte assume não ser detentora do monopólio da interpretação constitucional. Dessa forma, o

²⁴⁸ Mais especificamente no 2.2.2 As categorias de análise adotadas: das Categorias Caso-a-Caso para as Categorias Gerais

Poder Legislativo também seria um agente com legitimidade para interpretar a Constituição Federal. Esta afirmação traz duas importantes conclusões, que podem ser observadas nos argumentos da corte:

i) O Poder Legislativo tem competência para regulamentar os institutos jurídicos a partir de sua visão acerca da Constituição;

ii) O Poder Legislativo pode vir a enfrentar uma questão que já foi objeto de decisão do STF, seja trazendo novos argumentos para a deliberação, seja editando emenda constitucional, seja trazendo alternativas de regulamentação às modelagens feitas pela corte aos institutos jurídicos. Pode, por conseguinte, o Poder Legislativo deliberar novamente sobre matéria decidida pelo Supremo.

Inclusive em alguns casos, a decisão do STF é vista por seus ministros como um incentivo para que o Poder Legislativo volte a deliberar sobre a matéria. Trata-se da ideia de que o STF movimentava uma pauta congelada²⁴⁹, isto é, incentiva que determinada pauta em estado de espera seja deliberada. Este tema aparece principalmente associado ao da reforma política, nos casos analisados.

Tais colocações podem, contudo, sofrer algumas críticas. Primeiramente, novamente não existem parâmetros que definem quando essas interpretações da Constituição e novas deliberações do Poder Legislativo serão aceitas pela corte. Esta situação resulta em enormes contradições nas argumentações dos ministros, que embora afirmem a possibilidade de tais interpretações pelo Congresso Nacional, acabam na maioria das vezes impondo suas decisões, e atropelando as interpretações dadas pelo Poder Legislativo.

Outra crítica que pode ser debatida neste ponto é acerca de quão factível é este argumento, isto é, se de fato o Poder Legislativo volta a deliberar sobre o tema decidido pelo STF. Tal situação levanta duas questões: i) uma decisão judicial realmente incentiva que o Poder Legislativo volte a deliberar sobre a matéria ou, pelo contrário, entrava este

²⁴⁹ MENDES, Conrado Hübner. Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p.233

processo?; ii) o Poder Legislativo terá sua nova deliberação aceita pelo STF, ainda que traga novos argumentos e perspectivas sobre o tema?

Tais colocações buscam questionar os argumentos de “última palavra provisória”, “diálogo institucional” e “descentralização da interpretação constitucional” utilizados pelos ministros para legitimar uma interferência da corte. Coloca-se em dúvida, dessa forma, se tais argumentos não seriam de mero teor retórico, isto é, argumentos que camuflam uma atuação excessiva da corte com a aparência de que, na verdade, procura-se atingir uma deliberação conjunta e dialogada entre os poderes.

9. Referências

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas, *Consultor Jurídico*, 7 dez. 2015. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. Acesso em: 19 set. 2016.

BARROSO, Luís Roberto; BARROS, Aline. Retrospectiva 2015: As 10 principais decisões da pauta "qualitativa" do Supremo Tribunal Federal, *Consultor Jurídico*, 28 dez. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-28/retrospectiva-2015-10-principais-decisoes-pauta-supremo>. Acesso em: 25 ago. 2016.

BARROSO, Luís Roberto; MEDONÇA, Eduardo; Retrospectiva 2012: STF entre seus papéis contramajoritário e representativo, *Consultor Jurídico*, 3 jan. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012stfentrepapeiscontramajoritario-representativo>. Acesso em: 25 ago. 2016.

BENVIDO, Juliano Zaiden. A "última palavra", o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *Revista de informação legislativa*, v. 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014).

BOMBIG, Alberto. Ápice da turbulência, Impeachment marcará nova fase da crise, *Estadão*, 16 abr. 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,apice-da-turbulencia-politica--impeachment-marcara-nova-fase-da-crise,10000026508>. Acesso em: 17 nov. 2016.

BRAZ, Mariane Cereja. O STF e a modulação temporal dos efeitos no controle de constitucionalidade abstrato e concentrado. Monografia da Escola de Formação da SBDP de 2012. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=211. Acesso em: 29 out. 2016).

FRIEDMAN, Barry. The Politics of judicial review, *Texas Law Review*, vol. 84, nº2, dez. 2005.

KLAFKE, Guilherme Forma. Vícios no processo decisório do Supremo Tribunal Federal. Monografia da Escola de Formação da SBDP de 2010. Disponível em: http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=164. Acesso em: 2 nov. 2016;

(KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito - Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 1, n. 1, jan 2014, p. 89-104).

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, ANA et. alli (Org.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar. Novos Aspectos do Controle de Constitucionalidade Brasileiro, *Revista de Direito Público*, n. 27, Maio-Jun/2009, p. 7-45.

MENDONÇA, Eduardo. Retrospectiva 2013: Os 11 julgamentos que marcaram o ano do Supremo, *Consultor Jurídico*, 26 set. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-26/retrospectiva-2013-11-julgamentosmarcaramano-stf>. Acesso em: 25 ago. 2016.

MENDONÇA, Eduardo. Retrospectiva 2014: Os 10 julgamentos mais importantes do STF no ano passado, *Consultor Jurídico*, 2 fev. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-02/10-julgamentos-importantes-stf-ano-passado>. Acesso em: 25 ago. 2016.

NETO, Pedro Marques. Supremo Tribunal Federal e a reforma do sistema eleitoral: Da judicialização à reforma a conta gotas?. Monografia da Escola de Formação da SBDP de 2014. Disponível em:

<http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=248>. Acesso em: 5 nov. 2016.

OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa de. O Supremo Tribunal Federal e a dimensão temporal de suas decisões: a modulação de efeitos em vista do princípio da nulidade dos atos normativos inconstitucionais, Monografia da Escola de Formação da SBDP de 2008. Disponível em: http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=113. Acesso em: 29 out. 2016).

SOUZA, Pedro G. V. A. Um guardião (quase) Silencioso: uma análise do papel que o STF julga ter na separação de poderes a partir de algumas decisões sobre direitos fundamentais. Monografia da Escola de Formação da SBDP de 2015. Disponível em: <http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=277>. Acesso em: 14 set. 2016).

TORMIN, Mateus Matos. Desempenho deliberativo e falhas deliberativas no Supremo Tribunal Federal: O esboço de um modelo de análise. Monografia da Escola de Formação da SBDP de 2013. Disponível em: <http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=212>. Acesso em: 2 nov. 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia, *Revista Direito GV*, n. 8, p. 441-464, jul./dez. 2008.

Anexo I – Listas para seleção de casos²⁵⁰

a) Retrospectiva 2012: STF entre seus papéis contramajoritário e representativo

1. Julgamento criminal do chamado *Mensalão* (Ação Penal 470/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa);
2. Constitucionalidade da antecipação do parto de fetos anencefálicos. Descaracterização do crime de aborto (ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio)
3. Constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa e sua aplicabilidade a fatos anteriores (ADCs 29/DF e 30/DF, ADIn 4.578/DF, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 29 jun. 2012);
4. Constitucionalidade da instituição de cotas em universidades públicas (ADPF 186/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, aguardando publicação) e do Prouni (ADIn 3.330/DF, Rel. Min. Carlos Britto);
5. Constitucionalidade da chamada Lei Maria da Penha, com a ressalva da regra que condicionava a ação penal à representação da vítima (ADC 19/DF e ADIn 4.424/DF, Rel. Min. Marco Aurélio)
6. Competência originária do CNJ, concorrente com as dos tribunais, para o julgamento de processos administrativos disciplinares contra magistrados (ADIn 4.638/DF, Rel. Min. Marco Aurélio);
7. Controle sobre os concursos para as carreiras da Magistratura e do Ministério Público, exercido pelo CNJ e pelo CNMP (MS 31.372/DF, Rel. Joaquim Barbosa, decisão monocrática publicada em 15 jun. 2012; e MS 30.822/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 26 jun. 2012);
8. Controle do processo legislativo e da atuação do Poder Legislativo de forma geral, a partir das exigências constitucionais (ADIn 4.029/DF, Rel. Min. Luiz Fux; MS 31.689/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática publicada em 22 nov. 2012; MS 31.816/DF, Rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática publicada em 19 dez. 2012);

²⁵⁰ Cf. nota de rodapé 26.

9. Um começo de reflexão sobre a eficácia da lei orçamentária anual (ADIn 4.663/RO, Rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática publicada em 1º fev. 2012. Julgamento colegiado interrompido por pedido de vista);

10. A interação entre fato e norma e a construção do direito constitucional *in concreto* (MS 28.700/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, aguardando publicação; e RE 637.485/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, aguardando publicação).

b) Retrospectiva 2013: Os 11 julgamentos que marcaram o ano do Supremo.

1 - Cabimento dos embargos infringentes e execução imediata das condenações que se tornaram definitivas (26º AgRg e QO na AP 470, julgamento em 18 de setembro de 2013, relator ministro Joaquim Barbosa);

2 - A controvérsia quanto à perda de mandato parlamentar em razão de condenação criminal transitada em julgado (AP 565, julgamento em 8 de agosto de 2013, relatora ministra Cármen Lúcia; MS 32.326, decisão cautelar monocrática em 2 de setembro de 2013, relator ministro Luís Roberto Barroso);

3 - Controle jurisdicional do devido processo legislativo: ordem cronológica dos vetos, criação de novos partidos e regime de demarcação das terras indígenas (AgRg no MS 31.816, julgamento em 27 de fevereiro de 2013, relator ministro Luiz Fux; AgRg no MS 32.033, julgamento em 20 de junho de 2013, relator originário ministro Gilmar Mendes, relator para o acórdão ministro Teori Zavascki; MS 32.262, decisão monocrática de 23 de setembro 2013, relator ministro Luís Roberto Barroso);

4 - Controle jurisdicional sobre políticas públicas complexas (RE 440.028, julgamento em 29 de outubro de 2013, relator ministro Marco Aurélio; AI 759.543, julgamento em 18 de dezembro de 2013, relator ministro Celso de Mello);

5 - A discussão sobre a criação de quatro novos tribunais regionais federais (ADI 5.017, decisão monocrática do presidente, proferida em 18 de julho de 2013, relator ministro Luiz Fux);

6 - Suspensão cautelar das novas regras de repartição dos *royalties* e participações sobre a exploração de petróleo (ADI 4.917, decisão monocrática de 18 mar. 2013, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia);

7 - A inconstitucionalidade sistemática dos precatórios, ou: a luz no fim do túnel, que iluminava a entrada de outro túnel... O STF em busca de uma saída em direção à normalidade institucional (ADI 4.357 e ADI 4.455, julgamento em 14 de março de 2013, relator originário ministro Carlos Britto, relator para o acórdão ministro Luiz Fuz);

