

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RAPHAELA BORGES DAVID

**DECISÃO JURÍDICA E GOVERNABILIDADE NO DIÁLOGO ENTRE
JUDICIÁRIO E EXECUTIVO**

Belo Horizonte

2018

RAPHAELA BORGES DAVID

**DECISÃO JURÍDICA E GOVERNABILIDADE NO DIÁLOGO ENTRE
JUDICIÁRIO E EXECUTIVO**

Tese apresentada a Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais para obtenção do grau de Doutora, na linha de pesquisa Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: Fundamentação, Participação e Efetividade, da área de concentração Direito e Justiça, sob a orientação do Professor Doutor Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes

Belo Horizonte

2018

Nome: Raphaela Borges David

Título: Decisão jurídica e governabilidade no diálogo entre Judiciário e Executivo

Tese apresentada a Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais para obtenção do grau de Doutora, na linha de pesquisa Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: Fundamentação, Participação e Efetividade, da área de concentração Direito e Justiça, sob a orientação do Professor Doutor Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes
Aprovado em 14/12/2018

Banca Examinadora

Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes – FDUFMG

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

DEDICATÓRIA

À Cacau, Érika, Laís, Lucas, Nara e Tayara, que foram companhias cruciais para a conclusão desse trabalho. A amizade é algo poderoso e nos leva adiante quando não podemos caminhar. Somos mais, umas nas outras.

AGRADECIMENTOS

Talvez por consequência de uma cultura fraterna, expressar gratidão a si próprio pode revelar algum nível de egoísmo ou vaidade. Mas faço reservas aqui, e começo agradecendo a mim mesma. O processo de construção de uma pesquisa de doutorado é desafiador e intenso. Muitas emoções vêm à tona, e suportar todos os percalços, às vezes, parece impossível. Mas aqui está, o resultado final dessa jornada transformadora. Então expressar gratidão a mim mesma, por essa árdua vitória, é importante e engrandecedor. Um trabalho acadêmico desse nível merece essa celebração individual, uma vez que é algo que somente o seu próprio autor o compreende, em sua a plena dimensão.

Mas este trabalho não se fez sozinho.

Então agradeço ao Henrique, parceiro de vida e meu companheiro amado de caminhada. Pela compreensão das longas ausências, e pelo amor, que sempre estava lá, para me fazer mais leve e me dar a calma dos dias nebulosos.

Aos meus pais, sempre tão presentes. Minha mãe, Andréa, meu suporte e meu porto-seguro, que me ensinou desde criança a mais valiosa lição: é preciso ter asas fortes para quando o inverno chegar. Meu pai, Tadeu, meu exemplo de caráter e dedicação à luta do povo.

Aos meus irmãos, Thiago e Lucas, minhas maiores identidades, aqueles que são parte de mim e meu maior porto-seguro.

À toda minha família, tão grande e que me faz tão imensa. Avós e avô, tios e tias, primos e primas. E que cresce no amor, agregando Maria Teresa, Maria Clara, Matheus, Hugo, nova família que me faz mais forte. Do amor também veio Melissa, minha cunhada querida, que se multiplica na espera do Hugo, meu sobrinho já amado e querido. Amo todos vocês! À Ana Clara, pelo amor que ainda vamos experimentar e pelo carinho fraternal que desde já existe.

Dedico ainda aos meus amigos, que somam diariamente à minha caminhada.

Meus amigos de infância, a quem agradeço nas pessoas do Rafael e da Fran, interlocutores de anseios da vida acadêmica! Aos amigos de sempre, das nossas andanças pelo Brasil, de Juiz de Fora, de Belo Horizonte, de Ponte Nova e de Sananduva, obrigada!

Aos meus alunos e colegas professores, razão disso tudo. À Faculdade Dinâmica, que me ensinou o ofício e me acolheu em Ponte Nova. À UFV, que desafiou ser cada vez melhor. E à UFRRJ/ITR, minha nova casa, que me instiga e me faz esperançosa de que a luta pelo ensino público de qualidade e acessível a todos vale a pena. Agradeço, em especial, aos professores e amigos da Rural, Raphael Vasconcelos, Vitor Almeida, Daniela Samira, Vanessa Sampaio, Alan Rocha e Verlan Gaspar Neto pela convivência inspiradora!

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, pelo enriquecimento da pesquisa e pelas oportunidades de crescimento. Aos professores com quem convivi e aprendi, a quem agradeço na pessoa do meu orientador, Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Fernandes. Aos amigos que fiz na UFMG, em especial ao Deivide, Aninha, Tayara, Érika, Laís, Cacau, Lucas e Nara: sem o apoio de vocês, nada disse seria possível!

DAVID, Raphaela Borges. Decisão jurídica e governabilidade no diálogo entre judiciário e executivo [tese]. Belo Horizonte: Faculdade de Direito e Ciências do Estado, Universidade Federal de Minas Gerais, 2018.

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo abordar a teoria dos diálogos institucionais pela perspectiva do presidencialismo de coalizão. Após a internalização acadêmica da teoria dos diálogos institucionais, é necessário verificar a posição do Supremo Tribunal Federal nessa engrenagem nacional, dada a centralidade do presidencialismo de coalizão no país. Nesse sentido, verifica-se que a conjunção de elementos como multipartidarismo, sistema proporcional de eleição, federalismo, bicameralismo, dentre outros, exigiu a formação de coalizões políticas como artifício que conduziria à estabilidade e, conseqüentemente, a governabilidade. Verificando a decisão jurídica a partir dessa característica do desenho institucional brasileiro, verifica-se que atua o Judiciário como um possibilitador da governabilidade, em clara tendência de deferência às agendas políticas presidenciais. Aderimos, portanto, à crítica atual ao modelo atual de coalizões, para demonstrar que o Supremo Tribunal Federal referenda um sistema problemático de alianças políticas, adotando um critério consequencialista que gera uma desvinculação normativa da decisão jurídica e esvazia as conquistas constitucionais e democráticas.

Palavras-chave: Diálogos institucionais. Presidencialismo de coalizão. Governabilidade. Decisão Jurídica.

ABSTRACT

The present research aims to approach the theory of institutional dialogues from the perspective of coalition presidentialism. Afterwards the academic internalization of the theory of institutional dialogues, it is necessary to verify the position of the Federal Supreme Court in this national mesh, given the country's centrality of the coalition presidentialism. In this sense, it is verified that the combination of elements such as multi-partyism, proportional electoral system, federalism, bicameralism, among others, required the building of political coalitions as an artifice that would lead to stability and, consequently, governability. Verifying the legal decision based on this characteristic of the Brazilian institutional draft, it is verified that Judiciary acts as an enabler of the governability, in a clear tendency of deference to the presidential political agendas. We, therefore, adhere to the current critique of the current model of coalitions, aiming to demonstrate that the Federal Supreme Court probates a problematic system of political alliances, adopting a consequentialist criterion that leads to a normative decoupling of the juridical decision and deflates the constitutional and democratic achievements.

Keywords: Institutional dialogues. Coalition presidentialism. Governability. Legal Decision.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1. INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 2. O JUDICIÁRIO NO CENTRO DO SISTEMA POLÍTICO BRASILEIRO: DO ATIVISMO JUDICIAL PARA OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS.....	15
2.1. A expansão do Poder Judiciário: judicialização, ativismo e supremacia.....	17
2.2.O Poder Judiciário como arena política.....	34
2.3 Diálogos institucionais no Direito brasileiro.....	40
2.4 O passo seguinte: verificando os pressupostos institucionais para o diálogo no cenário brasileiro.....	54
CAPÍTULO 3. CAPACIDADES INSTITUCIONAIS E EFEITOS SISTÊMICOS: UM OLHAR DA ATUAÇÃO DO STF, PARA ALÉM DO MODELO DE SUPREMACIA JUDICIAL.....	57
3.1. Executivo desvinculado e a nova separação de poderes: um enfoque institucional.....	64
3.2. A contextualização no sistema presidencialista brasileiro: o que esconde a defesa do pragmatismo e do Executivo desvinculado?	73
CAPÍTULO 4. O EXECUTIVO NO CENTRO DO SISTEMA POLÍTICO BRASILEIRO: PRESIDENCIALISMO BRASILEIRO SOB A PERSPECTIVA DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO.....	78
4.1. A formação do constitucionalismo latino-americano.....	80
4.2. Hiperpresidencialismo.....	87
4.3. Presidencialismo de coalizão: o caso brasileiro.....	97
CAPÍTULO 5. AGENDA POLÍTICA E STF NOS GOVERNOS FHC, LULA, DILMA E TEMER.....	112
5.1. O sucesso das coalizões em FHC e Lula.....	114
5.1.1 O governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002).....	115
5.1.2. O governo Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010).....	122

5.2. Dilma Rousseff (2012-2016) e a crise do presidencialismo de coalizão	126
5.2.1. A cronologia do impeachment.....	129
5.2.2. A atuação do Supremo Tribunal Federal no impeachment da presidente Dilma.....	132
5.2.2.1. Os antecedentes do impeachment.....	132
5.2.2.2. O Supremo Tribunal Federal e o impeachment.....	140
5.3. Michel Temer (2016- atual)	148
5.3.1. Desapontação.....	151
4.3.2. Decisões trabalhistas: o corte do ponto de servidor público grevista e a terceirização.....	152
5.4. Supremo Tribunal Federal e governabilidade: conclusões preliminares	157
CAPÍTULO 6. A GOVERNABILIDADE NO CENTRO DO SISTEMA POLÍTICO BRASILEIRO	161
6.1. O papel do Judiciário nos diálogos institucionais frente o presidencialismo de coalização	161
6.2. As bases da decisão jurídica deferente no presidencialismo de coalizão	168
6.2.1. A preponderância de fatores externos sobre fatores normativos na decisão judicial: o discurso econômico e o esvaziamento do texto constitucional – crítica normativa.....	169
5.3.2. Independência funcional do Judiciário e reajustes salariais: a formação de uma casta judicial e seu afastamento dos compromissos constitucionais – crítica corporativista.....	179
6.3. Governabilidade e crise de legitimidade do Presidencialismo de Coalizão: existe um diálogo constitucional?	187
CAPÍTULO 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	209
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	213

CAPÍTULO 1. INTRODUÇÃO

A presente tese tem como objetivo verificar a relação entre Executivo e Judiciário, exarada na decisão jurídica do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de aprofundar os debates acerca dos diálogos institucionais, a partir da necessidade de contextualização dos pressupostos institucionais brasileiros para fixação da relação entre os poderes. Desse modo, interessa analisar como esses dois poderes, fortalecidos com a Constituição de 1988, interagem, buscando diagnosticar o pano de fundo político no qual se estabelece a decisão jurídica.

Nisso, ao lado de um Judiciário fortalecido, dotado de importantes poderes e atributos constitucionais, temos o Executivo, que exerce um papel central na ordem política. Na conjunção de elementos conflitantes, tais como multipartidarismo, sistema proporcional de eleição, federalismo, bicameralismo, dentre outros, o presidencialismo de coalizão foi uma artimanha constitucional estabelecida pelo desenho institucional como instrumento passível de trazer o sucesso e coordenação política no Brasil.

Se entendemos a decisão jurídica como um processo interativo e conectado com a perspectiva política e não isolado no seu aspecto normativo, logo, torna-se imprescindível compreender a atuação da corte constitucional a partir desse presidencialismo de coalizão. Isso porque a decisão acontece nesse espaço dialético, e se confronta com atores que tem como paradigma de atuação as coalizões governamentais. Portanto, pretende-se compreender esse pano de fundo comum do sistema político brasileiro, que sustenta as considerações institucionais locais, para enfim analisar essas imbricações que derivam consequências na atuação do Supremo Tribunal Federal.

Dessa maneira, a presente obra é uma proposta descritiva da relação entre presidencialismo de coalizão e Supremo Tribunal Federal. Lançando as bases teóricas para compreensão dos papéis desenvolvidos pelo Judiciário e pelo Executivo, objetiva-se a analisar a posição política do STF no desenho institucional brasileiro, considerando a centralidade do modelo das coalizões presidenciais para Brasil.

Para tanto, situamos no capítulo 2 o debate constitucional da atualidade, que passa de um olhar interno da decisão jurídica para considerações mais amplas sobre a posição institucional do Judiciário frente aos demais atores

políticos. Logo, apontamos as bases teóricas que iniciam na crítica de um Judiciário ativista e chega, nos dias atuais, em argumentos fundados em perspectivas dialógicas. Verifica-se que o Supremo Tribunal Federal recebe, com a Constituição de 1988, competências abrangentes, que o colocam como novo fórum de debates políticos, seja pela mediação da relação entre Legislativo e Executivo, seja pela incorporação da tarefa de proteção de direitos fundamentais.

No capítulo 3 trazemos a baila uma crítica institucional ao modelo de supremacia judicial, a partir da noção de teorias que indicam a necessidade de uma decida operacional, levando em conta as competências para decidir o caso concreto e os efeitos dinâmicos da interação entre os poderes. Tratamos, também, nesse diapasão, da teoria do Moderno Estado Administrativo, que radicaliza, para o contexto norte-americano, um Executivo forte, desvinculado de controles legalistas, que decide em uma dinâmica política pós-separação de poderes. Finalizamos o capítulo com a análise crítica das teorias então descritas, dando abertura para a contextualização necessária de tais abordagens no contexto latino-americano e brasileiro.

Dessa forma, o capítulo 4 traz o Executivo para o centro do sistema político brasileiro, lançando as bases para o reconhecimento da existência de um presidencialismo forte no contexto jurídico-político brasileiro. Começamos com uma breve reconstrução histórica da formação do constitucionalismo latino-americano, aprofundando para a compreensão do seu sistema de governo comum, qual seja, o hiperpresidencialismo. Finalizamos o capítulo compreendendo o modelo brasileiro e suas peculiaridades, firmando as bases teóricas para compreensão do fenômeno do presidencialismo de coalizão na Constituição de 1988.

O capítulo 5 faz uma análise de exemplos jurisprudenciais, para testar na prática do Supremo Tribunal Federal a relação entre Judiciário e Executivo. A ideia é testar a ascendência da agenda política presidencial nas decisões do Supremo Tribunal Federal, quando pontos sensíveis à governabilidade foram ali questionados. Confrontando as competências desses dois poderes, verificamos como se dá o diálogo consubstanciado na agenda política e no presidencialismo de coalizão. Trazemos algumas decisões emblemáticas, com o recorte de pesquisa em três períodos, quais sejam: (i) as coalizões de sucesso de Fernando

Henrique Cardoso e Lula; (ii) o segundo governo Dilma Rousseff e a crise do presidencialismo de coalizão; e (iii) o governo Michel Temer e o completo alinhamento do STF à coalizão. Conclui-se pela governabilidade como elemento característico do diálogo entre corte e Presidente, tendo a decisão jurídica se aproximado de argumentos consequencialistas de uma pretensa busca por estabilidade.

Por fim, chegamos ao capítulo central da tese, em que concluímos pela deferência do STF ao Executivo, dada a centralidade que o presidencialismo de coalizão ocupa no nosso sistema político. Se entendemos a governabilidade como a capacidade decisória do Presidente da República, temos que o STF atua no sentido de obstar uma paralisia decisória prejudicial aos intentos governamentais. Resta saber, entretanto, como o Poder Judiciário equaciona seu compromisso constitucional perante o anseio de estabilidade, sendo necessário investigar a densidade democrática dessa relação. Conclui-se pela falência do modelo de coalizões a partir do abandono da legitimidade na formação das alianças políticas, estando o Judiciário também imerso nessa lógica de poder, compactuado em uma agenda comum. Nesse sentido, a corte é integrante pleno desse sistema político e se movimenta também a partir dos interesses de classe e da manutenção da estabilidade, sobrepondo argumentos pragmáticos à argumentos de princípios nas decisões jurídicas. Há um diálogo ativo entre as instituições, porém, completamente distanciado da noção de integridade a Constituição requer.

Logo, as expectativas que se formaram a partir da Assembleia Constituinte, de que o Poder Judiciário atuaria como um mediador da relação entre Legislativo e Executivo, se frustrou. No paradoxo das Constituições latino-americanas, que avançam na garantia de direitos fundamentais, combinado com o desejo autoritário de manter a ordem, delega-se muitos poderes ao Executivo, criando-se um problema para concretização daqueles. Ou seja, as peculiaridades do nosso desenho institucional deve ser o ponto de partida para qualquer análise normativa que se pretenda fazer da decisão jurídica e da atuação da corte constitucional. Isso porque não basta a existência de um Judiciário forte e dotado de competências para concretização de direitos. A inserção dessa instituição no modelo do presidencialismo de coalizão condiciona e molda a atuação da corte, sendo imprescindível compreender e descrever

melhor esse palco no qual se desdobra as relações democráticas brasileiras.

CAPÍTULO 2. O JUDICIÁRIO NO CENTRO DO SISTEMA POLÍTICO BRASILEIRO: DO ATIVISMO JUDICIAL PARA OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

O direito constitucional brasileiro firmou-se, durante muito tempo, em torno do debate acerca da centralidade do Supremo Tribunal Federal no nosso sistema político, debatendo aspectos positivos e negativos da atuação da corte como protagonista da nova democracia. A interpretação constitucional passou ser o foco central dos estudos constitucionais, com a nítida preocupação de teorizar, normativamente, a decisão jurídica dessa corte que, ativamente, decide os rumos da sociedade brasileira. Num primeiro momento, portanto, o debate constitucional brasileiro se fixou em verificar a atuação da corte a partir dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política.

Em largo avanço atualmente pelo mundo e pelo Brasil, entretanto, as chamadas teorias dos diálogos institucionais têm ganhado cenário, propondo uma interpretação constitucional compartilhada por vários atores. Nesse sentido, a teoria constitucional passa rever as teorias meramente normativas que buscam restringir a discricionariedade judicial, através da proposição de teorias dialógicas interpretativas sobre como decidir sobre a Constituição.

Nesse sentido, a metáfora do diálogo tem se tornado cada vez mais onipresente na teoria constitucional¹, questionando um eventual monopólio do Poder Judiciário na determinação do sentido da Constituição. Ao revés, trata a fiscalização constitucional como um processo interativo, interconectado e dialético, dando lugar a uma teoria capaz de atenuar ou até mesmo superar a força que a dificuldade contramajoritária da Jurisdição Constitucional. Critérios interpretativos direcionado aos juízes são substituídos por um processo institucional através do qual decisões são tomadas sobre o significado da

¹ O tema, porém, não é recente. Autores como Bickel, Louis Ficher e Bruce Ackerman, para citar alguns, já trabalhavam a ideia desde a década de 1960, no direito norte-americano, em expressões como colóquio contínuo, conversa permanente, e até mesmo, diálogos constitucionais. Todas procuram uma terceira via que extrapole à determinação de uma última palavra, buscando soluções para dificuldade contramajoritária na figura do diálogo e na própria separação de poderes. Para mais v. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011; BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise. Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. *Brooklyn Law Review* Vol. 71 (3), 2006, pp. 1.109/1.180.

Constituição. Logo, as teorias do diálogo institucional tem como escopo tratar da interpretação constitucional como um processo de elaboração compartilhada entre vários atores, segundo as peculiaridade do caso concreto e as capacidades de decidir naquele determinado momento (BATEUP, 2006, p. 1111).

Dessa forma, na velha celeuma entre jurisdição constitucional e democracia, enquanto o debate se firmava em torno de se saber se alguma teoria é capaz de resolver a objeção democrática ao *judicial review* e se alguma teoria traz uma visão normativa atraente para o papel do Judiciário no constitucionalismo democrático, as teoria dialógicas focam em suprir tal déficit democrático através de uma visão realista sobre as capacidade das cortes e dos demais órgãos envolvidos no debate. Aqui, a preocupação é lidar com construção do significado constitucional através de um processo dinâmico, que exorbita o espaço meramente judicial para incluir o papel de outros poderes e atores constitucionais. Nesse espectro, a própria Constituição aloca as capacidades de cada instituição, tendo respectivas autoridades para gerar interpretações, eliminando, dessa forma modelos de interpretação autocentrado e hierarquizado no Poder Judiciário apenas (BATEUP, 2006, 1135-1136). As teorias do diálogo, portanto, tem o propósito de reconciliar autoridade judicial e democracia de forma mais eficaz que as teorias centradas somente no método judicial.

Para os fins a que se propõe este trabalho, precisamos, primeiramente, revisitar o papel do Poder Judiciário no sistema político atual, compreendendo como essa questão está colocada entre no direito brasileiro. Passaremos a tratar, portanto, do fenômeno da expansão do Poder Judiciário, e da revisão sobre a crítica aos institutos da judicialização da política, bem como do ativismo judicial. Em segundo momento, trataremos da teoria do seguro político, de Tom Ginsburg, que elucida o papel de arena de debates políticos das cortes constitucionais, como fórum alternativo para desafiar as questões governamentais. Após, traremos as bases da teoria do diálogo institucional no Direito brasileiro, para concluir pelo importante avanço na temática no país. Por fim, a guisa de conclusão do capítulo, aprofundaremos o debate inicial acerca dos diálogos institucionais, para trazer as bases de discussão para a centralidade do sistema de governo adotado no Brasil, qual seja, presidencialismo de coalizão, nesse desenho institucional.

Trata-se, portanto, de definir bases teóricas para, posteriormente, traçar nosso questionamento principal, qual seja, saber se a afirmação de que o Poder Judiciário é personagem central do sistema político brasileiro é sólida e comprovável do ponto de vista institucional. Isso porque, tanto as teorias do método jurídico quanto as teorias que adotam a perspectiva dialógica ignoram considerações fáticas sobre o desenho institucional brasileiro, principalmente sobre a relação com o Executivo. A resposta correta para posição do Supremo Tribunal Federal no sistema político brasileiro deve ser extraída do desenho institucional traçado pela Constituição de 1988, tendo como pressuposto fundamental sua relação com Presidencialismo de Coalizão, que, como pretendemos demonstrar, sustenta as considerações institucionais no Brasil. Logo, questionamos as teorias que afirmam a existência de um protagonismo judicial, para aderir, aqui, uma perspectiva dialógica entre as instituições. Ademais, tal perspectiva dialógica também deve ser posta à prova em face do modelo de presidencialismo que se desenvolve no Brasil, focado em governabilidade e estabilidade do sistema político, no qual, inevitavelmente, se encaixa também a corte constitucional.

2.1. A expansão do Poder Judiciário: judicialização, ativismo e supremacia

Parte-se, então, da necessidade de se compreender o papel desenvolvido pelo Judiciário no desenho institucional brasileiro, como pressuposto essencial para verificar, contextualmente, a sua posição política perante os demais poderes. Isso porque já é pacífico na academia e no imaginário popular, a forte presença do Supremo Tribunal Federal na afirmação dos rumos da vida da sociedade brasileira. A Constituição de 1988 inaugurou um sistema de expansão das competências desse poder, que passou a ocupar um espaço de importante protagonismo nas decisões políticas do país. Em um rápido memorar pela história recente do Brasil, observa-se que o STF se encontrará presente nos momentos mais marcantes da nossa trajetória política pós-88, o torna latente a compreensão desse fenômeno sob a ótica do direito constitucional.

Na tensão entre democracia e constitucionalismo, preocupa-se com a

legitimidade democrática dos sistemas de Jurisdição Constitucional. O Brasil, seguindo tendência observada também no âmbito global, percebe o chamado fenômeno de expansão do Poder Judiciário, a partir de um fortalecimento da jurisdição constitucional e da atuação decisiva das cortes constitucionais em questões nucleares da política nacional. Como reação à essa inflação judiciária, a doutrina focou-se em um acirrado debate sobre a legitimidade da decisão judicial frente ao caráter democrático do Legislativo, perguntando-se, quem deveria ter a última palavra sobre o sentido da Constituição.

O debate surge no dilema de qual posição é a mais virtuosa para ser tomada pelos tribunais, quais sejam, de moderação (autorrestrição) ou de ativismo. Para Ronald Dworkin², a primeira postura implica na manutenção das decisões dos outros setores do governo pelos tribunais, exceto quando esta fere claramente a moralidade política ou precedentes inequívocos. Ao revés, o ativismo judicial afirma a atuação dos magistrados orientados pelas chamadas cláusulas constitucionais vagas, tais como legalidade, liberdade, dentre outros (DWORKIN, 2010, p. 215).

Como ponto de partida, faz-se necessário retomar a diferenciação entre judicialização e ativismo judicial, que durante muito tempo tomou conta dos debates constitucionais acerca do protagonismo do Poder Judiciário. Ambos se inserem no contexto de expansão do Poder Judiciário, ocorrido no pós II Guerra Mundial, em que as Constituições passam a ganhar um papel de central no ordenamento jurídico como elemento essencial para legitimidade do poder estatal. Fala-se nesse ponto da abertura para criação de um novo direito, aqui chamado de direito pós-bélico. Nesse novo paradigma, o Poder Judiciário eleva seu papel de mero aplicador da lei, para o de um intérprete com capacidades institucionais de determinar o significado e a extensão do texto constitucional.

Para Luís Roberto Barroso, judicialização significa o Poder Judiciário

² Importante ressaltar um equívoco comum entre os leitores mais apressados de Dworkin, em afirmá-lo como defensor de um ativismo judicial. Ainda que seu modelo interpretativo passe por uma defesa da integridade e da interpretação criativa, o autor tece importantes críticas ao ativismo judicial, tais como: “O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpreta-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.” In: DWORKIN, R. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

tomando, em caráter final, decisões sobre temas centrais da vida em sociedade. Trata-se de um fato constatado a partir do próprio desenho institucional, que no caso brasileiro, cria um sistema de controle de constitucionalidade atuante para defesa de uma Constituição extensa. Dentre as causas possíveis, cita:

Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas. No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas. (BARROSO, 2008, p. 7)

Conforme aponta CITTADINO, a judicialização da política é fenômeno atrelado à superação do constitucionalismo liberal, de viés positivista, que dá lugar à um conjunto de princípios e regras protetivos do ideal da igualdade-dignidade humana e da participação político-jurídico. Ademais, ainda que a crescente judicialização possa representar, em equivocada análise, o fim das paixões políticas, substituídas pelo império do direito, há que se considerar que o palco da ação jurídica também representa uma arena de participação política (CITTADINO, 2004, p. 106). No mesmo sentido, afirma:

“Para isso, o processo de ‘judicialização da política’ não precisa invocar o domínio dos tribunais, nem defender uma ação paternalista por parte do Poder Judiciário. A própria Constituição de 1988 instituiu diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios e essa tarefa é responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que depende, é

verdade, da atuação dos tribunais, mas, sobretudo, do nível de pressão e mobilização política que, sobre eles, se fizer.” (CITTADINO, 2004, p. 110)

O ativismo judicial, por sua vez, tem, tradicionalmente, uma conotação de crítica de um Poder Judiciário que expande, de forma indevida, suas funções, a partir de decisões invadem competências devidas aos outros poderes. Historicamente, o termo é cunhado para caracterizar a atividade da Suprema Corte norte-americana sob o comando do presidente Justice Earl Warren (1953-1969). Contrasta com posturas minimalistas de autocontenção judicial, e se diferencia da judicialização por sua conotação de crítica à uma postura decisionista e de larga discricionariedade.

O pensamento se desenvolve, em grande parte, focado na experiência norte-americana do caso *Marbury vs. Madison*³, que incentiva um papel das cortes como determinantes no significado constitucional e que é ponto de partida para expansão do Poder Judiciário no tange ao controle de constitucionalidade⁴.

³ Excluímos, para fins de análise do fenômeno da expansão do Poder Judiciário, as considerações históricas no marco da matriz austríaca de controle de constitucionalidade, uma vez que não figura para doutrina majoritária marco fundamental do tema ora tratado. Conforme bem aponta ABBoud: “O modelo kelseniano era o remédio para todas essas angústias, dado que garantia o monopólio do controle de constitucionalidade ao Tribunal Constitucional e lhe atribuía a natureza de ‘legislador negativo’, com a qual, a um só tempo, assegurava: solução única às controvérsias constitucionais e demonstrava a complementariedade do órgão encarretado do juízo de constitucionalidade face ao parlamento, revelando que o modelo de jurisdição constitucional desenhado intencionava reforçar o poder do legislativo e protegê-lo frente ao judiciário. Assim, negava-se aos juízes a possibilidade de anular a lei por intermédio de sua ‘desaplicação’ no caso concreto, sob argumento de que a anulação deveria ter a generalidade da elaboração de uma lei, de modo que o Tribunal Constitucional se convertia em um órgão do legislativo (um legislador negativo), atuando de maneira colaborativa para com este ao reafirmar a sujeição dos juízes à legislação vigente. Daí nossa insistência na necessidade de superação do modelo puramente kelseniano de controle de constitucionalidade, que além de reduzi-lo a uma espécie de vertente do processo legislativo, alijava os juízes da interpretação do texto constitucional, como se apenas o Poder Legislativo fosse seu destinatário. De certa forma, enquanto o sistema norte-americano se fundava no desejo de conceder maior poder ao Judiciário – o que era motivado pela confiança que nos Estados Unidos se tinha nos juízes e na desconfiança nutrida em relação ao parlamento –, o modelo europeu-kelseniano pauta-se pelo oposto: uma cultura de desconfiança nos magistrados, porque vistos como aristocratas e autoritários, e confiáveis para o Legislativo.” In: ABBoud, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 107.

⁴ Conforme aponta Georges Abboud, o antecedente real para a doutrina do controle de constitucionalidade data do início do século XVII, no caso inglês *Bonham*, em que Edward Coke, *chief of justice* da *Court of common pleas*, imputou aos magistrados a defesa da supremacia da *common law* em face de atos arbitrários do rei e do parlamento. A doutrina, entretanto, não exerce muita influência ou continuidade no direito inglês, razão pela qual se reputa ao direito norte-americano o início concreto da defesa da primazia da Constituição, uma vez que neste caso é que serão delineadas as principais características da doutrina adotada nos dias atuais. Para mais sobre o histórico do *Bonham’s case*, v. ABBoud, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*.

O caso *Marbury vs. Madison* gira em torno da nomeação incompleta de Willian Marbury para juiz de paz no Distrito de Columbia. John Adams, então presidente norte-americano, sendo derrotado para uma reeleição em 1800 por Thomas Jefferson, utiliza-se do período final de seu mandato para promover uma série de reformas benéficas aos interesses de seu partido federalista. Intitulada de *Midnight Judges Act*, a ação de Adams visa lotear cargos estratégicos do Poder Judiciário, mantendo sua influência mesmo após entrega do cargo de presidente ao partido democrata-republicano. Marbury é um dos magistrados nomeados pelo presidente Adams, mas, por questões burocráticas, não recebeu, naquele governo o diploma que efetivamente o empossava no cargo. A ação parte do intento de Marbury de obter no novo secretário de justiça, James Madison, o diploma que agora lhe era recusado. Paralelamente, em 1802, o Congresso Nacional aprova ato legislativo de revisão ao *Midnight Judges Act*, que, dentre outras disposições, criou uma série de dificuldades para desenvolvimento da sessão da Suprema Corte (que julgava o caso *Marbury vs. Madison*), durante o período de 1802 a 1803.

Quando a corte retoma o julgamento do caso de Madison, em 1803, a situação política de embate entre os partidos federalista e democrata-republicano é tensa, evidenciando o pano de fundo político que informará a decisão do caso. Ressalte-se, nesse contexto, o justice John Marshall, responsável pela decisão histórica deste julgado, assim como Madison, foi beneficiado pelo *Midnight Judges Act*, o qual o indicou para juiz da Suprema Corte. À época do embate, juízes federalistas temiam uma redução de seus cargos, enquanto o próprio presidente Jefferson demonstrava intenção de não seguir uma eventual decisão jurídica que retirasse o *Repeal Act* (ABBOUD, 2016, p. 521-523).

O juiz Marshall opta por uma saída formal, em questão preliminar, sem atacar diretamente o mérito. Defende a inconstitucionalidade de várias reformas no Poder Judiciário, baseada na ideia de que o Congresso não poderia alterar a Constituição da mesma forma como altera uma norma ordinária. Defendeu, ali, que a Constituição era revertida de supremacia, o que, em consequência, determinava competência da Suprema Corte para fiscalizar os atos do

Congresso Nacional que fossem contraditórios a norma constitucional. Pertinente trazer a decisão de Marshall, ainda que longa a citação⁵:

Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. [...] Certainly all those who have framed written Constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be that an act of the Legislature repugnant to the Constitution is void.[...] It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each. [p178] So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the Courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the Legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.[...] Here, the language of the Constitution is addressed especially to the Courts. It prescribes, directly for them, a rule of evidence not to be departed from. If the Legislature should change that rule, and declare one witness, or a confession out of court, sufficient for conviction, must the constitutional principle yield to the legislative act? From these and many other selections which might be made, it is apparent that the framers of the Constitution [p180] contemplated that instrument as a rule for the government of courts, as well as of the Legislature. Why otherwise does it direct the judges to take an oath to support it? This oath certainly applies in an especial manner to their conduct in their official character. How immoral to impose it on them if they were to be used as the instruments, and the knowing instruments, for violating what they swear to support! The oath of office, too, imposed by the Legislature, is completely demonstrative of the legislative opinion on this subject. It is in these words: I do solemnly swear that I will administer justice without respect to persons, and do equal right to the poor and to the rich; and that I will faithfully and impartially discharge all the duties incumbent on me as according to the best of my abilities and understanding, agreeably to the Constitution and laws of the United States. Why does a judge swear to discharge his duties agreeably to the Constitution of the United States if that Constitution forms no rule for his government? if it is closed upon him and cannot be

⁵ Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>. Acesso em 18.04.2018

inspected by him? If such be the real state of things, this is worse than solemn mockery. To prescribe or to take this oath becomes equally a crime. It is also not entirely unworthy of observation that, in declaring what shall be the supreme law of the land, the Constitution itself is first mentioned, and not the laws of the United States generally, but those only which shall be made in pursuance of the Constitution, have that rank. Thus, the particular phraseology of the Constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written Constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void, and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument. The rule must be discharged.

Logo, observa-se que o contexto que ensejou a afirmação da doutrina da supremacia da Constituição, bem como a necessidade da instituição de um mecanismo judicial de controle da sua constitucionalidade, se dá na disputa política pelo desenho institucional e pelo poder que se estende aos magistrados naquela situação. O que alimenta a decisão, ainda que concordamos com seus fundamentos e com sua pertinência, é um elemento estratégico acerca da administração da justiça, com forte viés político. Dessa forma, no marco da intuição do modelo difuso de controle de constitucionalidade, temos a tensão entre os poderes Executivo e Judiciário, tema dessa pesquisa, como pano de fundo da decisão que afirmou a teoria da supremacia da Constituição. Em *Marbury vs. Madison* a disputa travada implica numa decisão política do presidente que atua sobre a configuração do Poder Judiciário norte-americano. Ou seja, o caso concreto que fomentou a famosa decisão da Suprema Corte norte-americana é também uma questão corporativa, de administração política da justiça, que denota a importância desse aspecto estratégico de atuação das cortes em torno, também, de interesses internos a carreira.

Na própria discussão que antecede a Constituição norte-americana de 1787, os federalistas apontam o papel do Judiciário de equilíbrio entre os poderes, que é base fundamental para a decisão de *Marbury vs. Madison*. Essa fase norte-americana traz o espírito do novo Estado e do novo Direito, que fortemente inspirará o direito brasileiro, principalmente, no fortalecimento do Poder Judiciário vindo com a Constituição brasileira de 1988.

Primeiramente, temos nos *Federalist Papers* um desenho ideal de

separação de poderes, que supera a ideia de poderes separados e distintos entre si, sem que essa noção destrua o pilar essencial de governo livre⁶ (MADISON, 2011, p. 437-446). Nisso decorre a ideia moderna de separação de poderes, de freios e contrapesos, no qual Madison⁷ imagina “*a estrutura interna do governo de tal modo que as suas partes constituintes possam, através das suas relações mútuas, constituir os meios de se manter umas às outras nos devidos lugares*”. O federalista alega ser o governo uma das maiores reflexões da natureza humana, demonstrando assim uma desconfiança extraída da experiência histórica que precede a ideia de controle mútuo, para que se mantenha a vontade do povo como controle primário das fraquezas humanas⁸ (MADISON, 2011, p. 467-473).

Em segundo lugar, desenvolvem os pais federalistas uma noção que de valorização do Judiciário, este, de menor potencial ofensivo, em relação ao Legislativo e Executivo, que possuem grande poderes. As funções legislativas, pelo seu exercício, têm o condão de atrair para si imensos poderes. Isso ocorre porque o legislativo tem poderes constitucionais mais alargados e com limites imprecisos⁹, com maior facilidade de “esconder” em seus atos medidas de usurpações de poderes¹⁰ (MADISON, 2011, p. 447-454). Em célebre passagem,

Quem quer que considere atentamente os diferentes departamentos do poder deve perceber que, num governo em que eles estão separados uns dos outros, o poder judicial, pela natureza das suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição, porque será o menos capaz

⁶ Ideia exposta n’O Federalista nº 47 [46], publicado por James Madison em 30 de janeiro de 1788, com o título A estrutura específica do novo governo e a distribuição de poder entre as suas diferentes partes.

⁷ Ideia exposta n’O Federalista nº 51 [50], publicado por James Madison em 08 de fevereiro de 1788, com o título A estrutura do governo deve fornecer os freios e contrapesos (*checks and balances*) adequados entre os diversos departamentos.

⁸ Nesse sentido, “*A justiça é o objetivo do governo. É o fim da sociedade civil. Ela sempre foi, e será procurada até que seja obtida, ou até que a liberdade seja perdida nessa porfia. [...] Na vasta república dos Estado Unidos, e entre a grande variedade de interesses, partidos e seitas que ela abrange, uma coligação da maioria da sociedade raramente poderá ter lugar com base em quaisquer princípios que não sejam os da justiça e do bem geral.*” (MADISON, 2011, p. 473)

⁹ A Constituição brasileira de 1988 não seguiu esse movimento, sendo, comparativamente, o poder que menos recebeu competências no atual desenho institucional. Nesse capítulo desenvolveremos a tese de expansão do Poder Judiciário, enquanto no capítulo 4, trataremos da valorização dos poderes presidenciais.

¹⁰ Ideia exposta n’O Federalista nº 48 [47], publicado por James Madison em 01 de fevereiro de 1788, com o título “Os departamentos do novo governo não devem ser tão separados ao ponto de perderem o controle constitucional de uns sobre os outros”.

de molestá-los ou de lhes causar dano. O Executivo não só distribui as honrarias, mas empunha a espada da comunidade. A legislatura não só comanda a bolsa, mas prescreve as normas pelas quais se devem regular os deveres e direitos de todos os cidadãos. O judicial, pelo contrário, não tem nenhuma influência sobre a espada ou sobre a bolsa; nenhuma condução da força ou da riqueza da sociedade; e não pode tomar nenhuma resolução activa, seja ela qual for. Pode ser dito com verdade que não tem Força nem Vontade, mas apenas juízos. E tem de depender em última instância da ajuda do braço executivo para a eficácia dos seus juízos (MADISON, 2011, p. 683).

Como é compreendido pelos federalistas como o mais indefeso dos poderes, cuida-se de delegar ao Judiciário competências que lhe dê a capacidade de defesa de eventuais ataques dos demais poderes. Atribui-se, portanto, ao Judiciário a competência de guardião da Constituição, como forma de se proteger a soberania popular de eventual arbítrio do Legislativo e Executivo. Ao Judiciário compete, portanto, esclarecer o sentido da Constituição, atuando como um corpo intermediário entre o povo e a legislatura, principalmente para manter este e o Executivo dentro dos limites traçados pela lei¹¹ (MADISON, 2011, p. 681- 691).

Extrai-se, da decisão de Marshall, um importante fundamento para uma expansão do poder do Judiciário, baseado, principalmente numa competência dada constitucionalmente às cortes para proteger o sentido da Constituição. A partir daí, fica definido as bases de justificação do controle de constitucionalidade, tratado, inclusive, como direito fundamental de preservação da vontade constitucional e do próprio Estado de Direito.