8 - Embargos de declaração no caso Raposa Serra do Sol: alcance da decisão e validade das chamadas *condicionantes* impostas pelo STF (ED na PET 3.388, julgamento em 23 de outubro de 2013, relator ministro Luís Roberto Barroso);

9 - Interpretação do artigo 25, parágrafo 3º, da Constituição: o regime jurídico dos aglomerados urbanos (ADI 1.841, Julgamento em 6 de março de 2013, relator ministro Luiz Fux);

10 - Inconstitucionalidade da reintrodução do voto impresso (ADI 4.543, julgamento em 6 de novembro de 2013, relatora ministra Cármen Lúcia);

11 - Validade da instituição e incidência imediata de prazo decadencial razoável para a revisão de benefício previdenciário (RE 626.489-RG, julgamento em 16 de outubro de 2013, relator ministro Luís Roberto Barroso);

c) Retrospectiva 2014: Os 10 julgamentos mais importantes do STF no ano passado.

1 - Inconstitucionalidade da alteração das bancadas estaduais por ato do Tribunal Superior Eleitoral (ADIs 4.947, 5.020, 5.028, 5.130 e ADC 33, relator ministro Gilmar Mendes; ADIs 4.963, 4.965, relatora ministra Rosa Weber, julgamento conjunto concluído em 1º de julho de 2014);

2 - Processos e inquéritos penais em curso não podem ser computados como maus antecedentes (RE 591.054, relator ministro Marco Aurélio, julgamento concluído em 17 de dezembro de 2014)

3 - Discussão quanto ao papel do Senado Federal no controle incidental de constitucionalidade (Rcl 4.335, relator ministro Gilmar Mendes, julgamento concluído em 21 de março de 2014);

4 - Inércia do juiz e independência do Ministério Público na Justiça Eleitoral (ADI 5.104, relator ministro Luís Roberto Barroso, julgamento concluído em 21 de maio de 2014);

5 - Descabimento de ação rescisória quando a decisão transitada em julgado estava apoiada em jurisprudência do STF, posteriormente modificada (RE 590.809, relator ministro Marco Aurélio, julgamento concluído em 22 de outubro de 2014)

6 - Incidência imediata do teto remuneratório, com corte de excedentes (RE 609.281, relator ministro Teori Zavascki, julgamento concluído em 2 de outubro de 2014)

7 - Uso da reclamação para proteger as liberdades de expressão, informação e imprensa (Diversas decisões monocráticas, sendo citadas no texto, em ordem de aparição, as seguintes: (i) Rcl 18.638, relator ministro Luís Roberto Barroso, decisão de 17 de setembro de 2014; (ii) Rcl 18.746, relator ministro Gilmar Mendes, decisão de 3 de outubro de 2014; e (iii) Rcl 18.836, relator ministro Celso de Mello, decisão de 28 de novembro de 2014);

8 - Inconstitucionalidade do prazo de 30 anos para cobrança de valores referentes ao FGTS, fixando-se o prazo de cinco anos (ARE 709.212, relator ministro Gilmar Mendes, julgamento em 13 de novembro de 2014);

9 - Prerrogativa das minorias parlamentares para efetuarem a delimitação de CPI (MS 32.885, relatora ministra Rosa Weber, decisão monocrática de 23 de abril de 2014);

10 - Racionalização da jurisdição em geral, e do STF em particular (Competência quanto aos atos do CNJ: AO 1814, relator ministro Marco Aurélio; ACO 1.680, relator ministro Teori Zavascki, julgamento conjunto concluído em 30 de abril de 2014; Necessidade de prévio requerimento administrativo para o ajuizamento de ações judiciais contra o

INSS: RE 631.240, relator ministro Luís Roberto Barroso, julgamento concluído em 3 de setembro de 2014)

d) Retrospectiva 2015: As 10 principais decisões da pauta "qualitativa" do Supremo Tribunal Federal.

1 - O rito do processo de *Impeachment* (ADPF 378 MC, Rel. Min. Edson Fachin, Rel. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, julgamento concluído em 18.12.2015);

2 - Contrabando legislativo em medida provisória (ADI 5.127, Rel. Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, julgamento concluído em 15.10.2015);

3 - Prisão do senador Delcídio do Amaral (AC 4.039, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento concluído em 25.11.2015);

4 - Estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário (ADPF 347 MC, relator ministro Marco Aurélio, julgamento da medida cautelar concluído em 09.09.2015);

5 - Obras emergenciais em presídios (RE 592.581, com repercussão geral reconhecida, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento concluído em 13.08.2015);

6 - Biografias não-autorizadas (ADI 4.815, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento concluído em 10.06.2015);

7 - Porte de drogas para consumo pessoal (RE 635.659, com repercussão geral reconhecida, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento ainda não concluído);

8 - Tratamento social de transexuais (RE 845.779, com repercussão geral reconhecida, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgamento ainda não concluído);

9 - Danos morais a presos (RE 580.252, com repercussão geral reconhecida, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento ainda não concluído);

10 - Financiamento empresarial de campanhas (ADI 4.650, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento concluído em 17.09.2015);

11 - Fidelidade partidária para cargos majoritários (ADI 5.081, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgamento concluído em 27.05.2015);

12 - Validade de cláusula de renúncia em plano de dispensa incentivada (RE 590.415, co, repercussão geral reconhecida, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgamento concluído em 30.04.2015);

13 - Poderes investigatórios do Ministério Público (RE 593.727, Rel. original Min. Cezar Peluso, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento concluído em 18.05.2015);

Anexo II – Breve explicação sobre os julgados²⁵¹

Constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa e sua aplicabilidade a fatos anteriores (ADCs 29/DF e 30/DF, ADIn 4.578/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 29 jun. 2012)

Após assentar a inaplicabilidade da chamada Lei da Ficha Limpa às eleições de 2010, coube ao STF, em 2012, analisar a constitucionalidade material das novas disposições e decidir se fatos anteriores à edição do texto legal poderiam gerar inelegibilidades. Quanto ao primeiro aspecto, os debates mais acirrados disseram respeito à previsão de que a inelegibilidade pode se instalar ainda antes do trânsito em julgado da condenação, bastando que haja decisão proferida por órgão colegiado. A regra acabou sendo mantida, por decisão majoritária, sob o argumento central de que a matéria não seria penal e que a opção legislativa teria sido razoável. No segundo ponto, por apertada maioria, prevaleceu o entendimento de que a elegibilidade deve ser aferida no momento do registro da candidatura, sendo possível que fatos anteriores sejam levados em consideração sem que se caracterize retroação indevida. Ficaram vencidos os ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cesar Peluzo, que consideravam inconstitucional a atribuição de novos efeitos negativos a eventos pretéritos.

Já é o terceiro ano consecutivo em que temas relacionados à Lei da Ficha Limpa figuram na retrospectiva das decisões mais relevantes. Dessa vez, cuidava-se de avaliar a essência do novo regime idealizado pelo legislador, constituída pela possibilidade de se abrir mão do trânsito em julgado para a imposição da inelegibilidade. A confirmação de sua constitucionalidade e, mais ainda, a prevalência do entendimento mais restritivo na controvertida questão intertemporal anteciparam uma nítida pretensão do STF de contribuir para a modificação da forma como se faz política no Brasil. Essa tendência viria a atingir seu ápice no julgamento da Ação Penal 470, já comentada, mas motivou a crítica — sobretudo interna,

²⁵¹ Cf. nota de rodapé 34

dos ministros que compuseram a minoria — de que a Corte estaria flexibilizando sua tradição garantista para atender ao clamor popular.

Controle do processo legislativo e da atuação do Poder Legislativo de forma geral, a partir das exigências constitucionais (ADIn 4.029/DF, Rel. Min. Luiz Fux; MS 31.689/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática publicada em 22 nov. 2012; MS 31.816/DF, Rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática publicada em 19 dez. 2012)

Por razões variadas, o ano de 2012 ficou marcado por um conjunto de decisões do STF relacionadas a exigências constitucionais incidentes sobre a atuação do legislador. Embora parte da mídia tenha identificado uma guerra entre Poderes, parece possível observar o fenômeno sob um viés construtivo. Com efeito, a Corte não alterou substancialmente a sua tradição de deferência às escolhas das Casas Legislativas, de conteúdo material, que guardem relação com a sua dinâmica interna. Nessa linha, o STF absteve-se de exercer um controle intenso sobre os atos que levaram à cassação do senador Demóstenes Torres, limitando-se a monitorar as questões procedimentais que lhe foram submetidas. Por outro lado, o Tribunal avançou no controle do devido processo legislativo, inclusive no que diz respeito à observância regular das exigências regimentais.

Em um dos casos mais singulares do ano, ao menos sob o ponto de vista da teoria constitucional, o STF declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da Resolução 01/2002, do Congresso Nacional, que dispunha sobre a tramitação de medidas provisórias e, de forma específica, sobre a Comissão Mista incumbida de sobre elas emitir parecer prévio. Nos termos da referida Resolução, o parecer poderia ser dispensado em determinadas situações, de forma a facilitar o cumprimento do prazo constitucional de apreciação das MPs. Fugindo à ortodoxia e privilegiando a eficácia de sua própria decisão, a Corte conferiu efeitos *erga omnes* e vinculantes à declaração incidental, o que levou à constatação de que centenas de medidas provisórias teriam sido apreciadas de forma inconstitucional. Diante disso e em prestígio à segurança jurídica, a maioria

dos ministros optou pela modulação dos efeitos temporais da decisão, preservando as MPs já convertidas em lei e aquelas então em tramitação.

Além do caso relatado acima, outras duas decisões monocráticas merecem referência, ambas em mandado de segurança e dotadas de natureza cautelar. A primeira foi proferida pelo ministro Marco Aurélio no MS 31.689/DF, conferindo respaldo à tese de que os governadores de estado não podem ser compelidos a comparecerem a CPIs instauradas no âmbito do Poder Legislativo federal, seja na condição de indiciados ou de testemunhas. O principal fundamento foi a aparência de violação à autonomia federativa conferida aos estados-membros. Com efeito, a pretensão de submeter o chefe do Poder Executivo estadual a uma convocação obrigatória do legislador federal parece baseada na premissa equivocada de que a relação entre o ente central e os entes locais seria baseada em hierarquia formal, e não na divisão de atribuições efetuada pela própria Constituição.

A segunda decisão foi proferida pelo ministro Luiz Fux no MS 31.816/DF, já no apagar das luzes de 2012 e em meio à acirrada disputa política relacionada à distribuição dos royalties e participações especiais da exploração de petróleo. A discussão girava em torno da pretensão do Congresso Nacional de apreciar, em regime formal de urgência, os vetos parciais apostos pela presidenta da República ao Projeto de Lei 2.565/2011, que viria a se converter na Lei 12.734/2012. O ministro Fux acolheu a tese de que os vetos devem ser votados na ordem cronológica de recebimento das mensagens presidenciais, tendo em vista a regra decorrente do artigo 66, §§ 4º e 6º, da Constituição, que estipula o prazo de quinze dias para apreciação da matéria sob pena de trancamento da pauta legislativa.