A partir dessas bases históricas que inspiraram o direito brasileiro na configuração dos poderes, encontramos teoria proposta por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, que, sistematizando o fenômeno do ativismo judicial, o define como um exercício expansivo dos poderes político-normativos do Judiciário, em face dos demais atores políticos (2014, p. 37). O ativismo, na perspectiva do autor, não é necessariamente uma ação ilegítima dos tribunais e se manifesta de forma múltiplas, a depender de inúmeros fatores político, sociais e jurídico

¹¹ Ideia exposta n'O Federalista nº 78 [77], publicado por Alexander Hamilton em 28 de maio de 1788, com o título O Departamento Judicial.

dos determinados contextos históricos. Parte-se do pressuposto de que nos últimos anos houve uma nítida alteração quantitativa e qualitativa do espaço ocupado pelo Supremo no cenário sociopolítico, elevando o padrão de interação com os demais poderes.

Certo da dificuldade de reduzir o fenômeno a critérios de identificação específicos, sistematiza Campos cinco dimensões do ativismo judicial, que auxiliarão na compreensão do papel do Judiciário frente ao desenho institucional. Apoiar-se em cinco premissas, quais sejam: (i) a ideia de que o ativismo judicial não é uma questão de correção de mérito das questões judiciais, e sim, uma postura expansiva de poder político-normativo das cortes; (ii) que o ativismo judicial não é aprioristicamente legítimo ou ilegítimo; (iii) que há um caráter dinâmico e contextual imprescindível para identificação e validação do fenômeno; (iv) há uma pluralidade de variáveis contextuais moldando o ativismo judicial; e (v) a explicação do ativismo judicial como um fenômeno de estrutura adjudicatória multidimensional (CAMPOS, 2014, p. 36). Debruçando-se sobre essa última premissa, pretende identificar e categorizar o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, uma vez que o tema é fértil e carece de uma definição conceitual mais precisa. Sua sistematização é um “facilitador cognitivo” para identificação do fenômeno do ativismo de forma mais objetiva.

A primeira dimensão é denominada pelo autor de **ativismo judicial metodológico**. Cuida do viés interpretativo da decisão, em que o magistrado criativamente constrói o significado do direito para o caso concreto, superando, assim, a noção kelsiana do juiz como legislador negativo. Nessa postura, a defesa de direitos fundamentais exige do magistrado uma postura interpretativa criativa como ação indissociável para concretização dos valores exarados no texto constitucional. Enquadra-se nessa dimensão não apenas a interpretação e aplicação da norma constitucional, como também, atos mais específicos, tais como as técnicas de interpretação conforme a Constituição, de declaração de nulidade parcial, de controle de constitucionalidade por omissão, bem como decisões maximalistas, que pela amplitude acabam por restringir a ação futura dos demais poderes (CAMPOS, 2014, p. 275-277).

Uma segunda dimensão ativista construída por Campos é o **ativismo judicial processual**. Implica numa expansão dos instrumentos processuais de atuação do STF, pelo alargamento das hipóteses de cabimento de ações na

corte, e consequente restrição das cortes inferiores. Cita como exemplos, as ampliações jurisprudenciais do cabimento de Reclamação, as teorias construídas pelos ministros do STF de ampliação da eficácia de decisões de controle de constitucionalidade e no mandado de injunção, a afirmação de súmulas vinculantes sem a controvérsia judicial necessária e o uso irrestrito do instituto da repercussão geral (CAMPOS, 2014, p. 305-307).

A terceira dimensão é do **ativismo judicial estrutural ou horizontal**, em que a atuação ativista judicial se dá perante a invasão no campo de atuação dos poderes Legislativo e Executivo. Trata-se de compreender como o STF se comporta perante as decisões dos demais poderes, ou seja, o quanto a corte interfere nas decisões tomadas pelos outros atores sociais, atuando em áreas que são tradicionalmente reservadas a estas personagens democráticas. Tal dimensão se enquadra nos anseios da relação entre direito e política, na linha tênue entre o benefício da dúvida e a validade constitucional dos atos sob controle do Judiciário (CAMPOS, 2014, p. 314-316).

Outra dimensão apontada pelo autor é do **ativismo judicial de direitos**. Evidencia o papel social e político da interpretação de direitos, através da qual o STF alcança a concretização de direitos fundamentais. Trata-se de um viés ético da atuação dos magistrados, em que se reafirma um núcleo inafastável de proteção constitucional de direitos humanos, explicitados nas noções de dignidade da pessoa humana, autonomia individual e garantia do mínimo existencial (CAMPOS, 2014, p. 322-324).

Por fim, temos a dimensão do **ativismo judicial antidialógico**, em que se coloca a corte como única instituição apta a interpretar a Constituição e a dotá-la de significado. Rompe com a noção de construção coordenada de significado para a Constituição e com o respeito aos espaços de competência alheia que constitui a legitimidade da atuação do Tribunal de interpretação constitucional (CAMPOS, 2014, p. 332-338).

Apesar da classificação proposta por Campos, Lênio Luiz Streck (2016) demarca, na diferenciação entre ativismo e judicialização que o primeiro sempre será ruim para democracia, uma vez que decorre de visões pessoais dos juízes e evidencia uma substituição do debate político pela vontade do julgador. O fenômeno da judicialização, entretanto, sempre existirá em regimes democráticos sustentados por Constituições normativas, podendo ser positivo

ou negativo, a depender do caso concreto. Passa, portanto, por uma questão de engenharia institucional que coloca, por vez, os tribunais como atores políticos essenciais para funcionamento do sistema político. A partir do momento em que o Direito institucionalizou a moral em Constituições compromissório-sociais, surge também um direito fundamental a uma resposta adequada constitucionalmente falando, derivado do dever fundamental de motivar as decisões jurídicas. Logo, a colonização do mundo da vida pelo Judiciário, segundo Streck, deve ser compreendida tendo em vista a importante diferença entre ativismo e judicialização.

Sem diferenciar ativismo e judicialização, Glauco Salomão Leite (2014), por sua vez, adota uma perspectiva neutra, institucional e pluridimensional acerca do primeiro. Dessa forma, o ativismo judicial seria, na visão do autor, uma resposta a estímulos institucionais, que se manifesta em ambientes políticos favoráveis a expansão dos poderes de decisão das cortes, como ocorre no Brasil pós Constituição de 1988. Condena uma utilização subjetiva e arbitrária da expressão “ativismo judicial”, como suficiente para avaliar o comportamento do STF. Leite, dessa forma, elenca algumas implicações metodológicas para compreensão do ativismo judicial no esquema estrutural da separação de poderes. Primeiro, trata de não alinhar, automaticamente, as perspectivas ativistas ou de autocontenção a bandeiras ideológicas, indicando, genericamente, maior ou menor grau de conservadorismo das cortes. Em segundo lugar, não liga o ativismo judicial ao conteúdo da decisão, uma vez que se trata de uma abordagem institucional da atuação do STF, que deriva do desenho institucional brasileiro. Por fim, aponta que ativismo, em oposição ao pensamento de Streck, não será sempre sinônimo de abuso ou arbítrio. É um simples fato da vida judicial, que deve ser compreendido à luz da respectiva cultura político-jurídica que o inspira, e não como uma categoria da interpretação jurídica (LEITE, 2014, p. 12-16).

Considerando a posição exercida pelo Judiciário brasileiro no sistema político como uma questão derivada da arquitetura constitucional de 1988, Rodrigo Brandão, propõe-se a refutar duas afirmativas comuns no direito: (a) primeiramente, um argumento histórico, pelo qual caberia ao poder Judiciário a responsabilidade, inquestionável e estável, pela última palavra na interpretação da Constituição, a partir do momento que se institui a necessidade de uma

jurisdição constitucional; (b) em segundo lugar, um argumento normativo, pelo qual a própria ideia de supremacia da Constituição coloca a interpretação judicial como definitiva, sob risco dos poderes políticos se tornarem absolutos na ausência de uma limitação (BRANDÃO, 2017, p. 10). Alerta o autor, que a crítica virá, essencialmente, pelo “formalismo estéril” gerado pelas questões acima apontadas, bem como por uma desconexão com a realidade institucional do poder Judiciário. Segundo o autor,

Com efeito, considerar que, diante da presença da supremacia da Constituição, a autoridade interpretativa do Judiciário é absoluta, ahistórica e efetiva politicamente somente é procedente caso também se acredite que a interpretação é uma atividade puramente jurídica, ou seja, uma atividade técnica que se resume a aplicar o instrumental da hermenêutica constitucional ao texto constitucional (2017, p. 10).

Para além da conceituação da atuação da corte constitucional como ativista, há que se considerar, portanto, o caráter político do Judiciário, compreendendo seu desenho institucional bem como sua relevância na resposta de questões complexas para todas as instituições políticas e para toda a sociedade. Nesse sentido, Oscar Vilhena (2008, p. 444-450) cunhou a expressão *Supremocracia* para denotar essa expansão de poder que ocorre a partir da Constituição de 1988. Indica tanto a autoridade do STF em relação as demais instâncias do Judiciário quanto em relação aos demais poderes. Destaca o autor o marco da criação das Súmula Vinculantes que consolidou a capacidade do STF de governar jurisdicionalmente. Segundo o autor, trata-se de uma escolha institucional ambiciosa, uma vez que um grande número de matérias está constitucionalizado, levando a uma explosão de litigiosidade constitucional. Ademais, o STF acumulou à função de corte constitucional as funções de foro especializado e de tribunal de apelação, em claro movimento do constituinte de tentativa de proteger a Constituição contra eventuais ataques.

Conforme aponta Brandão, o Supremo Tribunal Federal parece ter adotado a tese da supremacia judicial, em especial, na ADI 2.860. Ocorre que o termo, apesar da larga produção acadêmica acerca da legitimidade da jurisdição

constitucional, não é totalmente confortável aos pesquisadores brasileiros, faltando produção específica sobre o assunto. Há pouca teorização sobre questões como “quem é” e “quem deve ser” o intérprete final da Constituição, enquanto o debate sobre como interpretar a Constituição já se encontra, por sua vez, saturado. Nesse sentido, aponta o autor que uma combinação entre conceitos como judicialização da política e ativismo judicial resultam numa concepção ampla de supremacia judicial, que conjuga: (a) um formalismo para reversão de decisões da Suprema Corte, as quais só podem ser revista por meio de Emenda Constitucional (e nunca por lei ordinária ou complementar); (b) o encaminhamento de todas as questões políticas importantes para interpretação e julgamento pelo Judiciário; (c) a adoção de raciocínios fluídos pelos juízes para interpretar as questões constitucionais (BRANDÃO, 2017, p. 21-27) Logo, a supremacia judicial seria, tradicionalmente, uma derivação lógica da própria existência da Constituição, enquanto texto legal, bem como da própria história legal que ressalta o papel do Judiciário em garantir o significado do seu texto livre de abusos e arbítrios e na proteção do Estado de Direito.

Na realidade, há um risco importante do Judiciário, ao interpretar a Constituição, desnaturar o Poder Constituinte, a partir da aquisição de uma independência que desconstrói a necessidade de uma justificação de suas próprias decisões. Isso porque, não há nada na teoria da supremacia judicial que garanta que a interpretação do Judiciário será, a priori, mais benéfica aos direitos fundamentais do que uma eventual interpretação legislativa. (BRANDÃO, 2017, p. 31).

O que observamos, e pretendemos demonstrar nos capítulos seguintes, é que a ideia de supremacia judicial se interioriza na prática brasileira de forma instrumentalizada, fomentando decisões assentadas em falsas aplicações de ativismos ou autocontenção judicial. Tais paradigmas são aplicados como justificação de decisões, sem que haja uma atenção aos pressupostos que devem sustentar tais argumentos. Logo, servirão como escudos argumentativos que protegem o Poder Judiciário, permitindo que mascarem suas verdadeiras pretensões políticas e pessoais.

Para fins de sistematização, organizam-se as teorias sobre a expansão global do Poder Judiciário em duas grandes correntes, quais sejam, conceitualistas e funcionalistas. Para a primeira, a positivação constitucional de

direitos humanos, a partir da Segunda Guerra Mundial, força o surgimento de uma cultura de direitos, impondo ao Poder Judiciário a sua proteção. Logo, a expansão do poder do Judiciário se dá como forma de limitar a ação estatal frente aos direitos individuais e de implementar uma democracia constitucional de respeito às minorias. Já as teorias funcionalistas atribuem a expansão do poder do Judiciário à uma questão de desenho institucional, cujos poderes se articulam em torno de múltiplos pontos de veto ao sistema político. Neste cenário, o juiz é frequentemente chamado como um terceiro imparcial apto a solucionar conflitos entre Legislativo e Executivo (BRANDÃO, 2017, p. 86-87).

Logo, incluímos os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política num espectro mais amplo, de expansão dos poderes do Judiciário brasileiro, como característica inevitável, que advém da arquitetura imposta pela Constituição de 1988. Analisando especificamente as condições que proporcionaram a expansão do Judiciário, Brandão faz uma sistematização, dividindo-as em **condições políticas, condições institucionais e condições interpretativas**.

Como **condições políticas** temos (a) a democracia e o pluralismo político; (b) Federalismo e a separação de poderes; e (c) ineficiência e perda de confiança do povo nos políticos e nas instituições majoritárias e fortes esperanças depositadas no Judiciário. Para a primeira, aponta para o controle de constitucionalidade como produto da democracia, ainda que, paradoxalmente, seja apontado por alguns autores como antidemocrático. O que se observa no desenvolver da história, é que o controle de constitucionalidade sempre é reforçado após períodos de exceção e em processos de redemocratização nos mais diversos países. A segunda condição política é o federalismo e a separação de poderes. Tal divisão, respectivamente, vertical e horizontal do poder gera diversos conflitos institucionais cuja solução será incumbida ao Judiciário. Por fim, temos a ineficiência e perda de confiança do povo nos políticos e nas instituições majoritárias e fortes esperanças depositadas no Judiciário, com tendência dos indivíduos e grupos sociais se mobilizar junto aos tribunais na luta por suas demandas (BRANDÃO, 2017, p. 92-97).

No que tange a este ponto, o Brasil pós Constituição de 1988 se destaca por uma forte fragmentação do poder político, conseguindo, entretanto, através

do presidencialismo de coalizão, preservar o sistema político de graves rupturas institucionais, como se deu até o impeachment da presidenta Dilma. Logo, do ponto de vista operacional, temos um desenho institucional que tende a proporcionar coesão e governabilidade, facilitando a implementação da agenda política por parte do governo federal. Destaca-se, ainda, o já citado alto grau de delegação para o Executivo, bem como as condições procedimentais legislativas que valorizam o papel dos partidos e dos líderes partidários em detrimento do individualismo parlamentar.

Dentre as **condições institucionais**¹² temos (a) catálogo de direitos; (b) controle de constitucionalidade e seu perfil; (c) rol de competências da Suprema Corte ou da Corte Constitucional; (d) nomeação e investidura dos membros da Suprema Corte ou da Corte Constitucional; e (e) a constitucionalização abrangente e a dificuldade do processo de reforma constitucional. Pela primeira condição, temos que quanto maior for o catálogo de direitos maior será a sua judicialização, em razão de uma necessidade de se proteger um maior número de direitos garantidos constitucionalmente. A segunda condição, o controle de constitucionalidade e seu perfil, se reparte em inúmeros vieses. Há que se considerar que quanto maior o acesso, ou seja, maior o número de legitimados ativos para provocação do controle, maior será a judicialização e a requisição de soluções pela via do Poder Judiciário. Além desse fator, temos efeitos da decisão alargados por novos institutos jurídicos que são adicionados às doutrinas do controle de constitucionalidade, ampliando as possibilidades de resolução dos casos concretos e, conseqüentemente, expandindo o Poder Judiciário. Outra condição institucional importante é o próprio rol de competências da Suprema Corte ou da Corte Constitucional, que foi ampliado, no caso brasileiro, pela

¹² As condições institucionais, como pode se extrair dos autores brasileiros compilados neste capítulo, são praticamente incontestáveis na doutrina pátria como favorecedoras do cenário de expansão do judiciário brasileiro. No mesmo sentido: “Nesse sentido, a Carta de 1988 expurgou os elementos autoritários presentes naquela tradição, afirmou os princípios e as instituições do liberalismo político, fixando com força os direitos civis da cidadania, concedeu configuração institucional à democracia política e instituiu mecanismos necessários a uma gestão pública mais eficiente. Por outro lado, não só conservou como ampliou consideravelmente a presença da representação funcional, recriando o Ministério Público, a quem incumbiu a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; consagrou o instituto das Ações Civis Públicas e o tema do acesso à Justiça; e sobretudo admitiu a sociedade civil organizada na comunidade dos intérpretes da Constituição.” Luiz Werneck Vianna, Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Salles Dezessete anos de judicialização da política Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2

Constituição de 1988¹³. Ademais, tem-se, ainda, como relevante condição da expansão do poder do Judiciário o processo de nomeação e investidura dos membros da Corte Constitucional. Por este fator observa-se que quanto mais longo for o período na corte, maior a liberdade de decisão do juiz. Daí a constatação de que a vitaliciedade gera uma proteção à independência judicial que tende a fortalecer o Poder Judiciário de forma mais intensa do que nos países que disciplinam mandatos temporários para os juízes nas cortes. Por fim, tem-se a constitucionalização abrangente e a dificuldade do processo de reforma constitucional, em que constituições com amplos conteúdos tendem à uma maior atuação do Judiciário em sua garantia, retirando muitas questões da competência do legislador ordinário (BRANDÃO, 2017, p.97-106).

O último grupo de condições que propiciam a expansão do Poder Judiciário são as **condições interpretativas**. A afirmação da força normativa dos princípios impõe metodologias fluídas de interpretação do direito, apoiada por doutrinas que enfatizam o papel do magistrado na busca pelo significado da norma jurídica. Substitui-se a subsunção por formas mais amplas e abstratas de justificação da decisão jurídica, levando a atuação do Poder Judiciário para fronteiras extrajurídicas (BRANDÃO, 2017, p. 107-108).

A própria maneira que o pós-positivismo foi absorvido no Brasil, implica na delegação ao Judiciário de um grandioso papel, quase messiânico de cumprimento das promessas constitucionais ainda não concretizadas. Segundo Brandão, o próprio contexto histórico brasileiro impulsionou a expansão do nosso Judiciário. O processo de reabertura democrática enxergou o STF como instituição competente para solução de crises políticas, excluindo as Forças Armadas da vida política ordinária. Isso significava resolver os problemas pela ordem jurídica e política, sem o uso da força. Nesse ponto, reforça-se o papel do Judiciário como mediador dos conflitos políticos que advém da relação entre Legislativo e Executivo:

Note-se, ainda, que, na linha das teses funcionalistas, a adoção de princípios macroinstitucionais que se caracterizam pela intensa difusão do poder político – presidencialismo, federalismo, sistema proporcional de listas abertas e,

¹³ Como bem afirma Brandão, uma retrospectiva histórica demonstra que só há que se falar em supremacia judicial no Brasil a partir da Constituição de 1988. Para mais v. Brandão, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 111-

posteriormente, a criação de agências reguladoras -, fez com que o Judiciário fosse chamado, com frequência, para a solução de problemas de coordenação entre eles, mediante a definição concreta das fronteiras que demarcam as suas competências. (BRANDÃO, 2017, p. 176)

Fica evidente, dessa forma, que as análises jurídicas tradicionais, que enfatizam apenas o papel do Judiciário de proteção frente ao alargamento do catálogo de direitos fundamentais é incompleto. Os elementos políticos tais como a incerteza eleitoral, a alternância de poder, a estabilização democrática, o alto fracionamento do poder, dentre outros, merecem atenção como iguais fomentadores da judicialização da política no Brasil. Nisso, antes de qualquer consideração acerca da qualidade democrática das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, é necessário compreender que a Constituição determinou para o Poder Judiciário uma posição crucial no desenho institucional brasileiro. Acompanhando o fenômeno mundial de expansão do Poder Judiciário, tem-se, no nível das competências repartidas pelo texto constitucional, um número significativo de ferramentas institucionais para que atue o STF como mediador das tensões políticas entre os demais poderes. Logo, o nível operacional de relação entre os poderes é fundamental para compreensão das decisões tomadas nesse sistema. Deixando de lado, momentaneamente, o aspecto qualitativo da decisão judicial, passamos a compreender, mais profundamente, a atuação do Supremo Tribunal Federal no nível estratégico, frente aos demais poderes, como também arena política para revisão dos problemas do país.

2.2. O Poder Judiciário como arena política

Na esteira do fenômeno de expansão do poder Judiciário, Tom Ginsburg se propõe a investigar três questões relativas à jurisdição constitucional, quais sejam, (a) por que os países adotam, durante períodos de empoderamento democrático, modelos de controle de jurisdição constitucional, ainda que os

críticos apontem como antidemocrático tais institutos; (b) o que explica a variação de desenhos e poderes entre as novas cortes constitucionais; e (c) por que algumas cortes exercem o poder de controle de constitucionalidade mais agressivamente que outras.

A resposta, segundo o autor, estaria na contextualização dos momentos políticos que rodeiam a elaboração das novas Constituições. As forças políticas exercidas sobre o Poder Constituinte podem antecipar os níveis de poder que existirão após a sua promulgação, projetando no futuro a criação de instituições que lhe permitirão governar sem ônus. Caso prevejam perdas nas eleições pós-constituinte, estabelece-se um sistema de *judicial review* como forma de seguro político, colocando as cortes como uma instância para se contestar a legislatura. Logo, para Ginsburg, o desenho institucional da corte constitucional reflete os interesses políticos dos grupos mais fortes no momento da criação da nova Constituição. Nesse sentido, os tribunais tendem a ser mais invasivos quanto mais difusa for a política, e mais restritos quando existir dominação de um partido político agregador (GINSBURG, 2003, p. 18).

O autor chama sua análise de **modelo do seguro eleitoral**, em que olha para a jurisdição constitucional como um fórum alternativo para desafiar ações governamentais. Ou seja, a jurisdição constitucional proporcionaria uma forma de seguro prospectivo para perdedores eleitorais, criado durante as barganhas políticas da Assembleia Constituinte, que projeta para o futuro um desenho institucional com intuito de minimizar de eventuais riscos políticos de perda.

Problemas de ação coletiva colocam em dificuldade o modelo contratualista de ação estatal, que enxerga a revisão constitucional como reflexo da necessidade de monitorar os agentes políticos, retomando, sempre, o vínculo com o contrato legitimador do Estado. Isso porque, para Ginsburg, o contrato firmado pelo texto constitucional só refletiria o interesse dos cidadãos caso os políticos-projetistas realmente o elaborassem como agentes puros desses. As forças políticas que incidem sobre a elaboração do texto constitucional são retrato de um jogo de barganhas e interesses, que projetam no texto as instituições necessárias para manutenção do seu status em curto prazo, e não nos interesses puros dos cidadãos a longo prazo (GINSBURG, 2003, p. 23).

Logo, devemos questionar por que os políticos focados em seus próprios interesses projetam, na elaboração de uma Constituição, um sistema de *judicial*

review. Há razões para se vislumbrar, dentro da racionalidade limitada imposta ao momento concreto de projeção do instituto, que as escolhas institucionais são cuidadosamente pensadas para as situações futuras que o grupo eventualmente pode vivenciar. Isso porque as escolhas do desenho constitucional tem um grande impacto nos resultados das políticas que serão criadas sob sua égide, sendo a incerteza do futuro político um elemento central na redação da Constituição (GINSBURG, 2003, p. 24).

Teorias institucionalistas são mais úteis para examinar a forma e a substância do *judicial review* do que teorias ideacionais, baseadas na função do controle de constitucionalidade como garante de direitos fundamentais. Partidos políticos fortes buscarão independência judicial desde que eles sejam capazes de prever um avanço em seus interesses nas legislaturas pós-constituente (GINSBURG, 2008, p. 90-91). Ademais, a complexidade das organizações sociais implica numa fragmentação política que faz necessária a alocação constitucional do poder de decisão política para as cortes, como uma nova via de solução para disputas. A jurisdição constitucional serve como um seguro eleitoral, que projeta uma solução futura, no desenho institucional, para situações de incerteza política.

De forma mais crítica, aponta Hirschl que se trata de uma estratégia para preservação hegemônica das elites que preveem uma possível perda do poder com o passar dos anos. Dessa forma, cria-se um mecanismo a mais de preservação desses status, permitindo que os governos imponham a grandes e heterogêneas comunidades uma política centralizadora única. Conforme o autor (2009, p. 167),

Por fim, a transferência de “grandes questões” controversas para tribunais ou outras instituições decisórias quase profissionais e semiautônomas, tanto domésticas quanto supranacionais, pode ser vista como parte de um processo maior pelo qual elites políticas e econômicas procuram proteger a elaboração de políticas públicas das vicissitudes da política democrática, ao mesmo tempo que manifestam apoio a uma concepção schumpeteriana (ou minimalista) de democracia.

Para Hirschl, o discurso acadêmico sobre a judicialização da política,

conforme demonstrado nesse capítulo, é superficial, e tratado apenas como derivação natural do discurso de direitos fundamentais. Nesta crítica, o autor elabora uma outra via da judicialização da política, qual seja, a “judicialização da megapolítica”, alimentada, dentre outras, por este conceito de preservação hegemônica das elites:

Uma terceira classe emergente de judicialização da política é o emprego de tribunais e juízes para lidar com o que podemos chamar de ‘megapolítica’: controvérsias políticas centrais que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras. A judicialização da megapolítica inclui algumas subcategorias: judicialização de processos eleitorais; supervisão judicial de prerrogativas do Poder Executivo em áreas de planejamento macroeconômico ou segurança nacional (o fim daquilo que é conhecido na teoria constitucional como a doutrina da “questão política”; dilemas fundamentais de justiça restaurativa; corroboração judicial de transformações de regime político; e, acima de tudo, a judicialização da formação de identidades coletivas, processos de construção de nações e disputas a respeito da própria definição — ou *raison d’être* — da comunidade, talvez o tipo mais problemático de judicialização do ponto de vista da teoria constitucional. Essas áreas emergentes de política judicializada expandem as fronteiras do envolvimento de tribunais superiores nacionais na esfera política para além do âmbito dos direitos constitucionais ou do federalismo, levando a judicialização da política a um ponto que excede de longe qualquer limite previamente estabelecido. Na maioria das vezes, essa tendência é apoiada, tácita ou explicitamente, por poderosos agentes políticos. O resultado tem sido a transformação de cortes supremas no mundo inteiro em parte central dos aparatos nacionais para a elaboração de políticas públicas. Em outra oportunidade, descrevi esse processo como uma transição para a juristocracia. Não se pode enfatizar demais a profundidade dessa transição. Enquanto a supervisão judicial dos aspectos procedimentais do processo democrático — monitoramento de procedimentos e regulamentações eleitorais, por exemplo — se enquadra na competência da maioria das cortes constitucionais, questões como a legitimidade de um regime político, a identidade coletiva de uma nação, ou o enfrentamento de um passado do qual a comunidade não se orgulha refletem dilemas que são primordialmente morais e políticos — e não jurídicos (HIRSCHL, 2009, p. 146).

Nesse sentido, essa abordagem institucionalista da jurisdição constitucional aponta que quanto mais difundidas forem as forças políticas de uma comunidade, maior será o poder constitucional de acesso à revisão nos

tribunais. Ao revés, quando há dominância de determinados grupos políticos, a tendência é que o modelo de jurisdição constitucional seja mais fraco, uma vez que se projeta maior confiança nas eleições pós-constituente, preferindo-se as vias majoritárias. Nas palavras do autor, “*o fator chave para explicar a variação na extensão do poder judicial no desenho constitucional é a estrutura do sistema partidário e a configuração das forças políticas no momento da redação constitucional*” (GINSBURG, 2009, p. 25).

A abordagem do seguro político aceita a complementariedade de outras teorias, e compreende a revisão judicial como uma instituição de defesa minoritária de baixo custo, razão pela qual Ginsburg a defende como importante barganha política-constitucional. Ademais, para o autor, a noção de democracia deliberativa agrega aqui também a afirmação de que as decisões são provisórias, na medida em que se relacionam dialogicamente com outros ramos do governo. Com isso, ainda que a teoria do seguro seja de caráter minoritário, nem sempre esses interesses serão atendidos ou as decisões serão eficazes para tal intuito. Nisso, o ponto central de Ginsburg é demonstrar os tribunais como fóruns alternativos para a política, sem focar na qualidade democrática dessas deliberações. A teoria do seguro, é, portanto, uma abordagem complementar a outras teorias normativas, lançando luz para um, dos diversos aspectos possíveis de análise das cortes constitucionais (GINSBURG, 2003, p. 29-30).

A teoria leva em conta, ainda, que os tribunais, ao longo do tempo, vão criando para si novos papéis e articulando novos desenhos, uma vez que não são jogadores passivos do jogo político. Logo, a projeção feita no momento de configuração da nova Constituição não elimina o fato de que os juízes também agirão estrategicamente dentre as suas capacidades institucionais (GINSBURG, 2003, p. 65). Inclusive, o poder do Judiciário tende a crescer na medida em que a democracia se aprofunda, tornando-se a corte um importante local de contestação política. Alarga-se a participação política, fornecendo-se outro fórum para disputa, e a medida que as decisões vão sendo tomadas, o papel das cortes vai sendo reforçado.

Olhando especificamente para as novas democracias¹⁴, no contexto de

¹⁴ E aqui incluímos o Brasil e os demais países latino-americanos conforme análise desenvolvida no próximo capítulo.

transições políticas e incertezas quanto ao futuro¹⁵, duas características são citadas por Ginsburg (2003, p.30), que aumentam a demanda pela jurisdição constitucional, dentro da noção de seguro político defendida pelo autor. Primeiramente, o futuro tende a ser mais incerto quanto aos resultados políticos, quando da superação de um regime autocrático, pela dificuldade de se avaliar as perspectivas de sucesso eleitoral. Isso significa que até mesmo o partido mais dominante tem uma chance importante de perder, quando se comparado com o regime anterior de partido único. Segundo, o próprio desenho institucional está em transição, movimento cujo resultado e amplitude ainda é uma fonte de incerteza.

Nas palavras de Ginsburg, “[...] a revisão judicial pode colocar em movimento um ciclo virtuoso que incentiva a conformidade com a ordem constitucional e respeito pelas liberdades civis e políticas básicas” (2003, p. 72, tradução nossa). Nesse contexto, a jurisdição constitucional pode desempenhar um papel importante de articulação, interpretando e refinando o sentido constitucional. O tempo consolida as novas condições constitucionais, aprofundando o modelo ali pensado. Em novas democracias, esse papel pode ser muito relevante, no sentido de proteção em contexto de fragilidade e ausência de consenso quanto aos princípios básicos de governança. Logo, a ideia da jurisdição constitucional como um seguro político coloca as cortes como um elemento a mais que pode harmonizar e impedir reversões democráticas e/ou crises políticas.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, desempenha um papel forte nos rumos da vida política do país uma vez que se coloca como esse fórum alternativo para resolução dos problemas que se dão na tensão entre Legislativo e Executivo, bem como nas disputas traçadas no âmbito federativo. Não são jogadores passivos do jogo político: a partir de suas capacidades institucionais, verificamos que também a corte atuará estrategicamente nas disputas pelo

¹⁵ Tom Ginsburg analisa o estabelecimento da jurisdição constitucional a partir de três ondas de difusão do instituto, no momento fundante de novos regimes constitucionais democráticos. A primeira onda é da Fundação, consagrada no famoso caso norte-americano *Marbury vs. Madison*; a segunda onda, exemplificada pelo estabelecimento do controle de constitucionalidade no modelo kelseniano concentrado; e terceira onda, inaugurada com a queda do muro de Berlim, trazendo novas constituições a países recém-saídos de regimes de exceção. Para mais v. GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

poder. Dada a alta fragmentação partidária conjugada com a necessidade de coalizões forte para atingir a governabilidade, observamos que o STF passa a atuar como importante fórum para disputa do sentido constitucional. O diálogo e a interação entre os poderes, portanto, é inevitável.

2.3. Diálogos institucionais no Direito brasileiro

No Direito brasileiro, os diálogos institucionais vêm ganhando espaço nos debates constitucionais, tendo encontrado citação, inclusive em julgados do Supremo Tribunal Federal. O objetivo deste tópico é trazer a baila às principais considerações feitas pelos pesquisadores pátrios, fazendo um panorama geral sobre como a teoria é colocada no Direito Brasileiro. Faz-se esse diagnóstico para que o problema desta tese possa ser, enfim, trabalhado, qual seja, verificar o diálogo entre Poder Judiciário e Poder Executivo. Trata-se de uma leitura da teoria dos diálogos institucionais adaptada a realidade local, uma vez que é incompleto um diagnóstico nacional da questão sem se considerar a centralidade do presidencialismo de coalizão no desenho institucional brasileiro.

Conrado Hubner Mendes, autor cujo pensamento será desenvolvido nos parágrafos seguintes, endossa tal perspectiva de reflexão contextualizada como essencial para o desenvolvimento de uma teoria dos diálogos institucionais brasileira. In verbis:

Esse debate, por mais plural que seja, teria, portanto, um ponto de partida razoavelmente empobrecido. Quando os seus termos começam a influenciar outras jurisdições sem as devidas adaptações, como se fossem de validade universal *tout court*, esse anacronismo analítico pode debilitar a possibilidade de uma reflexão contextualizada que sustente comparações e importações construtivas. Nas últimas décadas, devido ao fato de que esse arranjo institucional foi exportado para várias democracias constitucionais, e que o poder judiciário ocupou um papel político mais proeminente enquanto fórum central para demandas coletivas, a “questão americana” tornou-se mais universal. A tentativa de resolver a “dificuldade contramajoritária” influenciou até mesmo o próprio desenho de alguns novos regimes constitucionais. Alguns países criaram o que se convencionou chamar de “formas fracas” de revisão judicial, como Canadá, Reino Unido e Nova Zelândia. Em paralelo a esse

processo político, o debate acadêmico constantemente se reinventou. A crítica segundo a qual a literatura americana não se aplica a qualquer contexto, portanto, chama a atenção para aspecto importante. Tal literatura pode, eventualmente, ofuscar, direcionar e distorcer os termos do problema. Justamente por esses riscos, não deve ser apropriada sem os devidos cuidados e mediações, mas tampouco rejeitada sumariamente. É quase inevitável passar por ela: eles inventaram a instituição, formularam a pergunta e elaboraram as principais respostas. Mesmo pelo seu imenso volume, essa literatura às vezes desencoraja um ponto de vista diferente. Seria muito custoso demonstrar que todo esse colossal esforço estava simplesmente fazendo a pergunta errada. Mas não se trata, obviamente, de volume. Substancialmente, o que vem a reboque da importação desse debate? Quais são os tais cuidados e mediações? Eles fornecem a pergunta certa para o caso brasileiro? A transposição de tais lentes hegemônicas para o Brasil requer, no mínimo, que se leve em conta os seus pressupostos e que se verifique sua compatibilidade com a democracia constitucional brasileira. Quais são esses pressupostos? Um deles, obviamente, é o específico desenho institucional em que a Suprema Corte se insere. Para lidar com ele, proponho o isolamento das variáveis institucionais, estratégia explicada no próximo tópico. Mas não é somente isso. O desenho institucional é precedido por determinada teoria e história políticas que provocaram seu nascimento e influenciaram seu desenvolvimento por mais de dois séculos. História e teoria singulares não impedem, todavia, que aquela experiência seja exportada, como de fato o foi na transição republicana brasileira no final do século XIX (MENDES, 2011, p 23).

Entendemos, aqui, que a tese de Mendes é de fundamental importância para se começar o debate sobre o tema em solo nacional, sendo um importante precursor do debate. Tomamos suas premissas, portanto, como ponto de partida para aqui seguir desenvolvendo tal perspectiva, para, então, incluir considerações sobre a forte atuação do Executivo como elemento desestabilizador de um diálogo equilibrado.

Trazemos, então, dois autores precursores que bem sistematizaram o tema para o direito brasileiro em suas respectivas teses de doutorado.

Começamos com Conrado Hubner Mendes, que em tese de doutorado intitulada *Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*, sistematizou uma velha questão do direito constitucional: quem deve ter a última palavra sobre direitos constitucionais? O pano de fundo dessa questão é o embate entre legitimidade democrática de parlamentos e cortes, protagonizado, pelas considerações de Jeremy Waldron e Ronald Dworkin, respectivamente.

Traz, entretanto, uma terceira via, a fim de relativizar a questão da “última palavra” a partir da provisoriedade de sua determinação em diversas “rodadas procedimentais” que se desenvolvem a longo prazo, dentro de uma comunidade política.

Essa terceira via, dos diálogos constitucionais, tem como pano de fundo a separação de poderes, e, diferentemente das teorias com inclinação de última palavra pelo parlamento ou pelas cortes, não adota uma leitura idealizada de juízes e legisladores.

A literatura estrangeira sobre o tema é profícua, e, apesar de adotarem concepções diversas sobre o diálogo, tem como conceito comum a recusa de uma visão juriscentrada e do monopólio judicial na interpretação da Constituição. Mendes sistematiza as teorias¹⁶ em duas categorias gerais: a) aquelas que propõem uma teoria da decisão jurídica conformada pela interação com o Legislativo; e b) aquelas que propõem o diálogo como decorrência do desenho institucional, produto necessário da teoria da separação dos poderes. A primeira corrente observa um Judiciário que traz para si a demanda do diálogo como necessária, através de uma perspectiva endógena, dependente de uma tomada de postura da corte. Já a segunda corrente, por sua vez, tem um viés mais empírico, com caráter exógeno, e não derivada, necessariamente, da disposição dos poderes em dialogar (MENDES, 2008, p. 99).

Dois conceitos são importantes para Mendes: **rodada procedimental** e **última palavra provisória**. Para o autor, a Constituição prevê vários caminhos para realização institucional dos projetos coletivos e para solução de litígios, que terão, como a própria noção de caminho pressupõe, um ponto de partida, estágios intermediários e um ponto final. Porém, o ponto de chegada só pode ser assim entendido dentro do seu próprio caminho, indicado que aquela rodada (e apenas aquela rodada) teve fim. Logo, o recomeço, com novas rodadas é, para Mendes, um elemento que não pode ser ignorado na reflexão sobre a autoridade democrática. Cada novo processo mobiliza, em si, toda a máquina institucional, através de recursos como tempo e argumentação. Importante

¹⁶ Mendes disserta sobre algumas dessas teorias, trazendo o pensamento de Alexander Bickel, Cass Sunstein, Neal Kumar Katyal, dentre outros. Para mais v. MENDES, Conrado Hübner. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011.

considerar que sua proposta não afasta a ideia de última palavra, que, ainda aqui, possui um peso importante, como por exemplo, os custos de uma nova mobilização ou poder da autoridade competente em atrasar novos diálogos. O autor, portanto, apenas enfraquece a noção de última palavra, recolocando-a numa perspectiva provisória. Reformulando sua pergunta inicial, questiona o autor: quem tem o direito de errar por último? Ou, quem tem direito à última palavra provisória? (MENDES, 2008, p. 167).

A questão se aprofunda quando se compreende o custo temporal, material e intelectual de novas rodadas procedimentais. Ou seja, há para o autor graus diferentes de provisoriedade, em que algumas decisões são mais ou menos duradouras ou resistentes. O diálogo, a longo prazo, é inevitável, inclusive porque questões partem de casos concretos que incitam uma resolução em determinado marco temporal. Nesse sentido, a teoria dos diálogos institucionais lida com duas perspectivas temporais complementares entre si: curto e longo prazo. De um lado há a demanda imediata por uma decisão, e, de outro, a sucessão de decisões a longo prazo. Essas duas escalas temporais trazem à tona o aspecto institucional do sentido constitucional, valorizando a interação fática entre os poderes, em detrimento de visões individualizadas e segmentadas. Olhar as decisões sobre a Constituição dessa maneira revela seu aspecto de dialógico de construção e de enraizamento de legitimidade como um valor a ser perseguido constantemente. (MENDES, 2008, p 169-173).

A intenção de Mendes é demonstrar que, independentemente da arquitetura institucional: *(i) a interação no tempo (em variados intervalos, de acordo com o modelo) é incontornável, o que não é irrelevante para entender o problema da legitimidade; e (ii) as concepções variadas de legitimidade que informam a respectiva cultura política e interferem na qualidade dessa interação* (2008, p.173).