Nessas condições, o veto mais recente somente poderia ser avaliado após a votação dos anteriores, que vêm se acumulando há mais de uma década e já ultrapassam a casa dos três mil.

Como fundamento adicional — e aqui revisitando a jurisprudência tradicional do STF, que costuma ser refratária ao exame de questões regimentais — a decisão buscou fundamento na violação casuística de

disposições do Regimento Comum do Congresso Nacional, relativas à tramitação dos vetos. Embora tenha incidido sobre um contexto de peculiar tensão política, a decisão chamou atenção para a necessária regularidade do processo legislativo e para o estado de omissão inconstitucional permanente em que se transformou a apreciação dos vetos presidenciais. Superado o primeiro impacto, algumas vezes no Poder Legislativo já parecem reconhecer a necessidade de se levar a sério a revisão efetiva dos vetos, tal como determina a Constituição.

A controvérsia quanto à perda de mandato parlamentar em razão de condenação criminal transitada em julgado (AP 565, julgamento em 8 de agosto de 2013, relatora ministra Cármen Lúcia; MS 32.326, decisão cautelar monocrática em 2 de setembro de 2013, relator ministro Luís Roberto Barroso)

A Ação Penal 565 resultou na condenação de um Senador da República por um conjunto de fraudes a licitações que teriam sido praticadas, entre 1998 e 2002, na condição de prefeito. Para além de confirmar o começo do fim da tradição nacional de persecução penal seletiva, o precedente é relevante pela discussão que nele se travou quanto à perda do mandato parlamentar em razão de condenações criminais definitivas. Modificando o entendimento que havia sido firmado na AP 470, a nova composição da Corte decidiu que a hipótese atrai a incidência do artigo 55, VI c/c parágrafo 2º, da Constituição Federal. A combinação de tais dispositivos, como se sabe, estabelecia textualmente que a perda do mandato, nessa situação, deve ser “decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta”. Embora identificando os inconvenientes intuitivos desse sistema, os ministros que compuseram a maioria manifestaram a compreensão de não ser possível contornar a literalidade do dispositivo constitucional que, de forma específica, trata da hipótese de condenação criminal transitada em julgado. Ficaram vencidos os ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

Sem prejuízo da maioria que se formou quanto à regra geral, uma situação peculiar logo se apresentou, envolvendo Deputado Federal condenado à treze anos de reclusão em regime inicial fechado. Por não exercer mandato na data da condenação, a corte deixou de se pronunciar de forma conclusiva quanto à perda do mandato. Nesse contexto, e já após o precedente comentado no parágrafo anterior, a Câmara dos Deputados entendeu que seria sua a competência para resolver sobre a perda do mandato, que acabou mantido por não se haver alcançado a maioria absoluta exigida para a cassação. O impasse levou à impetração de mandado de segurança por outro parlamentar da Casa, sob a alegação de que a deliberação realizada seria inconstitucional. Em decisão cautelar monocrática, o ministro Luís Roberto Barroso suspendeu os efeitos da decisão tomada pela Câmara, tendo em vista que o período de prisão a ser cumprido em regime fechado seria objetivamente incompatível com o exercício do mandato parlamentar. Nesse cenário específico, portanto, não haveria discricionariedade política possível, cabendo à Mesa a mera declaração da perda. Contra a decisão foi interposto agravo regimental, liberado para julgamento.

Controle jurisdicional do devido processo legislativo: ordem cronológica dos vetos, criação de novos partidos e regime de demarcação das terras indígenas (AgRg no MS 31.816, julgamento em 27 de fevereiro de 2013, relator ministro Luiz Fux; AgRg no MS 32.033, julgamento em 20 de junho de 2013, relator originário ministro Gilmar Mendes, relator para o acórdão ministro Teori Zavascki; MS 32.262, decisão monocrática de 23 de setembro 2013, relator ministro Luís Roberto Barroso)

Um dos temas que mereceu destaque na agenda de 2013 foi a discussão quanto aos limites do controle jurisdicional sobre o devido processo legislativo. Nesse tópico são destacadas três decisões que, apesar de envolverem situações distintas, chegaram ao mesmo resultado básico: confirmar a absoluta excepcionalidade dessa forma de interferência. O primeiro caso envolveu decisão cautelar, proferida pelo ministro Luiz Fux, que impediu a deliberação acerca do veto presidencial às novas regras

sobre distribuição de *royalties* e participações de petróleo. O fundamento central foi a existência de cerca de três mil vetos anteriores, também pendentes de apreciação. A consequência lógica disso, nos termos do artigo 66, parágrafos 4º e 6º da Constituição, seria o trancamento da pauta para deliberações subseqüentes, impondo-se a observância da ordem de precedência. Apesar de a quase generalidade dos Ministros haver reconhecido a inconstitucionalidade da praxe de o Congresso não deliberar sobre os vetos, uma apertada maioria de seis votos a quatro considerou inadequada a reversão do *status quo* por decisão liminar, com grave restrição da agenda legislativa.

O segundo precedente escolhido para comentário originou-se de decisão cautelar do ministro Gilmar Mendes, na qual se determinou o trancamento da deliberação acerca do Projeto de Lei Complementar 14/2013. Tal projeto destinava-se a criar limitações à criação de novos partidos políticos no curso da legislatura, estabelecendo “*que a migração partidária que ocorrer durante a legislatura, não importará na transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão*”. Além de destacar que a medida iria ao encontro da diretriz estabelecida pelo STF em precedente anterior e recente —a ADI 4.430 —, a decisão buscou fundamento no contexto atípico que se desenhava, a saber: (i) a rapidez incomum que passou a caracterizar a tramitação — com a conseqüente restrição do debate efetivo —; e (ii) “a aparente tentativa casuística de alterar as regras para criação de partidos na corrente legislatura, em prejuízo de minorias políticas e, por conseguinte, da própria democracia”. Também aqui, porém, apertada maioria dos ministros negou referendo à liminar e negou seguimento ao mandado de segurança, destacando a gravidade de se efetuar controle preventivo sobre o conteúdo e a dinâmica da deliberação parlamentar.

Por fim, a terceira decisão foi proferida pelo ministro Luís Roberto Barroso no MS 32.262, com o qual se pretendia suspender a deliberação da Proposta de Emenda à Constituição 215, que transferia ao Congresso Nacional a palavra final sobre a demarcação de terras indígenas. Nesse caso, ao contrário do que se verificava nos anteriores, o foco das

impugnações não incluía a alegação de atropelo procedimental, concentrando-se na tese de que o ato demarcatório estaria inserido na reserva de Administração, por sua própria natureza técnica. Embora tenha destacado a plausibilidade jurídica da impetração — uma vez que o deslocamento dessa decisão para o Congresso Nacional converteria a proteção dos direitos indígenas em questão de política majoritária, com evidente prejuízo para as comunidades tradicionais — o ministro negou a liminar postulada. Para tanto, destacou a importância de se privilegiar a ampla deliberação parlamentar, inclusive para que eventuais vícios substanciais do projeto possam ser objeto de debate amplo e plural, do que pode resultar eventual correção de rumos.

Inconstitucionalidade da reintrodução do voto impresso (ADI 4.543, julgamento em 6 de novembro de 2013, relatora ministra Cármen Lúcia)

Por unanimidade, a corte declarou a inconstitucionalidade do artigo 5º, da Lei 12.034/09, pelo qual se reintroduzia o voto impresso a partir das eleições de 2014. A medida seria implementada por meio de impressoras acopladas às urnas eletrônicas, efetuando-se a impressão de cédula e o seu depósito automático no recipiente apropriado, sem contato físico do eleitor ou de terceiros. Em cuidadoso voto, a relatora, ministra Cármen Lúcia, analisou o direito fundamental ao sigilo do voto e a consequente invalidade de qualquer providência que possa importar esvaziamento dessa garantia básica. O risco, na hipótese, decorreria das limitações inerentes à votação escrita — amplamente conhecidos na tradição brasileira —, bem como pela dificuldade operacional de se assegurar o adequado funcionamento das impressoras.

Em suporte a essa conclusão essencial, a relatora discorreu sobre o inequívoco sucesso institucional do sistema brasileiro de votação eletrônica, já copiado em diversos países do mundo e fonte de inspiração para projetos similares em outros tantos. Destacou, igualmente, a existência de inúmeros mecanismos para o controle da confiabilidade do processo informatizado, aperfeiçoados ao longo do tempo e atualmente aplicados de forma muito

satisfatória. Nesse contexto, a reintrodução do voto impresso representaria um retrocesso na concretização do direito político ao voto sigiloso e independente. Ainda que não tenha subscrito essa tese de forma analítica, o conjunto de votos parece ter aderido à premissa de que, em linha de princípio, o retorno ao voto escrito seria um passo atrás. Disso decorre a imposição de um pesado ônus argumentativo ao legislador, caso pretenda visitar a matéria.

Inconstitucionalidade da alteração das bancadas estaduais por ato do Tribunal Superior Eleitoral (ADIs 4.947, 5.020, 5.028, 5.130 e ADC 33, relator ministro Gilmar Mendes; ADIs 4.963, 4.965, relatora ministra Rosa Weber, julgamento conjunto concluído em 1º de julho de 2014)

Em um dos casos mais politicamente carregados do ano, o STF declarou a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei Complementar 78/93, que dispunha sobre o mecanismo de atualização das bancadas estaduais na Câmara dos Deputados, bem como da Resolução 23.389/2013, do Tribunal Superior Eleitoral, que promovia redistribuição de cadeiras. Os diplomas questionados buscavam atender ao comando contido no artigo 45, parágrafo 1º, da Constituição, pelo qual se determina que o número total de deputados e a quantidade por estado sejam fixados por lei complementar, proporcionalmente às respectivas populações, procedendo-se aos ajustes necessários no ano anterior a cada eleição. Após fixar o total de 513 deputados e reproduzir os patamares mínimo e máximo fixados na Constituição, de oito e 70, o dispositivo legal atribuía ao TSE a tarefa de proceder aos referidos ajustes, tomando por base dados oficiais fornecidos pelo IBGE. Analisando um conjunto de ações sobre o tema, a maioria do tribunal assentou que a competência para efetuar os ajustes seria do Congresso Nacional, insuscetível de delegação ao TSE.

O fundamento central da corrente majoritária foi a tese de que a definição das bancadas envolveria uma dose inevitável de escolha política. Ficaram vencidos os ministros Gilmar Mendes, relator de parte das ações, e Luís Roberto Barroso, que consideravam válida a delegação. Segundo eles,

caberia ao legislador estabelecer a quantidade máxima de deputados e fixar parâmetros básicos para a alocação das cadeiras entre os estados. A manutenção da proporcionalidade, porém, seria uma questão antes técnica do que política. Por isso mesmo, seria inapropriado condicionar a sua efetivação aos desígnios do Congresso Nacional, cujo equilíbrio de forças poderia acabar frustrando o comando constitucional. Ao final, sete ministros manifestaram-se favoravelmente a algum tipo de modulação dos efeitos temporais da decisão, sobretudo em face da proximidade das eleições. No entanto, como não se atingiu o quórum de dois terços, prevaleceu a visão de que inexistiria abalo à segurança jurídica no fato de se expurgar do ordenamento atos inválidos do TSE, baseados em delegação declarada inconstitucional.