Temos que, ao assumir a imagem de um diálogo forjado por últimas palavras provisórias, a objeção democrática à jurisdição constitucional passa ser menos dramática. A própria adesão à uma noção de separação de poderes permite que, a cada momento, uma instituição decida, reforçando, mais uma vez, a ideia de provisoriedade das decisões. Conforme afirma o autor,

No limite, é óbvio que a existência de leis, instituições, regimes políticos, vidas humanas, sociedades etc. é provisória, e que, nesse meio-tempo, precisamos de decisões que regulem condutas, elaborem políticas e estabeleçam padrões de convivência. É fundamental, por isso, que instituições possam atender a essa demanda. A construção delas terá de recorrer, como sempre, a um balanceamento entre os diversos valores em jogo, que permita a mudança sem, ao mesmo tempo, facilitá-la a ponto de comprometer um grau mínimo de estabilidade. Minha busca, portanto, não é por dispensar a última palavra, mas por descobrir o seu papel teórico remanescente. Situa-la, ao menos dentro de uma rodada procedimental, é uma escolha institucional necessária e não trivial. Dependerá de qual balanceamento entendermos ser mais desejável, do grau de resistência à mudança que queremos dar à última palavra provisória (em especial, aquela que trata de direitos, o mote da tese), da estimativa do preço que vale a pena pagar pelos seus custos, do cálculo do que ganhamos e do que perdemos. (MENDES, 2008, p. 181)

A presente teoria, serve, também, para problematizar o mito da independência judicial, predominante nas teorias normativas. A contingência dos elementos políticos na determinação do resultado final da decisão judicial é imprescindível para sua compreensão (MENDES, 2008, p. 183). Exemplos na história jurisprudencial dos mais diversos países demonstram que as cortes não estão em torres de marfins, isentas de uma análise que extrapole os limites normativos da interpretação. Nesse sentido, as teorias interpretativas não são suficientes, se aplicadas de modo isolado, para constranger o juiz, que, por sua vez, está sujeito a pressões quanto à aceitabilidade política, social e econômica de suas teses¹⁷.

Ou seja, a interação deliberativa é um elemento indissociável da separação de poderes, que deve ser incluído em qualquer análise que se faça sobre o potencial democrático da decisão judicial. Dessa forma, para Mendes, a revisão judicial não é apenas uma barreira, mas, também, um motor propulsor

¹⁷ Nesse sentido: “A constituição, enquanto norma escrita, é um plano de vôo que regula pouco a separação de poderes. Esta não tem como escapar de fluxos e refluxos, de exercícios de tentativa e erro em que, por aproximações sucessivas, cada instituição demarca o seu terreno. Alcançam equilíbrios instáveis, sempre sujeitos a recalibragens. Isso não é tangível nem quantificável numa norma jurídica ou numa proposição da teoria normativa. Não é possível prever constitucionalmente o momento em que uma, e não outra, gozará de maior legitimidade para tomar as grandes decisões.” (MENDES, 2008, p. 185)

de boas deliberações. Ao compreender essa interação da forma colocada pelo autor, maximiza-se as possibilidades do acerto, uma vez que a corte passa a ser vista com um potencial catalisador de deliberações democráticas. Isso qualifica a participação política, trazendo à tona o pano de fundo coletivo desse processo de decisão.

Outro autor brasileiro que bem desenvolveu a problemática acerca da supremacia judicial sobre um viés dialógico é o já citado Rodrigo Brandão. Segundo Brandão, a teoria dos diálogos constitucionais enxerga a interpretação do direito e da Constituição como um processo em que cada instituição colabora com suas respectivas capacidades e na tentativa de acomodar suas demandas institucionais, o que se traduz em uma longa e interativa construção (BRANDÃO, 2017, p. 340). Após analisar criticamente o processo de evolução da ideia de supremacia judicial, no Brasil e no mundo, Brandão contextualiza o fenômeno de judicialização para realidade local, através de importante ressalva sobre a aplicação de teorias norte-americanas ao caso brasileiro. Ou seja, é necessário, para o ator, diferenciar o contexto norte-americano de alta judicialização da vida pública, que data de mais de 200 anos, da nossa cultura jurídica inaugurada com a Constituição de 1988. No Estados Unidos, desenvolveu-se, ao longo dos anos, uma farta cultura liberal, que impediu o avanço de regimes autoritários. No Brasil, entretanto, a experiência histórica mostra uma clara tendência a rupturas institucionais de cunho autoritário, cujos reflexos impactaram, inclusive, a independência judicial. Logo, a ausência de uma cultura política e de direitos sólida leva o autor a rechaçar teorias norte-americanas de extinção do controle de constitucionalidade ou de implementação de uma supremacia parlamentar, as quais seriam nefastas para o desenvolvimento de uma cultura democrática brasileira. Daí a sua defesa do relevante papel que o Judiciário, em especial, o Supremo Tribunal Federal, tem na proteção de direitos e no aprimoramento da democracia brasileira¹⁸ (BRANDÃO, 2017, p.247-248).

¹⁸ In verbis: *Portanto, acredita-se que o Judiciário em geral, e o Supremo Tribunal Federal em particular, têm um papel relevantíssimo na proteção de direitos e no aprimoramento do caráter deliberativo da democracia brasileira. Assim, ainda que a incorporação pontual de críticas institucionais e democráticas ao constitucionalismo brasileiro seja fundamental para conferir índole inclusiva e deliberativa ao processo de interpretação constitucional no Brasil, tais teorias não devem ser incorporadas integralmente ao Direito brasileiro, sobretudo no que concerne às propostas de alteração institucional formuladas pelos seus autores. É preciso extremo cuidado no transplante de ideias, pois, assim, como os órgãos humanos, o seu resultado pode ser a morte do paciente.* (BRANDÃO, 2017, p. 248).

Rejeita teorias que tendem a colocar algum dos poderes em vantagem institucional, uma vez que o sentido da Constituição se dá por uma complexa dinâmica de interação entre os poderes públicos e a sociedade civil. Isso porque, a dicotomia tradicionalmente imposta entre legisladores e juízes só pode ter seu caráter democrático testado empiricamente, para ambos os lados. Conforme bem aponta Brandão, [...] *nem a lei representa necessariamente a vontade majoritária, nem decisões de inconstitucionalidade são necessariamente contramajoritárias* (BRANDÃO, 2017, p. 256-257).

Para Brandão, as ideias de autogoverno popular e direitos humanos positivados são fundamentais para compreender as democracias contemporâneas. Ou seja, as decisões públicas só serão legítimas se suportadas pela participação dos indivíduos no seu processo de definição. Permanece, entretanto, o desacordo sobre qual seria a melhor forma de concretizar tal democracia, e, principalmente, prevalece o pluralismo típico das sociedades modernas. À luz de uma concepção deliberativa de democracia, alega o autor que as fundamentações abstratas utilizadas pelo STF (como por exemplo, função de guardião da Constituição) são falhas, por não atenderem à princípios genericamente aceitos pela comunidade.

Dessa forma, o autor caracteriza as decisões do STF como maximalistas e em desatenção ao chamado princípio da economia da discordância moral. Isso porque se é patente a complexidade da questão a ser decidida pela corte, ou seja, se o desacordo é natural, devem os magistrados lançarem mão de argumentos modestos, e não de controvertidas ou abrangentes teorias, como forma de privilegiar as escolhas compartilhadas pela comunidade e o respeito e igual consideração a todos. Esse movimento leva a uma exclusão daqueles que não são contemplados pela teoria utilizada na decisão, e, em última análise, a um sentimento de exclusão do próprio projeto constitucional.

Com efeito, os críticos da teoria perfilhada pelo STF tenderão a se sentir excluídos do projeto constitucional, pois, diante da constitucionalização da teoria a que se opõem, somente lhes restará, no âmbito de um sistema de supremacia judicial em sentido estrito, o processo de reforma constitucional ou a mudança do entendimento da Corte para superarem o revés. Se tais instrumentos forem difíceis (supremacia judicial em sentido material), a probabilidade da superação da decisão e o fato de ela ter sido proferida por agentes não sujeitos a responsabilidade

eleitoral, tenderá a produzir polarização no debate político, ao invés da busca de entendimento que o princípio da economia da discordância moral busca fomentar. Por outro lado, a opção por um modelo de decisão maximalista em questões complexas parece igualmente não atender para a questão do entendimento incompleto, segundo o qual todos os processos deliberativos são imperfeitos, pois podem ser proferidas decisões erradas, ou ainda que certas, podem gerar consequências deletérias para a solução de casos inadvertidamente abrangidos pelas amplas e profundas teorias que suportam a decisão (BRANDÃO, 2017, p. 264).

Logo, para Brandão, a supremacia judicial gera problemas quanto à compatibilização da decisão jurídica à vontade popular. Carece de responsividade à noção de autogoverno do povo, e, portanto, da legitimidade essencial ao exercício de qualquer função pública (BRANDÃO, 2017, p.260-265).

Uma necessária revisão da teoria clássica de separação de poderes, de cunho liberal, que coloca o Legislativo em supremacia e uma radical separação de funções, vem em conjunção com o processo de expansão do Poder Judiciário. É forçoso reconhecer que modelos dialógicos se baseiam na visão norte-americana de freios e contrapesos, na ideia concebida pelos pais fundadores. Nenhum poder se sobressai na produção de normas jurídicas e políticas públicas, sendo cada instituição um fórum próprio de representação. Ademais, é relevante a interação que se dá entre os poderes na escolha e disputa da norma que regulará os conflitos em específico, o que torna o processo deliberativo mais qualificado. Em consequência, tal perspectiva não visualiza os poderes Legislativo e Judiciário de forma mítica, como fazem as doutrinas de supremacia, adotando, sim, uma concepção realista acerca das respectivas capacidades institucionais. (BRANDÃO, 2017, p. 267- 275)

Brandão exemplifica quatro instrumentos de interação entre os poderes. Primeiro, fala de ataques institucionais à Suprema Corte, como, por exemplo, a alteração do número dos seus membros, a manipulação das suas competências e o impeachment de juízes para fins não disciplinares. Segundo, o poder do Congresso sobre os orçamentos dos tribunais, sobre os salários dos juízes, bem como sobre o processo de nomeação e de investidura de juízes das corte constitucionais. Em terceiro, traz a possibilidade de não implementação de decisões judiciais, numa resposta a decisões insatisfatórias. Por último, fala de

mecanismos de superação legislativa de decisões da corte constitucional (BRANDÃO, 2017, 281-308).

Esses exemplos demonstram a inevitabilidade da interação entre os poderes, que extrapola os limites normativos da decisão jurídica para se fomentar em elementos estratégicos de política. Para Brandão, o STF adota, nos primórdios da Constituição de 1988 uma postura de autocontenção¹⁹, para, com o passar o tempo, ir substituindo por um progressivo ativismo. Nesse ponto, há que se ressaltar o importante papel da opinião pública, ainda que os tribunais tentem passar uma imagem de neutralidade em relação a ela. A decisão jurídica tende a ser mais sensível à opinião pública em questões de grande relevância política, importante à agenda política dominante, bem como em questões que atraiam o interesse de grupos articulados em torno do respectivo interesse (BRANDÃO, 2017, p. 309-322).

A interatividade inevitável entre os poderes é fomentada, inclusive, pelo texto constitucional, que positivou vários mecanismos de controle dos poderes Legislativo e Executivo sobre o Judiciário. Por exemplo, cabe ao Legislativo aprovar o orçamento dos Tribunais e o salário dos juízes, bem como cabe ao Presidente da República a nomeação de membros do STF. Tais pontos colocam em questionamento a ideia de uma supremacia judicial plena, uma vez que explicitam a existência de elementos de interação importante das cortes com as demais instituições (BRANDÃO, 2017, p. 322-325).

A difusão de teorias da última palavra do Judiciário é problemática, na medida em que incentiva um desengajamento dos demais poderes e atores privados na interpretação constitucional. Trata-se de um problema de responsividade popular, principalmente se se defende uma perspectiva de dificuldade de superação das decisões judiciais. Isso porque passa o Judiciário a ser uma instituição desviante em sistema democrático, ao não permitir mecanismos de revisão popular de sua decisão. Logo, para Brandão, conforme

¹⁹ Para Brandão, a autocontenção se dá, principalmente em matérias relativas a agenda política dos presidentes da república. Comenta três casos paradigmáticos: a) exclusão da hipótese de lei anterior à Constituição como objeto para cabimento de ADI (ADI nº 438); b) a negativa do STF na ADI nº 223-6/DF, que questionava a MP nº 173/1990 (vedava a concessão de medidas liminares nas medidas provisórias relativas ao Plano Collor), sem prejuízo do exame judicial em cada caso concreto; e c) os sucessivos silêncios nas 39 ADIs relativas ao Programa Nacional de Desestatização promovido no governo Fernando Henrique Cardoso. Algumas dessas decisões serão comentadas nos próximos capítulos, inclusive para se defender uma deferência orientada também pela manutenção da agenda política do Executivo.

já dito anteriormente, é necessário cautela ao absorver propostas de teorias estrangeiras, dado as peculiaridades do constitucionalismo brasileiro. Temos uma Constituição analítica e extensa, que coloca a imprescindibilidade da sua garantia pelo Poder Judiciário em evidência. Defende o autor, portanto, uma teoria dialógica que negue uma última palavra do Judiciário, sem, entretanto, adotar modelos redução do mesmo (BRANDÃO, 2017, p. 344-345). Nesse sentido,

 Todavia, confundir controle de constitucionalidade com supremacia judicial em sentido material, ou seja, extrair da competência do Judiciário para decidir sobre a constitucionalidade das normas a conclusão de que o entendimento judicial sobre o sentido de princípio constitucional aberto é imutável – ou extremamente difícil de ser alterado – pelo Legislativo e pelo povo, não parece razoável. Como já salientado, a supremacia judicial se incompatibiliza com uma análise realista das capacidades institucionais, com a exigência de ‘accountability’ das decisões tomadas pelos agentes públicos em um regime democrático, e com a circunstância de o sistema de freios e contrapesos negar a qualquer instituição política a condição de soberana. (BRANDÃO, 2017, p. 354)

Reconhecer uma teoria dos diálogos constitucionais significa, para o autor, compreender as falhas e virtudes de cada ator institucional, a partir da noção de que a interação é a melhor saída para uma melhor democracia. E é fundamental para realização das finalidades de um Estado Democrático de Direito que seja fomentado um desenho institucional de diálogo aberto entre as instituições políticas e o povo, de forma que cada um possa somar de acordo com suas capacidades institucionais. Em síntese, defende o autor que o modelo dialógico é o que melhor articula autogoverno do povo e direitos fundamentais, por três motivos essenciais: a) permite múltiplos canais de reivindicação de direitos, através de diversas instituições (sobretudo Judiciário e Legislativo), fomentando o pluralismo e a democracia; b) intensifica o sistema de freios e contrapesos, contendo, em grande medida, o exercício arbitrário e unilateral do poder estatal; e c) torna interativo o processo de concretização da Constituição, elevando o nível do debate e as possibilidades do resultado (BRANDÃO, 2017, p. 354-357).

Observa-se, como base dos autores aqui trabalhados, que o debate constitucional brasileiro, portanto, tem dedicado tempo importante em aprofundar a teoria dos diálogos institucionais como nova condução para os estudos sobre interpretação constitucional. Ainda que predominantemente reservado ao âmbito acadêmico, alguns julgados esparsos já trazem, no STF, a ideia para além dos muros das universidades.

Conforme demonstrado por Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto, ao menos em três oportunidades a teoria já foi citada, indicando, quem sabe, uma mudança de racionalidade também no STF (CLÈVE; LORENZETTO; 2015). O Ministro Luís Roberto Barroso, em pelo menos duas oportunidades²⁰, afirmou:

:

Por todas essas razões, é boa hora para se renovar uma prática desejável de diálogo institucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo. Relembre-se que, recentemente, diante das dificuldades trazidas pelo texto constitucional com relação à perda de mandato pelo parlamentar condenado criminalmente, o Senado Federal, em boa hora, aprovou proposta de emenda constitucional superando o confuso tratamento que a Constituição dá à matéria.

Por fim, a decisão aqui lançada, sem abdicar do papel próprio dos tribunais, que é a tutela de direitos, fez questão de abrir um diálogo institucional e respeitar a separação de Poderes. A solução aqui alvitrada decorre da interpretação sistemática e teleológica da Constituição e da legislação, mas é certamente inovadora, na medida em que supre uma lacuna referente ao tratamento jurídico da desaposentação. Nessa linha, fixou-se um prazo de 180 (cento e oitenta) dias para o início de sua aplicação, facultando-se ao Legislativo e ao Executivo prover acerca da matéria, sanando a lacuna de maneira diversa, se assim entenderem.

No mesmo sentido se manifestou o Ministro Luiz Fux²¹,

(...) parece-me que esta Suprema Corte não pode se arvorar à condição de juiz da robustez do debate parlamentar para além

²⁰ Respectivamente, Questão de Ordem na Ação Penal 606, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 12.08.2014, *DJe* 18.09.2014 e RE 661.256, em 09 de outubro de 2014

²¹ No julgamento da ADI 4357, Rel. Min. Ayres Britto, j. 14.03.2013, *DJe* 26.09.2014, que trata do regime especial de pagamento de precatórios pelos estados, Distrito Federal e municípios

das formas expressamente exigidas pela Constituição Federal. No que excede os limites constitucionais, há que se reconhecer uma espécie de deferência à atuação do Poder Legislativo no campo dos atos formais que se inserem no processo político, dotadas de um valor intrínseco pelo batismo democrático também no que concerne à interpretação da Constituição. É tênue, com efeito, o limite entre a defesa judicial dos valores da Constituição, missão irrenunciável deste Supremo Tribunal Federal por força da própria Carta de 1988 (CF, art. 102, caput), e uma espécie perigosa de supremacia judicial, através da qual esta Corte acabe por negar qualquer voz aos demais poderes políticos na construção do sentido e do alcance das normas constitucionais.

Vanice Regina Lírio do Valle aponta que a primeira iniciativa do STF no sentido de fomentar o diálogo foi a convocação de audiência pública na Ação Declaratória de Constitucionalidade da Lei nº 11.105/05, que versa sobre a pesquisa científica com emprego de células tronco, em 16 de março de 2007. Há época, a previsão legal de audiências públicas no âmbito do controle de constitucionalidade ainda não estava regulamentada. No mesmo sentido, admitiu o relator Ministro Carlos Ayres Britto como *amicus curiae* representantes dos mais diversos interesses, como forma de legitimar a decisão que seria ali tomada (VALLE, 2014, p.70).

A autora cita também a doutrina brasileira desenvolvida, principalmente, pela corte constitucional acerca da omissão legislativa no sentido de regulamentar a Constituição. A inércia legislativa, ameaça a eficácia constitucional, razão pela qual deflagrou os mecanismos institucionais de revisão judicial de omissões inconstitucionais do parlamento (VALLE, 2014, p. 72-73). O STF desenvolve, ao longo dos anos, um progressivo entendimento de quais seriam os efeitos da decisão em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção, que exemplifica bem as possibilidades do diálogo institucional. De uma postura inicial meramente recomendativa, passando, atualmente, para uma postura ativa de supressão da lacuna, o STF desenvolve um diálogo com o Legislativo que pode ser lido à luz das capacidades institucionais e, principalmente, dos efeitos sistêmicos da decisão judicial. Dá-se, num primeiro momento, a oportunidade do órgão originalmente competente de suprimir a lacuna, mas, diante da inércia parlamentar e do risco

à própria concretização de direitos fundamentais, passa o STF a encampar a tarefa de garantir e proteger tal direito.

Outro exemplo do fomento do diálogo no âmbito da decisão jurídica trazido por Valle é a modulação de efeitos, prevista pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Trata-se de uma posição intermediária entre a plena inconstitucionalidade e a plena constitucionalidade dos dispositivos questionados na revisão judicial. Atende à ideia dos efeitos sistêmicos da decisão institucional, uma que ameniza os impactos da desconstituição de uma norma legitimamente criada pelo Legislativo. Conforme aponta a autora, trata-se de um instrumento de diálogo entre Judiciário e Legislativo, como uma sutil solução e poderoso instrumento de comunicação (VALLE, 2014, p. 78-81).

Entretanto, é necessário também um olhar crítico para a atuação no controle de constitucionalidade brasileiro. É preciso ressaltar, porém, um elemento prejudicial ou, ao menos, dificultador, do fluxo das rodadas procedimentais próprias do contexto de diálogo. Isso porque há pouco espaço para revisão das decisões tomadas pela corte constitucional, sendo as hipóteses plausíveis de embate institucional muito onerosas para a estabilidade do sistema. Isso coloca as cortes em uma vantagem institucional no que diz respeito a palavra final. Ainda que provisória, o grau de permanência dessa resposta dada pelo Judiciário brasileiro é maior do que a resposta dada pelo Legislativo e Executivo, uma vez que pode desconstituir a autoridade destes de forma mais durável.

O raciocínio de Andrei Marmor (2003) parece ser útil na investigação para compreensão da dimensão tomada pela dessa dificuldade contramajoritária das cortes na atualidade. Tem como pressuposto a ideia de que a autoridade da democracia pode ser extraída do direito de igual participação no processo de tomada da decisão, como derivado da noção de justiça como respeito a autonomia dos indivíduos como membros do corpo político (ou seja, enquanto cidadãos). Isso leva a conclusão de que uma distribuição justa do poder político deve ser também igualitária, de modo a carregar a proteção a essa autonomia individual manifestada na cidadania (MARMOR, 2013, p. 05-13).

Para o autor, a igualdade será avaliada como elemento de um processo

político, considerando dois estágios: deliberação e decisão²². As decisões autoritativas de uma democracia passarão primeiramente pela etapa da deliberação, em que a igualdade será compreendida como igualdade de influência. Isso abarca as deliberações que antecedem a decisão, permitindo igual oportunidade de influência através de amplo conjunto de princípios e instituições essenciais para o bom funcionamento da democracia (MARMOR, 2003, p. 19-20). O segundo estágio, subsequente, é o da decisão propriamente dita, em que a igualdade de influência dá lugar a igualdade de impacto, aqui compreendida através de razões relacionadas ao procedimento, apelando para princípio da justa distribuição do poder de tomar a decisão (MARMOR, 2003, p. 21).

Nas palavras de Bustamante:

A distinção de Marmor entre estágios de 'deliberação' e de 'decisão', no processo político de se fixar uma solução autoritativa para nossos maiores desacordos sobre nossos direitos nos ajudam a ver que as tentativas correntes de oferecer

²² Marmor se apoia da distinção de Ronald Dworkin entre impacto e influência política, in verbis: "Dworkin's distinction between 'impact' and 'influence' may be helpful in explaining the first point. According to Dworkin, the distinction between political impact and influence is as follows: 'someone's impact in politics is the difference he can make, just on his own, by voting for or choosing one decision rather than another. Someone's influence, on the other hand, is the difference he can make not just on his own but also by leading or inducing others to believe or vote or choose as he does.' Dworkin is right to conclude that at least with respect to the democratic deliberation process, if equality matters, it is equality of influence, and not impact, that should count. After all, the whole point of the exercise of political power at the stage of deliberation is to have the maximum influence on the emerging decision, and that surely means one's ability to lead or induce others to vote or choose as he does. But, Dworkin argues, equality of influence is not an attractive political ideal. Basically, his argument is as follows: there is a substantial variety of factors which determine people's differing abilities to influence political decisions, such as money, social status, natural skills, willingness to devote time and resources, and so on. Even on the face of it, it would seem to be morally groundless to strive to eliminate the differences between people on all these different dimensions. Perhaps the influence of money should be eliminated because wealth is not the kind of difference that should affect people's relative political influence. But other differences are not illegitimate: Presumably, a person who is willing to devote more time, energy, and personal resources to political participation is entitled to reap the benefit of her effort by having greater influence on the result. In other words, Dworkin claims that people cannot complain about inequality of influence unless they can trace the relative lack of influence to a source that is itself illegitimate. From this Dworkin concludes that 'equality of influence is incompatible, even in principle, with other attractive aspects of an egalitarian society'." Para mais v. Marmor, Andrei, *Authority, Equality and Democracy* (January 2003). USC Law and Public Policy Research Paper No. 03-15. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=424612> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.424612>. Acesso em 09 de outubro de 2018; Dworkin, Ronald. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge, MA: Belknap, 2002, p. 191.

uma justificativa moral para a jurisdição constitucional se baseiam apenas na contribuição que ela pode oferecer para aumentar a participação política no estágio da deliberação sobre uma questão particular referente a direitos. Se as cortes constitucionais puderem ser justificadas, não é porque elas têm um caráter 'representativo', mas somente porque pode haver alguma justificação instrumental para sua existência (2018, p. 209).

Logo, defende o autor que não há razões morais intrínsecas para a autoridade das cortes constitucionais no Brasil, tendo estas que lidar com um difícil ônus de justificação quando comparadas com as legislaturas ou o Judiciário em um regime de jurisdição constitucional fraca. Isso porque a autoridade final para invalidar uma lei não levaria a sério os descordos morais, bem como ignoraria o respeito a igualdade política e a autonomia do povo (BUSTAMANTE, 2018, p. 216-217).

As considerações de Bustamante são pertinentes para evidenciar o quão inflacionado pode ter sido a interiorização da lógica dos diálogos no debate constitucional brasileiro. Isso porque a teoria se mostrou, para muitos, como uma solução cabível para dúvidas que pairavam em torno de posturas ativistas do STF. Ignora-se, entretanto, que a adoção da perspectiva do diálogo não elimina, por si só, os anseios pela legitimidade que pairam sobre a atuação da corte. Em outras palavras, quando o ativismo judicial for um problema, o diálogo inerente a posição institucional ocupada pelos demais poderes não solucionará o problema de uma decisão que extrapola os limites constitucionais. O avanço teórico da adesão ao diálogo está na abertura para considerações institucionais à teoria normativa, chamando atenção para uma corte posicionada numa determinada engenharia institucional, superando assim teorias que avaliam a decisão jurídica de forma isolada ou desconexa aos efeitos no sistema político.

2.4. O passo seguinte: verificando os pressupostos institucionais para o diálogo no cenário brasileiro

Uma vez introduzido o debate no direito brasileiro, o passo seguinte é

verificar os pressupostos de aplicação da teoria ao contexto local, como passo essencial para superar considerações epistêmicas simplistas ou romantizadas acerca da acepção do diálogo. Dessa forma, aqui propomos a realização de um diagnóstico acerca do desenho institucional brasileiro, destacando a centralidade que possui o presidencialismo de coalizão para determinação das ações dos respectivos poderes.

A adoção de teorias do diálogo constitucional em solo brasileiro deve ser antecedida de uma repartição de competências que enseja um fluxo ideal de debate entre os poderes, sem destacar a resposta de um deles como maior grau de definitividade. Isso é importante, também, uma vez que a judicialização da política, que coloca o STF como fórum alternativo de soluções de controvérsias governamentais, é um recurso recorrente da prática brasileira. Logo, se as questões da política serão altamente judicializadas pelos seus atores, há que se questionar em medida atua o Judiciário brasileiro como promotor de uma democracia deliberativa de qualidade.

O questionamento passa pela questão de se entender qual o papel da nossa corte constitucional na produção de decisões que possam ser moralmente justificadas através da noção de autonomia pública, bem como sob o prisma da provisoriedade do resultado das deliberações. Tomando como ponto de partida o conceito de democracia deliberativa desenvolvida por Amy Gutmann e Dennis Thompson (2007), temos que compreender o papel do STF como fomentador da melhor justificação possível para lidar com o desacordo moral, promovendo processos decisórios que sejam baseados no respeito mútuo.

Logo, o diálogo institucional é inevitável, dada a interação necessária entre os poderes pela teoria da separação dos poderes. O olhar para a interação estratégica da corte como um ator político do desenho institucional é importante, como antecedente teórico necessário para compreender o pano de fundo de atuação do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, o filtro escolhido nesse trabalho para verificação dos diálogos institucionais estabelecidos no Brasil foi do presidencialismo de coalizão. Muitos elementos podem ser parâmetro para análise da aplicação da teoria ao contexto brasileiro, tais como, a opinião pública, as interações intracorte, dentre outras. Para fins de delimitação desse espaço de pesquisa, optamos por compreender as bases e peculiaridades do sistema de governo

brasileiro para analisar como nosso presidencialismo perpassa os debates políticos, inclusive no STF. Compreendendo a decisão jurídica como um elemento componente do debate político brasileiro, queremos compreender o diálogo à luz da primordialidade das coalizões presidenciais para estabelecimento dos embates brasileiros.

CAPÍTULO 3. CAPACIDADES INSTITUCIONAIS E EFEITOS SISTÊMICOS: UM OLHAR DA ATUAÇÃO DO STF, PARA ALÉM DO MODELO DE SUPREMACIA JUDICIAL

Na crítica ao modelo de supremacia judicial e na ineficiência de teorias meramente normativas para abarcar a realidade das cortes constitucionais, temos teorias que defendem uma virada institucional para adoção de uma leitura formalista do Direito. Esse viés teórico é crítico das teorias interpretativas, uma vez que estas falham ao debater questões em alto nível de abstração, sem levar em conta o desenho institucional para decisão. Logo, uma proposta teórica que capte a relação estratégica entre Poder Executivo e Judiciário no cenário brasileiro é necessária, antes de compreender os pressupostos teóricos da decisão jurídica. Isso porque o Supremo Tribunal Federal não decide em uma bolha. Sua atividade se dá em um palco necessariamente político, de interação com os demais poderes, em que atua de forma estratégica, sob inúmeras variáveis. Teorias que propõem essa decisão operacional são úteis, nesse momento, para compreender essa interação, estabelecida muito mais sob considerações sistêmicas, de custos políticos e econômicos das decisões, do que sob considerações normativas, de conceitos abstratos como democracia e legitimidade. Se compreendemos a supremacia judicial como um elemento meramente normativo, imposto pelo desenho institucional, nos posicionamos no passo seguinte, qual seja, verificar a interação sistêmica dessa corte com os demais poderes.

Na celeuma entre teóricos pró-corte e teóricos pró-parlamentos, uma nova luz se lança sobre a temática com as ideias propostas pelo Adrian Vermeule. Propõe o autor a chamada *virada institucional*, que impõe uma leitura da teoria constitucional a partir das *capacidades institucionais* dos atores envolvidos, bem como dos *efeitos sistêmicos* da interação entre eles. Em artigo escrito em co-autoria com Cass Sunstein, *Interpretation and Institutions*, Vermeule faz uma diferenciação entre *first-best theories* e *second-best theories*, para afirmar que as últimas são preferíveis as primeiras, uma vez que este tipo de argumentação se mostra mais plausível e útil na prática da decisão constitucional. Isso porque o aporte teórico em alto nível de abstração, utilizando-se de conceitos morais

tais como democracia, Estado de Direito ou dignidade da pessoa humana, não consegue eliminar o desacordo teórico. Logo, tal esforço seria inútil, levando o autor a defender uma descida ao nível empírico-operacional na interpretação feita pelos tribunais, adotando uma espécie de formalismo institucional, em que juízes dão prevalência para a interpretação dos legisladores e das agências administrativas. Ao tomar essa postura interpretativa, considera-se um binômio importante para a teoria de Vermeule: *capacidades institucionais* e *efeitos sistêmicos*. O enfoque das capacidades institucionais leva em conta as competências de cada instituição, bem como suas habilidades e limitações na tomada de decisões políticas. Já pelos efeitos sistêmicos observa-se a interação entre as instituições políticas de uma sociedade a partir de enfoque consequencialista da decisão.

As teorias interpretativas do Direito são, portanto, incompletas, porque se preocupam com argumentos em larga escala. Ou seja, elas se apoiam em conceitos demasiadamente abstratos tais como democracia, legitimidade, autoridade e constitucionalismo. Falham, por ignorar duas questões importantes. Primeiramente, negligenciam as “capacidades institucionais” de quem decide, incluindo suas limitações e habilidades para interpretar determinadas situações. Deixam de lado, também, os “efeitos sistêmicos” de qualquer abordagem específica, sem se preocupar com as consequências da decisão para os outros atores constitucionais. (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002)

A virada institucional de Vermeule se dá na percepção de que os desacordos em si são desimportantes para a solução do caso concreto. É necessário reconhecer a falibilidade do magistrado que, enquanto homem, deve racionalizar sua interpretação através de pressupostos plausíveis de acordo, em um nível operacional formal-consequencialista. As cortes, nesse sentido, não podem decidir de forma isolada, sem considerar as competências que lhe foram delegadas pelo sistema político, bem como a dinâmica entre as instituições envolvidas no processo de decisão. Logo, as variáveis institucionais devem ser consideradas na interpretação do caso concreto, incluindo nessa análise os custos de intervenção em instituição diversa.

Em semelhante linha de raciocínio, Cass Sunstein demonstra haver dois tipos de problemas para constitucionalismo, para quando as pessoas discordam sobre o que é bom e o que é certo. Fazem acordos parciais sobre dois tipos dos

maiores problemas da vida social, quais sejam, *acordos sobre formulações abstratas*, tais como o conteúdo da liberdade de expressão, e *acordos sobre doutrinas e práticas*, situadas abaixo do entendimento abstrato sobre a constituição. Algumas abstrações são necessárias para o bom funcionamento da ordem constitucional. Nesse sentido as pessoas podem seguir discordando quanto ao conteúdo da teoria constitucional mais adequada para leitura dos direitos, se concordarem quanto às práticas constitucionais. Adota-se como estratégia para decisões difíceis uma decida conceitual, aceitando *acordos parcialmente teorizados*, que denotam respeito mútuo e clareza sobre as práticas e resultados. Conforme demonstra o autor,

This phenomenon has an especially notable feature: It enlists silence, on certain basic questions, as a device for producing convergence despite disagreement, uncertainty, limits of time and capacity, and heterogeneity. In short, silence can be a constructive force. Incompletely theorized agreements are an important source of successful constitutionalism and social stability; they also provide a way for people to demonstrate mutual respect. (SUNSTEIN, 2007, p. 2)

Defende o autor que o silêncio na interpretação judicial pode ser construtivo, no sentido de permitir que o presente aprenda com o futuro, tornando a vida social possível e economizando tempo e dinheiro. Logo, os acordos parcialmente teorizados podem ser benéficos porque, primeiramente, ajudam na estabilidade social, quando os desacordos são de larga escala. Segundo, podem promover a reciprocidade e o respeito mútuo, objetivos centrais da democracia constitucional, por tornar desnecessário resolver as divergências fundamentais. Em terceiro lugar, os acordos parcialmente teorizados ajudam a reduzir o custo político de suportar os desacordos. Isso porque os perdedores perdem menos, na medida em que sua teoria não foi rejeitada. Por fim, o acordo moral pode ser problemático, uma vez que pode calcificar e tornar rígida a vida na sociedade, impedindo sua evolução no tempo (SUNSTEIN, 2007, p. 13-15).

Como defensor de uma postura de minimalismo judicial, em que os juízes tomam preferência por decisões estreitas, Sunstein propõe que os acordos parciais podem ajudar a fomentar o respeito mútuo diante do quebra-cabeça de

teorias constitucionais. Algumas formas de minimalismo, inclusive, seriam forçadas pela democracia, permitindo uma estabilidade duradoura da sociedade perante casos de profunda discordância entre os cidadãos (SUNSTEIN, 2006, p. 21).

Tomando tais considerações como ponto de partida, passamos a notar a ineficiência de teorias abstratas da dogmática jurídica em prover standards para resolução dos desacordos que envolvem uma decisão jurídica. Esse novo olhar sobre a tarefa interpretativa do direito, sob o enfoque da instituição e do sistema que a rodeia, impõe aos teóricos dos Direito Constitucional um esforço a mais para justificar a autoridade das cortes constitucionais quando invalidam uma decisão legislativa. Isso porque os desacordos morais não podem ser eliminados pelo simples recurso da dogmática e dos princípios jurídicos, uma vez que a disciplina normativa constitucional não explica, por si só, qual a supremacia de um juiz sobre as legislaturas para sua pretensa solução. Conforme bem aponta Bustamante, as controvérsias interpretativas do Poder Judiciário são idênticas aos desacordos do processo político em geral, sendo decididas, em última análise, também pelo apelo ao princípio majoritário. Logo, a defesa da supremacia judicial implica numa mera substituição de uma maioria legislativa por uma maioria judicial, sem que haja, efetivamente, superação do princípio majoritário (BUSTAMANTE, 2018, p. 11).

É crescente, pois, o uso da expressão capacidades institucionais no debate constitucional brasileiro, como proposta para superar problemas de legitimidade no ativismo. Na busca por endossar ou rejeitar teorias interpretativas, a expressão é utilizada como recurso que para demonstrar as diferenças entre mundo ideal e real para suas aplicações. Ou seja, o pensamento de Sunstein e Vermeule abriu caminho para considerações acerca de limitações e recursos disponíveis para tomada de decisão jurídica, úteis para aprofundar o debate sobre a melhor teoria interpretativa a ser adotada. A partir desses pressupostos, a decisão jurídica não pode ser analisada de forma apartada, como num vazio institucional, sob pena de um déficit metodológico importante. Compreender o papel do Judiciário no Brasil, implica, pois, necessariamente, compreender também as nuances do desenho institucional no qual ele se insere. Nesse sentido, Arguelhes e Leal explicam a concepção de capacidades institucionais a luz de três premissas e uma estratégia básica de raciocínio. São

as seguintes premissas:

(i) considerar que algum grau de especialização funcional em prol de fins constitucionais comuns é um pressuposto normativo da separação de poderes; (ii) considerar que toda tentativa, por qualquer instituição, de atingir esses fins comuns é potencialmente falível, estando sujeita a graus variados (mas nunca iguais a zero) de erros e incertezas; (iii) a análise de diferentes alternativas de decisão deve se dar de acordo com suas possíveis consequências para a promoção de um mesmo valor ou objetivo (2011, p. 11).

A primeira premissa, denominada pelos autores como pressupostos institucionais estruturais, entende a Constituição com uma “planta elaborada por um arquiteto funcional”, que, em uma idealização, distribui competências para persecução de determinados objetivos, presumido que cada instituição terá força para solucionar problemas de forma adequada. Logo, há um ideal de especialização funcional que desempenha um papel importante no exercício de comparação entre as capacidades de diferentes instituições, ainda que esse ideal seja constantemente alterado e contestado na prática. Esse desenho emana ainda um compromisso interinstitucional de solução harmônica das tensões que surgem no desempenho de suas atividades, dirigindo os poderes em coordenação e interação equilibrada que se sustenta na realização de objetivos constitucionalmente estabelecidos (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 16-19).

O segundo grupo de premissas, denominadas pelos autores de pressupostos epistêmicos, impõe, na compreensão da noção de capacidades institucionais o reconhecimento de uma falibilidade potencial e um contingência das capacidades. Há uma margem de incerteza inerente as decisões de qualquer ator institucional que resolve questões complexas, tornando falha a afirmação abstrata de que determinados assuntos devem ser sempre tratados por determinadas instituições. Definições abstratas, nesse sentido, servem, no máximo, como argumentos extra-institucionais que podem orientar o debate, quando não for possível definir nitidamente as capacidades institucionais (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 19-24).

Por fim, o último grupo de premissas, os pressupostos metodológicos, aproxima as capacidades institucionais de estrutura consequencialista de raciocínio, condicionada, porém, ao direito positivo, que é especialmente útil, com várias opções de teorias interpretativas ou formas de alocar o poder entre as instituições. Levar em conta as capacidades institucionais pressupõe uma análise empírica, comparativa e contingente, segundo os autores, a serem consideradas em momentos específicos. Repudia-se, portanto, diante da dificuldade entre plano ideal e plano real, uma opção que aproxime mais do primeiro. É necessário, nesse caso, avaliar os custos da adoção de uma determinada teoria e a chance de erro na sua aplicação, naquilo que Vermeule e Sunstein chamam de efeitos sistêmicos ou dinâmicos das decisões. Implica, tal perspectiva, numa análise das consequências da decisão no tempo e espaço, como uma análise de segunda ordem que determina a legitimidade das decisões para a teoria (VERMEULE; SUNSTEIN, 2011, p. 24-33).

Já a estratégia, derivada a partir dessas premissas, consiste em fazer uma comparação entre os custos inerentes a adoção de cada uma das diferentes alternativas possíveis, escolhendo a segunda melhor opção, e não a solução ideal. Para Arguelhes e Leal, qualquer consideração que fuja dessas premissas e dessa estratégia básica fugiria também do que Sunstein e Vermeule pensam para capacidades institucionais: há um risco iminente da expressão se tornar o novo “mantra” dos constitucionalistas brasileiros (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 12).

Logo, a decida operacional sugerida por Sunstein e Vermeule é útil para situar o STF num *locus* de decisão que é alimentado por inúmeros fatores, para além da norma jurídica e de conceitos abstratos. Tomando como ponto de partida considerações sobre competências constitucionais e relação entre os poderes, aprofunda-se o debate sobre a melhor a decisão, uma vez que elementos operacionais inevitáveis passam a ser notados como variáveis inafastáveis do sistema político.

A popularidade da teoria entre os constitucionalistas brasileiros, entretanto, releva o perigo de sustentação das capacidades institucionais por uma perspectiva diversa da elaborada por Sunstein e Vermeule. Nesse sentido, uma análise consequencialista de segunda-ordem, que compara as capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos, aceita o erro como inevitável, e reforça o

compromisso no nível de uma meta-escolha. Logo, é necessário vislumbrar, primeiramente, o quadro normativo e fático sob o qual as instituições desempenharão suas funções, para que escolhas de segunda ordem sejam tomadas promovendo os valores sociais relevantes (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 33).

Observando as teorias do diálogo no Brasil, observa-se uma argumentação muito focada na relação entre Judiciário e Legislativo, sendo tecida poucas considerações acerca do papel do Executivo. Dedicam-se, os teóricos, em larga escala, a debater a superioridade epistêmica de cortes e parlamentos, sob o pano de fundo democrático, trazendo abordagens das mais variadas sobre a leitura que tais intérpretes podem e devem fazer sobre a Constituição. Por coerência teórica, entretanto, a absorção de considerações institucionais só será válida, se estabelecermos, primordialmente, que tal diálogo se desenvolve em um sistema presidencialista de governo. Dessa forma, é necessário mudar o foco da abordagem, para compreender as competências constitucionalmente distribuídas para Judiciário e Executivo, bem como elaborar os efeitos, no Direito, dessa relação política inarredável.

Logo, se reduzimos a supremacia judicial como decorrente das capacidades institucionais dada pela Constituição, precisamos, em sequência, trazer para o debate constitucional as considerações sobre os efeitos sistêmicos da relação do Judiciário com os demais poderes. A ideia de se questionar a decisão jurídica a partir de sua posição frente ao presidencialismo de coalizão é uma perspectiva institucional de avaliação da mesma, importante para compreender a ação do STF dentro desse mecanismo político.

Partindo desse pressuposto inicial, relevante corrente doutrinária tem sido desenvolvida no direito norte-americano acerca do papel institucional do Poder Executivo em regimes presidencialistas. Defende-se, nesse caso, uma superioridade institucional da Presidência no sentido de se estabilizar as expectativas sobre o Estado, bem como seguir pacificamente frente os desacordos morais. Logo, para contextualizar a decisão jurídica frente ao presidencialismo brasileiro, começamos esboçando entendimentos recentes acerca do papel do Executivo na relação com os demais poderes, no cenário que inspirou a adoção do nosso sistema de governo, qual seja, os Estados Unidos. Trata-se de um desenho político que inspirou o Brasil, razão pela qual

julgamos pertinente trazer à baila tal teoria. Fazendo as adequações necessárias, e contextualizando a realidade brasileira, porém, verificamos algumas concordâncias com os aspectos descritivos da teoria, discordando, entretanto, de várias conclusões ali traçadas.

3.1. Executivo desvinculado e a nova separação de poderes: um enfoque institucional

Em consonância com a abordagem acima descrito, Adrian Vermeule, juntamente com Eric Posner, publicaram, em 2010 a obra *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, que sedimenta a teoria do Moderno Estado Administrativo, apontando uma nova perspectiva para a separação de poderes e para o próprio direito constitucional. A teoria radicaliza a defesa de um Executivo forte, tendo como alicerce teorias pragmáticas acerca das funções dos poderes estatais. Segundo os autores, “o Poder Executivo governa, sujeito a constrangimentos legais que são instáveis em tempos normais e fracos ou inexistentes em tempos de crise” (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 04). Logo, viveríamos um novo Estado, numa era pós-separação de poderes, na qual os demais poderes se encontram numa concorrência desleal com o Executivo, uma vez que a dinâmica política gera grandes arranjos de delegação a este poder, deixando parlamento e tribunais à margem.

O alicerce da doutrina da Separação de Poderes nos Estados Unidos remonta aos Federalistas, em especial, ao *paper* número 51, em que James Madison trata da noção de freios e contrapesos. Ali ficou estabelecido a necessidade de a Constituição definir, na sua estrutura interna, as relações mútuas dos poderes, bem como as formas de manter cada um em seu devido lugar. Chama atenção ao Poder Judiciário, para onde o controle deve se atentar ao fato de juízes precisarem de poderes especiais que podem causar a sensação de afastamento da autoridade que lhes confere poderes. No mais, em um governo republicano, a autoridade legislativa predominará, pautando, na lei, as limitações aos poderes e próprias do Estado de Direito, de forma a criar mecanismos para resistir a eventuais usurpações.

Para Posner e Vermeule, porém, o chamado legalismo liberal – expressão usada para sintetizar teorias tais como o liberalismo filosófico e político, constitucionalismo e democracia deliberativa – apresenta uma visão muito simplificada da separação de poderes, apoiada neste modelo madisoniano, no qual o Legislativo governa sujeito à constrangimentos legais, enquanto Executivo e Judiciário cumprem a lei. Ignora, porém, um quadro de intensas delegações ao Executivo, somado ao poder que este possui para atuar em momentos de crise, o que cria um regime de governo executivo-centrado. Neste sentido, a tradicional regra de freios e contrapesos da separação de poderes seria imperfeita, uma vez que o Estado Administrativo Moderno necessita de ajustes rápidos e contínuos em questões políticas complexas, os quais o Legislativo e o Judiciário são incapazes de fornecer. A tese proposta pelos autores, leva em conta os fatos do moderno Estado Administrativo, no qual há uma grande delegação de poderes ao Executivo, ameaçando relegar os demais poderes à margem.

A tese principal é de que o legalismo liberal tem se mostrado incapaz de gerar restrições significativas sobre o Executivo, uma vez que ignora duas circunstâncias atuais: a) quando as legislaturas concedem poder ao Executivo para regular a política, nos casos de delegação; b) quando eventos externos exigem novas políticas a serem adotadas com velocidade, nos casos de crise. Crise e delegação são características centrais do Estado Administrativo, e se justificam pela complexidade do processo de formação de políticas e nas rápidas mudanças que ocorrem no cenário político. Os autores apontam que, nestas situações, é difícil uma supervisão legislativa ou judiciária, em especial, pela necessidade de uma resposta política rápida e pela complexidade dos problemas que se colocam (POSNER; VERMEULE, 2010, p.).

Alguns fatores institucionais, tais como déficit informacional, problemas de ação homogênea e descentralização, defasagem de recursos pessoais e orçamento, intenso partidarismo (Congresso) ou legitimidade deficiente (Tribunais), prejudicam a supervisão relatada pela separação de poderes madisoniana. Nesse sentido, esses poderes ficam praticamente de lado quando ocorrem as emergências, sendo o Executivo responsável pelo ataque na primeira onda da crise. O Estado Administrativo requer ações rápidas e contínuas frente à complexidade das questões políticas, os quais os processos legislativos e judiciário são incapazes de fornecer.

Com forte inspiração em Carl Schmitt, afirmam os autores que o Legislativo e o Judiciário chegam tarde demais nas crises, enquanto o Estado Administrativo requer ajustes rápidos e contínuos em questões políticas complexas. Somente o Executivo é institucionalmente capaz de reagir com velocidade e força subjacente às mudanças no ambiente político, sendo Judiciário e Legislativo reativos e marginais (POSNER; VERMEULE, 2010, p.33). Como as emergências são, por natureza, imprevistas, não é possível utilizar-se da lei para determinar os poderes destacados em sua ocasião. Logo, está além das capacidades dos legisladores ou dos juízes especificar poderes para todas as emergências futuras, uma vez que a lei não consegue cercar todas as hipóteses em que a legalidade deve ser suspensa.

O Executivo, em contrapartida, possui o chamado “poder presidencial de ação unilateral”, que representa uma maior capacidade de ação real, o que o coloca em posição diferenciada em comparação em com os demais poderes (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 7-11).

Isso se dá pela existência de buracos negros e buracos cinzentos na legislação, que acabam por isentar explicita ou implicitamente o Executivo de restrições legais. Nesta esteira, para Vermeule, a lei administrativa norte-americana é schmittiana. A própria noção de buracos negros e buracos cinzentos pode ser melhor compreendida, segunda o autor, no pensamento de Carl Schmitt e na sua relação entre legalidade e emergências. Os buracos negros são os espaços da legislação que isentam explicitamente a revisão judicial da ação executiva. Já os buracos cinzentos o fazem de forma implícita, criando uma fachada de lei, sem proteção substantiva, com fracos constrangimentos. Vermeule foca de forma substancial nesta última espécie, a partir da noção de que quando a intensidade de revisão sobre essas zonas livres e padrões abertos se torna suficientemente baixa, surgirão os buracos negros (VERMEULE, 2009). Nas palavras do autor: *Moreover, the existence of these black and grey holes is inevitable. The aspiration to extend legality everywhere, so as to eliminate the Schmittian elements of our administrative law, is hopelessly utopian* (VERMEULE, 2009, p.1097)

Se os buracos são inevitáveis, Vermeule se aproxima de Schmitt para defender que o Estado de Direito não pode especificar, na lei, as condições que serão consideradas como emergências. Isso ocorre pela imprevisibilidade que

decorre dessas situações, que descarta, inclusive, os procedimentos de alocação de poderes, e que determina que a lei não poder ser usada para indicar quando a legalidade deverá ser suspensa. No máximo, poderá ser indicado quem terá o poder de dizer que se trata de uma emergência; mas os procedimentos e as condições substantivas sob os quais os poderes de emergência serão desencadeados, não (VERMEULE, 2009).

Não há, portanto, como se tratar dos buracos negros e cinzentos pela ótica do desejável e sim, pela ótica de sua inevitabilidade. Esta é uma questão de capacidades institucionais: mecanismos que criam deferência judicial em maior ou menor escala são pragmáticos e não conceituais. Não resultam de alguma confusão acerca do direito ou de um erro conceitual de alto nível. Há, por trás de sua ocorrência, um processo institucional de valores de custos e benefícios que muda ao longo do tempo, em que, a autorização legal pode garantir o controle e tornar as políticas mais legítimas (VERMEULE, 2009).

Neste sentido, Vermeule rebate a ideia de que os buracos cinzentos devem ser censurados, por se tratarem de uma fachada de legalidade que viola as normas do Estado de Direito.

Better to preserve the façade of law so that one day, when the crisis has passed, a real building may be constructed behind it — an option that may be lost forever if the façade is knocked down in the name of candor, or in a kind of tantrum about a temporary thinning of the rule of law. (VERMEULE, 2009, p. 1132-1133)

Segundo o autor, os juízes que cooperam na criação dos buracos cinzentos, pela baixa atuação de revisão e agindo com autocontenção, o fazem como forma de preservar o Estado de Direito, dando ao sistema jurídico uma flexibilidade importante para sua sobrevivência.

A ideia de um Executivo desvinculado, alerta os autores, leva os defensores do legalismo liberal à uma noção de uma tirania. Um eventual tiranofobia, entretanto, não se confirma. Numa análise pragmática, as maiores restrições ao Executivo não resultam da lei, e sim, da opinião pública e da política. A força da opinião pública e da política é tamanha que, segundo os

autores, o Direito Constitucional passa ser formado por revelações resultantes de confrontos constitucionais (showdowns) entre as instituições. Neste sentido, a real mudança constitucional não vem de emendas ou de interpretações doutrinárias, mas sim, de episódios de conflito entre as instituições sobre a atribuição de autoridade para fazer política. Tais embates criam precedentes (não necessariamente jurídicos) que agem nas tomadas de decisão posteriores. A relação entre as instituições, dessa maneira, se orienta por uma lógica política e não por uma lógica normativa (POSNER; VERMEULE, 2010, p.).

Um confronto constitucional, segundo Posner e Vermeule, é marcado por um desacordo entre os poderes sob as suas competências. Esse confronto se encerra com a aquiescência total ou parcial de um poder sobre os argumentos do outro, o que gera um precedente político formulado em termos constitucionais. Logo, aponta-se para um jogo de interesses institucionais, cujos embates criam precedentes que orientarão a prática política durante um período posterior (POSNER; VERMEULE, 2010, p.).

Atua nessa dinâmica a chamada “força civilizadora da hipocrisia” que cria uma força positiva pelo qual seria muito oneroso os custos da rejeição destes precedentes políticos. A opinião pública e a política agem determinando tais confrontos constitucionais, atuando como um filtro, através dos quais os autores denominaram “sentimento constitucional público”, que desperta os grupos políticos a decidirem conforme tendências sociais e econômicas. (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 77-81).

We think of constitutional change as a routine phenomenon that political actors have a special role in provoking. Public constitutional sentiment evolves in subterranean fashion, generally unperceived by those who exercise power. However, when political agents disagree about the allocation of authority, they must make predictions about how the public will react if a showdown occurs. The agents subtly shift their allocation claims in response both to their predictions about public reaction and to the clarifying effects of showdowns when they actually occur (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 82).

O Poder Executivo atua com um campo de intensa discricionariedade, longe, entretanto, de ser uma tirania. Muito mais do que as regras legais,

defendem os autores que a política limitará sua ação, através de mecanismos como eleições, sistema partidário e cultura política norte-americana. O público, focado em valores como bem-estar, liberdade, felicidade procura um líder que implemente seus interesses. O desafio do projeto constitucional é criar mecanismos institucionais para evitar que o agente se desvincule desses interesses principais do público. O melhor mecanismo será, nesse sentido, o processo eleitoral.

Logo, o dilema da credibilidade, ou seja, a incerteza sobre as motivações do Executivo, passa a ser resolvido pelo filtro das eleições. Os autores adotam no texto uma postura de mera descrição do poder da opinião pública, sem apontar uma preocupação com sentimento constitucional público ótimo. Para Vermeule e Posner não importa as motivações que possui esse Executivo, e sim, que os agentes se aproximem dos interesses principais da população, ainda que de forma fantasiada, imitando boas intenções. Existem mecanismos de autovinculação que enviam sinais de credibilidade ao público, a partir do momento que o Executivo se compromete com ações políticas as quais somente um presidente bem motivado adotaria. Ademais, sinais de boa motivação geram um ônus político grande sobre atores mal motivados, aumentando o custo de ação para estes. Por exemplo, há um custo real para o Presidente em violar a lei em casos de emergências. Porém, em questões de alto risco, os benefícios desta ação podem ser maiores que os custos da violação, principalmente se esta ação for credível (POSNER; VERMEULE, 2010, p.).

Logo, a tese lança um olhar pragmático para a atuação do Poder Executivo, revisitando as concepções liberais de restrição através do Estado de Direito. A legalidade seria como o encouraçado Potemkin: fica na paisagem fornecendo uma impressionante fachada de restrição legal ao poder Executivo, mas bloqueando muito pouco as ações do Presidente da República nos chamados buracos negros ou cinzentos (POSNER; VERMEULE, 2010, p.88).

Sob o mesmo enfoque, Levinson e Pildes questionam uma romantização da democracia que ignora a polarização política existente na sociedade norte-americana. Apela, tal democracia romântica, para elementos excessivamente idealizados e abstratos, o que se impede de alcançar as consequências reais da institucionalização desses valores. Os autores apontam para o papel que a política, e em especial, os partidos políticos desempenham sobre a estabilidade

do Estado. Logo, não são os poderes que guiam a competição político-democrática e, sim, os partidos políticos, uma vez que se encontram no pano de fundo das motivações dos poderes (LEVINSON; PILDES, 2006).

Numa análise mais global, percebe-se que a teoria do moderno Estado Administrativo encontra antecedentes no pensamento da Escola de Chicago e na Análise Econômica do Direito, em especial, no pensamento de Richard Posner. Observa-se nessas teorias um forte argumento consequencialista, de recusa da doutrina do direito como fonte útil para solução de problemas jurídicos e políticos.

Ao analisar o papel da moral no direito, afirma Posner ser falsa a noção de que existe *“uma ordem moral acessível à inteligência humana, uma ordem atemporal e não local que ofereceria critérios objetivos para [...] estrutura e o funcionamento das instituições jurídicas”* (POSNER, 2012, p. 3). Em uma versão forte, a teoria moral não seria, para o autor, útil para fornecer boas ou más fundamentações para atuação jurídica. Já uma versão mais moderada dessa abordagem, afirma que, ainda que, hipoteticamente, a teorização moral pudesse ser instrumento para alcançar juízos morais, ela não deve ser utilizada para formação de juízos jurídicos.

Isso porque o autor se identifica como um cético moral pragmático, julgando a moral como um fenômeno não suscetível de universalizações. O chamado “moralismo acadêmico”, por sua vez, desenvolve várias teorias e correntes para aplicação da moral ao direito, assumindo dessa forma facetas das mais diversas. A partir dessas teorizações morais, o moralista acadêmico tenta modificar o comportamento e as crenças morais das pessoas. Ademais, extraem conclusões a partir de texto e autores que se posicionam em épocas e contextos diversos do momento em que se teoriza, generalizando seus conteúdos. Ademais, a carreira acadêmica é muito curta para um pesquisador desenvolver com profundidade todos os elementos que circundam determinada teoria, o que o torna não um filósofo moral, e sim, algo próximo de um filólogo ou historiador moral (POSNER, 2012, p. 59-78). Logo, o ensino jurídico que se dedica a uma teoria moral é inútil, na medida que busca uma uniformização da moralidade tendenciosa, gerando, além de tudo, um isolamento do pesquisador do direito que se afasta da prática dos tribunais e escritórios de advocacia.

Os moralistas acadêmicos escolhem em um cardápio 'à la carte' os princípios morais que coincidem com as preferências de seu grupo social. Tem agilidade intelectual suficiente para juntar em uma unidade superficialmente coerente um amontoado de cursos de ação incompatíveis, e agilidade psicológica suficiente para só por em prática os princípios que escolheram na medida em que isso não venha a interferir com sua felicidade pessoal e progresso profissional. (POSNER, 2012, p. 115-116)

Em sentido oposto, adota Posner uma *concepção adaptacionista da moral*. Para o autor, a moral não pode ser útil ao direito, uma vez que cada comunidade tem seu próprio código, que se desenvolve em raciocínio similar à biologia evolutiva: as exigências da vida diária em sociedade vão moldando seu conteúdo segundo culturas e contextos histórico-sociais específicos (POSNER, 2012, p. 25-54).

Para o autor, juízes decidem baseados na intuição e na experiência profissional, e não deixam de praticar o direito nesses casos, já que direito e política se interpenetram. Fatores políticos e a visão social são decisivos para a solução dos casos concretos. O moralismo acadêmico, na verdade, faz com que a decisão jurídica seja falsamente sustentada por andaimes filosóficos que são utilizados de formas instrumental. Considerando a pluralidade de teorias e a contingência de cada uma delas, os desacordos morais não podem ser sanados objetivamente pelo uso de teorias morais (POSNER, 2012, p. 151-152).

Considerando, portanto essas limitações, a eficiência é elemento importante a ser utilizado pelo Judiciário, que pode ser perseguido de forma eficaz (POSNER, 2009, 135-144). Isso porque o pragmatismo é solução apontada por Posner para resolver o problema do moralismo acadêmico²³. O

²³ O autor aponta também o profissionalismo como solução, ao lado do pragmatismo. "Na realidade, porém, as profissões liberais estão envoltas no que Posner chamou de "mística profissional", ou seja, uma dissociação entre conhecimento real e a crença nesse conhecimento especializado que paira sobre a profissão liberal. Uma profissão é chamada de liberal justamente pela presença dessa crença, e não pela posse concreta desse conhecimento. E quanto mais frágil for o conhecimento, mais interesse tem os seus profissionais na manutenção de sua mística. Assim, a mística de uma profissão liberal eleva o seu status através de uma densa teia de conhecimento hermético e de técnicas de intensificação dessa suposta crença. Profissionalismo, ao revés, é quando uma profissão liberal adquire seu status e os privilégios que o acompanham pelo uso real de seu conhecimento específico e não pelo apelo a essa mística profissional. [...]A dimensão política do direito é, porém, um elemento que dificulta alcançar o verdadeiro profissionalismo. O avanço da ação afirmativa e do politicamente correto na formação jurídica, por exemplo, criam um obstáculo à profissionalização, na medida em que colocam a

pragmatismo instiga o magistrado a abrir a mente para uma postura menos dogmática, guiando-se por uma noção de maximização racional da decisão a ser tomada. A pretensão é de se adequar meios e fins, como um modo de ação inexorável da ação jurídica e política (POSNER, 2007, p. 473-483).

Uma vez que a maximização de riquezas não é apenas um guia para o julgamento com base no “common law”, mas também um valor social genuíno, e o único que os juízes tem condições favoráveis de promover, ela oferece não somente a chave para uma descrição exata do que cabe aos juízes fazer, mas também o referencial perfeito para a crítica e a reformulação. [...] Além de gerar tanto predições quanto prescrições, a abordagem econômica permite que o “common law” seja reformulado em termos simples e coerentes, e aplicado com mais objetividade do que os advogados tradicionais imaginariam possível. [...] Depois de retraduzir do vocabulário econômico para o jurídico, o analista vai descobrir que em sua maioria as doutrinas vigentes são aproximações aceitáveis das implicações da teoria econômica, sendo, portanto, válidas do ponto de vista formalista (POSNER, 2007, p. 484-485).

Logo, defende Posner que os juízes devem sempre que possível buscar gerar os melhores resultados possível para o futuro, interpretando com as fontes do direito como depósitos de conhecimento, fontes potencialmente úteis para o melhor resultado, além de servirem como pontos de referência para segurança jurídica (POSNER, 2012, p. 380-381). Dúvidas e debates interpretativos, a partir dos pressupostos de que o desacordo é inevitável, passam a ser reduzido a questões sobre consequências. Deve haver, assim, uma reconstrução imaginativa de todas as hipóteses possíveis para o caso concreto, pesando as consequências das diversas interpretações alternativas (POSNER, 2007, p.401-403).

atividade sob o domínio da ideologia e não sob uma racionalidade instrumental objetiva com vistas a atingir um resultado determinado. Posner adota, na esteira do pensamento de Oliver Wendell Holmes, a chamada “tese da suplantação” ou da “superação do direito”, pela qual se acredita que o direito tal como o entendemos nos dias atuais é somente uma fase de transição na evolução do controle social. Há um nítido exagero no uso da moral, que aponta para uma saturação, uma vez que a linguagem ali adotada é fonte constante de confusão, prevalecendo apenas pela obediência dos indivíduos ao uso da força irresistível do Estado de Direito.” (DAVID, 2014, p. 72) Para mais ver: POSNER, R. A problemática da teoria moral e jurídica. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

A interpretação jurídica, portanto, não pode ser pensada do ponto de vista epistêmico, e sim, do ponto de vista político. Isso porque a interpretação é vaga, abrangente e ilimitada, dando oportunidade para liberdade do juiz. Para Posner, portanto, a palavra “interpretação” deveria ser abolida, dando lugar à “consequências das abordagens antagônicas para a função judicial nos casos legais e constitucionais”. Essa nova abordagem dá ênfase à responsabilidade do magistrado, uma vez que o subordina à um sistema de governo (POSNER, 2007, p. 365-366).

Analisando as teorias acima propostas, em consonância com a teoria do moderno Estado Administrativo, percebe-se uma abordagem que lê a democracia como real fator de restrição do poder político do Executivo, não pelo conceito abstrato que ela endossa, mas sim, pelos elementos práticos da vida política, tais como a opinião pública e as eleições. A clássica teoria de freios e contrapesos da separação de poderes resta enfraquecida, para os autores, uma vez que na dinâmica da interação entre os poderes, o Executivo se desvincula do legalismo liberal para atuar de forma mais enfática que Legislativo e Judiciário. Reafirmam os autores, portanto, a incapacidade da teoria jurídica em captar, apenas pela análise legal ou de conteúdos abstratos a real dinâmica de estratégias pelo qual se desenrola a política e a relação entre os poderes. A academia, então, deveria se debruçar sobre essa nova dinâmica: o centro de gravidade se encontra agora no Executivo.

3.2. A contextualização no sistema presidencialista brasileiro: o que esconde a defesa do pragmatismo e do Executivo desvinculado?

Thomas Bustamante, em artigo de análise crítica da teoria de Vermeule, aponta que após a virada institucional duas são as etapas necessárias para a construção de uma teoria normativa de interpretação constitucional. Em primeiro plano, deve se realizar uma avaliação empírica das instituições envolvidas, coletando dados que influenciam a tomada de decisão. Em segundo plano, e não menos importante, é necessária uma reflexão teórica sobre o significado normativo dos dados coletados, que fornecerão os fundamentos da decisão

entre metodologias interpretativas disponíveis. Vermeule rejeita que uma teoria do valor possa ser suficiente para produzir conclusões operacionais sobre a ação do magistrado. Cai, entretanto, no erro clássico do ceticismo e dos antiteóricos: até mesmo o seu formalismo institucional deve se comprometer com alguma teoria antes de fazer a análise empírica, uma vez que até a postura de negação desses valores é teoria valorativa da interpretação constitucional. Nesse sentido, para Bustamante, a teoria de Vermeule seria defeituosa, por negar a segunda etapa de construção. Qualquer teoria de interpretação constitucional depende de uma concepção de igualdade que encontre identidade no texto constitucional, ou seja, deve manifestar uma compreensão a partir da Constituição. Qualquer metodologia que fuja a essa lógica poderá ser considerada arbitrária (BUSTAMANTE, 2003, p. 1125-1145).

Enquanto proposta de diagnóstico da relação sistêmica dos poderes, o moderno Estado Administrativo, fundamentado na perspectiva antiteórica, acerta ao apontar a força que o Executivo adquire em governos presidencialistas, bem como uma relevância relativa do filtro da opinião pública e das eleições como elemento estratégico de atuação dos poderes.

As falhas, porém, são grandes. Conforme aponta Roberto Gargarella em resenha sobre a obra²⁴:

Por supuesto, el libro se equivoca en casi todo: tanto en los aspectos descriptivos como normativos. Atribuye a los ciudadanos una capacidad de control a la que no se reconoce afectada (afectadísima) por los mismos problemas de coordinación, de acción colectiva, de información, que se reconoce que afectan a jueces y legisladores. Menosprecia las capacidades del Ejecutivo para auto-expandir su poder. Descuida atención sobre los poderes del Presidente para sacarse de encima los controles populares. Computa los riesgos de los excesos del Ejecutivo (política de torturas en los Estados Unidos, como Proyecto x, negociados megamineros o terciarización de la protesta en la Argentina) en balance con los supuestos beneficios de la centralización (como si fuera aceptable intercambiar "pérdida de ciertos derechos" con algunos hipotéticos beneficios macro-económicos). Se desinteresa por los modos en que la centralización del poder favorece a los grandes grupos económicos (que ya no tienen que

²⁴ GARGARELLA, Roberto. El club de los schmittiano ataca de nuevo. Presidencialismo o derechos. Disponível em: <https://seminariogargarella.blogspot.com/2012/04/presidencialismo-o-derechos-el-club-de.html>. Acesso em 08 de outubro de 2018.

presionar más que sobre uno). No presta atención a los modos en que las decisiones híper-centralizadas son más proclives a ser decisiones erróneas (dada, justamente, la falta de controles y chequeos de información). (Antológicas, por los demás, las consideraciones que hacen sobre las dictaduras y cuasi-dictaduras). Más sofisticada que antes, la dupla Vermeule-Posner representa a la derecha schmittiana de siempre: La que hoy pide más presidencialismo, la que ayer daba argumentos para avalar la tortura.

O autor dialoga com a tese do Moderno Estado Administrativo, analisando-a de forma crítica. A primeira crítica apontada por Gargarella é de natureza descritiva. Posner e Vermeule seriam demasiadamente otimistas ao analisar as formas de controle popular, enquanto assumem, em contrapartida, uma postura pessimista quando aos controles legislativos e judiciários. Para defenderem a noção na qual os controles legais, típicos do chamado legalismo liberal, falham, adotam uma postura excessivamente negativa. Ao revés, defendem os controles populares com otimismo, que segundo o autor, levam a uma narrativa parcial e incoerente. Sobrestimam, ainda, as capacidades da cidadania, especialmente, sobre o poder do voto de sancionar excessos do executivo. Conforme bem aponta o autor, o voto é uma ferramenta que pode transmitir múltiplas mensagens, sendo acionada periodicamente, o que, evidentemente, limitaria seu poder de controle. Fica subestimado, acima de tudo, a tônica que assume um hiperpresidencialismo em sociedades desiguais como as da América Latina. Há, dessa forma, uma clara tendência desse *presidencialismo imperial* de minar qualquer forma de controle que se imponha.

Do ponto de vista normativo, Gargarella aponta que o argumento de que um Executivo forte tem melhor capacidade de sair de crises é acompanhado de dificuldades políticas, epistêmicas e morais. Em primeiro lugar, o poder concentrado em uma pessoa facilita o trabalho de grupos mais poderosos, uma vez que se torna mais simples impor pressões. Em segundo lugar, há um incremento nos riscos de se cometer erros, uma vez que falta controle que incentiva a revisão antes da decisão. Finalmente, dá-se abertura para graves lesões a direitos humanos, uma que vez que a ausência de controles leva a decisões enviesadas ao interesse de um grupo majoritário, em detrimento de interesses de grupos minoritários (GARGARELLA, 2016, p. 294-297).

Ademais, na contextualização das teorias, compreendendo o viés acadêmico dos autores citados, encontramos Eric Posner como teórico que defende relativização dos direitos humanos para fins de tortura, sendo fundamental a defesa de um Executivo forte para fazer frente às ameaças de terrorismo e à guerra norte-americana contra o terror²⁵. Além de se inserir num contexto de presidencialismo norte-americano, em que o debate sobre segurança nacional e combate ao terrorismo fazem parte do cotidiano local, a obra supervaloriza a capacidade da ação coletiva de obstar os excessos tirânicos desse Executivo fortalecido e hipercentralizado, e menospreza a capacidade de diálogo e embate de poderes com Legislativo e o Judiciário.

A inclusão do Executivo na relação sistêmica entre os poderes não pode ser feita ignorando o papel do Legislativo e do Judiciário. Considerando, ainda, os problemas estruturais de países como o Brasil, apoiar teoricamente uma superação da separação de poderes e um Executivo desvinculado tem potencial simbólico drástico de reafirmar um histórico de autoritarismo e de concentração de poder. Ao ignorar aspectos de legitimidade da atuação político-jurídico, bem como negar qualquer capacidade de teorias morais darem suporte à decisão, caem em um realismo indesejável do ponto de vista de virtudes que justificam toda a coerção estatal, e ignorando elementos como justiça, equidade e devido processo legal.

Há, portanto, uma fragilidade epistêmica nas teorias aqui trazidas, que, ao fazer críticas importantes à teoria do direito acabam falhando por reforçarem um decisionismo. Estão os autores presos em um raciocínio cíclico, como bem demonstra Bustamante. Nega-se o legalismo liberal ou moralismo acadêmico, enquanto na prática, decisões pragmáticas e estratégicas do ponto de vista político tendem a se apoiar em conceitos morais altamente abstratos.

Como bem colocado por ROSA e LINHARES, tal abordagem consequencialista rompe com a facticidade e com a segurança jurídica, colocando o mercado como dogma, instrumentalizando a doutrina jurídica. Nas palavras dos autores,

²⁵ Como nas obras *The twilight of human rights law* e *Terror in balance: security, liberty and the courts*, esse último, também escrito em parceria com Adrian Vermeule.

Diferentemente do modelo liberal, não se trata mais de acumular bens e/ou produtos, mas sim de usar e descartar, trocando-se o modelo, conforme as ondas do mercado. Neste modelo em que impera a velocidade, a novidade, rotatividade é que acabam medindo o sucesso, diz Bauman, do 'homo consumens', Conjugando Bauman, Warat, Zizek, Lebrum e Melman, pode-se dizer que a concepção de sujeito apropriada ideologicamente pelo modelo neoliberal é o do 'homem de baixas calorias', sem vínculos, desprovido de ideais, preocupado egoisticamente com a satisfação de suas necessidades imediatas, numa estrutura de 'perversão' generalizada. Neste contexto, os laços sociais, ou seja, os vínculos simbólicos de uma civilização encontram-se frouxos, desprovidos de amarras. São tênues, lânguidos, mutáveis conforme os gostos, estéticos. [...] o declínio da figura paterna, do lugar da autoridade, do limite, pois, cede lugar a um desmesurado ambiente de satisfações parciais. [...] Este consumismo sem limites acaba, no seu cúmulo, gerando a procura de limites, Referências Simbólicas, muito mais facilmente interiorizadas diante da angústia que proporciona onde, não raro, surgem 'profetas jurídicos'. (ROSA; LINHARES, 2011, p. 115-116).

Desse modo, dois pontos são necessários para verificação da aplicabilidade da teoria do moderno Estado Administrativo no Brasil. Primeiramente, precisamos adequar sua base teórica ao tipo de presidencialismo que aqui se desenvolveu, como demonstra no capítulo seguinte. Segundo, precisamos verificar, na prática do Poder Judiciário, em especial, do Supremo Tribunal Federal, como os juízes absorvem a análise consequencialista da decisão, o que faremos no capítulo 5.

O que se percebe é que uma soma explosiva de um modelo de coalizões com um Poder Judiciário deferente, que é componente importante dos arranjos políticos formados em cada governo. A prática do Supremo Tribunal Federal referenda um sistema problemático de alianças políticas, adotando um discurso técnico-econômico que gera uma desvinculação normativa da decisão jurídica, e esvazia as conquistas constitucionais e democráticas. Lido à luz das capacidades institucionais, pressupostas na Constituição, temos um sério problema: o juiz reverte o discurso jurídico em discurso econômico, se afastando da exatidão funcional o Estado de Direito requer.

CAPÍTULO 4. O EXECUTIVO NO CENTRO DO SISTEMA POLÍTICO BRASILEIRO: PRESIDENCIALISMO BRASILEIRO SOB A PERSPECTIVA DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Os presidencialismos da América Latina se desenvolveram tendo os Estados Unidos como modelo paradigmático. Compreender a centralidade do Executivo no Brasil passa, entretanto, por verificar sua formação e peculiaridades no contexto histórico latino-americano.

O novo constitucionalismo latino-americano representa uma tentativa de revisão das dimensões do direito constitucional da região. Bolonha, Rangel e Corrêa, analisando os diversos estudos sobre o tema, agrupam características fundamentais do movimento. Primeiramente, aponta-se para o erro da alta colonização das pesquisas latino-americanas, marcadas por um forte eurocentrismo na conceituação e criação de institutos jurídicos, propondo, dessa forma, uma revisão epistemológica. Outra revisão necessária é a sociopolítica, que verifica grupos sociais e culturais tradicionalmente excluídos dos processos constituintes e democráticos. Por fim, propõe-se uma revisão jurídico-normativa, valorizando o intérprete como protagonista fundamental para o alcance de direitos fundamentais (BOLONHA; RANGEL; CORRÊA, 2015, p. 117).

Nessa seara, novas teorias tem sido elaboradas para abarcar fundamentos que encontrem reflexo na prática constitucional desses países, superando modelos eurocentrados de direito constitucional, baseados em elementos homogeneizantes e de negação sistemática da diversidade. O chamado Estado Plurinacional é, nesse sentido, no entender de José Luiz Quadros de Magalhães (2012), um exemplo de ruptura paradigmática com o constitucionalismo moderno, com abertura para uma democracia consensual, dialógica e participativa. Encontramos seus primeiros traços nas constituições da Colômbia de 1991 e da Venezuela de 1999, se concretizando nas constituições do Equador de 2008 e da Bolívia de 2009. Representam avanços democráticos de Estados que se propõem a revisar o modelo de sociedade para reconhecer os povos originários como membros importantes do processo de

participação política²⁶.

“Neste sentido, as revoluções da Bolívia e do Equador, seus poderes constituintes democráticos, fundam um novo Estado capaz de superar a brutalidade dos Estados nacionais nas Américas: o Estado plurinacional, que traz a ideia de uma democracia consensual, dialógica e participativa. [...] O Estado plurinacional reconhece a democracia participativa como base da democracia representativa e garante a existência de formas de constituição da família e da economia segundo valores tradicionais dos diversos grupos sociais (étnicos e culturais) existentes.” (MAGALHÃES, 2012, p. 29)

O modelo hegemônico da modernidade é insuficiente para lidar com as peculiaridades dos povos latino-americanos, uma vez que novos reclames por reconhecimento da diferença como direito individual se fazem necessários. O Estado Plurinacional, dessa forma, representa uma novidade de reconhecimento constitucional desse direito a diferença, a partir da adesão de um sistema plurijurídico, cuja diversidade epistemológica é capaz de superar as bases uniformizadoras do modelo europeu.

O caminho para construção de um constitucionalismo latino-americano é fértil e promissor. Revisar nossas bases constitucionais é passo importante para compreender, atualmente, o desempenho das nossas instituições. Remete-se a um passado que alimenta as práticas atuais que precisa ser necessariamente revisado para seguir com a proposta de construção de um constitucionalismo latino-americano.

Assim, nesse processo revisional o qual se submete o constitucionalismo local, observamos uma arquitetura institucional que valoriza demasiadamente o

²⁶ Para exemplificar, aponta MAGALHÃES (2012), os seguintes avanços na constituição da Bolívia: (a) cerca de 80 artigos, dos 411, tratando da questão indígena; (b) os povos originários passam a ter participação ampla e efetiva em todos os níveis de poder estatal e na economia; (c) cota para parlamentares indígenas; (d) propriedade exclusiva sobre os recursos florestais para os povos indígenas, bem como direitos sobre a terra e os recursos hídricos de suas comunidades; (e) equivalência entre a justiça tradicional indígena e a justiça ordinária do país, podendo cada comunidade ter seu próprio “tribunal”, com juízes eleitos entre os moradores; (f) descentralização das normas de direito eleitoral, podendo os representantes dos povos indígenas ser eleitos a partir de normas eleitorais de suas comunidades; (g) criação de um Tribunal Constitucional plurinacional, com membros eleitos pelo sistema ordinário e pelo sistema indígena; (g) transformação da organização territorial, com a criação de quatro níveis de autonomia (departamental²⁶, regional, municipal e indígena); dentre outras

papel do Executivo, em detrimento a outros poderes, razão essa de grande crítica do movimento do novo constitucionalismo. Passamos, então, à análise do contexto histórico de desenvolvimento do constitucionalismo latino-americano, no pensamento de Roberto Gargarella, que aponta importante empecilho estrutural no avanço das nossas Constituições atuais. Em seguida, trazemos as configurações do chamado hipersidencialismo, na teoria de Carlos Santiago Nino, e, por fim, à realidade brasileira do presidencialismo de coalização, reduzindo as considerações para nosso contexto local.

4.1. A formação do constitucionalismo latino-americano

Roberto Gargarella, autor argentino, analisa na obra *La Sala de Máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo em América Latina* a formação do constitucionalismo latino-americano, a partir de um duplo incômodo: primeiramente, a pouca atenção que se dá à riquíssima tradição constitucional latino-americana; em segundo lugar, em razão da própria maneira com que o constitucionalismo regional tende a pensar as reformas constitucionais nas últimas décadas. Esta segunda motivação, em especial, se desenvolve em torno da atenção exagerada que se dá às questões de direito, em detrimento às questões de organização do poder. Ou seja, na analogia feita pelo autor que dá título à obra, as novas Constituições se mantêm fechadas nas salas de máquinas (GARGARELLA, 2016, p.7).