Discussão quanto ao papel do Senado Federal no controle incidental de constitucionalidade (Rcl 4.335, relator ministro Gilmar Mendes, julgamento concluído em 21 de março de 2014)

Após uma sucessão de votos-vista e quase sete anos, o STF concluiu o julgamento em que se propôs a rediscutir o papel do Senado Federal no domínio do controle incidental de constitucionalidade. Em linha de princípio, como se sabe, as decisões proferidas por essa via possuem eficácia limitada às partes do processo. A eficácia *erga omnes* e vinculante é própria do controle abstrato. A fim de ampliar o alcance das decisões proferidas no julgamento de casos concretos, o artigo 52, X, da Constituição, confere competência ao Senado para, por meio de resolução, “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. O dispositivo foi introduzido originalmente na Constituição de 1934, quando o STF era desprovido de qualquer mecanismo decisório dotado de eficácia contra todos. Tratava-se, portanto, de um notável avanço. Na atual configuração do sistema brasileiro de controle, porém, a necessidade de interferência do Senado tornou-se claramente anacrônica.

É sobre esse pano de fundo que se desenrola o julgamento ora em exame. Confrontado com a decisão de um juiz que se recusava a seguir a

orientação do STF em tema relevante, mas fixada em *habeas corpus*, o relator, ministro Gilmar Mendes, propôs uma releitura da matéria. Pela proposta, o artigo 52, X teria passado por uma mutação constitucional: todas as decisões tomadas pelo Plenário do STF no exercício da jurisdição constitucional teriam, por si mesmas, eficácia geral e vinculante. A atribuição do Senado deixaria de ser a ampliação da eficácia e passaria a ser, tão somente, uma forma de conferir publicidade ao que restou decidido. Tal orientação foi acompanhada pelo ministro Eros Grau, mas foi rejeitada pelos ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, que endossavam a compreensão tradicional. O julgamento foi interrompido por pedido de vista do ministro Ricardo Lewandowski, cujo voto posterior juntou-se à divergência e foi seguido por novo pedido de vista, agora do ministro Teori Zavascki.

Na retomada do julgamento, o ministro Teori procurou construir um meio-termo. De início, destacou a importância dos precedentes, sobretudo do STF, e a necessidade de que sejam observados pelas instâncias inferiores, sob pena de a corte deixar de cumprir a sua função institucional de guardião da Constituição. Por outro lado, considerou impossível abrir a via da reclamação para a garantia de todas as decisões do STF, o que acabaria transformando-o em um tribunal executivo, encarregado da implementação capilarizada das suas decisões. Linha semelhante foi adotada pelo ministro Luís Roberto Barroso, que ressaltou a importância de se criar, no Brasil, uma cultura de respeito aos precedentes e destacou o mérito teórico da interpretação proposta pelo ministro Gilmar Mendes, mas considerou que ela seria incompatível com os limites semânticos do artigo 52, X. Com ligeiras variações, tal orientação foi reiterada nos votos subsequentes. Ao fim e ao cabo, portanto, manteve-se o convencimento convencional, pontuado pela mensagem institucional de que o respeito à jurisprudência do tribunais, e do Supremo em particular, é pressuposto para a efetividade e racionalidade do acesso à Justiça.

O rito do processo de *Impeachment* (ADPF 378 MC, Rel. Min. Edson Fachin, Rel. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, julgamento concluído em 18.12.2015)

A ADPF 378 foi ajuizada pelo PCdoB, objetivando a realização de uma *filtragem constitucional* da Lei n. 1.079/1950, que define crimes de responsabilidade e disciplina o processo de julgamento de tais delitos, de modo a tornar claro e estreme de dúvida o rito aplicável ao processo de *impeachment* do Presidente da República. A ação pede a adoção de várias providências, sob o argumento de que seriam necessárias para sanar as lesões a preceitos fundamentais da Constituição Federal, decorrentes da manutenção na ordem jurídica de textos normativos e interpretações relativos ao processo de impedimento incompatíveis com o texto constitucional vigente.

No julgamento dos 13 pedidos de medida cautelar, 4 foram os principais pontos debatidos pela Corte: (i) a existência de um direito à apresentação de defesa prévia pelo acusado, (ii) a possibilidade de candidaturas avulsas para a formação da comissão especial da Câmara dos Deputados, responsável por analisar o processo, (iii) a possibilidade de votação secreta para formação da comissão especial instaurada para examinar a denúncia, e (iv) a definição dos papéis da Câmara e do Senado Federal no processo de *impeachment*, em especial se o Senado poderia decidir pela não instauração do processo e, em caso positivo, qual seria o quórum aplicável a esta deliberação. Em relação a esses temas, vale apontar que no caso do Presidente Fernando Collor (i) não houve defesa prévia, (ii) os membros da comissão especial foram eleitos por chapa única, formada a partir de indicações dos líderes partidários, (iii) a eleição dos membros da comissão foi aberta (simbólica), e (iv) o Senado realizou uma análise prévia sobre o recebimento (ou não) da denúncia, de modo que o afastamento do Presidente se deu apenas após votação nominal do Plenário pela instauração do processo, por quórum de maioria simples^[1].