Gargarella examina dois séculos de formação do constitucionalismo latino-americano, através de uma perspectiva institucional, tanto descritiva quanto normativa, uma vez que a teoria recorrente tem deixado de refletir sobre problemas e ideias fundamentais para vida pública. Se propõe a pensar criticamente o constitucionalismo latino-americano, tendo como norte a ideia de igualdade, refletida em um compromisso simultâneo com o autogoverno coletivo e com a autonomia individual (GARGARELLA, 2016, p. 9).

O elo condutor da obra é a preocupação com a desigualdade, que marca as esferas de poder em todas as suas facetas, quais sejam, social, política, econômica. Segundo Gargarella, o sistema institucional tem responsabilidade

significativa na consolidação da desigualdade neste sistema político, econômico e social. Daí o autor focar sua narrativa na busca por uma maneira diferente de pensar e organizar a vida democrática (GARGARELLA, 2016, p. 11).

Duas perguntas devem ser feitas a qualquer projeto constitucional. Primeiramente, um Constituição para que? E em seguida, uma Constituição contra o que? No primeiro século de constitucionalismo na América Latina, foram editadas cerca de 103 Constituições, reforçando a imagem de um continente dominado por líderes autoritários e personalistas (GARGARELLA, 2016, p. 13).

O modelo crucial para nossa formação jurídica foi o constitucionalismo norte-americano, que trazia a Constituição como meio excepcional para fazer frente às situações de crise grave. Faz-se referência, aqui, à James Madison, nos papéis d'O Federalista, em especial, em seu nº 10. Segundo Madison, a crise da vida institucional da Federação se dava em razão das facções que, movidas por paixão ou interesses comuns ao grupo, atuavam de modo contrário ao interesse de todos. Nesse cenário, a Constituição se colocava como um instrumento capaz de filtrar ou diluir a crescente influência dessas facções na vida pública.

Para Gargarella, os constitucionalistas latino-americanos, em seus primórdios, buscaram raciocínio semelhante ao esboçado por Madison, para identificar graves problemas sociais e fazer da Constituição uma ferramenta na luta contra essas mazelas (GARGARELLA, 2016, p. 15).

Após a identificação dos dilemas constitucionais, vinha à tona a questão de se saber qual modelo constitucional era mais capaz de absorver tais demandas. As divergências se dão não apenas na identificação de quais seriam os problemas a serem levados em conta pelo Estado, mas também, a forma de se relacionar com os problemas comuns às diversas ideologias em jogo.

Na ocasião existia uma *pluralidade de debates em jogo*, resultando de diversos projetos constitucionais em torno de posições diversas acerca da liberdade individual, do alcance da democracia e do federalismo, da concentração da autoridade e do peso das organizações sociais. As respostas a tais questões podem ser organizadas em torno de dois importantes ideais da política moderna e do movimento independentista, quais sejam, a ideia de autonomia individual e a ideia de autogoverno coletivo (GARGARELLA, 2016, p. 20).

A partir desses dois grandes ideais, desenvolvem-se três posições representativas das diversas formas de pensar a Constituição, prevalecendo uma conjunção entre a primeira e a última proposta: a) uma posição conservadora, com uma visão mais restrita e elitista; b) uma posição republicana, com compromisso na ideia de autogoverno, defendendo a prevalência do bem estar geral sobre a autonomia individual; c) uma posição liberal, com a defesa de uma ordem constitucional em torno da ideia de autonomia individual, e restrições quanto à política majoritária (GARGARELLA, 2016, p. 22)

Caminhando na história, tem-se que a inclusão das massas trabalhadores na política revoluciona o período de 1930-1980, levando a queda definitiva da ordem neocolonial. A Crise de 1929 evidencia seu ponto crítico de mudança, levando a adoção de um papel intervencionista pelo Estado. Uma nova maneira de consumir põe em xeque o modelo de exportação de bens primários como sustentáculo único da economia local, uma vez que passa a exigir a importação de novos bens. Rompe-se com a antiga fórmula de “ordem e progresso”, trazendo para política a ampliação da participação política pela extensão do sufrágio à uma grande e exigente classe trabalhadora. Conclui-se que o velho modelo de aliança liberal-conservadora é excludente e, portanto, incompatível com as novas características políticas da América Latina (GARGARELLA, 2016, p. 199-200).

Com o marco da Constituição Mexicana de 1917 inaugura-se um novo constitucionalismo latino-americano, para integrar novas demandas sociais à tradicional base liberal-conservadora. O resultado será *um perfil social em matéria de direitos, mas, todavia, demasiado conservador em matéria de organização do poder* (GARGARELLA, 2016, p. 202, tradução nossa).

Nessa nova perspectiva, Gargarella cita algumas respostas que surgiram a esse novo constitucionalismo. Relacionando-as ao Brasil, temos os seguintes contextos:

A chamada **saída autoritária** parte do seguinte questionamento: *como manter o nível de crescimento e de disciplina social que haviam caracterizado o período de ordem e progresso nessas novas condições?* (GARGARELLA, 2016, p. 203, tradução nossa). Deriva-se desse questionamento o uso de poderes de emergência, com consequência restrição às liberdades individuais, tais como nas reiteradas declarações de estado de sítio. No Brasil, o século XX é marcado

pelo uso corriqueiro desses instrumentos de emergência, em especial, no golpe de Estado da década de 1960, financiado pelo programa norte-americano de combate ao comunismo, Aliança para o Progresso. (GARGARELLA, 2016, p. 204-208)

A **saída populista** tem no governo Vargas um exemplo fundamental de resposta ao novo constitucionalismo. Tem com características centrais a aposta em um Estado regulador e industrialista, no anti-esquerdismo, em sua orientação personalista, em seu afã de se apoiar em massas de trabalhadores mobilizadas, ao mesmo tempo que negocia com o empresariado nacional. Do ponto de vista jurídico, a Era Vargas ficou marcada pelo desfazimento da recente Constituição de 1934 em 1937. A primeira incorporava novos direitos sociais ao texto constitucional, mas falhava, segundo Vargas, em dotar o presidente de poderes fortes para fazer frente à crise mundial. A Carta Polaca, como ficou conhecida a Carta de 1937, fortaleceu o presidencialismo com caracteres centralizadores e antifederal, como queria Vargas, mantendo, ainda, seu compromisso com os novos direitos sociais. Em nome do combate à influência comunista, e sob a justificativa de se reorganizar o sistema institucional, não foram convocadas eleições e foi dissolvido o Poder Legislativo, convertendo-se o Estado Novo em uma ditadura, pura e simples. (GARGARELLA, 2016, p. 216-222)

Gargarella utiliza-se de uma metáfora para entender o papel das reformas legais. O direito vigente seria um tranquilo e grandioso lago sobre o qual cai folhas, representativas das novas mudanças. Durante um tempo, o direito novo e o velho possuem corpos distintos que se preservam nesse contato. Como o passar do tempo, pouco a pouco, a textura do direito novo cede, com a perda de força de sua estrutura interior. As reformas, que antes pareciam corpos estranhos ao velho lago, agora se confunde com ele. Direito novo já é corpo do direito velho (GARGARELLA, 2016, p.243).

Dessa forma, três reflexões devem ser feitas para a teoria constitucional. Primeiro, sobre o impacto interno dos enxertos constitucionais, ou seja, como as mudanças introduzidas em uma parte afetam outras partes. Um segundo questionamento, seria acerca dos problemas de tradução constitucional, ou seja, os esforços exigidos para transplantar novas instituições. Por fim, sobre as cláusulas dormidas, ou seja, reflexão acerca da introdução de novas instituições que, de antemão, sabemos de difícil execução.

O constitucionalismo do final do século XX, conforme se extrai dessa trajetória histórica de formação narrada por Gargarella, é resultado da crise política e de direitos humanos que adveio das ditaduras latino-americanas, bem como da crise econômica instalada a partir da adoção de programas de ajuste estrutural de matriz neoliberal. As novas constituições fortalecem os compromissos sociais das cartas anteriores, mantendo a tradicional e verticalizada estrutura de poder.

Nesse sentido, a Constituição brasileira de 1988 é uma reação ao legado autoritário deixado pelos governos militares anteriores, numa tentativa de reparar os graves retrocessos implantados pela ditadura. São exemplos dessa reação, a proibição da tortura, o reestabelecimento do voto direto e secreto, fixação de penas severas contra restrições a liberdades individuais, inclusão de mecanismos de participação direta, como plebiscito e referendo, compromisso federalista e de expansão da autonomia municipal, medidas de proteção de terras indígenas e um detalhada rol de direitos e garantias fundamentais. Paralelamente, manteve um sistema presidencialista forte, em consonância com as reformas trazidas na ditadura, como reação ao trauma causado pela Constituição de 1946, acusada de ter criado um presidencialismo muito deficitário.

Teóricos latino-americanos concordam em relacionar diretamente hiperpresidencialismo com os altos níveis de instabilidade verificados na região. Citando Carlos Santiago Nino²⁷, resultava claro que o hiperpresidencialismo concentra grande poder, responsabilidade e expectativas em apenas uma pessoa. *Qualquer súbito desencanto com o presidente, qualquer queda em sua popularidade ou quebra em sua saúde tendia a se traduzir, então, como uma crise no sistema político* (GARGARELLA, 2016, p. 273, tradução nossa).

Gargarella investiga, ainda, o impacto dos programas de ajuste estrutural levados à cabo a partir da década de 1980 sobre o constitucionalismo, que impuseram sobre a América Latina políticas monetaristas e de redução aparato do Estado, dos gastos públicos e, conseqüentemente, dos projetos sociais.

A nova política neoliberal exige mudanças em nível também legal, a fim de se tornar possível as reformas em tela. Cita-se, o exemplo brasileiro, de 35

²⁷O pensamento do autor Carlos Santiago Nino sobre o hiperpresidencialismo será melhor abordado no próximo tópico.

emendas constitucionais aprovadas durante o governo FHC, com intuito de facilitar o processo privatizador. Cita-se, ainda, as iniciativas promovidas por instituições internacionais, tais como Banco Mundial, notadamente dirigidas para que o Poder Judiciário apoiasse as transações econômicas da época.

Resulta-se das reformas neoliberais que milhares de pessoas passam a se encontrar em situação de abandono, uma vez que, sem apoio dos extintos programas sociais estatais, passam a se encontrar sem meios para subsistência pessoal e familiar. Consequentemente, a situação de crescente miserabilidade passa a fomentar um processo de mobilização social intenso, de reclamos de proteção constitucional aos grupos mais vulneráveis da sociedade²⁸ (GARGARELLA, 2016, p. 274-276).

Desse processo surgem, segundo o autor, conclusões paradoxais. De um lado, considera-se que houve um aprendizado por parte dos sistemas políticos latino-americanos, no sentido de se lidar pacífica e democraticamente com eventos de tensão, sem recorrer à golpes de Estado²⁹. Outra parte passa a visualizar a um vazio de autoridade ou caos político neste novo momento de crise que reclamaria um fortalecimento da autoridade presidencial. A história confirma tal paradoxo: ainda que os Estados latino-americanos tenham sabido lidar com a crise de forma democrática e sem rompantes autoritários, observa-se uma grande dificuldade de processamento institucional das mesmas, o que ocasionaram revoltas populares capazes, no Brasil, de levar à renúncia do presidente Collor. (GARGARELLA, 2016, p. 277)

Gargarella sustenta que as novas Constituições tendem a reelaborar as seções relativas à direitos fundamentais, se aproximando de um direito internacional dos direitos humanos, abandonando compromissos religiosos e amparando grupos historicamente excluídos. Ressalta que, entretanto, em matéria de organização do poder, pouco se avançou. As novas Constituições mantêm demasiados poderes ao presidente, em comparação com o modelo presidencialista clássico, tendentes à maior fortalecimento, como se vê nos

²⁸ No Brasil, o autor cita como exemplo o Movimento dos Sem Terra, na luta agrária por moradia e trabalho.

²⁹ Aqui se faz uma contextualização da obra, que é publicada, em sua primeira impressão, em 2014, carecendo de atualização quanto ao momento histórico que desenvolve após o impeachment da presidente Dilma, em 2016. Abordaremos melhor essa perspectiva no capítulo 5 deste trabalho.

casos de aprovação de reeleição imediata ao cargo.

O que temos, portanto, é uma Constituição que deseja assegurar a ordem ao mesmo tempo que deseja garantir direitos fundamentais. Logo, observa-se uma Constituição com duas velocidades e propósitos contraditórios. Questiona Gargarella: *por que os constituintes latino-americanos optaram por Constituições desse tipo, que parecem levar as tensões internas ao máximo?* (GARGARELLA, 2016, p. 285) O autor apresenta três possíveis respostas.

Uma primeira resposta aponta para a ideia de que os constitucionalistas simplesmente podem não considerar a existência de uma tensão entre direitos humanos e hiperpresidencialismo. Cada uma das seções da Constituição seria autônoma, regendo-se por sua própria lógica, independentemente às demais. Ademais, algumas cláusulas seriam dotadas de auto-operatividade, denotando, assim, a autoexecutoriedade de certos dispositivos constitucionais.

Para Gargarella, esses argumentos são simplistas, levando a uma leitura equivocada de compartimentação da Constituição. Logicamente, se os direitos fundamentais atuam como barreiras à atuação do poder público, logo, uma maior inclusão de direitos deveria significar em um menor campo de atuação para o Estado (GARGARELLA, 2016, p. 285-286).

Uma segunda corrente defende que o fortalecimento dos poderes do presidente acompanha a expansão de direitos, de forma a reestabelecer um certo equilíbrio constitucional. Tal movimento, intitulada compensação interseccional, manteria um balanço interno na Constituição. Nega-se, nesse ponto, uma autonomia ou indiferença entre as seções constitucionais, afirmando uma relação de diálogo como forma de compensação.

Criticamente, Gargarella questiona a relação igualitária que esta resposta impõe sobre as diferentes esferas da Constituição, desconhecendo que a seção relacionada à organização do poder representa o motor do texto constitucional, exercendo influência especial sobre o conjunto. Ainda, os teóricos parecem ignorar o aspecto dinâmico da Constituição ao lê-la de forma estática, descuidando-se da importância do contexto histórico na sua interpretação. Na maioria dos países latino-americanos o Poder Executivo exerce um papel historicamente de destaque, com predomínio sobre os demais poderes (GARGARELLA, 2016, p. 288-289).

A última corrente, necessidade, vê, de forma otimista, que as reformas no

sentindo de reestabelecer o poder presidencial são uma condição necessária para assegurar efetividade aos direitos fundamentais agora positivados. Ou seja, o suposto paradoxo antes apresentado, na verdade, representa uma recomposição entre soberania e governos.

Segundo o autor, um dos problemas mais significativos das reformas constitucionais das últimas décadas foi acreditar que a mera inclusão de direitos fundamentais na Constituição, sem revisão das cláusulas relativas ao poder, era suficiente. Nas palavras de Gargarella,

[...] los constituyentes tendieron a dejar intocada la 'sala de máquinas' de la Constitución, esto es, el área de la Constitución en la que se define cómo va a ser el proceso de toma de decisiones democrático. Las puertas de la 'sala de máquinas' quedaron cerradas bajo candado, como si el tratamiento de los aspectos relacionados con la organización del poder solo pudiera quedar a cargo de los grupos más afines, o más directamente vinculados, con el poder dominante. (GARGARELLA, 2016, p. 333)

Dessa maneira, após essa trajetória histórica de formação do constitucionalismo latino-americano bem descrita por Gargarella, é forçoso reconhecer um fenômeno habitual na região, qual seja, a criação de Constituições contraditórias. São várias contradições internas em Constituições que mesclam, de forma imprópria, institutos de diferentes matrizes, que resultam em problemas de legitimidade como se extrai da construção de Carlos Santiago Nino, que passamos a expor a seguir.

4.2. Hiperpresidencialismo

O constitucionalista argentino Carlos Santiago Nino, aponta a necessidade de se analisar a organização do poder em seu país, para que se tenham um desenho claro da prática constitucional ali desenvolvida. Nino é apontado como o precursor do termo hiperpresidencialismo, razão pela qual

passamos a expor sua linha de pensamento crítica sobre o sistema de governo predominante na América Latina.

Para o autor, o significado de Constituição, na sociedade argentina, é dado por uma prática institucional exitosa, fundada por um passado de tentativas falidas de refundar tal prática, bem como inspirada por um futuro igualmente incerto. Por essa razão, a prática constitucional gerada por esta Constituição se coloca entre princípios valorativos considerados válidos, em uma ação ou decisão que deve ser justificada por estes parâmetros. Por um lado, os pressupostos do discurso moral no qual se assenta a justiça do sistema jurídico, encontra-se princípios de liberalismo igualitário e fraterno, materializados através do processo democrático de discussão e decisão. Entretanto, quando se confronta esta prática constitucional com exigências substantivas e processuais o resultado é de uma prática deficiente, ou seja, o que se tem, na prática, é um dualismo entre uma concepção liberal de sociedade e um modelo de sociedade fechada. Tal dualismo provoca tensões e crises permanentes na legitimidade subjetiva, aproximando a prática constitucional da uma “ajuridicidade”, cenário no qual as normas jurídicas são extravasadas pelos órgãos estatais, pelos grupos de poder e pela própria sociedade, afastando-se, assim, do liberalismo e do respeito aos procedimentos supostamente valiosos. Logo, uma reformulação da prática constitucional local deve se voltar para superação desse dualismo ideológico, consolidando o liberalismo social e democrático, bem como contendo a tendência à ajuridicidade (NINO, 2013, p. 498-499).

Superar as oscilações no reconhecimento dos direitos humanos, segundo Nino, passa também pela compreensão dos fatores que geram abuso de poder e instabilidade nas pautas sobre sua organização. Logo, defende o autor que, por trás da prática constitucional está a prática instrumental, absorvido pelos mecanismos adotados para organização e distribuição do poder. Essas estruturas geram diferentes dinâmicas de comportamento, não bastando a proclamação de direitos ou de uma prática inclusiva para que ela se materialize. Isso porque, “[...] *um sistema político é um todo integrado, cujas diferentes peças estão imbricadas com as de um mecanismo de relojoaria*” (NINO, 2013, p. 503, tradução nossa). Afirma o autor:

Creo que esta “microfísica del poder” (para usar una expresión de Foucault) completa el cuadro que se venía trazando en aquellos otros apartados: los déficits del liberalismo – que fortalecieron a tendencia antiliberales dando lugar en la Argentina a un dualismo en permanente pugna, y que estuvieron determinados por una concepción finalista poco respetuosa de procedimientos esenciales – fueron generando una gran concentración de poder en, principalmente, un órgano del Estado – el presidente de la Nación – sea de facto o de iure, lo que está sin duda asociado tanto a los abusos de poder, que determinan las violaciones de derechos analizadas em el segundo capítulo de esta obra, como la inestabilidad em las reglas para transferir y preservar ese poder (NINO, 2013, p. 569).

É nesse contexto que o autor vai desenvolver suas importantes considerações sobre a forma de governo adotada na Argentina: o hiperpresidencialismo. Tal sistema, defende, é o ponto extremo de um contínuo formado por democracias pluralistas, que se organizam as relações entre legislativo e executivo de formas diversas (NINO, 2013, p. 504).

O autor inicia a análise desse hiperpresidencialismo argentino com uma descrição do sistema de governo norte-americano, haja vista a influência direta que tal regime exerce sobre os demais sistemas presidencialistas. Ali, o Poder Executivo é uma instituição poderosa, principalmente no que diz respeito às relações exteriores, sendo fortemente condicionado ao Congresso, internamente, em razão do controle que se dá sobre matérias financeiras e de delegação. Já o presidencialismo argentino, defende Nino, é mais acentuado no que diz respeito à discricionariedade do presidente para distribuir cargos na administração pública, bem como no tocante à administração financeira do país. Acrescenta-se aqui, as faculdades do presidente em caso de Estado de Sítio e de intervenção federal, suas competências normativas de veto e propositura de leis e uma clara centralização na promoção de serviços públicos (NINO, 2013, p. 523-530). Conclui o autor:

[...] el presidente argentino es, como el lo previa Alberdi, un verdadero monarca, aunque a diferencia de lo que él suponía, sus facultades regias no han sido óbice para la inestabilidad de los gobiernos y los abusos de poder frente a los derechos de los ciudadanos. También se confirma, com la desvirtuación del

espíritu y muchas veces de los textos constitucionales, em la concesión y asunción de facultades extraordinarias por parte del Presidente, la tendencia a la ajuridicidad que ha sido na constante en nuestra práctica político-institucional, aun em períodos com gobiernos de iure. (NINO, 2013, p. 529)

Outro importante elemento caracterizador dessa tendência de inflação do Poder Executivo apontada por Nino é a debilitação do Congresso argentino. Segundo o autor, o parlamento tem dupla função nas democracias pluralistas, quais sejam, função de orientação política e função de controle. Ocorre que o Congresso argentino, entretanto, traz uma série de características negativas que implementam sua debilidade. Por exemplo, aponta que as discussões parlamentárias não possuem adesão na sociedade, que não discutem seus termos, ou, ainda, a dificuldade no que diz respeito à fidelidade partidária, que não contribuem para um debate relevante das questões, uma vez que os congressistas já se apresentam no recinto com posições previamente tomadas. Logo, um hiperpresidencialismo estará intrinsecamente ligado à uma debilidade do Congresso Nacional, como polos que se desequilibram em sua relação (NINO, 2013, p. 531-539).

A forma na qual se organizam os partidos políticos e o sistema eleitoral também vai influenciar na hipertrofia do Executivo. Cita Nino, personalismo, ambiguidade ideológica, crise de participação, falência de representatividade democrática como problemas graves que impactam o sistema eleitoral. Nesse sentido, a adoção de um sistema proporcional não é suficiente para neutralizar a força que exerce o sistema presidencialista na polarização em oposição e situação (NINO, 2013, p. 539-551). Aponta ainda, uma “deformação centralista” no federalismo argentino, no qual as províncias dependem em várias matérias do governo central, reforçando os poderes dados ao Presidente (NINO, 2013, p. 554-561).

Outro elemento citado pelo autor, correlacionado com o hiperpresidencialismo é o processo de submissão da administração da justiça. Segundo Nino, mecanismos previstos nos países democráticos asseguram uma independência ao Judiciário como pressuposto do Estado de Direito, tais como a forma de designação dos juízes e sua estabilidade, acesso a organismo de investigação, dentre outros. Ocorre, porém, que a administração da justiça conta

com recursos escassos para desenvolver suas funções. Ademais, o enfrentamento de grandes interesses choca, em sua grande maioria, com interesses próprios da categoria, o que vem afetar independência e honestidade da função judiciária. Conforme bem aponta o autor, a falta de independência judiciária aponta, em grande medida, como se dá o real jogo de forças no país (NINO, 2013, p. 551-554).

Grupos de interesse também influenciam na distribuição do poder, uma vez que exercem pressão não em torno de princípios ou ideologias, e sim, por “interesses brutos”. Tal corporativismo tem papel central na política latino-americana, sendo ligada à regimes autoritários ou populistas, e obtendo um grande número de privilégios, proteções e benefícios (NINO, 2013, p. 561-566).

Somando a concentração de poderes jurídicos e fáticos do presidente ao quadro aqui desenhado de esvaziamento de poderes do Legislativo e do Judiciário, bem como a divisão de poderes entre as províncias, a força dos grupos de interesses e o sistema eleitoral e partidário, cria-se uma descrição, ainda que superficial, do sistema político argentino, caracterizado por Nino como um hiperpresidencialismo. Tal cenário, conforme aponta o autor, causa profundos déficits na proposta liberalista, bem como desvios em matéria de direitos individuais.

Após esta análise, Nino, passa a uma avaliação do hiperpresidencialismo argentino, sob o enfoque da sua legitimidade democrática. O autor se aproxima de uma concepção dworkiana de democracia, no qual é necessário a tomada de uma atitude interpretativa em que condutas são orientadas em um certo valor. Faz-se isso, uma vez que não é possível, para Nino, seguir na tarefa de ponderar qual desenho institucional é mais legítimo, sem articular a concepção mais plausível de democracia. Entende-se que democracia é um conceito normativo cujos fenômenos que a rodeiam só podem ser identificados a partir de uma concepção valorativa que justifica as instituições democráticas. Logo, uma concepção de democracia legítima passaria por uma necessária institucionalização da prática da discussão moral, método através do qual se gera uma dinâmica de ação coletiva com maior tendência a se aproximar de soluções imparciais. O valor que guiará a interpretação da prática democrática não é um valor pessoal, e sim, um valor identificado das práticas reais, relacionado com o núcleo de condutas e atitudes que a conformam. Trata-se de

uma atitude revisionista, em que as práticas serão revisitadas à luz do ideal que a concepção normativa postula (NINO, 2013, p. 569-577).

Nesse sentido, quatro problemas se apresentam nesse enfrentamento da legitimidade democrática do hiperpresidencialismo: dispersão de soberania, processamento deficiente do consenso coletivo, problema de mediação imperfeita, apatia política e empobrecimento do debate público.

O problema da dispersão da soberania se manifesta na noção de que a vontade popular está difusa em três dimensões: a) temporal, uma vez que esta vontade se materializa em diversos momentos, desde a criação do texto Constitucional, passando por cada processo eleitoral e interpretação dada; b) espacial, em que a vontade popular está dispersa no território; c) e funcional, com dispersão através de inúmeros agentes e instituições públicas que concorrem entre si nos processos de tomada de decisões. Segundo Nino, o pluralismo democrático tem a vantagem de evitar tirania, uma vez que tal dispersão da soberania impede grupos políticos ou facções de monopolizar o centro de poder. Ocorre que tal vantagem se dá a um custo muito alto, qual seja, a debilitação do valor epistémico da democracia. Isso se dá uma vez que não há conexão direta entre a conclusão de um diálogo democrático e as decisões que precisam ser tomadas a partir deste debate (NINO, 2013, p. 577).

Segundo o autor, a ideia de que quanto mais vontades individuais se somarem melhor será refletida a vontade popular na decisão final, é equivocada. O que importa é o peso relativo que se dá a essas vontades numa graduação da representatividade. O efeito mais comum dessa exigência é a inércia: é muito difícil tomar decisão de acordo com um grande número de vontades plurais, o que implica na manutenção do *status quo* (NINO, 2013, p.579).

Aprofundando na questão da dispersão da soberania, passamos a analisar sua primeira faceta, a dispersão temporal. Segundo Nino, essa ideia se liga ao problema mais profundo do caráter vinculante das decisões tomadas no passado. Com o passar do tempo, as decisões majoritárias vão adquirindo um déficit democrático, uma vez que há uma clara mudança nas vontades que antes fundamentaram aquele debate. Por outro lado, também, aponta o autor, não é possível uma “democracia instantânea”, pelo qual precisamos no apoiar numa noção de consentimento tácito, a fim de se preservar o caráter vinculante das decisões passadas. Neste cenário, o mais grave aspecto da dispersão temporal

se traduz na forma do hiperpresidencialismo. Neste sistema, o que se observa é que tal centro de poder se alcança através de um consenso eleitoral, impondo, na sequência, uma rigidez do mandato presidencial que, ao largo do tempo não absorvem as novas orientações políticas da opinião pública. O Presidente tende a impor suas decisões, e tem dificuldades de refletir as novas vontades: o consenso que levou à sua eleição, se deteriora com o passar do tempo (NINO, 2013, p.582-585).

Já a dispersão espacial se manifesta, essencialmente, na ideia de federalismo. A política democrática é exercida nesses modelos em diversos âmbitos espaciais (local, regional e nacional). Nino aponta, porém, que no federalismo argentino foi produzindo uma concentração fática e normativa do poder em torno da capital Buenos Aires, apontando, assim, para uma reversão do processo de descentralização típica dos Estados Federais. Aponta como soluções algumas reformas tais como passar os serviços públicos relevantes para responsabilidade das províncias, superar as distorções representativas, não proporcionais, no âmbito nacional, e, ainda, uma releitura da descentralização federativa, para que as decisões sejam tomadas no plano nacional e executadas no plano local (NINO, 2013, p.585-588).

Por fim, o último plano de dispersão da soberania apontado pelo autor é o da dispersão funcional. Para Nino, o sistema presidencialista divide o resultado da deliberação pública em dois blocos de expressão, no mesmo nível de governo. Segundo o autor:

[...] el sistema presidencialista, que admite dos órganos con la misma legitimidad de origen pero con diferentes mecanismos de transformación de votos en cargos y operando con secuencias temporales distintas, descompense el resultado del debate público de tal forma que no permite garantizar que el consenso, que es resultado de esse debate, se traduzca em directivas de acción política unívocas (NINO, 2013, p.589)

Olhando para a experiência argentina, o autor afirma ser duvidoso que Poder Executivo e Poder Legislativo abordem adequadamente o consenso no processo de deliberação coletiva, porque o sistema presidencialista não prevê formas de coordenar a orientação do Presidente com a orientação do

parlamento. Este último possui poucos poderes de iniciativa política, e, quando se expressa, geralmente é em respostas às iniciativas do Presidente. Um sistema presidencialista, conclui, não possibilita à coordenação de diferentes expressões da vontade popular, o que leva, conseqüentemente, à uma impossibilidade de reconstrução do consenso público (NINO, 2013, p.588-591).

Nino aponta também um deficiente processamento do consenso como dificuldade à legitimidade democrática do sistema hiperpresidencialista. Questiona-se, nesse ponto, a noção de que órgãos como o chefe do Poder Executivo e a Câmara do Deputados sejam expressão da vontade popular. A centralidade imposta pelo sistema presidencialista produz uma polarização que leva os candidatos apresentarem programas vagos e, inclusive, contraditórios, a fim de atrair para si um largo espectro de interesses e ideologias. Ademais, a variedade de candidatos pode levar à apoios estratégicos, não em função da ideologia, mas sim, em razão da posição que cada presidenciável se encontra na corrida ao cargo. Soma-se a esses pontos o fato de termos mandatos longos centralizados em um único homem, o que leva as pessoas a ranquearem suas preferências em diversas políticas em termos de prioridade. Nesse quadro, muitos presidentes acreditam serem representantes históricos de todos os cidadãos, do passado e do futuro, inclusive, para transformarem radicalmente a vida do país. Os eleitores, em contrapartida, após a eleição, tomam posição de irresponsabilidade e crítica ao presidente, uma vez que sabem que não serão chamados a expressar suas vontades políticas durante o mandato, sem, porém, apresentar uma alternativa positiva. Ou seja, temos como resultado que o sistema hiperpresidencialista não permite o consenso ou debate público permanentemente refletido nas decisões políticas governamentais (NINO, 2013, p. 592-596).

A terceira falha na legitimidade democrática do hiperpresidencialismo é chamado pelo autor de “problema da mediação imperfeita”. Em sociedades complexas há uma nítida impossibilidade de participação direta dos cidadãos no processo de decisão política, o que torna necessária a adoção de mecanismos de mediação. A justificativa para representação está na ideia de “delegação para continuar a discussão pública” e tomar decisões posteriormente, a partir do consenso majoritário formado antes das eleições. Ou seja, o autor concebe o processo eleitoral como um consenso fixado pelo resultado dessas sufrágio.

Logo, os representantes estariam vinculados à este consenso, e autorizados a aprofundarem seus pontos dentro dos marcos ali impostos. Essa ideia de representação como autorização e responsabilidade fica bem visualizada no sistema presidencialista, uma vez que é possível identificar com precisão quem é o mandatário encarregado. Porém, a margem de manobra que possui o presidente, somado ao fato de o poder ser exercido unipessoalmente, leva à um déficit importante legitimidade dessa democracia a partir de uma representação como reprodução (NINO, 2013, p.596-605).

O quarto problema apresentado por Nino diz respeito à apatia política. Descentralização dos processos de tomada de decisão, bem como adoção de institutos tais como referendo, plebiscito e consulta popular, possibilitam a participação direta de cidadãos na política. Ainda que adotemos tais recursos técnicos, alguns críticos apresentam problemas reais à participação. Em primeiro lugar, alegam alguns que falta de conhecimentos técnicos para decidir sobre questões complexas, argumento esse rechaçado pelo autor, dada que a articulação de ideias pode atingir um equilíbrio independentemente da expertise do falante. Nenhum técnico poderá substituir um indivíduo na avaliação pessoal dos seus interesses que levam a sua posição num debate. Objecionam, ainda, que a participação direta exige uma dedicação profunda, a qual muitos cidadãos não estariam dispostos a ofertar. Defende Nino a prevalência da autonomia individual, inclusive, no que tange a cidadania, reconhecendo, entretanto que níveis muito baixos de participação podem debilitar o sistema democrático em seu conjunto. Uma terceira crítica, soma-se a última, para apontar que uma baixa participação direta leva à participações pontuais em temas concentrados de interesses. Por último, as insatisfações põem em crise a governabilidade do sistema. Segundo o autor, com uma maior participação, desaparece a sensação de alienação junto aos governados e exigindo cada vez mais uma justificativa robusta para as pretensões levadas ao debate (NINO, 2013, p.613-605).

Por fim, o último problema à legitimidade democrática do hiperpresidencialismo apresentado por Nino é o empobrecimento do debate público. Muito desse empobrecimento se dá em razão da adoção do sistema presidencialista. As campanhas eleitorais são concentradas em pessoas determinadas, levando os debates a formarem imagens pitorescas dos candidatos, sem propostas concretas em torno de ideologias identificáveis. Há,

nesse sentido, uma personalização muito forte da política. Essa deterioração se estende ao Congresso, levando o debate político para níveis altamente pessoais e pouco enriquecidos de argumentos plausíveis. O autor chama atenção para o papel que os meios de comunicação de massa exercem sobre o debate político, colaborando para seu empobrecimento, uma vez que são controlados por grupos de interesses ou facções que colaboram diretamente com os governos atuais. Os custos de campanha também abrem margem para tal deterioração, sendo grandes focos de corrupção, dado o vulto investido em grandes campanhas eleitorais. Ademais, um fator cultural contribui para este cenário, qual seja, a ausência de tradição em justificação pública ou audiências nas quais se convoquem a população a debater diretamente. Todos esses fatores resultam numa democracia operativa que traduz apenas a vontade de grupos de interesses, reduzindo o poder transformativo desse sistema (NINO, 2013, p.613-617).

Complementando essa avaliação do hiperpresidencialismo quanto sua legitimidade, apresenta Nino uma segunda análise, desta feita, sob o enfoque da sua estabilidade e eficácia, afetados pela concentração de poderes. Descrevendo a história latino-americana, o autor aponta a instabilidade desse sistema que frequentemente sofre quebras institucionais na forma de golpes de Estado.

Essa hipótese é confirmada por quatro aspectos. Primeiramente, há uma grande personalização do poder, realizando a presidência em torno muito mais de características pessoais do que em projeto de governo. Nesse ponto, tem-se também, que a sorte do governo fica na dependência de toda a fragilidade da vida humana, podem ser influenciadas por fatores tais como enfermidades e morte, problemas psicológicos, dificuldades familiares ou escândalos pessoais. Além disso, as pressões que os grupos ou facções pretendem exercer se realizarão sobre apenas uma pessoa, facilitando o processo de convencimento em torno de um interesse determinado e garantindo maior fluidez dessas pressões corporativas. Em segundo lugar, há uma rigidez no sistema e nas suas válvulas de escape. Isso se traduz em mandatos fixos e longos, em que o presidente deve governar independentemente de sua saúde física e mental, de sua popularidade e credibilidade, de sua capacidade para gerar e implementar ideias políticas. Morte, renúncia ou destituição causarão um impacto importante

na estabilidade por representarem a ruptura de um projeto quase pessoal. Por outro lado, um presidente com baixa popularidade ou enfermo deve seguir governando, comprometendo, novamente, a estabilidade do sistema. Os cargos ministeriais tem pouca importância num sistema presidencialista, ficando a resposta final a cargo do presidente. Um terceiro aspecto aponta para bloqueios entre os poderes do Estado e a dinâmica de confrontação entre os partidos. Segundo Nino, o presidencialismo implica num jogo de soma zero, no qual prêmios políticos são determinados por uma posição unipessoal. Neste cenário, um grupo político consegue permanecer por muito tempo no poder, uma vez que extrai inúmeros recursos políticos desse jogo. As campanhas eleitorais passam a ser agressivas, criando uma dinâmica de confrontação não muito saudável. Por fim, o último aspecto apontado por Nino é a dificuldade de formação de coalizões, aspecto esse próprio do sistema argentino e não verificado no Brasil, como pode se extrair desse trabalho (NINO, 2013, p. 625-649).

4.3. Presidencialismo de coalizão: o caso brasileiro

Uma vez compreendida a formação do constitucionalismo latino-americano, bem como as características do chamado hiperpresidencialismo, é necessário aprofundar ainda mais a análise do sistema de governo, para compreender como esses fatores se materializam no caso brasileiro³⁰. Nossa forma de presidencialismo é peculiar, apesar de fortemente inspirada pela experiência norte-americana, e difere desta, principalmente, pela existência de um Executivo com mais poderes de ação.

É necessário ter em mente dois fatores que guiam a compreensão da adoção desse tipo de sistema de governo pelo Brasil. De um lado, uma contextualização histórica, conforme demonstrado por Gargarella e Nino nos tópicos anteriores, indicam uma sociedade fortemente marcada pela

³⁰ O Presidencialismo de Coalizão não é exclusivo do Brasil, podendo ser identificado também no Equador e no Chile, bem como no Quênia, Malawi, Armênia, Ucrânia e Rússia, conforme demonstra CHAISTY, Paul; CHEESEMAN, Nic; POWER, Timothy. *Rethinking the presidentialism debate: conceptualizing coalitional politics in cross-regional perspective*. Disponível em: http://paperroom.ipsa.org/app/webroot/papers/paper_16184.pdf.

complexidade, conflituosidade, fragmentação e desigualdade (SCHIER, 2017, p. 71). Tais elementos são capazes de condicionar o modelo de democracia e constitucionalismo, e atuam como pano de fundo que condiciona a análise que aqui tecemos. O outro fator, é a conjunção de elementos específicos no desenho institucional, tais como sistema eleitoral proporcional com lista aberta, federalismo, multipartidarismo, que implicam na adoção de mecanismos específicos para atenuar os riscos e alcançar uma governabilidade estável.

Ainda antes da promulgação da nova Constituição de 1988, Sérgio Henrique Hudson de Abranches já apontava tais peculiaridades do sistema político brasileiro. Em texto emblemático publicado em 1988, o autor verifica um amadurecimento no processo de formação político brasileiro, e, conforme já descrito por Gargarella e Nino nos tópicos anteriores, descreve, também, uma imagem contraditória de retrocesso. Tal retrocesso estaria presente em três planos, quais sejam: a) macrossociológico, com alta estratificação social e conflitos de classes surgidos da emergência de novos segmentos sociais; b) macroeconômico, com alta disparidade de renda entre pessoas, empresas e regiões; c) macropolítico, diversidade de comportamentos plurais que vão desde a adoção de formas ultrapassadas de clientelismo até padrões de comportamento ideologicamente estruturados, sem que haja, entretanto, um perfil institucional determinado de legitimação da ordem política. A consequência desse cenário é o acúmulo de insatisfações e frustrações da sociedade para com o Estado, bem como uma multiplicação de demandas que exige, cada vez mais, uma intervenção estatal forte. A capacidade de ação governamental, fica, entretanto, limitada por obstáculos burocráticos e orçamentários dominado pelos acordos político-econômicos com setores privados. Logo, o Estado tem pouca força para intervir de forma eficaz e forte nas crises, não tendo força para solucionar os problemas que surgem do rápido desenvolvimento da sociedade brasileira (ABRANCHES, 1988, p. 5-6).

Segundo o autor, nosso Estado possui uma heterogeneidade estrutural que produz reflexos diretos no sistema de governo aqui adotado. Diferentemente das nações industrializadas, mais homogêneas do ponto de vista social, o Brasil se organiza de forma heterogênea na economia, na política, no social e no cultural, com diferentes níveis de produção econômica e grande desigualdade social. O desenho institucional contribui para tal resultado, uma vez que que

convalida e potencializa a reprodução de desigualdades. Nas palavras do autor:

Em síntese, a situação brasileira contemporânea, à luz de seu desenvolvimento histórico, indica as seguintes tendências: (a) alto grau de heterogeneidade estrutural, quer na economia, quer na sociedade, além de fortes disparidades regionais; (b) alta propensão ao conflito de interesses, cortando a estrutura de classes, horizontal e verticalmente, associada a diferentes manifestações de clivagens inter e intrarregionais; (c) fracionamento partidário- parlamentar, entre médio e mediano, e alta propensão à formação de governos baseados em grandes coalizões, muito provavelmente com índices relativamente elevados de fragmentação governamental; (d) forte tradição presidencialista e proporcional. [...]; (e) insuficiência e inadequação do quadro institucional do Estado para resolução de conflitos e inexistência de mecanismos institucionais para a manutenção do "equilíbrio constitucional". (ABRANCHES, 1988, p. 31-32).

Observando o cenário de mudanças intensas para um novo regime constitucional, Abranches afirma ter a sensação de que o governo precedesse o regime. Haveria um amplo vazio constitucional no que tange à regulação do campo jurídico-político apontando para riscos importantes na estabilidade institucional, dada a ausência de mecanismos institucionalizados para processar os conflitos constantes entre Executivo e Legislativo. Para o autor, essa preocupação justifica a necessidade de uma rápida institucionalização de procedimentos de negociação e resolução de conflitos, para impedir que as crises desemboquem nas lideranças e na Presidência. A solução não poderia operar apenas do ponto de vista econômico: é necessária *uma reforma organizacional do Estado que estabeleça nexos mais sólidos com a sociedade; a criação de espaços para formulação de ações concertadas; a recuperação da estrutura e da capacidade de planejamento*. Assim se abre para soluções para o dilema institucional, e garante legitimidade democrática para o próprio projeto constitucional (ABRANCHES, 1988, p. 9-10).

Ademais, para o autor, a dinâmica macropolítica brasileira é marcada pela simultaneidade de elementos institucionais que nem sempre harmonizam entre si, fruto de uma formação histórica que expressa necessidades e contradições sociais, econômicas, políticas e culturais. A conjunção entre os elementos

presidencialismo, federalismo, bicameralismo, multipartidarismo³¹ e representação proporcional produz efeitos particulares e frequentemente desestabilizadores no nosso cenário político.

Na comparação com outras democracias da época, o presidencialismo representa importante especificidade, uma vez que predomina, na maioria dos outros países, o sistema parlamentarista. Nesse quadro, o Brasil ainda adota forma peculiar de presidencialismo, conforme demonstra Abranches. Para o autor, a única democracia puramente presidencialista são os Estados Unidos, não existindo, entre os modelos estudados pelo autor um exemplo de associação entre representação proporcional, multipartidarismo e presidencialismo, como ocorre no Brasil. Olhando para a interação dos partidos na forma de coalizões, verifica que a frequência de coalizões é reflexo da fragmentação partidário-eleitoral somada às diferenças socioculturais. Quanto mais plural e dividida for a sociedade, maior deverá ser o esforço das alianças para manter governabilidade e estabilidade a partir das negociações. Segundo Abranches,

Porém, muitas análises do caso brasileiro e, sobretudo, a imagem que se tem passado para a opinião pública do País é que nossas mazelas derivam todas de nosso sistema de representação e das fragilidades de nosso quadro partidário. O que fica claro, no entanto, é que nossos problemas derivam muito mais da incapacidade de nossas elites em compatibilizar nosso formato institucional com o perfil heterogêneo, plural, diferenciado e desigual de nossa ordem social. A unidade lingüística, a hegemonia do catolicismo e a recusa ideológica em reconhecer nossas diversidades e desigualdades raciais têm obscurecido o fato de que a sociedade brasileira é plural, movida por clivagens subjacentes pronunciadas e que não se resumem apenas à dimensão das classes sociais; têm importantes componentes sócio-culturais e regionais. As regras de representação e o sistema partidário expressam essa pluralidade; não a podem regular, simplificando-a ou homogeneizando aquilo que é estruturalmente heterogêneo. Basta ver que as sociedades que precisam recorrer a grandes coalizões apresentam importantes variações institucionais. Isto indica, precisamente, que a regra institucional adapta-se à

³¹ Abranches aprofunda a discussão sobre o multipartidarismo brasileiro em 1988 no artigo citado. Para mais v. ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, 31. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1988.

realidade social, garantindo, assim, a representatividade e a estabilidade da ordem política (ABRANCHES, 1988, p. 21).

A partir desse raciocínio, defende Abranches, ao somar as singularidades da proporcionalidade, do presidencialismo imperial e do multipartidarismo, uma forma peculiar de sistemas de governo, denominada por ele de presidencialismo de coalização (ABRANCHES, 1988, p. 23).

Dada a heterogeneidade e alta fragmentação no nosso modelo, defende o autor a necessidade de consensos parciais³², com procedimentos institucionais complementares, envolvendo três momentos típicos. Primeiro, a constituição de uma aliança eleitoral, com formação de princípios e valores que serão seguidos após as eleições. Em segundo lugar, a constituição do governo, marcada pela disputa de cargos em torno de um programa de governo bastante genérico. Por fim, a *transformação da aliança em coalizão efetivamente governante*, quando, segundo o autor, surge fortemente os problemas de formulação e implementação da agenda. Do segundo para o terceiro momento, tem-se, o ponto crítico da consolidação da coalizão, bem como de sua continuidade. Dada a estrutura multipartidarista e a conseqüente fragmentação do sistema político, passa a ser um desafio alcançar um consenso de forma legítima e em torno de um programa coerente, principalmente nos momentos de crise. Logo, os partidos se movimentam estrategicamente em torno desses desafios, sendo necessário diretrizes mínimas capazes de reduzir as divergências e engajar os políticos nos acordos de coalizão, bem como esforço no sentido de acalmar os ânimos e negociar em torno de momentos de crise e de instabilidade. Defende Abranches, que a manutenção da coalizão depende de uma ação coerente do governo no sentido de reafirmar essas diretrizes e valores que levaram os demais atores políticos a endossarem a coalizão, na formulação e implementação de políticas substantivas (ABRANCHES, 1988, p.28-29).

³² Aqui já se mostra presente a preocupação com uma descida operacional, que trate das decisões políticas num nível estratégico, capaz de trazer acordos parciais que impeçam uma paralisia decisória frente ao desacordo sobre a melhor compreensão do projeto constitucional, à semelhança dos pressupostos teóricos de Cass Sunstein e Adrian Vermeule trazidos no capítulo anterior.

Para Abranches, uma coalizão pode romper de duas maneiras, levando a um consequente enfraquecimento da autoridade presidencial, bem como a um potencial conflito Executivo-Legislativo: a) pelo abandono dos parceiros menores, situação que força o presidente a se alinhar com posições majoritárias, uma vez que conta apenas com o seu próprio partido; ou b) quando o presidente rompe com seu próprio partido, ficando solitário ao lado dos partidos minoritários. Qualquer rachadura que venha surgir no cenário político, atinge, diretamente o presidente, em um presidencialismo de coalizão. Pelo raciocínio de Abranches, o Executivo fica mais exposto, como por exemplo, ao demitir um ministro de Estado (ABRANCHES, 1988, p.30).

Abranches, então aponta a importância de um mecanismo de arbitragem para equilibrar os conflitos que são inerentes à essa relação Executivo-Legislativo num presidencialismo de coalizão. Alerta que governos de coalizão tem como pressuposto funcional indispensável uma instância com força constitucional, que possa mediar as eventuais tensões entre Executivo e Legislativo, impedindo oposições que levem à ruptura do sistema. Ademais, essa instituição também desempenharia uma função de equilíbrio entre os poderes, reduzindo a dependência deste à presidência (ABRANCHES, 1988, p. 31).

Partindo desse marco inicial firmado por Abranches, temos que desenho institucional político- brasileiro é fortemente marcada pela relação Legislativo-Executivo e pela mediação de tal relação pelo Judiciário, como ponto de equilíbrio entre a ação desses poderes³³. Conforme BITTENCOURT, há, na realidade, uma subordinação prática do Legislativo à agenda presidencial de políticas públicas. Este poder decorre de duas vias jurídicas: a Constituição, que ao repartir competências delega esse poder ao Executivo, e pelo próprio regimento interno das Casas Legislativas (2012, p.14). A relação entre tais poderes é baseada na transação. De um lado, o Executivo deseja aprovar sua agenda; de outro, os legisladores trocam transferências monetárias (*pork*) para

³³ Conforme leciona Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt, apesar de Abranches não apontar diretamente, na sua obra seminal, que seria o Poder Judiciário que exerceria tal função, vários outros autores da ciência política e do direito, a partir de suas considerações, trabalharão adotando essa perspectiva (BITTENCOURT, 2012, p. 9, NR. 14). Em obra recente, entretanto, Abranches é categórico em afirmar o papel do Judiciário como mediador das relações políticas, sem problematizar o nível de compromisso do Supremo Tribunal Federal com as respectivas coalizões. Para mais v. ABRANCHES, S. Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Schwarck, 2018, Kindle Edition, l.7687.

concretização de projetos em sua região eleitora, distribuição de cargos políticos e demais concessões próprias da arena política.

A configuração das coalizões é sempre passível de mudança, em função da posição dos legisladores em relação a cada conjunto de proposições de governo, e exige do presidente um gerenciamento (coalition management) que utilize a cada momento a proporção adequada de cada um desses recursos para negociar com cada um dos parlamentares ou grupos. Reforçando o sentido de “gestão”, deliberada e sistematizada, estão os repetidos alertas de que a eficácia da formação das maiorias é tanto maior quanto mais experiente for o governo no exercício desse papel, e tanto maior quanto por mais tempo se confirme a sua prática dando segurança aos diferentes jogadores de que as barganhas serão cumpridas ao longo do tempo. (BITTENCOURT, 2012, p. 14).

Mais recentemente, Abranches identificou três ciclos de desenvolvimento de um governo presidencial, à luz da capacidade de mobilização social e política vivida em determinados cenários. Parte-se da força exercida pelo Presidente da República nos regimes presidencialistas, pelo qual depende a estabilidade da coalizão. A fase centrípeta se caracteriza por uma presidência com forte sinal positivo, em que se identifica alta popularidade, desempenho econômico favorável, crescimento nacional. Nesta fase, o poder de atração do Presidente da República é muito grande, não precisando haver muito empenho para conseguir adesão à coalização. A fase intermediária, chamada de fase da ambivalência, é marcada por uma baixa na força de atração, a partir de situações como crises econômicas ou escândalos de corrupção. O sinal continua positivo, mas regular, indicando uma queda no grau de apoio e aumento da dispersão e da força da oposição. Caso o Presidente da República não consiga reverter o ambiente político-econômico, dá-se início à fase centrífuga, em que há queda importante da popularidade, passando a presidência a ter sinal negativo de aprovação. Sua liderança será contestada, instalando-se uma paralisia política e uma crise de governança (ABRANCHES, 2014).

A popularidade é, portanto, um fator crucial para coesão da coalizão, segundo Abranches. Não é, entretanto, um fator capaz de romper isoladamente com a estabilidade do governo, o que só se dará com a conjunção de outros

fatores³⁴. É suficiente para deflagrar o ciclo de fuga do centro ocupado pela figura do presidente da República, através de uma paralisia decisória. Nesse sentido, todos os presidentes tiveram contra si pedidos de impeachment: 29 para Collor, 4 para Itamar Franco, 17 para FHC, 34 para Lula e 48 para Dilma Rousseff³⁵. O que diferencia as duas experiências de impedimento do Presidente da República, pós-1988, é que se dão através de forte articulação política, tendo prosperado porque conduzido por lideranças políticas capazes de realizar a expectativa de compartilhamento no novo esquema de poder. Os vice-presidentes, tanto no impeachment de Collor, quanto de Dilma, apoiaram abertamente o afastamento, antecipando as negociações para futuros ministérios já no curso do processo (ABRANCHES, 2018, l. 7422-7471).

O diagnóstico tradicional da ciência política, de que as patologias institucionais identificadas no desenho da Constituição de 1988 levaria à altíssimos custo governamentais, para orquestrar elementos tais como sistema presidencialista, federalismo, sistema eleitoral misto de lista aberta e representação proporcional, sistema multipartidário de partidos não se confirmou, pelo menos num primeiro momento. Observa-se, uma alta taxa de aprovação do Executivo, predominando uma aprovação satisfatória de sua agenda junto ao Congresso Nacional ao longo dos anos.

Após os escritos de Abranches, alguns cientistas políticos brasileiros se encarregaram em aprofundar a análise empírica do modelo do Presidencialismo de Coalizão, inclusive, em abordagens mais positivas. Autores como Fernando Limongi, Argelina Figueiredo e Fabiano Santos se dedicaram a detalhar as relações do presidente da República sob a ótica do processo legislativo e dos partidos políticos.

Limongi e Figueiredo afirmam que a fórmula institucional adotada pela Constituição de 1988 faz uma “explosiva combinação” entre presidencialismo e sistema pluripartidário, o que exigiria, num primeiro olhar, um intenso exercício de “engenharia institucional”. Negam a ideia defendida por alguns pesquisadores de que a nova Constituição reproduziu o desenho institucional de 1946, tendo

³⁴ O governo Michel Temer é um exemplo que desafia as bases teóricas do presidencialismo de coalizão. Com uma baixíssima popularidade, tem a coalizão mais forte da Terceira República, conforme demonstraremos no próximo capítulo.

³⁵ Abranches (2018) aponta 13 pedidos contra Temer, número este passível de revisão, uma vez que se trata do presidente em exercício até o fechamento deste trabalho.

havido no texto de 1988 ampliação dos poderes presidenciais, bem como ampliação dos recursos legislativos para que os partidos possam controlar sua bancada. O que constatam é uma *“forte preponderância de um Executivo sobre um Congresso que se dispõe a cooperar e vota de maneira disciplinada”* (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1999, p. 82).

A teoria predominante nos primeiros anos da Constituição de 1988 apontava para um desenho institucional cujos poderes presidenciais colocados ao lado de um sistema multipartidário levaria a uma paralisia do sistema, uma vez que parlamentares de partidos diversos ao do presidente não teriam interesse em apoiar o Executivo. Ocorre que, conforme indicam as pesquisas dos autores supracitados, o período pós-Constituinte é marcado por alta taxa de aprovação de matérias do Presidente no Congresso, bem como pela existência de um claro alinhamento de partidos em torno de pautas comuns. Alertam os autores que a noção de multipartidarismo pode levar a uma falácia que ignora que as regras do processo eleitoral conduzem os partidos de forma diversa do que ocorre no sistema eleitoral (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1999, p. 83-84). Segundo os autores,

[...] pretendemos demonstrar a interdependência entre a preponderância legislativa do Executivo, o padrão centralizado de trabalhos legislativos e a disciplina partidária. O Executivo domina o processo legislativo porque tem poder de agenda e esta agenda é processada e votada por um Poder Legislativo organizado de forma altamente centralizada em torno de regras que distribuem direitos parlamentares de acordo com princípios partidários. No interior deste quadro institucional, o presidente conta com os meios para induzir os parlamentares à cooperação. Da mesma forma, parlamentares não encontram o arcabouço institucional próprio para perseguir interesses particularistas. Ao contrário, a melhor estratégia para obtenção de recursos visando retornos eleitorais é votar disciplinadamente (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1999, p. 85).

Para esses autores, o Presidencialismo de Coalizão é uma solução para a conjunção que se fez entre presidencialismo e pluripartidarismo com eleições proporcionais, como forma de se buscar governabilidade dentro desse desenho institucional. Ali, temos um presidente que detém poderes legislativos robustos,

que, para os autores, geram duplo efeito: determinar quais propostas serão objeto de consideração do Congresso, bem como dizer quando essas propostas serão analisadas (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1999, p. 87).

Analisando o poder de agenda do Executivo no Legislativo, Limongi e Figueiredo apontam que 85,2% das leis aprovadas entre 1988 e 1997 foram propostas pelo presidente da República. E mais: a possibilidade de uma proposta ser rejeitada em plenário era de 0,026. Concluem que um presidente dotado de amplos poderes legislativos dita a agenda de trabalhos legislativos, no sentido de induzir parlamentares à cooperação (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1999, p. 90).

Inclusive, contradizendo a literatura predominante, que afirmava que o quadro institucional não permitiria a disciplina partidária, os autores demonstram altas taxas de disciplina no interior da Câmara dos Deputados: a possibilidade de que um parlamentar vote seguindo a orientação do seu partido é de 0,894 (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1999, p. 90). Segundo os autores,

Expliquemos por que se verifica tão alta disciplina partidária quando a literatura nos faz supor que ela seria inexistente. A distribuição de direitos parlamentares no interior do Legislativo, conforme assinalamos anteriormente, tende a ser desconsiderada pela literatura. A despeito de tão propalada incapacidade dos partidos políticos brasileiros em estruturar e canalizar as preferências do eleitorado e de constituir raízes sólidas e profundas na sociedade civil, a despeito de todos os incentivos ao individualismo que a legislação eleitoral brasileira possa ter, em que pesem todas estas e tantos outros argumentos comumente citados, os regimentos interno da Câmara dos Deputados e do Senado conferem amplos poderes aos líderes partidários para que ajam em nome dos interesses de seus partidos. Os regimentos internos consagram um padrão decisório centralizado em que o que conta são os partidos (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1999, p. 90).

Ou seja, ainda que o processo eleitoral possa ensejar posturas individualistas dos candidatos, em torno de ideais pessoais ou interesses de grupos, o processo legislativo e os regimentos internos das casas incentivam o oposto, qual seja, uma ação em guiada por líderes partidários, com pouco espaço para indisciplina partidária.

Na esteira desse raciocínio, as barganhas entre Executivo e Legislativo são estruturadas em torno dos partidos políticos. O primeiro possui posição institucional estratégica para negociar com os partidos, podendo explorar as benesses relacionadas ao exercício do seu poder de forma a reduzir os custos gerados desse apoio. Como o presidente monopoliza o acesso aos recursos públicos, pode, nesse contexto, tirar vantagens estratégicas deste controle. Logo, como o Legislativo possui baixa autonomia para formulação de políticas públicas, aumenta-se a importância do governo para que os legisladores alcancem seus objetivos eleitorais (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1999, p. 99-103).

Tal conclusão de promove o que Fabiano Santos (2003) denominou de *encarceramento ou travamento do parlamento*, uma vez que o presidencialismo de coalizão impõe uma vantagem institucional do Executivo sobre o Legislativo, no que diz respeito à produção normativa. Na dependência do partido político para que se produza políticas eficazes, temos a confirmação do diagnóstico de Levinson e Pildes (2006), trazido no capítulo anterior, de que as democracias atuais se guiam pela competição de partidos políticos, centrais para a condição dos propósitos políticos.

O poder de agenda, portanto, é o principal fator de sucesso da dinâmica institucional brasileira, na medida que garante governabilidade e coordena as maiorias partidárias, diminuindo as dificuldades de ação coletiva que poderiam advir do desenho constitucional. Pela agenda, o Executivo determina quais e como as suas pautas serão engajadas pelo Congresso Nacional. Conforme aponta Sérgio Antônio Ferreira Victor (2015, p. 111), o processo de formação da agenda se forma dentro do arcabouço constitucional, na relação Executivo-Legislativo, de modo dependente do processo legislativo. Isso porque a Constituição disponibiliza instrumentos que capacitam o Executivo a intervir no processo legislativo, nos moldes demonstrados por Limongi e Figueiredo.

O alto patamar de delegação do poder de agenda pode ser explicitado pelo forte uso das medidas provisórias, como mecanismo utilizado por todos os presidentes desde 1988, levando ao que Jorge Vianna Monteiro (2004, p. 118-123) denominou de *institucionalização da presidência*. O autor aponta que tal semelhança do largo uso de medidas provisórias aponta para uma diminuição das características pessoais do presidente como elemento de fortalecimento da coalização.

Com um olhar mais crítico acerca do presidencialismo de coalizão, aponta Marcos Nobre para um fenômeno intitulado de pemedebismo, em referência ao partido moldou e consolidou o conjunto de práticas políticas hoje dominantes. Tem como característica central *“estar no governo, seja qual for o governo e seja qual for o partido a que se pertença, como parte de um condomínio de poder organizado sob a forma de superbloco parlamentar”* (NOBRE, 2013, p. 42). O pemedebismo impõe um *modus operandi* para a política em que há ausência de flexibilidade na correlação de forças, permitindo que os interessados se movam numa rede complexa de vetos e recompensas.

Dessa forma, para o autor, a política brasileira pós-1988 se dá num esforço coletivo de manutenção do poder pela lógica da governabilidade, que repetida muitas vezes é incorporada como que um mantra da estabilidade nacional. Logo, para não cair, para não sofrer baques custosos ao governo, é necessário que o Presidente da República buscasse maiorias parlamentares fortes, diluindo as forças de oposição ou os espaços de esquerda ou direita, em nome de um grande centro.

Nesse sentido, as Revoltas de Junho de 2013, para o autor, conseguiram romper com a blindagem pemedebista imposta ao longo do processo de redemocratização. Ainda que agregadora de bandeiras diversas, inclusive antagônicas entre si, questionou-se instituições brasileiras, exigindo uma nova cultura política, para além do bloqueio pemedebista contra a sociedade. Nossa conclusão, entretanto, é de que a abertura que a Dilma Rousseff, enquanto presidente, deu para questionamento das bases corruptas desse sistema gerou, como consequência, uma reorganização do mesmo, para assunção explícita da ilegitimidade desse arranjo político. A reorganização, em nossa análise, se deu com o deslocamento temporário do comando da coalizção para o parlamento, na figura do presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha, para comandar o impeachment da presidente que se situou, no entender de Marcos Nobre, como um “governo de transição” dentro da estratégia de ocupação, a longo prazo, do pemedebismo pela esquerda (2013, p. 135).

O caminhar da história fez com Abranches publicasse, em 2018, uma obra de revisão daqueles pressupostos iniciais, lançados no artigo inaugural sobre o tema. Para o autor, a concretização de um verdadeiro presidencialismo de coalizção não se firmou, uma vez que a Constituição de 1988, preparada para um

sistema parlamentarista, acabou surpreendida pela vitória do regime atual. Há um problema estrutural, e não meramente institucional. Requer muita flexibilidade e habilidade do Presidente da República, que deve ser, simultaneamente, meio de campo e atacante, na metáfora utilizada pelo autor. Isso porque, de um lado, ele tem que organizar, formar e articular, pelo centro, a coalizão, para majoritariamente governar. De outro, precisa manter a ofensiva, dominando em suas mãos comando e iniciativas políticas do seu governo (2018, l. 150). Exemplo desse domínio é o fato de que todas as importantes políticas públicas da Terceira República foram implementadas por Medidas Provisórias. Estando à disposição do Presidente, afirma Abranches, seria descabido não usar, uma vez que se trata de uma vantagem estratégica para o Executivo, que eleva os custos políticos e de oportunidade de uma possível reversão da lei. Ademais, gera para o Presidente a capacidade de controlar a agenda legislativa, inclusive, para bloqueá-la (ABRANCHES, 2018, l. 1795-1820).

Verifica Abranches (2018) que o entendimento do valor do presidencialismo de coalizão passa pela compreensão do domínio da conveniência política sobre as regras constitucionais, com forte resiliência política de um poder oligárquico. Traduziu-se em um alto grau de dependência do Executivo, requerendo mecanismos muito ágeis de mediação institucional para resolução de conflitos entre os poderes. Assim como Nobre, aponta a quase inevitável aproximação com o MDB, que introduziu nas coalizões o vírus das trocas clientelistas, esvaziando o conteúdo programático e flexibilizando os padrões morais de política. Soma-se ao efeito da hiperfragmentação partidária, que impõe coalizões extensas e heterogêneas, reforçando as possibilidades de corrupção e parcerias clientelistas. Nas palavras de Abranches:

Com a ampliação do número de pedintes, é impossível conceder a todos, em tudo, apenas com cargos e recursos fiscais legais. A cooptação como método de formação de coalizões leva a preferência por benefícios materiais e, como o mensalão e a Lava Jato indicaram, pode incentivar o uso de propinas para partidos e pessoas, como bônus de participação na coalizão, em detrimento de aspirações pragmáticas (2018, l. 7357).

Para Abranches, há uma hipercentralização da capacidade fiscal,

tributária e regulatória no governo federal, que seria um dos elementos essenciais para a disfuncionalidade democrática do presidencialismo de coalizão. O manejo do dinheiro público acaba favorecendo os setores mais fortes, levando o autor a definir tal política como “cumulativa”, em vez de distributiva, dada a desigualdade no favorecimento de grupos específicos. O orçamento se encontra no centro dessa disputa, e os recursos acabam alocados segundo identidades programáticas e ideológicas (2018, I. 7556-7560).

Olhando para o Judiciário, Abranches reafirma a ideia inicial de um poder moderador, com uma consequente ampliação do seu papel de intermediador de conflitos e controle constitucional da conexão entre Legislativo e Executivo. Para o autor, o presidencialismo de coalizão dotou o Poder Judiciário de uma face fortemente política, reforçada pela estrutura monocrática do STF, capaz de decidir liminarmente os rumos da política no país. Logo, as disputas política ganham um novo palco: além dos plenários do Congresso Nacional, passa a ser disputada também nos tribunais. Defende Abranches que o Judiciário é buscado como um árbitro final dos conflitos institucionais, denotando uma falha do sistema, cujas soluções deveriam ser pautadas na seara apropriada, qual seja, a parlamentar (ABRANCHES, 2018, I. 7687-7709).

Em suma, defende Abranches que os problemas no presidencialismo de coalizão são de natureza estrutural e não legal. São fruto de uma interação histórica entre política, economia e sociedade que gera uma estrutura de privilégios que explica as práticas clientelistas e a patronagem da política brasileira. Coalizões fisiológicas são predominantes, em vez de coalizões programáticas ou ideológicas. O espaço do presidencialismo de coalizão é definido por políticas enraizadas em um controle oligárquico, de difícil enfrentamento por ações pontuais e tópicas. Por isso, os avanços que conquistamos nas últimas décadas convivem, paradoxalmente, com um enorme legado de atrasos sociais e econômicos (ABRANCHES, 2018, I. 7687-7770).

A partir desses pontos, que contextualizam os pressupostos do diálogo entre as instituições em solo brasileiro, resgatando a formação do constitucionalismo latino-americano, o hiperpresidencialismo e o nossos presidencialismos de coalizão, passamos nos próximos capítulos a analisar criticamente os vieses de legitimidade desse sistema presidencialista, sob a perspectiva do Poder Judiciário, em especial, do Supremo Tribunal Federal.

Estabelecemos como pressuposto um desenho institucional nacional que privilegia a concentração de poderes na figura do chefe do Poder Executivo, ao mesmo tempo em que fortalece os poderes do Judiciário, no sentido de interpretar a Constituição. Em tempos de defesa do papel político das cortes, bem como do reconhecimento do diálogo com os demais poderes, faz-se necessário um questionamento sobre os limites da legitimidade desse sistema, e, em que medida, o STF se coloca como parte disso. A pergunta que aqui se faz, a partir desses pressupostos, é: há um diálogo constitucional?

CAPÍTULO 5. AGENDA POLÍTICA E STF NOS GOVERNOS FHC, LULA, DILMA E TEMER

Apresentado esse panorama sobre o modelo constitucional de governo adotado no Brasil, bem como sobre a força que o Poder Executivo exerce em sistemas presidencialistas, passamos a analisar como Supremo Tribunal Federal absorve a agenda política do país em suas decisões. A ação dos juízes de uma corte é moldada não apenas pelos direitos ou por aspectos internos ao tribunal, mas, também, por aspectos externos, tais como a relação com os demais poderes.

A ciência jurídica demonstra que a visão clássica de um Poder Judiciário que decide com base em uma visão restritiva do direito, de forma neutra e imparcial, não mais se aplica à realidade dos tribunais. Logo, uma visão tradicional da separação de poderes, que coloca os juízes como atores preparados tecnicamente para conter abusos dos demais poderes e participarem dos sistemas de freios e contrapesos de forma desinteressada da política não se confirma numa observação rápida da práxis judicial. Nesse sentido, a noção de que juízes estariam mais aptos a garantir o direito, por não serem eleitos, é substituída por uma visão de um Poder Judiciário que frequentemente assume uma função política e estratégica na interação com os demais poderes. O argumento é fortalecido por algumas garantias constitucionais, tais como, vitaliciedade de seus cargos e irredutibilidade de remuneração, que livrariam um juiz de ambições políticas para manutenção do cargo, bem como o blindaria de represálias financeiras.

A teoria constitucional, preocupada com a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, tem focado seus estudos na relação entre os tribunais e as demais instituições políticas. Conforme aponta Christine Bateup, a metáfora do diálogo tem sido cada vez mais onipresente na academia, a fim de compreender o Poder Judiciário não mais com o monopólio da tomada de decisão constitucional, e sim, como um órgão interativo, interconectado e dialético. Daí dizer que os julgamentos constitucionais são processos de elaboração compartilhada entre Poder Judiciário e outros atores constitucionais (BATEUP, 2006, p. 1109-1110).

A própria Constituição de 1988 traz, em seu corpo, um aumento na capacidade institucional do Supremo Tribunal Federal, aumentando suas competências e atribuições. Ali temos competências originárias e recursais (ordinárias e extraordinárias), ampliação da atuação no controle de constitucionalidade (com a criação, por exemplo, da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), ações constitucionais para defesa direta de direitos fundamentais (como, por exemplo, a atuação no Mandado de Injunção, com atuação concretista da corte). A Constituição passa ocupar, de vez, a centralidade do ordenamento jurídico, o que leva a uma constitucionalização do direito que coloca a Corte Constitucional como forte atuante na proteção e concretização do seu texto. Se o direito passa a ser lido pelo filtro do direito constitucional, observamos o STF assumindo um papel fundamental na interpretação do direito, com um número maior de matérias sendo levadas, conseqüentemente, à análise desse tribunal. Ademais, do ponto de vista da interação entre os poderes, a Constituição também traz um modelo de controle recíproco, determinando uma necessária interação entre poderes, através de diversos mecanismos.

Passamos, então, a analisar a relação entre o Supremo Tribunal Federal e o Presidente da República, no sentido de observar como o presidencialismo de coalizão impacta as decisões da corte. Conforme visto no capítulo anterior, é patente a centralidade que o Poder Executivo exerce no Brasil. Trata-se, aqui, de confrontar as competências desses dois poderes, extraindo a relação estabelecida a partir da engenharia institucional da Constituição de 1988. Aqui, pretendemos investigar como o STF equaciona governabilidade e garantias fundamentais nas decisões nas quais o Poder Público é parte. Considerando que o Poder Público é um litigante habitual³⁶ e que o hiperpresidencialismo brasileiro domina os *modus operandi* da política brasileira, é importante investigar como se dá esse diálogo entre Poder Judiciário e Poder Executivo, bem como uma possível ascendência da agenda política deste sobre aquele.

³⁶ Segundo II Relatório Supremo em Números: o Supremo e a Federação entre 2010 e 2012. Para mais, v. FALCÃO, Joaquim de Arruda; et al. II Relatório Supremo em Números: o Supremo e a Federação entre 2010 e 2012. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/11544>. Acesso em: 19 jan 2017.

Nesse sentido, trazemos nesses capítulos a análise de alguns exemplos de decisões emblemáticas do Supremo Tribunal Federal em temas essenciais para concretização das agendas políticas de alguns Presidentes da República no período pós-redemocratização. Trata-se de uma análise descritiva de casos pontuais que evidenciam a relação entre Poder Judiciário e Poder Executivo no nível federal. Para fins de recorte da pesquisa, escolhemos iniciar o levantamento no primeiro governo Fernando Henrique Cardoso que, somado aos governos Lula, são casos de sucesso no que diz respeito à governabilidade extraída da densidade e estabilidade da coalizão formada. Importante, porém, analisar também o segundo governo da presidente Dilma, bem como o atual governo Temer, uma vez que tais momentos políticos evidenciam uma crise no modelo de presidencialismo de coalizão com decadência da legitimidade dos arranjos ali formados, o que nos impõe uma necessária revisão do papel do STF como referendador de um sistema de governo ilegítimo.

5.1. O sucesso das coalizões em FHC e Lula

Para fins de sistematização desse capítulo, trazemos conjuntamente decisões os governos de Fernando Henrique Cardoso e Luiz Inácio Lula da Silva, compreendidos entre 1995 e 2011. Ambos os presidentes tiveram sucesso no tange à mobilização de suas coalizões e agendas políticas. São responsáveis por confirmar o sucesso do presidencialismo de coalizão enquanto elemento de estabilidade de um desenho institucional conflituoso, sendo capazes de pautar harmonicamente suas metas e objetivos governamentais³⁷.

³⁷ Para alguns cientistas políticos, o caso do Mensalão, ocorrido durante o primeiro governo Lula, é um marco importante de estabilização do modelo, como uma institucionalização do presidencialismo de coalizão. Paralelamente, surgem, também, questionamentos acerca da legitimidade desse modelo. A crise é contida, ali, de duas formas: “[...] de um lado o governo recupera, por meio de um partido estritamente associado a ele, o PCdoB, o controle do Congresso na eleição para sucessão de Severino Cavalcanti e com isso estanca o movimento de instabilidade política que se havia instituído no começo daquele ano; de outro, o governo sinaliza para o PMDB que o tornará o principal partido da base aliada.” Para mais v. AVRITZER, Leonardo. *Impasses da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2016, p. 40. \

O sucesso de FHC e Lula na condução política de suas bases governamentais inspirou o Supremo Tribunal Federal que tendeu a decidir seguindo as agendas políticas de cada presidente e privilegiando decisões fomentadoras de uma estabilidade governamental. As argumentações no STF manifestam clara deferência ao Executivo, na medida em que afastam considerações normativas e constitucionais e assumem, estrategicamente, posições pragmáticas que darão espaço à governabilidade e a concretização de pontos centrais das respectivas agendas presidenciais.

Passamos, então, a análise da atuação do STF e decisões centrais para tais presidentes³⁸.

5.1.1 O governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002)

Um dos elementos centrais da agenda política do governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) foi a reforma administrativa no aparato estatal, principalmente pelo chamado Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE) liderado pelo ministro do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), Luis Carlos Bresser-Pereira. Sua atuação era pautada por um novo projeto de desenvolvimento, através da abertura econômica brasileira ao capital estrangeiro como forma de garantir distribuição de renda e combater a miséria. A partir do argumento de que o Estado não possui mais capacidade para investir de forma robusta, sua proposta de reforma vai se sustentar em quatro eixos, quais sejam: reforma administrativa, reforma fiscal, previdência social e privatização. Segundo Carvalho,

Por esse plano de reformas, aqui sinteticamente apresentado, já nos parece claro que a preocupação primeira do governo que se

³⁸ Deixamos de lado, aqui, por limitações de tempo e espaço, uma narrativa sobre o caso Mensalão, que trouxe importante crise para o governo Lula. Como teste para a aderência da corte à estabilidade da coalizão, interpretamos o caso como uma derrota parcial do presidente Lula junto ao Supremo Tribunal Federal. Lula, entretanto, mobilizou suas bases a tempo de estancar a crise e retomar a governabilidade, saindo, portanto, ileso, pessoalmente, do procedimento que levou à queda de várias lideranças do partido. Conforme demonstrado em outros tópicos deste trabalho, o Mensalão traz um marco de institucionalização do presidencialismo de coalizão, na medida em que torna necessária uma aproximação do PT ao PMDB, como pressuposto indispensável para retomada da estabilidade e contenção dos danos da crise. Abre, entretanto, margem para questionamentos acerca da legitimidade das alianças que se estabelecem sob a alcinha da governabilidade.

propunha seria o de arcar com a dívida pública. Esse é um dos pontos centrais na construção da justificativa não só para a privatização, mas para todo o ajuste fiscal e administrativo proposto. Para um país dependente e diante de um plano no qual a dependência tenderia tão somente a aumentar nos anos seguintes, essa dívida pública, que é tão grande quanto pouco transparente, assumiria a centralidade na vida política e econômica brasileira. Afinal de contas, seria em função do compromisso no seu pagamento que o “capital internacional” se mostraria mais, ou menos, interessado em se dirigir para o mercado brasileiro. (CARVALHO, 2015, p. 98)

Nesse sentido, a elaboração e implementação do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado coloca em prática uma agenda política de crítica ao Estado forte, com propostas de austeridade fiscal, redução do funcionalismo público e privatização empresas estatais, aproximando a administração pública do modelo de gestão da coisa privada.

Para concretização de tal projeto de governo, observa-se uma atuação legislativa forte do Executivo no plano econômico, inclusive na forma de Emendas Constitucionais. Cite-se, aqui, duas importantes, quais sejam, as EC nº 19/1998 e a EC nº 20/1998. A primeira, denominada Emenda da Reforma Administrativa, disciplina, principalmente, sobre relativização da estabilidade dos servidores públicos e sobre implementação do princípio da eficiência na administração pública. Já a EC nº 20/1998, versa sobre reforma na Previdência Social, com critérios mais enxutos para proteção estatal nesta seara.

Importante citar, ainda, a Emenda Constitucional nº 16, de 05 de julho de 1997, que passou a prever a possibilidade de reeleição presidencial. Trata-se de importante conquista para concretização do projeto de governo FHC, e fruto da força das alianças políticas alcançadas pela coalizão.

Passamos, então, a analisar alguns temas alvo de questionamento junto ao Supremo Tribunal Federal, para fins de verificação da relação Executivo-Judiciário quanto ao elemento da governabilidade.

O Programa Nacional de Desestatização ganha maior fôlego com a edição da Lei nº 9491, de 09 de setembro de 1997, conversão esta da Medida Provisória nº 1481-52, de 08 de agosto de 1997, editada por Fernando Henrique Cardoso. Ainda que a ideia de privatização e desburocratização do Estado tenha ocorrido em governos anteriores e posteriores, será na gestão FHC que o tema

ganhará maior força³⁹. As privatizações serão um legado do governo FHC⁴⁰, com fundamento de impedir o agravamento da dívida pública.

Nesse diapasão, é importante verificar um conjunto de decisões junto ao STF, de questionamentos da política de desestatização, principalmente para verificar a deferência ao Executivo, bem como argumentos consequencialistas em prol da estabilidade política e do menor prejuízo das políticas econômicas do Estado.

Para fins de contextualização, é importante analisar o posicionamento da corte quanto à anterior Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, editada ainda no governo Collor, que antecedeu à Lei 9491/1997 no primeiro Programa Nacional de Desestatização. Vejamos a ADI nº 562 (julgada em 04 de setembro de 1991), questionando a constitucionalidade da primeira legislação e tentando evitar o já em curso processo de privatização da Usiminas.

Na ocasião, o Partido Socialista Brasileiro questionou alguns dispositivos da referida lei tendo o STF levado em sequência para discussão apenas o argumento de lesão à reserva legal para criação e, reflexamente, extinção, de entes da Administração Pública indireta, uma vez que a lei permite de forma genérica, por ato direto do Executivo, a alienação de empresas do Estado. O ministro Ilmar Galvão, relator do processo em análise e seguido pela maioria dos ministros, defende que a exigência de lei específica se dá apenas para criação, haja vista o monte de investimentos e compromissos assumidos, não estando presentes na sua extinção. Votou-se, portanto, pelo indeferimento do pedido de liminar. Quando do julgamento definitivo da ação, a Lei nº8.031/1990 já havia sido revogada pela Lei nº 9491/1997, razão pela qual houve perda de objeto da mesma.