Iniciado o julgamento, o ministro Edson Fachin, relator originário, votou no sentido de (i) negar a existência de um direito à defesa prévia, (ii) validar a possibilidade de apresentação de candidaturas avulsas para a eleição da comissão especial, (iii) declarar a constitucionalidade de eleição secreta dos membros da comissão, e (iv) assentar que, após a autorização pela Câmara, o Senado é obrigado a instaurar o processo de *impeachment*.

Em relação aos três últimos pontos, porém, a maioria do Plenário discordou do relator. Prevaleceu o voto do ministro Luís Roberto Barroso, no sentido de (i) impedir a apresentação de candidaturas ou chapas avulsas para a formação da comissão especial (por 7 votos a 4), (ii) definir que a votação para a formação de tal comissão somente pode se dar por voto aberto (por 6 votos a 5), e (iii) afirmar a competência do Senado para deliberar sobre a instauração ou não do processo, em votação do Plenário (por 8 votos a 3), por maioria simples de votos (vencidos os ministros Marco Aurélio e Edson Fachin, que acolhiam o pedido do autor de definir quórum de 2/3). O STF manteve, assim, o mesmo rito seguido em 1992 no caso Collor.

Contrabando legislativo em medida provisória (ADI 5.127, Rel. Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, julgamento concluído em 15.10.2015)

Neste julgamento, mais uma vez, a Corte apreciou procedimentos internos ao parlamento. A ADI 5.127 discutiu a constitucionalidade da prática consolidada no Congresso Nacional de introduzir, nos projetos de leis de conversão, emendas sobre matérias estranhas às medidas provisórias (os chamados “contrabandos legislativos” ou “jabutis”). No caso, questionava-se dispositivo da Lei nº 12.249/2010 que definia novas condições para o exercício da profissão contábil, mas que teria sido incluído por emenda parlamentar em MP com a qual não guardava pertinência temática.

No julgamento, o STF entendeu, por maioria (vencido apenas o Min. Dias Toffoli), que tal prática é inconstitucional, por ensejar violação: (i) à atribuição do Chefe do Executivo para avaliar a relevância e a urgência das matérias que serão objeto de medida provisória; (ii) ao devido processo legislativo; e (iii) ao princípio democrático, por frustrar um debate amplo e informado sobre a matéria e restringir o exercício da função representativa pelo parlamentar. Houve, porém, divergência em relação à solução a ser aplicada ao caso concreto. A ministra Rosa Weber votou pela procedência da ação, com a declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada. Já o ministro Edson Fachin, por reconhecer que inúmeras leis de conversão

atualmente em vigor apresentam o mesmo vício legislativo, votou por manter hígidas até a data do julgamento (*i.e.*, 15 de outubro), as leis fruto de emendas em projetos de conversão de medida provisória em lei, inclusive aquela impugnada na ação. Este entendimento foi seguido pela maioria da Corte (ministros Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Celso de Mello).

Financiamento empresarial de campanhas (ADI 4.650, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento concluído em 17.09.2015)

Neste ano, em uma de suas decisões mais emblemáticas, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento, iniciado em dezembro de 2013, da ADI 4.650, que questionou a constitucionalidade das normas que regulam o financiamento de campanhas. Por maioria e nos termos do voto do ministro Luiz Fux, a Corte declarou inconstitucional a participação de empresas no financiamento eleitoral, com aplicação inclusive às eleições de 2016. Porém, a maioria formada adotou fundamentos diversos para a decisão. Alguns ministros, como o ministro Luiz Fux, entenderam que o direito de participação política só se aplica a cidadãos, e não a empresas. Outros, como o ministro Luís Roberto Barroso, entenderam que empresas podem participar do financiamento eleitoral se o Congresso assim decidisse, mas que a lei impugnada era inconstitucional por não impor certas restrições mínimas que seriam exigíveis, como: (i) a impossibilidade de doar a candidatos rivais, (ii) a impossibilidade de que a empresa financiadora seja contratada pelo poder público após as eleições, e (iii) a imposição de limites máximos às doações, em valores absolutos. A ADI também impugnava dispositivo legal que previa limite percentual (10% dos rendimentos auferidos no ano anterior) para doações por pessoas físicas. Porém, não se formou maioria para a declaração de sua inconstitucionalidade.

Ficaram vencidos os ministros Teori Zavascki, Celso de Mello e Gilmar Mendes, que davam interpretação conforme aos dispositivos impugnados, para, nos termos do voto reajustado do ministro Teori Zavascki (inicialmente, o ministro havia votado pela improcedência dos pedidos formulados), acrescentar a dispositivos das leis eleitorais a vedação de

contribuições (i) de pessoas jurídicas ou de suas controladas e coligadas que mantenham contratos onerosos celebrados com a Administração Pública, e (ii) de pessoas jurídicas a partidos e candidatos diferentes que competirem entre si.

Fidelidade partidária para cargos majoritários (ADI 5.081, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgamento concluído em 27.05.2015)

Em decisão unânime, o Plenário do STF concluiu que a perda do mandato por infidelidade partidária não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário. Conforme consignou o relator, Min. Luís Roberto Barroso, o sistema majoritário, adotado para a eleição de presidente, governador, prefeito e senador, tem lógica e dinâmica diversas da do sistema proporcional. As características do sistema majoritário, com sua ênfase na figura do candidato, fazem com que a perda do mandato, no caso de mudança de partido, frustre a vontade do eleitor e vulnere a soberania popular.