A mesma questão voltou a ser debatida na ADI nº1584 (julgada em 23 de abril de 1997), ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e de relatoria, novamente, do Ministro Ilmar Galvão. Tal ação teve como escopo frear o processo de privatização da Companhia Vale do Rio Doce, na ocasião, maior produtora mundial de minério de ferro. Alegam os requerentes

³⁹ Para mais v. <https://oglobo.globo.com/economia/confira-as-principais-privatizacoes-no-brasil-desde-os-anos-90-21732658>, acesso em 03 de nov de 2017

⁴⁰ Conforme já citada anteriormente por Gargarella, foram editadas 35 emendas constitucionais com o intuito, direta ou indiretamente, de consolidar tal agenda de privatizações.

que se trata de situação diversa da ação anterior, havendo novos motivos de fato que ensejariam o controle de constitucionalidade naquela situação. O ministro relator considerou as ações diferentes entre si, pelo motivo que, no primeiro caso, a USIMINAS já havia cumprido sua finalidade, não se encaixando mais nos requisitos da atividade econômica exercida pelo Estado na forma do art. 173, da CF/88 (segurança nacional ou relevante interesse coletivo). Já a ADI nº 1584, tratava sobre processo de privatização da Companhia Vale do Rio Doce, que, no julgamento do ministro, era relevante para o desenvolvimento e para integração nacional⁴¹. A maioria dos ministros do STF, porém, não conheceram da ação, sob o argumento de que se tratava de matéria já apreciada na citada ADI nº 562.

Em 30 de abril de 1997 foi ajuizada nova ação direta de inconstitucionalidade, de número 1597, ainda tentando impedir a alienação da Companhia Vale do Rio Doce, sob nova fundamentação. A questão a ser discutida girava em torno do art. 246, da Constituição, que afirmava que pesquisa e lavra de recursos minerais só poderiam ser efetuados por brasileiros ou empresas constituídas, sediadas e administradas no Brasil, enquanto o Lei 8.031/1990 previa a possibilidade de privatização a pessoa estrangeira⁴². No dia em que a empresa foi a leilão, o relator, Ministro Néri da Silveira,

⁴¹ Nas palavras do Ministro Ilmar Galvão: “A USIMINAS, na verdade, era empresa que, conquanto tivesse tido a sua origem ligada à necessidade de desenvolvimento de setor da economia que não despertou o interesse do regime de livre empresa, na forma preconizada no art. 163 da EC 01/69, não apenas já havia cumprido a sua finalidade, mas também, de outra parte, já não era considerada ‘necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo’. Em face dessa circunstância, na verdade, é que esta Corte teve por relevante a alegação de inconstitucionalidade da Lei nº 8.031/90, por meio da qual se delegou ao Poder Executivo, de modo genérico a faculdade de apontar a empresa que deveria ser incluída no Programa Nacional de Desestatização. [...] Realmente, conforme se sabe, não se trata, apenas de um conglomerado de mais de cinquenta importantes empresas que atuam nos mais diversos campos de atividade econômica, desde o dos minerais metálicos e não metálicos e da siderurgia até o dos fertilizantes, da celulose e do papel, do transporte, ferroviário e marítimo e do comércio exterior. Não se trata unicamente de uma das mais importantes empresas para a balança comercial brasileira; da líder do mercado mundial de minério de ferro e da maior produtora de alumínio e ouro da América Latina; nem tão-só de empresa que administra mais de meio milhão de hectares de floresta replantada; qualidades que já seriam bastantes para se convencer não só da conveniência, mas da necessidade de exigir-se o pronunciamento do Congresso Nacional sobre qualquer proposta de transferência de seu controle acionário a particulares. [...] Trata-se de atividades que, desenganadamente, credenciam a CIA VALE DO RIO DOCE como entidade que atende a imperativos não apenas de segurança nacional, mas também de relevante interesse coletivo, justificando, plenamente, sua presença no elenco de entes estatais exploradores de atividade econômica (p.118-121).

⁴² A Lei 8031/1990 disciplinava da seguinte forma: Art. 13. Os processos de desestatização observarão, além das normas fixadas nos artigos anteriores, os seguintes preceitos: IV. a alienação de ações de empresa e pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras não poderá exceder a 40% (quarenta por cento) do capital votante, salvo autorização legislativa, que determine percentual superior.

monocraticamente, não conheceu o pedido de liminar, sob a fundamentação de que a Ação Direta de Inconstitucionalidade, por ser uma ação do controle concentrado, não comporta análise de casos concretos, como feito no pedido da parte autora para suspender o leilão. O pedido cautelar foi apreciado, finalmente, em 19 de novembro de 1997, sendo a liminar deferida por 6 votos, para excluir do campo de incidência do art. 13, da Lei 8031/1990 a alienação de ações de sociedade de economia mista atuantes na forma do art. 176, §1º, da CR/88. Somente em outubro de 2006 o STF irá apreciar o mérito da ação, ocasião em que houve perda de objeto por revogação das normas impugnadas.

Patrícia Perrone Campos Mello, demonstra de forma objetiva a ação estratégica da corte nesta ação, em vários pontos. Primeiramente, na decisão monocrática de Néri da Silveira usou um argumento formal para se eximir de decidir o conflito. Lança mão, na ocasião, do uso de virtudes passivas do Judiciário, evitando assumir o ônus de uma decisão que gerava claros embates na seara política. Na sessão plenária que decide sobre o pedido liminar, dois dias após o leilão da Companhia Vale do Rio Doce, o relator vota conforme suas convicções, livre do peso da decisão anterior, uma vez que o leilão já havia ocorrido. Ademais, ali não era mais o momento de uma decisão monocrática, havendo de ser formar uma decisão colegiada para um efetivo resultado. Um risco menor, porém, ainda havia, da decisão da liminar causar constrangimentos para a assinatura final do contrato. Nesse diapasão, o ministro Nelson Jobim pede vista dos autos, suspendendo a apreciação do pedido cautelar pelos demais ministros e agindo estrategicamente para adir uma decisão contrária aos interesses do Executivo. Quando se retoma o julgamento, em novembro de 1993, aquela situação já estaria consolidada, podendo a liminar gerar efeitos apenas para situações futuras. Por fim, o mérito será apreciado apenas em 03 de outubro de 2006, nove anos depois, ocasião que a lei questionada já havia sido revogada. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal age estrategicamente e, no silêncio, evitando de se posicionar em delicada questão político-econômica, permite, que o Executivo dê sequência aos seus planos de privatização da Companhia Vale do Rio Doce (MELLO, 2015, p. 239-240).

Outra importante ação julgada a favor do presidente Fernando Henrique Cardoso foi a ADC nº 9, em face da Medida Provisória nº 2.152-2, de 1º de junho de 2001, e subsequentes reedições, que cuidou de iniciativas para conter a crise

energética denominado “apagão”. A iniciativa previa a gesto da crise a partir da criação de sobretarifa de consumo acima das metas propostas pelo governo federal. A ADC foi julgada procedente, confirmando a constitucionalidade da política tarifária, sob o fundamento de que não descaracterizaria a natureza jurídica das tarifas, uma vez que trata se um mecanismo que permite a continuidade do serviço público. Ademais, atenderia aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, manejando os direitos dos consumidores com medidas que permitem a continuidade da utilização de serviço essencial de um bem incontestavelmente.

A relatoria da ação ficou a cargo do ministro Néri da Silveira, que defendeu, em voto vencido acompanhado apenas pelo ministro Marco Aurélio, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados. Para o magistrado, a natureza jurídica da tarifa implica numa noção de contraprestação destinada a remunerar as pessoas jurídicas privadas (concessionárias ou permissionárias), não podendo ser enquadradas como tributos. Isso implica que a política tarifária não pode ser concebida como ato unilateral do Poder Público, à margem do próprio conceito de tarifa pública. No caso das sobretarifas, aplicadas para consumidores que ultrapassem os padrões permitidos na medida provisória, não há nenhuma natureza de contraprestação de serviço de energia elétrica, figurando, pois, como um novo tributo. Além desse pressuposto normativo essencial da qualificação das sobretarifas, haveria um descumprimento dos art. 5º, inciso XXXII e do art. 170, inciso V, que preconizam a proteção do Estado aos direitos do consumidor. Nesse sentido, o efeito vinculante da ação do controle concentrado retiraria o direito individual do consumidor de pleitear suas queixas nos juízos de primeira e segunda instâncias, uma vez que resolve, definitivamente, as celeumas sobre o tema.

Entende o relator que a corte não deve ser insensível aos problemas administrativos do país, mas, entretanto, tem um encargo maior a ser exercido, qual seja, de guarda e intérprete da Constituição, que segundo Néri da Silveira “sobrepassa a qualquer plano de governo, por mais relevante e meritório que seja⁴³.”

Os votos divergentes, entretanto, se apoiam na necessidade patente de

⁴³ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADC 9/DF, RELATOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA, 2001, p. 31.

se gerenciar os danos da crise energética, como aponta o ministro Carlos Velloso em seu voto⁴⁴:

É preciso considerar primeiro de tudo, que atravessa o País séria crise elétrica, decorrente de sua escassez. É dizer, a energia elétrica que temos vem de usinas hidroelétricas. Em razão da acentuada falta de chuvas, os reservatórios dessas usinas estão praticamente vazios. Teria havido imprevisão por parte de órgãos governamentais? Isso não interessa discutir aqui. Certo é que vivemos uma crise de energia elétrica

Realmente a sociedade brasileira tem compreendido a situação. Tanto isto é verdade, que os jornais noticiam a redução no consumo de energia elétrica em praticamente todos os Estados-membros, nos limites e circunstâncias estabelecidos, o que revela que tais disposições, inscritas na medida provisória, não são desarrazoadas, não são desproporcionais. A sociedade brasileira compreendendo a realidade, que é de escassez de energia elétrica, realiza o que essas disposições propõem.

Logo, como predicado constitucional delegado ao Poder Público, de determinar a política tarifária, e diante da situação de crise, votou o STF pela constitucionalidade da sobretarifa, como contingenciamento necessário do risco de apagão elétrico. Passou à margem da decisão os pressupostos legais que deveriam guiar a ação da corte, como guardião da Constituição, prevalecendo o argumento consequencialista de necessidade de contenção da crise e dos danos causados pela inação governamental para conter, a tempo, os riscos do apagão. O STF referendou a política governamental, suficiente para verificarmos uma deferência do Judiciário à agenda política no caso em tela. A deferência se dá, notadamente, porque afasta a corte os pressupostos legais que deveriam guiar o caso para aderir uma postura pragmática que referenda a ação governamental e permite conter os danos a estabilidade, perante a crise.

⁴⁴ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADC 9/DF, RELATOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA, 2001, p. 49-51.

5.1.2. O governo Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010)

O governo Lula (2003-2010) teve como principal foco de agenda política uma reforma capaz de introduzir transformações sociais no país, com adoção de políticas públicas de combate à pobreza e à desigualdade social. Programas sociais como o Bolsa Família, Fome Zero, Prouni, Minha Casa Minha Vida, tiveram reconhecimento na comunidade internacional, alçando Lula ao posto de um dos mais populares políticos na história brasileira. A aprovação do ex-presidente chegou à 87% no último mês de seu mandato⁴⁵, confirmando o sucesso de suas medidas políticas, econômicas e sociais.

No âmbito econômico, Lula conta com a alta internacional dos preços das commodities, e consegue dar sequência ao crescimento econômico do governo anterior, alcançando índices positivos e recebendo o nome de *Milagrinho* dos anos 2006-2010⁴⁶. Segundo Laura Cardoso (2018), três pilares sustentam tal fenômeno, quais sejam, a adoção de políticas públicas de distribuição de renda na base da pirâmide, maior acesso ao crédito e maiores investimentos em infraestrutura física e social. Como efeitos diretos, estudos da área econômica apontam uma queda entre 10 e 31% no índice de Gini, que mede a desigualdade em país do mundo todo.

No aspecto político, o governo Lula ficou marcado pela institucionalização do presidencialismo de coalizão, com esforço contra a crise que se instalou a partir do caso Mensalão. No início do seu governo, Lula decide não se aliar ao PMDB, em nome dos valores básicos do seu partido, não loteando ministérios. As pastas mais importantes ficam na mão do próprio partido, para que possa mobilizar a agenda social que almejava. Quando eclode o escândalo do Mensalão, acusando o PT de um esquema de compra de votos dentro do Congresso Nacional, Lula se alia ao PMDB⁴⁷, como forma de estancar os efeitos do problema e os custos da crise para seu mandato. Essa sinalização para

⁴⁵ Fonte: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2010/12/popularidade-de-lula-bate-recorde-e-chega-87-diz-ibope.html>. Acesso em 05 de outubro de 2018.

⁴⁶ Referência anterior, o Milagre econômico de 19968-1973 à época da ditadura militar, teve taxas de crescimento maior que a do período Lula, acompanhada, entretanto, da ampliação das taxas de desigualdades. Para mais v. CARVALHO, Laura. Valsa brasileira: do boom ao caos econômico. São Paulo: Todavia, 2018, Kindle edition, l. 182.

⁴⁷ Em dezembro de 2017 o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) resgatou a antiga sigla MDB, passando a se chamar, apenas, Movimento Democrático Brasileiro. Nesse trabalho, verifica-se a alternância das siglas, conforme o momento histórico em que se comenta.

PMDB como partido da base aliada após o Mensalão, leva a uma estabilização de seu governo e ao sucesso na condução da sua agenda política junto ao Legislativo.

No que diz respeito à um dos pilares econômicos de Lula, qual seja, ampliação do acesso ao crédito, trazemos decisão em que Supremo Tribunal Federal precisou sobre interpretação do Direito Tributário acerca do impacto da isenção de Imposto sobre Produtos Industrializados na cadeia produtiva, quando aquela recai sobre insumos. A dúvida era saber se, quando há isenção do IPI numa determinada operação, se o próximo adquirente deverá recolher o tributo total, ou se, deverá ter como crédito a parte já isenta da etapa anterior⁴⁸.

Por se tratar de um imposto não cumulativo e plurifásico, duas correntes se formaram sobre a questão. A primeira linha de argumentação, que resultaria numa maior arrecadação, defende a independência da incidência da alíquota em cada etapa, tendo a isenção o condão de desonerar o primeiro produto, sem tocar no percentual devido na próxima etapa. A segunda corrente, favorável ao contribuinte, defende há a geração de “crédito presumido”, mesmo não havendo pagamento na primeira etapa, devendo esse valor ser compensado na segunda operação.

Sobre a questão, o STF teve a oportunidade de se pronunciar em três ocasiões.

No RE 212.484 e no RE 350.446, julgados, respectivamente em 1998 e 2002, ainda no governo Fernando Henrique Cardoso, com relatoria do Ministro Nelson Jobim, opta o STF pela segunda corrente, favorável aos particulares. Argumenta na ocasião que a não compensação do valor ficticiamente pago na primeira etapa na segunda operação levaria ao contribuinte deste a arcar com tributo maior do que o devido, onerando-o de forma inaceitável para o Direito Tributário.

Já no RE 353.657, julgado em 2007, já no governo Lula, o STF se depara

⁴⁸ Para entender melhor a operação que se dá nessa cadeia produtiva, citamos o exemplo de MELLO: *Imagine-se, por exemplo, um bem que custe R\$100,00 e que seja tributado por uma alíquota de 10%. O imposto devido na primeira operação será de R\$10,00. Imagine-se, então, que o adquirente desse bem gerará um novo produto, cujo valor final é R\$200,00. Incidente a alíquota de 10%, o valor do tributo devido na segunda operação seria de R\$20,00. No entanto, o aludido adquirente, pela sistemática do IPI, deverá creditar do tributo já recolhido na operação anterior, R\$10,00, e compensá-lo com o imposto devido na segunda operação. Por isso, na segunda operação, só pagará R\$10,00, a título de IPI – importância correspondente justamente à incidência da alíquota de 10% sobre o valor que agregou ao insumo (2015, p. 244).*

novamente com a questão, se posicionando, porém, de forma a acatar a primeira linha de argumentação⁴⁹, vencendo a União por 6 votos a 5. O relator, ministro Marco Aurélio, fundamentou sua decisão, principalmente, em um argumento jurídico somado à considerações estratégicas. Segundo o ministro, o art.153, § 3º, II, da CR/88, preconiza o princípio tributário da não cumulatividade, pelo qual os impostos serão “*não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores*”. Tal dispositivo deveria ser interpretado de forma literal, evitando, nas palavras do Ministro Marco Aurélio, “malabarismo interpretativos” que distanciam o princípio do seu sentido constitucional. Ao lado dessa argumentação jurídica, o magistrado faz referência expressa à artigo publicado no jornal O Globo, de autoria da jornalista Miriam Leitão, para quem uma decisão contra União causaria um rombo de bilhões de reais nos cofres públicos, além de gerar um benefício desigual à produtores de produtos supérfluos.

A questão nesse último julgado se torna mais complexa com a questão de ordem suscitada pelo ministro Ricardo Lewandowski, acerca dos efeitos temporais dessa nova diretiva, que alterava substancialmente a jurisprudência da corte sobre o tema. Segundo o próprio julgado, o precedente sobre a alíquota zero foi aplicada em aproximadamente sessenta outros casos, o que evidencia se tratar de jurisprudência consolidada. Para Lewandowski, então, como havia tamanha mudança, deveria a corte fazer uma modulação para dar efeitos futuros ao julgado.

O STF votou pela não modulação de efeitos, sob os seguintes argumentos. Primeiramente, as decisões anteriores⁵⁰ sobre a aquisição de bens sob alíquota zero não transitaram em julgado em razão de embargos de declaração pendente de julgamento até aquela data. Segundo, a modulação de efeitos seria instituto próprio do controle de constitucionalidade, não sendo cabível para mera alteração de entendimento jurisprudencial. Alega-se, ainda, que a modulação de efeitos geraria tratamento diferenciado entre contribuintes, gerando um enriquecimento sem causa daqueles que creditaram o valor

⁴⁹ Patrícia Perrone Campos Mello aponta que a mudança de diretiva sobre o tema no Supremo Tribunal Federal foi viabilizada pelo ingresso de dois novos ministros na corte, quais sejam, Ayres Britto e Joaquim Barbosa (MELLO, 2015, p. 246).

⁵⁰ RE 350.446, RE 353.668, RE 357.277, RE 358.493, por exemplo.

presumido da primeira operação no momento do pagamento do imposto devido. Por fim, e mais importante para análise que aqui se faz, alegou o Supremo Tribunal Federal que a modulação de efeitos geraria impacto econômico negativo de considerável déficit nas contas públicas⁵¹.

Conforme bem aponta Mello, o elemento econômico parece ser o real pano de fundo da decisão. O STF guia-se claramente em argumentos pragmáticos e consequencialistas, sem aprofundar o debate no real impacto econômico que a decisão contrária poderia ter. Não há números, não há dados técnicos econômicos. Apenas uma argumentação abstrata em torno da segurança jurídica, das consequências econômicas e dos dados que eventual podem impactar a vida em sociedade (MELLO, 2015, p. 253). Prevalece-se, como pano de fundo da decisão, a governabilidade e uma chancela de do Poder Judiciário à agenda política do governo Lula, que pretende ampliar o acesso da população à bens de consumo.

No mesmo sentido, podemos citar os inúmeros avanços na concretização de direitos fundamentais que foram defendidos pelo Supremo Tribunal Federal, em consonância com a agenda social progressista do governo Lula. Por meio da ADI nº 4277 e da ADPF nº 132, o STF entendeu ser constitucional a união homoafetiva, abrindo caminho para reconhecimento existencial e patrimonial das relações estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Reconheceu ainda limitações para o uso de algemas, na edição da Súmula Vinculante nº 11, protegendo a dignidade da pessoa humana e a excepcionalidade da medida restritiva. Na ADI nº 3510, decidiu-se que pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, declarando constitucional dispositivos da Lei de Biossegurança.

⁵¹ “Por todo o exposto, os três primeiros argumentos listados acima contra a modulação temporal da decisão poderiam ser rebatidos, abreviadamente, nos seguintes termos: i) As decisões favoráveis ao creditamento em caso de alíquota zero foram proferidas pelo pleno do STF e reproduzidas em aproximadamente sessenta casos, sinalizando o entendimento dominante para as demais instâncias e para os jurisdicionados. A alteração de tal entendimento, em sede de embargos de declaração, era improvável, quer por ter sido adotado pelo quórum de 9 a 1, que pelo escopo restrito deste recurso. Além disso, o caso não se diferenciava do tratamento dado ao creditamento em situação de isenção, que constituía jurisprudência firmada em 1998 e transitada em julgado. ii) Precedentes do próprio STF reconheciam a possibilidade de modulação temporal de decisões que produziram a alteração de sua jurisprudência mesmo quando estas não importassem a declaração da inconstitucionalidade de uma norma. iii) Os contribuintes que ingressaram em juízo já se encontravam em situação de desigualdade com aqueles que permaneceram inertes, por decisão voluntária de cada qual. A igualdade é preservada na medida em que tratam os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. Ademais, qualquer alteração jurisprudencial implica tratar desigualmente aqueles que tiveram seus casos apreciados antes ou depois da decisão” (MELLO, 2015, p. 252).

Aprovou, ainda, o sistema de cotas raciais nas universidades públicas, na ADPF n° 186, permitindo a aplicação de importante política de ação afirmativa de acesso à educação do governo Lula. Na ADPF n° 54, entendeu ser possível o aborto de fetos anencefálicos, ampliando as possibilidades de aborto legal no país.

5.2. Dilma Rousseff (2012-2016) e a crise do presidencialismo de coalizão

Profunda crise econômica e política marcou a trajetória de Dilma Rousseff na presidência da República, levando a interrupção do seu mandato em 2016. O otimismo científico com o presidencialismo de coalizão entra em cheque, com a uma mutação do seu eixo de controle do Executivo para o Legislativo. A coalizão formada nos últimos anos do governo Dilma traz profundos questionamentos acerca da legitimidade do modelo presidencial, sendo o ponto de virada para os questionamentos acerca da legitimidade dessa engenharia institucional. Continuando a sistematização proposta neste capítulo, demonstramos a relação STF-Executivo, identificando, como padrão, o elemento da governabilidade/estabilidade como pressuposto essencial das fundamentações exaradas pelo tribunal brasileiro.

Dilma Rousseff foi a primeira mulher presidente da República brasileira, tendo assumido seu primeiro mandato em 2011. Exerceu o cargo até 2016, ocasião em que foi afastada da presidência após um processo de impeachment. Sucessora de Lula, Dilma deu seguimento às políticas sociais implementadas do governo anterior, tais como o Bolsa Família e o programa “Minha Casa, Minha Vida”. Seu governo foi marcado por uma forte crise econômica mundial, que, conseqüentemente, também reverberou efeitos no âmbito nacional.

Compromisso assumido pelo antigo governo, a Copa do Mundo, a ser sediada no Brasil em 2014, gerou descontentamento geral na população, que sente os impactos da recessão econômica. Em 2013, durante a Copa da Confederações, eclode, em todo país, ondas de protesto, que se iniciam com a luta contra o alto custo das passagens de transporte público municipal, e se desdobra em bandeiras das mais diversas e antagônicas possíveis. As Revoltas de Junho de 2013, como ficou conhecido o movimento, tem o condão de questionar a blindagem criada pelo presidencialismo de coalizão, no sentido de

obstar manifestações que prejudiquem sua estabilidade. Dilma, inclusive, adere ao compromisso de combate à corrupção, empenhando esforços para que o aparato judicial possa perseguir denúncias e limpar a política brasileira.

Em 2014, surge a operação da Polícia Federal intitulada “Lava Jato”, que traz à tona casos de desvio e lavagem de dinheiro envolvendo inúmeros políticos e empresas em ligação com a Petrobrás. Sua reeleição se dá nesse contexto de acirramento político, sendo a então presidenta cada vez mais pressionada pelo discurso anticorrupção e pela insatisfação popular.

Para o segundo mandato, Dilma encontra um contexto ainda mais difícil para atuação. A crise econômica se agrava, as taxas de desemprego crescem, a inflação cresce, o PIB tem marcas negativas⁵². Ademais, os escândalos políticos ganham grande aderência popular, passando o combate a corrupção a ser umas das demandas mais valorizadas pelo senso comum nesse âmbito. Nesse cenário, mescla-se a força da opinião pública contra a corrupção e contra as alianças inescrupulosas e feitas em nome da governabilidade com o PMDB ensaiando abandonar o posto secundário que ocupava, desde os primórdios da Constituinte.

Tal ruptura com o PMDB, partido que era uma das grandes bases de sustentação da coalização de Rousseff, vai sendo tecida lentamente, por inúmeros atos e embates durante esse segundo mandato. Um dos grandes marcos desse movimento é o lançamento de documento interno, pelo partido do então vice-presidente Michel Temer, em outubro de 2015, intitulado “Ponte para o futuro”. O programa tem forte simbolismo nesse jogo de forças políticas, ao propor uma série de medidas austeras de cunho liberal para saída do Brasil da crise econômica que se instalara. O pano de fundo, entretanto, é um ensaio de um programa de governo, em que, o PMDB, se assume como força política capaz de estabilizar o país, assumindo o poder. Grande parte dessas medidas, inclusive, foram adotadas quando Temer assume a Presidência da República, com o afastamento de Dilma Rousseff.

Observa-se, ainda, um retorno e crescimento de forças conservadoras e

⁵² Após uma década de franco crescimento, com crescimentos médios de 3,4% entre 2003 e 2013, o PIB em 2014 cresceu míseros 0,1%. Fonte: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pib-sobe-0-1-em-2014-o-pior-desempenho-do-1-mandato-de-dilma,1658983>. Acesso em 25 de setembro de 2018.

liberais sobre o espaço consolidado durante a última década pela esquerda, sinalizando, possivelmente, um novo padrão de instabilidade para a região. Para citarmos dois exemplos, e não fugirmos do escopo deste trabalho, temos os recentes casos de ruptura institucional pelo qual passaram Honduras e Paraguai. O primeiro em 2009, com impeachment do presidente Manuel Zelaya, e o segundo, em 2012, quando o Congresso Nacional paraguaio cassou o mandato de Fernando Lugo em menos de 48 horas.

Sob o olhar da comunidade científica jurídica e política, o impeachment de Dilma Rousseff simboliza uma confusão entre institutos parlamentarista e presidencialistas, como bem demonstrou Rafael Mafei Rabelo Queiroz⁵³. A Lei 1.079/1950, que regula o procedimento de impeachment é de clara inspiração parlamentarista, uma vez que permite a perda de cargo pelos abrangentes crimes de responsabilidade. Estes, em análise histórica dos motivos que levaram a elaboração da referida lei, extrapolam-se como atos ilícitos para abranger situações de verdadeiro controle de qualidade e coibição por mau funcionamento. Pela Constituição de 1988, ao revés, estabeleceu-se a ideia de estabilidade dos mandatos, coerentemente com os fundamentos de um sistema de governo presidencialista. Daí a feliz expressão do autor, que denomina os crimes de responsabilidade e a legislação sobre impeachment como um “cavalo de Tróia parlamentarista”, que introduz no sistema brasileiro algo próximo da chamada “moção de desconfiança”, que permite a destituição de cargo por motivos políticos, mecanismo este, próprio de um sistema parlamentarista.

Outros elementos desse impeachment também foram passíveis de questionamento perante a comunidade jurídica. Por exemplo, temos que o crime de responsabilidade imputado à Dilma, qual seja, as pedaladas fiscais, configuravam prática recorrente dos Executivos brasileiros, com o aval dos Tribunais de Contas de todo o país. A mudança de entendimento do Tribunal de Contas da União fazia retroagir a nova regra para fatos ocorridos no passado,

⁵³ Queiroz, Rafael Mafei Rabelo. “*Impeachment e a Lei de Crimes de Responsabilidade: O Cavalo de Tróia Parlamentarista*”. Publicado no Blog Direito e Sociedade, do sítio eletrônico do jornal “Estadão”. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/blogs/direito-e-sociedade/impeachment-e-lei-de-crimes-de-responsabilidade-o-cavalo-de-troia-parlamentarista/>. Publicado em 16 de dezembro de 2015. Acesso em 02 de setembro de 2018. No mesmo sentido: BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; BACHA E SILVA, Diogo; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *O impeachment e o Supremo Tribunal Federal*. História e teoria constitucional brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p.105-124.

quando o ato havia sido praticado à luz do entendimento anterior da sua legalidade. Ademais, inclusive a perícia do Senado Federal concluiu que as pedaladas fiscais não tiveram a participação direta da presidente Dilma. No mesmo sentido, os processos de impeachment aventados contra o então vice-presidente Michel Temer, pelos mesmos fundamentos que foram imputados à Dilma Rousseff, foram arquivados, sem qualquer possibilidade de seguimento.

A escolha da narrativa do impeachment da presidente Dilma para fins de estabelecimento de uma relação entre decisão jurídica e governabilidade se justifica pelo entendimento do marco que o evento representa para vinculação do Supremo Tribunal Federal à noção de governabilidade e estabilidade. Trata-se de um marco que denota, fortemente, o alinhamento da corte à agenda política dominante, como um elemento que, como veremos, precede, inclusive, a considerações constitucionais nas questões decididas. Daí a divisão proposta, em três momentos, que traz o segundo governo Dilma Rousseff como divisor de águas no diálogo institucional entre Judiciário e Executivo.

5.2.1. A cronologia do impeachment

Para que possamos analisar atuação do Supremo Tribunal Federal para o procedimento de impedimento da presidente Dilma, é necessário, primeiramente, traçar uma cronologia dos fatos. Conforme já dito anteriormente, é importante ilustrarmos o impeachment de Dilma Rousseff como marco importante para completa desvirtuação do presidencialismo de coalizão, verificando, inclusive, a relação do Supremo Tribunal Federal nesse processo.

O então presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, é figura chave para compreensão dos fatos. Cunha, então líder oposicionista do PMDB, é eleito, em 2015, para o cargo de presidente da Câmara dos Deputados. No íter do procedimento de afastamento de Dilma Rousseff, Cunha era réu no STF por crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, bem como investigado pela Operação Lava Jato de ter recebido propina em esquema da Petrobrás. É em 2014 que Cunha fortalece sua oposição com o Executivo, liderando grupo que exigia do governo mais cargos para os aliados da coalizão. Como forma de pressão, passa a imputar várias derrotas na Câmara dos Deputados à Dilma e ao Partido dos Trabalhadores. Nesse cenário, o então Presidente da Câmara

dos Deputados passa a assumir um protagonismo que traz para o Legislativo uma experiência de força perante o Executivo. O rompimento definitivo com o PT vem em dezembro de 2015, quando o partido governista decide votar pela continuidade do processo de cassação de Cunha no Conselho de Ética da Câmara dos Deputados. Ato contínuo, em 02 de dezembro de 2015, Eduardo Cunha aceita um dos pedidos de impeachment contra a então presidente Dilma. Assinado pelos juristas Hélio Bicudo, Miguel Reale Júnior e Janaína Pascoal, o pedido acusa a presidente de crime de responsabilidade fiscal, pela reprovação das contas em 2014 pelo Tribunal de Contas da União, nas chamadas pedaladas fiscais. Nesse ponto, é plausível a ideia de que a crise não é do presidencialismo de coalizão, mas sim, de coalizões específicas. O modelo continua prevalecendo, tendo, nesse contexto, passado sua liderança, temporariamente, para o Legislativo.

Interessante assinalar aqui uma ruptura de posicionamento defendido até então por Cunha e seus aliados, no sentido de se rechaçar os inúmeros pedidos de impeachment aventados até então. Em diversos pronunciamentos anteriores, o presidente da Câmara dos Deputados era categórico em negar a possibilidade de pautar os pedidos de impeachment, fundamentado, inclusive, na grande derrota democrática que tais processos poderiam representar, conforme se extrai de inúmeras entrevistas e manifestações concedidas por Cunha. Ao total, foram 27 pedidos de impeachment recusados por Cunha, até o acatamento do pedido elaborado por Bicudo, Reale Júnior e Pascoal.

Em 07 de dezembro de 2015 o vice-presidente da República, Michel Temer, rompe definitivamente com a presidente, em carta divulgada na mídia, no qual lamenta a perda do seu protagonismo político em diversos exemplos, se tornando, em suas palavras, um “vice decorativo”. Aponta uma suposta desconfiança de Dilma com o seu partido, PMDB, e defende, acima de tudo, uma esperança na retomada do crescimento após superada a então crise política⁵⁴.

No dia seguinte, a Câmara do Deputados se reúne para decidir os membros da comissão, em votação marcada pela presença de uma chapa de

⁵⁴ Abranches aponta que fator relevante para o sucesso dos dois impeachments pós-88 é o apoio do vice-presidente ao processo. Isso explica, em certa medida, porque todos os presidentes tiveram pedidos de impeachment protocolizados na Câmara dos Deputados, mas que só Collor e Dilma tenham efetivamente caído (ABRANCHES, 2018, l. 7422-7471).

oposição e uma de situação. Vence a chapa de oposição, ocorrendo, entretanto, a suspensão da tramitação do processo pelo STF. Fundado em pedido elaborado pelo PCdoB na ADPF 378, a corte defende a necessidade de elucidação das normas que pautarão o procedimento de impeachment, verificando a constitucionalidade das mesmas. A decisão final veio em 17 de dezembro de 2015, seguindo voto divergente do ministro Luís Roberto Barroso em relação ao relator Edson Fachin, pela procedência parcial da ação.

Em razão dos trâmites de recurso e publicação da decisão, somados ao recesso legislativo, temos que a respectiva comissão especial só será formada em 17 de março de 2016, tendo como relator o deputado Jovair Arantes (PTB), aliado de Eduardo Cunha e o deputado Rogério Rosso (PSD) como presidente.

Após a oitiva dos autores do pedido de impeachment, das testemunhas e da defesa, em 11 de abril de 2016 vota a Comissão, por 36 votos a 27, pela abertura do processo de impedimento da presidente Dilma. Em 17 de abril do mesmo ano o plenário da Câmara decide pela continuidade do processo no Senado, em votação com placar de 367 a 137.

No Senado Federal se instala comissão especial com relatoria do senador mineiro Antônio Anastasia (PSDB) e presidência de Raimundo Lira (PMDB), votando o plenário, em 55 votos a 22 pela continuidade do processo. Na ocasião, seguindo rito da lei, a presidente Dilma é afastada temporariamente do cargo, pelo período de 180 dias, assumindo, interinamente, o vice-presidente, Michel Temer.

Em 02 de agosto de 2016, o senador Antônio Anastasia defende o julgamento final por pedaladas fiscais, seguido pela aprovação da comissão especial do Senado, bem como da aprovação de 59 membros do plenário.

O Senado, sob o comando do ministro do STF Ricardo Lewandowski, inicia em 25 de agosto de 2016 o julgamento que leva, em 31 de agosto do mesmo ano à cassação do mandato presidencial de Dilma Rousseff, por 61 votos a 21. Na ocasião, entretanto, decidiu-se pela manutenção dos direitos políticos de Dilma.

5.2.2. A atuação do Supremo Tribunal Federal no impeachment da presidente Dilma

Para clara compreensão da atuação do Supremo Tribunal Federal na crise política que culminou com o impedimento de Dilma Rousseff, é necessário traçar, primeiramente, decisões que contextualizam o posicionamento que será adotado pela corte durante aquele processo. Isso ocorre porque os fatos que culminaram no afastamento da presidente em 2016 são fruto de jogadas políticas que tecem, muito antes da cartada final, o cenário de ingovernabilidade e de queda do PT.

Para tanto, sistematizamos esse tópico em duas partes, quais sejam, decisões que formam os antecedentes do impeachment, consolidando a deferência da corte ao Congresso Nacional, e decisões sobre o processo de impeachment, propriamente dito. Pretendemos demonstrar que a deferência se mantém, ainda com o enfraquecimento do presidente da República, pois haveria um deslocamento temporário do eixo de liderança da coalizão do Executivo para o Legislativo. Inclusive, o impeachment só é possível na existência de uma coalizão, que orchestra os interesses políticos e obsta uma paralisia decisória própria da alta fragmentação do nosso sistema político. Essa situação não é passível de sustentação em prazos maiores, uma vez que o desenho institucional coloca nas mãos do Executivos mais poderes correlatos à maestria das coalizões. Após, passaremos a análise da relação STF-Executivo no governo de Michel Temer, com o condão de demonstrar o retorno da governabilidade para o eixo da Presidência da República.

5.2.2.1. Os antecedentes do impeachment

O cenário que culminou no impeachment da presidente Dilma em 2016 começou a ser desenhado pela expansão do poder do presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha e com o avanço das investigações da Polícia Federal na operação Lava Jato. As Revoltas de Junho de 2013, conforme aponta Marcos Nobre (2013), marcam um importante rombo na blindagem criada pelo presidencialismo de coalizão, passando a questionar as ações políticas. Verifica-se, entretanto, um esforço como ato contínuo das estruturas de poder, no sentido de obstar danos profundos aos status conquistados e manter os espaços dos

grupos políticos dominantes. Tal resposta às Revoltas de Junho de 2013 pode ser sintetizada numa obsessão pela estabilidade a qual as instituições brasileiras se agarram firmemente, e traduzida no episódio do impeachment, que imputa a Dilma Rousseff a responsabilidade por todos os desvios éticos da política brasileira, bem como a esperança de novos tempos políticos.

Podemos enquadrar a cassação de Dilma como desfecho final da chamada Era Cunha, notadamente marcada pela força exercida pelo Legislativo sobre o comando daquele deputado. Conforme se extrai dos fatos narrados no tópico anterior, temos que Cunha é o responsável pela deflagração do processo de impedimento, ato este que pode ser lido como ápice da luta de forças entre Legislativo e Executivo. Eduardo Cunha, como profundo conhecedor do Regimento Interno da Casa e das jurisprudências pertinentes ao processo legislativo, soube orquestrar com maestria seus interesses e coordenar a formação de uma coalizão que vê sua liderança se deslocar do Executivo para o Legislativo.

Em seus discursos ainda como candidato à presidência da Câmara dos Deputados, Cunha já defendia um Legislativo independente, livre da submissão à base governista. Em seu discurso de posse, de fevereiro de 2015, Cunha afirma que a Câmara dos Deputados tem que recuperar seu orgulho, sua altivez, e deixa nítido seu compromisso em fazer oposição e fortalecer as demandas da Casa.

Nos antecedentes do impeachment, já temos algumas sinalizações do poder de articulação de Cunha, e de um possível deslocamento do domínio da coalizão das mãos do presidente da República para as mãos do presidente da Câmara dos Deputados. Quanto ao diálogo estabelecido com o STF, chama a atenção o debate acerca das PECS 182/2007 e 171/1993, respectivamente denominadas PEC da Reforma Política e PEC da Redução da Menoridade. Ambas foram conduzidas com claro desrespeito às regras do processo legislativo, com flagrante desrespeito ao artigo 60, §5º, da CF/88⁵⁵.

Ambas as Propostas de Emendas à Constituição passaram por debates envoltos a grandes tensões, dada a natureza dos temas, que culminaram em

⁵⁵ In verbis: “A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

propositura de emendas aglutinativas⁵⁶ sequenciais, com redações praticamente idênticas, em flagrante desrespeito a sistemática constitucional.

Entretanto, não foi esse o entendimento do STF. Tais questionamentos foram levados a corte através dos Mandados de Segurança nº 33.630/DF e nº 33.697/DF. A ministra Rosa Weber foi relatora do primeiro julgado, tendo sua argumentação sido seguida pelo Ministro Gilmar Mendes, relator do segundo. Os dois Mandados de Segurança foram indeferidos em sede de liminar, tendo como argumentação central a adoção da doutrina dos atos *interna corporis*, fundada no precedente do MS nº 22.503-3/DF.

A argumentação em ambos os julgados foi no sentido de se preservar a orientação tradicional da corte de inviabilidade de reexame judicial das questões pertinentes à atividade de cada um dos poderes, pela sua natureza *interna corporis*. Com isso, para a corte, as emendas questionadas tratariam de pequenas adequações dos conteúdos anteriores, de forma acessória as emendas principais, sem que haja identidade absoluta entre os textos. As emendas aglutinativas e os projetos substitutivos seriam acessórios em relação às propostas originais. Tal tipo de vedação, levaria, segundo a fundamentação ali exarada, a uma total inviabilidade do processo legislativo, bem como ingerência desmedida de um poder sobre o outro.

Ao decidir nesses termos, escapa da fundamentação a verdadeira questão de fundo a ser discutida. É correta a interpretação do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, pela qual a rejeição das questões acessórias não prejudicaria a votação da proposição originária. Porém, conforme aponta Thomas Bustamante e Evanilda Nascimento de Godoi Bustamante, o problema não está na apresentação da emenda aglutinativa em si, mas sim no momento da sua apresentação:

A questão verdadeiramente importante naquele processo [MS 22.503] – como também agora, no caso das PECs 182/2007 e 171/1993 – é se é possível apresentar uma emenda aglutinativa depois que o substituto já tenha sido rejeitado, ou se é possível apresentar uma nova emenda aglutinativa depois que a emenda

⁵⁶ Segundo o glossário do sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, Emenda Aglutinativa é “Espécie de emenda à proposição que se propõe a fundir textos de outras emendas, ou a fundir texto de emenda com texto de proposição principal. Muito usada no momento da votação de proposições em plenário. RICD, Art. 118.” Disponível em <http://www2.camara.leg.br/glossario>. Acesso em 10 out 2018.

aglutinativa anterior (que consagrava o mesmo princípio, ainda que com pequenas variações) já tenha sido rejeitada. Não está em jogo aqui, portanto, saber se as novas emendas podem ser apreciadas, mas se elas podem ser propostas depois do resultado da votação. Nesse ponto, o tribunal se equivocou ao não reconhecer a violação ao art. 60, §5º, da Constituição, que é norma claramente aplicável ao caso concreto (2018, p. 47).

Logo, observa-se uma fuga da corte, pelo argumento restritivo da tese *interna corporis*, de enfrentar a verdadeira questão de violação constitucional do processo legislativo que ali se colocava. A compreensão do Regimento Interno da Casa é clara sobre a acessoriedade das proposições, bem como acerca das ordens de preferência e prejudicialidade. Ocorre que as votações das PECs aqui colacionadas extrapolam tal cenário, e renovam a questão após o resultado de votação anterior, permitindo a propositura de sucessivas emendas, sem respeito ao limite das sessões legislativas disciplinado no art. 60, §5º, da CF/88.

Esse curto exemplo sinaliza o papel desempenhado pelo Legislativo nos antecedentes do impeachment, bem como ilustra a ascendência de Cunha sobre os parlamentares, no sentido de fazer valer a agenda que defende. No caso em tela, o Legislativo impõe sua agenda referendado pelo STF que, em compreensão equivocada de autocontenção, se abstém de realizar o devido controle constitucional sobre o processo legislativo.

Paralelamente à esta relação Câmara dos Deputados/STF, podemos trazer à baila, ainda, decisões que se situam no espectro oposto, de extremo ativismo da corte, em casos chaves para fragilização de Dilma enquanto Presidente da República, e relacionados às investigações da Polícia Federal intitulada operação Lava Jato.

Começamos pela prisão do senador do Partido dos Trabalhadores, Delcídio do Amaral, acusado de obstruir as investigações da Lava Jato. Conforme ligações telefônicas gravadas por Bernardo Cerveró, filho de Nestor Cerveró, ex-executivo da Petrobrás, Delcídio do Amaral articulava a fuga de seu pai com intuito de frear sua delação premiada. Sua prisão cautelar foi decretada pelo Ministro Teori Zavascki, nos autos da Ação Cautelar nº 4039, em 25 de novembro de 2015. Delcídio do Amaral foi preso por obstrução de Justiça, por ter oferecido 50.000 mil reais e um plano de fuga para o ex-diretor da Petrobrás, Nestor Cerveró, com o intuito de obstar um acordo de colaboração com a

operação Lava Jato.

Zavascki, cuja decisão foi referendada por unanimidade pela 2ª Turma do STF, entendeu pela não aplicação do art. 53, § 2º, da Constituição, que protege o mandato parlamentar com o instituto da imunidade⁵⁷. Em nova interpretação, decidiu o STF que o suposto crime se enquadraria na hipótese de flagrante delito, dispensando a autorização do Senado Federal para respectiva prisão. Defende o relator a necessidade de resguardar a ordem pública, bem como coibir atentado contra a própria jurisdição do Supremo Tribunal Federal, uma vez que vários ministros da corte foram citados na gravação que incrimina Amaral⁵⁸. A corte traz para si, portanto, a competência de decidir sobre a imunidade parlamentar, enquanto a sistemática jurídica não lhe atribui tal competência, por não se enquadrar o delito de organização criminosa no rol dos crimes inafiançáveis dispostos no art. 5º da Constituição⁵⁹, bem como pela compreensão forçada de flagrante delito por crime permanente.

Extrai-se da leitura dos julgados do caso Delcídio forte inspiração moralista, assumindo os ministros a função de extirpar a corrupção e a falta de ética da política. Interessante, pois, copilar, a título de exemplificação, a argumentação feita pela Ministra Carmem Lúcia, nos autos em questão:

"O crime não vencerá a Justiça. Aviso aos navegantes dessas águas turvas de corrupção e das iniquidades: criminosos não passarão. A navalha da desfaçatez e da conclusão entre imunidade, impunidade e corrupção – com que fiquem cientes – não passarão. Não passarão sobre os juízes, e há juízes no

⁵⁷ In verbis: Art. 53, § 2º, CF/88. Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

⁵⁸ Conforme citado nos autos da AC 4039, e para ficar com apenas um exemplo, Delcídio do Amaral diz em uma das gravações: "*Agora, agora, Edson e Bernardo, é eu acho que nós temos que centrar fogo no STF agora, eu conversei com o Teori, conversei com o Toffoli, pedi pro Toffoli conversar com o Gilmar, o Michel conversou com o Gilmar também, porque o Michel tá muito preocupado com o Zelada, e eu vou conversar com o Gilmar também.*"

⁵⁹ Art. 5º, CF/88: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Brasil. Não passarão sobre novas esperanças do povo brasileiro”

E ainda,

“Na história recente da nossa pátria, houve um momento em que a maioria de nós, brasileiros, acreditou no mote segundo o qual uma esperança tinha vencido o medo. Depois, nos deparamos com a Ação Penal 470 e descobrimos que o cinismo tinha vencido aquela esperança. Agora parece se constatar que o escárnio venceu o cinismo. O crime não vencerá a Justiça. Aviso aos navegantes dessas águas turvas de corrupção e das iniquidades: criminosos não passarão a navalha da desfaçatez e da confusão entre imunidade, impunidade e corrupção. Não passarão sobre os juízes e as juízas do Brasil. Não passarão sobre novas esperanças do povo brasileiro, porque a decepção não pode estancar a vontade de acertar no espaço público. Não passarão sobre a Constituição do Brasil⁶⁰”

O claro ativismo da Corte no caso em tela teve impacto profundo sobre a crise política que se instalara. Estrategicamente, enfraquece a presidente Dilma e fomenta o discurso pró-impeachment que vinha se formando. Além da flagrante falha de competência do STF na decisão do caso Delcídio, ferindo claramente a repartição constitucional cabível ao Congresso Nacional, é patente também a incoerência e instabilidade para casos semelhantes que vieram a seguir⁶¹. Em setembro de 2017, o também senador Aécio Neves (PSDB-MG) tem sua prisão preventiva requerida ao STF pela Procuradoria-Geral da República, baseada nos mesmos fundamentos da prisão de Delcídio do Amaral. Aécio Neves era acusado de pedir 2 milhões de reais a Joesley Batista, sócio do grupo J&F, a título de propina, tendo a Polícia Federal flagrado seu primo, Frederico Pacheco, recebendo parte do dinheiro.

Na Ação Cautelar n° 4327, a 1ª Turma entende haver dúvida razoável acerca dos requisitos do art. 53, § 2º, da Constituição, mas verifica a necessidade

⁶⁰ Interessante a referência implícita ao slogan da campanha de Lula em 2002, que tinha como mote “A esperança venceu o medo”. A Ministra Carmem Lúcia manifesta, na questão, claro viés político pessoal de crítica ao PT e ao ex-presidente Lula no caso em tela.

⁶¹ No tópico seguinte, comentaremos o afastamento do presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, na Ação Cautelar n° 4070, semelhante à de Delcídio do Amaral.

de se coibir atos que atentem contra a moralidade da política brasileira. Nesse sentido, adotam os ministros uma posição intermediária, determinando a suspensão do exercício das funções parlamentares, a proibição de contatar qualquer outro investigado ou réu dos fatos ali imputados, a proibição de se ausentar do país, com o devido recolhimento de seus passaportes e, ainda, o recolhimento domiciliar noturno, conforme o art. 319, V, do Código de Processo Penal. Restou rejeitada, portanto, a prisão preventiva do senador.

Dois pesos, duas medidas. A decisão para o senador Aécio Neves é correta, na medida que resguarda a competência constitucional de que a casa do parlamentar é quem deve decidir sobre a prisão do mesmo. Na AC 4327, a corte aplica medida restritiva de recolhimento domiciliar noturno, como tentativa de moralizar e de alguma forma agir perante as acusações que são imputadas à Aécio Neves, medida essa que configura restrição de liberdade, ainda que em menor grau⁶². O Senado, entretanto, derrubou a decisão do STF, suspendendo as medidas cautelares impostas, bem como mantendo mandato de Aécio Neves. Já para AC nº 4039, o Senado Federal decidiu pela cassação do mandato de Delcídio do Amaral, por quebra de decoro parlamentar, apoiando a decisão do Supremo Tribunal Federal.

A pressão pública que permeou a decisão jurídica para Delcídio do Amaral, aliviou na decisão para Aécio Neves. O pano de fundo era o mesmo, mas no primeiro a corte assume a função salvadora e a responsabilidade de limpar o país da corrupção, à margem da própria Constituição. Ficaria justificado, para aqueles ministros, o ativismo perante a necessidade instrumental de salvar o país da crise política, apoiando as operações de combate a corrupção. Já para o segundo, como se espera do Poder Judiciário, e incoerentemente à primeira decisão, retorna o STF para seu local constitucional e privilegia a competência do Senado para a imunidade parlamentar. No vão entre as duas decisões, prevaleceu a força da influência política e da opinião pública: Delcídio do Amaral pertencia aos quadros do partido alvo do discurso de combate a corrupção, sem possuir a blindagem econômica do mercado e a maioria parlamentar que pudesse lhe fazer defesa.

⁶² Poderíamos, aqui, questionar se essa restrição, ainda que não aplicada com a amplitude de uma prisão, fere a competência que tratamos aqui. Cumpre perguntar, se, sendo análoga à prisão, porém, em menor grau, ainda cabe à casa legislativa autorizá-la.

Para finalizar esse tópico, é importante citar a relação direta dos fatos que envolveram o enfraquecimento da imagem do ex-presidente Lula com o aumento da pressão, nas ruas, pelo pedido de impeachment de Dilma Rousseff. Três fatos judiciais foram essenciais para aumentar a demanda pela cassação da presidente. Primeiramente, a condução coercitiva de Lula, em 04 de março de 2016, enquanto investigado da Operação Lava Jato, para prestar esclarecimentos acerca da acusação de propriedade do Tríplice do Guarujá, sem que houvesse prévia intimação do juiz Sérgio Moro. Segundo, o anúncio, em 16 de março de 2016, da nomeação de Lula para ministro da Casa Civil, anulada pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos do MS nº 34070, sob alegação de desvio de finalidade que ensejou a nulidade do ato. O caso foi versado em sede de decisão cautelar, em que houve perda de objeto quando do julgamento pelo Pleno. A data para julgamento era para 12 de maio, tendo a presidente Dilma sido afastada do cargo, pelo curso do processo de impeachment um dia antes. Aqui, há que se fazer menção à nomeação de Moreira Franco como ministro chefe da Secretaria-Geral da Presidência, no governo de Michel Temer, em fevereiro de 2017. Moreira Franco, então investigado da Operação Lava-Jato, teve sua posse questionada via Mandado de Segurança impetrado pelo PSOL e pela REDE, com fundamento em desvio de finalidade, na mesma forma do MS nº 34070, contra Lula. Em sede de liminar, o Ministro Celso de Melo defendeu posicionamento diverso daquele, indeferindo o pedido e permitindo a posse de Moreira Franco. Para o Ministro ficou patente a deturpação da finalidade do ato administrativo de nomeação, feito com finalidade de dissimular a persecução penal contra Luís Inácio Lula da Silva, razão pela qual impugnou o ato em nome da *honestidade, da probidade e da boa-fé no trato da res publica*. Trata-se, portanto, no entender do STF, de ressalva que autoriza a análise judicial do mérito das escolhas discricionárias de competência privativa do presidente da República, afastando a aplicação do art. 84, I, da Constituição. Por fim, temos, no mesmo dia a divulgação de conversas telefônicas entre a Dilma e Lula, relativas ao processo de escolha deste como ministro da Casa Civil daquele. O juiz Sérgio Moro, retirou o sigilo das interceptações telefônicas do ex-presidente Lula, que incluíam diálogo com a então presidente Dilma, ato este cassado pelo ministro Teori Zavascki no âmbito da Reclamação nº 23457. Entendeu o STF que era nulo o conteúdo das conversas, por violação de competência daquela corte,

a quem caberia o juízo acerca da quebra de sigilo telefônico da presidente da República.

Tais fatos, quando analisados no contexto conjectural da época apontam para fortalecimento da opinião e pressão pública no sentido de cassação da presidente Dilma, como solução urgente para o caos político brasileiro. No suporte destes fatos, temos o Judiciário, referendando e absorvendo o discurso prevalente. Manifestações históricas foram convocadas na sequência dos atos, que vieram a culminar com o derradeiro afastamento de Dilma Rousseff do mandato de Presidente da República.

5.2.2.2. O Supremo Tribunal Federal e o impeachment

No curso de impeachment contra a Dilma Rousseff, o Supremo Tribunal Federal foi chamado várias vezes para resolver as mais diversas demandas. Passamos a analisá-las, a fim de compreender a atuação do STF, bem como o pragmatismo em prol de uma suposta governabilidade.

Analisando, enfim, as decisões judiciais acerca do procedimento de impeachment da presidente Dilma Rousseff, percebemos que, em geral, o STF adotou uma postura denominada por alguns teóricos de autocontenção judicial, evitando analisar o mérito do juízo que entendeu ser político e a cargo do Congresso Nacional. Restringiu-se a definir o procedimento e a interferir apenas em questões nitidamente procedimentais, deixando questões substanciais para serem decididas pela dinâmica interna das Casas Legislativas. Necessário, porém, verificar em que medida uma postura contida pode ter sido um ganho democrático ou instrumentalizada em nome de uma silêncio conivente.

Passamos, então, a alguns exemplos ilustrativos dos posicionamentos interpretativos adotado pelo Supremo Tribunal Federal⁶³.

⁶³ O objetivo deste trabalho é discutir a aderência do elemento da governabilidade nas decisões do STF, no contexto do presidencialismo de coalizão. Não temos, portanto, a intenção de esgotar a análise sobre o impeachment em si, trazendo aqui alguns exemplos de julgados sobre o tema. Há farta literatura jurídica sobre o tema, entre as quais: PRONER, Carol et al, (Orgs). **A Resistência ao Golpe**. Bauru: Praxis, 2016; BARRETO LIMA, Martonio, CATTONI, Marcelo e STRECK, Lenio. Não há elementos jurídicos para impeachment de Dilma, rebatem juristas. In: Revista Consultor Jurídico, 04 de fevereiro de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-fev-04/nao-elemento-juridico-impeachment-dilmadizemadvogados>; RIBEIRO, Ricardo Lodi. Pedaladas hermenêuticas no pedido de impeachment de Dilma Rousseff. In: Revista Consultor Jurídico,, 04 de dezembro de 2015..

Começamos pela análise da ADPF nº 378 impetrada pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) em face da Lei nº 1.079/1950, em que o Plenário definiu o rito a ser aplicado pelo Congresso Nacional no processo de impeachment em questão. Em se tratando de norma jurídica anterior a Constituição de 1988, muitas dúvidas pairavam acerca da sua aplicabilidade⁶⁴.

Em decisão monocrática, o ministro relator Edson Fachin determinou a suspensão da tramitação do processo de impeachment até que o STF pudesse deliberar sobre inúmeras questões procedimentais nebulosas, evitando a invalidação de futuros atos, obstando a instabilidade jurídica e buscando, desde já, a elucidação pelo procedimento pelo Pleno, em julgamento datado para 16 de dezembro de 2015.

Pelo Pleno do STF ficou decidido: a) pela anulação da eleição para escolha dos integrantes da comissão especial da Câmara dos Deputados, determinando a realização de novas eleições com voto aberto e não secreto, como havia sido formada; b) que a Câmara dos Deputados tem a função de autorizar a abertura do processo de impeachment por dois terços dos votos; c) pela independência do Senado Federal, que não fica obrigado a instaurar o processo de impeachment; d) que a instauração do processo se dá pelo voto da maioria simples no Senado; e) que o afastamento temporário de 180 dias só se dá pela instauração efetiva do processo pelo Senado, após autorizado pela Câmara dos Deputados. Ademais, ficou decidido que o processo seguiria o roteiro aplicado pelo próprio Supremo ao ex-presidente Fernando Collor de Mello em 1992, ressalvado o momento do interrogatório da presidente, que agora ocorreria após a fase de “instrução probatória”.

A decisão foi coerente com a jurisprudência anterior firmada no Mandado de Segurança nº 21.564, decidida para o impeachment do Presidente Fernando Collor de Mello, como bem demonstra os professores Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Diogo Bacha e Silva e Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes

Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-dez-04/ricardo-lodi-pedaladas-hermeneuticas-pedido-impeachment>.

⁶⁴ Para mais v. Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni de; Silva, Diogo Bacha e; Bahia, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; BACHA E SILVA, Diogo; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *O impeachment e o Supremo Tribunal Federal*. História e teoria constitucional brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 79-96.

Bahia em artigo resposta à Luis Werneck Vianna⁶⁵.

Definiu o STF que o juízo que se faz no processo de impeachment é exclusivamente político, não cabendo à corte análise de mérito sobre os fatos ali ventilados. A função do Judiciário seria, apenas, de garantir a proteção ao devido processo legal, bem como seus princípios correlatos.

Em se tratando de um processo de impeachment, inserido, portanto, em um sistema presidencialista de governo e amparado pela Lei 1.079/1950 que tipifica os chamados crimes de responsabilidade, há, sim, um julgamento jurídico a ser feito, ainda que por uma instituição notadamente política. Conforme aponta Afrânio Silva Jardim, temos, no caso, a aferição da tipicidade penal, o que leva a conclusão de ser necessário um juízo jurídico (JARDIM, 2016, I. 146).

Margarida Lacombe Camargo e José Ribas Vieira (2016) defendem o caráter jurídico- político, sem que haja reducionismo para qualquer um dos aspectos. Logo, a tipicidade penal seria um elemento que encorajaria o Judiciário a verificar seus pressupostos, numa abordagem mais complexa sobre os limites do procedimento, bem como as balizas políticas que impedem uma análise sobre o mérito da decisão final.

No mesmo sentido defendem Bahia, Bacha e Silva e Cattoni de Oliveira:

É, pois, o impeachment um instituto que só é exercido para promover a Constituição. Daí que a observância dos parâmetros jurídico-constitucionais para o processo de responsabilização é essencial para o resgate, quando posto em risco, do sentido performativo da Constituição, para que se reconheça como “expressão da auto constituição democrática de um povo de cidadãos que se reconhecem como livres e iguais, e que, portanto, torne o processo de responsabilização essencialmente democrático (2017, p. 40).

Tal fundamento guiou o posicionamento do STF para o procedimento do

⁶⁵ Segundo os autores: *A decisão na ADPF 378 foi coerente com princípios anteriormente reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal (e pelo Senado Federal), em 1992, na decisão do Mandado de Segurança 21.564 e, sob a perspectiva da integridade, garantiu, à sua melhor luz, princípios democráticos de nossa comunidade de membros livres e iguais, garantindo sejam aplicáveis o devido processo legal e a transparência na condução da coisa pública. Não que o Tribunal esteja preso ao passado, mas, como mostra Dworkin, a integridade exigiria daquele que assumisse um ônus argumentativo caso quisesse superar (overruling) o passado jurisprudencial. O que ele não pode é simplesmente desconsiderar tal passado.* Para mais v. Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni de; Silva, Diogo Bacha; Bahia, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. A decisão do STF sobre o impeachment representa uma judicialização da política? Uma resposta a Luis Werneck Vianna. P. 97-104.

impeachment, se negando a corte a examinar questões que extrapolassem esse limite procedimental. Prevaleceu também quando o Supremo Tribunal Federal foi provocado, inúmeras vezes, a falar acerca do possível desvio de finalidade e abuso de poder que fomentou a decisão de processamento do 27º pedido de impeachment.

Ocorre que, quando a corte define um rito para um procedimento sobre o qual pairam dúvidas acerca do cabimento, está, em última análise, legitimando e afirmando a possibilidade do mesmo. Passa longe de todas as considerações acadêmicas tecidas sobre o tema, que refutam, majoritariamente, o cabimento do impeachment pelos motivos ali apontados.

Outro exemplo importante de se trazer à análise, é o posicionamento do STF quanto a eventuais vícios no processo de impeachment, sob a acusação de que motivos individuais e de vingança levaram ao então Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, a colocar o pedido em pauta.

Em sede de liminar na Ação Cautelar nº 4070 o ministro Teori Zavascki afastou Cunha de suas funções da Câmara dos Deputados, incluindo da Presidência da Casa⁶⁶. Em sua fundamentação o relator concorda com pedido feito pela Procuradoria-Geral da República para quem o deputado utilizava seu cargo como balcão de negócios, podendo, inclusive, atrapalhar investigações contra eventuais delitos cometidos por ele. Recai sobre Eduardo Cunha, dentre outros⁶⁷, suspeita de envolvimento no esquema de corrupção na Petrobrás, com comprovação da existência de contas bancárias secretas na Suíça.

Entendeu Zavascki que para ocupar a Presidência da Câmara dos Deputados, deveria Cunha preencher requisitos constitucionais mínimos, dentre eles, não ser réu de processos penais no STF. Interpretando o art. 55, §2º, da Constituição, que traz a competência da Casa legislativa para afastar o

⁶⁶ Comparando as decisões do STF acerca do mandato parlamentar dos senadores Delcídio do Amaral e Aécio Neves (descritas no tópico anterior) e do deputado Eduardo Cunha, fica patente a incoerência e casuísmo da corte. Tratam-se de três decisões com alto grau de semelhança, sendo a primeira decidida em 2015 e última em 2017. Apesar do curto intervalo de tempo entre elas, bem como suas semelhanças, verifica-se fundamentações contraditórias entre si, privilegiando o mandamento constitucional de competência do Congresso Nacional para tratar da prisão/ afastamento de parlamentar, e, em outro, usurpando o STF a função legislativa em nome de um moralismo político.

⁶⁷ O pedido da Procuradoria-Geral da República na AC 4070 foi sintetizado pelo relator Teori Zavascki em, pelo menos, 11 atos suspeitos de utilização do cargo de Deputado Federal e da função de Presidente da Câmara dos Deputados para fins ilícitos e obtenção de vantagens indevidas. Havia, ainda, cinco inquéritos contra Cunha, à época, tramitando no STF.

deputado, disciplinando a imunidade parlamentar, julgou o relator pela não aplicação do dispositivo. Reconhece a competência exclusiva das Casas Legislativas de decidir sobre relativizações na representação popular materializada o mandato parlamentar. Porém, reconhece também, o campo de ação de cada um dos poderes da República, estando a decisão acerca da perda de mandato atrelada aos trabalhos da Justiça Criminal. Ou seja, para o ministro, a última palavra sobre o mandato é do Poder Legislativo, e tal ato *ressoa no desenvolvimento da persecução penal*. Ressalvando cada uma das esferas de poder, as investigações e processos penais transcorrerão sem qualquer interferência do Legislativo, exatamente por se tratar de ações atinentes à função do Poder Judiciário. Não haveria, segundo Zavascki, *qualquer fragilização da independência para o exercício do mandato*. Pesaria, ainda, no caso, as preocupações acerca da legitimidade de Cunha para desempenho daquelas funções, principalmente por ser considerado, constitucionalmente, um nome possível na linha de sucessão da presidente Dilma, uma vez deflagrado o processo de impeachment. Tais fundamentos levaram Teoria Zavascki a decidir pelo afastamento do mandato de Cunha, adotando posição “intermediária” de suspensão, como forma de proteger a competência legislativa e, ao mesmo tempo, a moralização da política brasileira. Em seu voto, afirma:

Decide-se aqui uma situação extraordinária, excepcional e, por isso, pontual e individualizada. A sintaxe do direito nunca estará completa na solidão dos textos, nem jamais poderá ser negatizada pela imprevisão dos fatos. Pelo contrário, o imponderável é que legitima os avanços civilizatórios endossados pelas mãos da justiça. Mesmo que não haja previsão específica, com assento constitucional, a respeito do afastamento, pela jurisdição criminal, de parlamentares do exercício de seu mandato, ou a imposição de afastamento do Presidente da Câmara dos Deputados quando o seu ocupante venha a ser processado criminalmente, está demonstrado que, no caso, ambas se fazem claramente devidas. A medida postulada é, portanto, necessária, adequada e suficiente para neutralizar os riscos descritos pelo Procurador-Geral da República.

Em razão da suspensão de Eduardo Cunha de suas funções na Câmara dos Deputados, a Advocacia-Geral da União impetrou o Mandado de Segurança nº 34193, requerendo a anulação do processo de impeachment pelos motivos

aduzidos na decisão da AC nº 4070. Alega a AGU que as razões levaram o STF a suspender o deputado Eduardo Cunha são passíveis de levar a anulação do processo de impedimento da presidente Dilma Rousseff, uma vez que apontam claro indício de vício quanto a deflagração do mesmo, motivado por interesse pessoal. Em sua fundamentação, em sede de liminar o ministro Teori Zavascki aponta,

Tem-se, por isso mesmo, esse sério obstáculo ao conhecimento da alegação relacionada ao ato de recebimento parcial da denúncia e de quase todas as demais alegações vertidas na inicial. Isso porque elas estão arrimadas em registros jornalísticos da crônica política nacional que, como efemérides que são, ficam sujeitas a uma grande margem de contestação. O que elas revelam, sem qualquer dúvida, é que, desde sua eleição – motivada, aliás, pela sua posição de franca rebeldia ao governo –, o então Presidente da Câmara dos Deputados notabilizou-se por uma sistemática oposição ao projeto político do Palácio do Planalto, exercendo diferentes frentes de pressão contra interesses do Governo. Mas não há como identificar, na miríade de manchetes instruídas com a inicial, um conjunto probatório capaz de demonstrar, de forma juridicamente incontestável, que aquelas iniciativas tenham ultrapassado os limites da oposição política, que é legítima, como o reconhece a própria impetração, para, de modo evidente, macular a validade do processo de impeachment. [...]

Como já dito, a invocação do desvio de poder como causa de pedir reclama imersão no plano subjetivo do agente público responsável pelo ato, atividade que é praticamente – senão de todo – inviável quando o ato sob contestação representa a vontade conjugada de quase 370 parlamentares, que aprovaram um relatório circunstanciado produzido por Comissão Especial, com fundamentação autônoma em relação ao ato presidencial que admitiu originalmente a representação. Generalizar vício de vontade que se alega presente nas manifestações de um parlamentar para o universo do Plenário é o mesmo que nulificar o princípio de presunção de legitimidade que é correntio em direito público.

O relator, dessa forma, indeferiu o pedido liminar da AGU, sob o argumento de que não teria o Poder Judiciário competência para examinar o mérito sobre de procedência ou não da acusação feita contra Dilma. Caberia, segundo o relator, ao Senado Federal o juízo de mérito da matéria, após autorização dada pela Câmara dos Deputados, sendo tais atos insuscetíveis de reexame pelo Poder Judiciário. Em sentido oposto, defende Thomas

Bustamante, em parecer jurídico sobre o tema, a quem aqui nos alinhamos, o cabimento de revisão da decisão do Presidente da Câmara dos Deputados que acata pedido de impedimento, na presença de prova inequívoca, pré-constituída e robusta de contaminação da mesma por abuso de poder. Em suas palavras:

Na hipótese de desvio de finalidade, que se materializaria, entre outras situações análogas, quando uma denúncia é – de acordo com prova robusta, pré-constituída e inequívoca – fruto de crimes como extorsão e ameaça, é possível se anular uma decisão do Presidente da Câmara ou um Relatório da Comissão Especial que autorize ou recomende a autorização de instauração de processo de apuração de crime de responsabilidade contra o ocupante do cargo de Presidente da República. Proteger o Presidente da República contra esse tipo de violência institucional é um dever que o Judiciário tem para proteger a democracia (BUSTAMANTE, 2018, p. 78).

Ademais, afirmou o relator que o alegado desvio de poder exigia uma imersão do plano subjetivo do agente, o que seria inviável frente a vontade conjugada de 370 parlamentares que aprovaram o relatório produzido pela Comissão Especial. Para Bahia, Bacha e Silva e Cattoni de Oliveira, há, nesse argumento, um retorno ao período pré-88, em que se nega a possibilidade de controle judicial do desvio de finalidade dos atos estatais, por via de Mandado de Segurança, fundado na ideia de que os atos dos representantes do Poder Público são questões políticas e, portanto, não jurisdicionáveis. Negar tal tipo de controle é negar a verificação dos princípios da moralidade e da finalidade dos atos estatais, contrário, inclusive, à própria jurisprudência da corte (BAHIA; BACHA E SILVA; CATTONI DE OLIVEIRA, 2017, p. 187-188).

Verifica-se, portanto, que o STF se ateuve, novamente, ao argumento restritivo de controlar apenas questões relativas ao devido processo legal, se eximindo, portanto, de decidir sobre demais controvérsias acerca do impeachment. Tal argumento, entretanto, resta instrumentalizado quando confrontado com a postura da corte frente a outras competências legislativas, em especial, quando da interpretação ativista do instituto da imunidade parlamentar.

Há que se citar também o Mandado de Segurança nº 34.181, impetrado pelo deputado Paulo Teixeira, do PT/SP, em que alega que o Relatório da Comissão Especial do Impeachment foi forjado sob clara imparcialidade, configurando ilegalidade por violação do art. 23, da Lei do Impeachment (Lei 1.079/50), do art. 192, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, bem como de posicionamento firmado no Pacto de São José da Costa Rica. Em julgamento monocrático em sede de liminar, o relator, o Ministro Luiz Fux, entendeu ser incabível a ação, por se tratar de ato *interna corporis*, cuja análise de mérito só caberia ao próprio parlamento.

Ignora, pois, como bem aponta Bahia, Bacha e Silva e Cattoni de Oliveira, a decisão recente na ADPF nº 378, bem como a jurisprudência do caso Collor, e o claro entendimento de que o procedimento de impedimento não pode ser considerado um ato *interna corporis*, uma vez que envolve a autonomia pública de todos os cidadãos da nossa comunidade política, como pano de fundo da estrutura do nosso sistema presidencialista de governo. Envolve os pressupostos constitucionais de devido processo legal e devido processo legislativo, não podendo, portanto, serem considerados como meros atos discricionários ante a proteção que preconizam ao nosso regime democrático (BAHIA; BACHA E SILVA; CATTONI DE OLIVEIRA, 2017, p. 189-190).

Os atos do Supremo Tribunal Federal relativos ao processo de impeachment de Dilma Rousseff legitimaram, como se extrai das decisões aqui citadas, um cenário marcado de ilegalidades. Em várias oportunidades a corte foi provocada para barrar o cenário que ali se colocava, e defender, como se espera do guardião, a supremacia da Constituição e nosso Estado Democrático de Direito. Conforme já dito anteriormente, uma questão, salta aos olhos, na revisão das ações julgadas pelo STF: a confusão entre os institutos do impeachment, dado em sistema presidencialista de governo, e o voto de desconfiança, típico de sistemas parlamentaristas. A primeira, atrelada a noção penal de crime de responsabilidade, não pode ser confundido com o segundo instituto, cabível para casos em que há a perda da confiança no chefe do Executivo. Nesse sentido:

Isso significa que é **inconstitucional a decretação de**

impeachment sem que se prove a ocorrência de crime de responsabilidade contra o (a) Presidente da república, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal tem o dever constitucional, enquanto guardião da Constituição, de barrar ou declarar a nulidade de qualquer impeachment recebido pela Câmara ou decretado (em condenação) pelo Senado caso inexistente conduta hipoteticamente subsumível nas taxativas previsões legais que tipificam os crimes de responsabilidade (BAHIA; BACHA E SILVA; CATTONI DE OLIVEIRA, 2017, p. 107).

Há uma omissão do STF, que evitou entrar no mérito das mais importantes ações que versavam sobre o impeachment e que, após a conclusão do procedimento pelo Senado Federal, com a conclusão que levou a cassação da presidente Dilma, segue a vida na corte, com clara aproximação a agenda no novo presidente. Quando a corte lava as suas mãos e se silencia diante de questões constitucionais, está dizendo sim aos atos que levaram à queda de Dilma Rousseff.

5.3. Michel Temer (2016- atual)

Michel Temer (MDB) ascende interinamente ao cargo de Presidente da República em 12 de maio de 2016, após o afastamento de Dilma Rousseff de suas funções, como consequência da admissão do processo de impeachment pelo Senado Federal. Tem sua ascensão confirmada em 31 de agosto de 2016, com a conclusão do referido processo, que culminou com a destituição da presidente.

Em sua posse, Temer demonstra a tônica de seu governo, que se compromete com uma linha econômica de austeridade, com vistas a resolver a crise econômica e retomar o crescimento. Para tanto, reduziu a taxa básica de juros da economia, tendo a SELIC caído de 14,25% para 6,50%, o período de junho de 2016 a março de 2018, e a inflação, segundo índice IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), caído de 9,32% para 2,76%⁶⁸. No mesmo sentido, consegue aprovar, em dezembro de 2016, a Emenda Constitucional nº

⁶⁸ Segundo dados do Banco Central, informados pela Agência Brasil. Em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-05/veja-fatos-que-marcaram-os-dois-anos-do-governo-temer>. Acesso em 03 de outubro de 2018.

95, fruto da chamada PEC dos Gastos Públicos, congelando o crescimento das despesas públicas por 20 anos. Por esta política, órgãos públicos devem observar o limite de gastos do ano anterior para o ano seguinte, acrescido de correção inflacionária.

No mesmo sentido, adota Temer uma agenda restritiva para direitos trabalhistas e previdenciários, mobilizando o Congresso Nacional em torno de reformas profundas desses sistemas. Aprova em julho de 2017 a Reforma Trabalhista, alterando diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), fortalecendo demandas antigas do empresariado brasileiro de redução de encargos trabalhistas. O próximo ponto da agenda de governo Temer, Reforma da Previdência, em tramitação no Congresso Nacional, fica obstada pela intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro.

Sua agenda política já havia sido esboçada no documento “Uma Ponte para o Futuro”, lançado pelo partido de Temer, PMDB, em 2015. Na ocasião, aproximava-se a hipótese de cassação de Dilma Rousseff da Presidência, e Michel Temer, enquanto seu vice-presidente, começa a ensaiar a ruptura entre PT e PMDB. Conforme demonstra o jornal O Globo⁶⁹, em abril de 2017, 8 das 20 propostas esboçadas no documento haviam sido colocadas em marcha pelo agora presidente Michel Temer.

Michel Temer, ainda, foi denunciado duas vezes pela Procuradoria-Geral da República, por suspeita de envolvimento em esquemas de corrupção na Petrobrás e por obstrução de Justiça. A Câmara dos Deputados, entretanto, não autorizou a investigação, tendo a questão se diluído na mídia. Ao final do seu governo, Temer amarga baixíssimo índice de aprovação e, correspondentemente, alto índice de reprovação. Segundo pesquisa IBOPE, seu governo tem, em junho de 2018, 4% de aprovação, para 79% de reprovação⁷⁰.

Analisando o sucesso na implementação da sua agenda política, concluímos que Temer tem sucesso no que diz respeito à formação de maioria parlamentar capaz de dar sustentação a suas propostas. Contrariando os primeiros estudos sobre presidencialismo de coalizão, que ligavam a

⁶⁹ Fonte: <https://oglobo.globo.com/brasil/governo-avanca-em-seis-das-20-principais-propostas-do-ponte-para-futuro-21185589>. Acesso em 03 de outubro de 2018.

⁷⁰ Fonte: <https://g1.globo.com/politica/noticia/governo-temer-tem-aprovacao-de-4-e-reprovacao-de-79-diz-pesquisa-ibope.ghtml>. Acesso em 03 de outubro de 2018.

popularidade do presidente ao sucesso da coalização⁷¹, temos, com Temer, um presidente muito impopular, com alto sucesso no que diz respeito à aderência de sua agenda política no Congresso Nacional.

Carlos Pereira, aplicando o seu Índice de Custo de Governar (ICG)⁷², desenvolvido em parceria com Frederico Bertholini (2017), aponta que o governo Temer é o mais eficiente na sua relação com o Congresso Nacional, quando comparado com os governos FHC, Lula e Dilma. Consegue controlar sua agenda no Legislativo, bem como bloquear iniciativas da oposição de desestabilização da sua imagem pessoal. Seu sucesso é devido, segundo Pereira, a eficiência da gestão da sua coalizão. O ICG é calculado considerando três variáveis⁷³, quais sejam, a) quantidade de ministérios⁷⁴ ocupados pelos membros da base aliada; b) total de recursos que são alocados entre os ministérios ocupados por membros da coalizão; e c) montante em emendas individuais que os parlamentares fazem no orçamento anual, executados pelo presidente. Nessa relação, Temer gerencia sua base por menor custo, atingindo 15,4 pontos no ICG, contra 36 pontos do primeiro governo FHC, o segundo colocado na lista.

⁷¹ Para mais v. ABRANCHES, Sérgio. Os ciclos do presidencialismo de coalizão. *Ecopolítica*. 11 mar. 2014. Disponível em: <http://www.ecopolitica.com.br/2014/03/11/os-ciclos-do-presidencialismo-de-coalizao/>. Acesso em 03 jan. 2017.

⁷² O Índice de Custo de Governar é desenvolvido pelos autores em: BERTHOLINI, Frederico; PEREIRA, Carlos. Pagando o preço de governar: custos de gerência de coalizão no presidencialismo brasileiro. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, vol. 51, n.4, julho 2017, pp.528-550.

⁷³ Aponta o autor que o índice não pode ser interpretado de forma estática, uma vez que choques internos ou externos (crise econômica ou escândalos de corrupção, por exemplo) podem abalar, também, a estabilidade e os custos da coalizão. Ou ainda, membros da coalizão podem renegociar seu papel na aliança, alterando os custos de gerência. É o que ocorreu na Era Cunha. Segundo Pereira: *Com frequência, o papel relevante de Eduardo Cunha (PMDB-RJ) no impeachment de Dilma é tomado como elemento exógeno, como se sua ascensão repentina fosse obra do imponderável. Essa perspectiva, no entanto, desconsidera como e por que ele chegou ao comando da Câmara. A emergência e a atuação de Cunha resultaram das escolhas de gerência de coalizão do PT, e não de disfuncionalidades do presidencialismo de coalizão ou de idiosincrasias da personalidade do ex-deputado. Não fosse a estratégia monopolista de gestão da base aliada e a tentativa petista de desidratar o PMDB, talvez a eleição para a presidência da Câmara tivesse desfecho diferente. Para um parceiro político que já não vinha sendo recompensado de acordo com o seu peso no Congresso durante todos os governos petistas, a quebra da coalizão parecia uma questão de tempo e de oportunidade. O acúmulo de animosidades era evidente. Naturalmente, a exposição de contas secretas de Cunha, feita no bojo da Lava Jato, abalou o equilíbrio da coalizão. O preço que ele cobrou pela sua proteção se tornou proibitivo para o governo e para o PT, mesmo diante dos riscos de que o então presidente da Câmara desse sequência aos sucessivos pedidos de impeachment.* Para mais v.: PEREIRA, Carlos. Temer é o presidente mais eficiente na relação com o Congresso desde 1995. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/10/1930813-temer-e-o-presidente-mais-eficiente-na-relacao-com-o-congresso-desde-1995.shtml>. Acesso em 03 de outubro de 2018.

⁷⁴ São considerados para as variáveis, por equiparação, as secretarias com status de ministérios.

Isso se deve, em grande medida, pela grande homogeneidade ideológica da coalizão, uma vez que para Bertholini e Pereira governos multipartidários requerem maior esforço para acomodarem suas preferências em torno de objetivos comuns. Dessa forma, quanto maior a heterogeneidade ideológica da coalizão, maiores os custos de governo (BERTHOLINI; PEREIRA, 2017, p. 546).

No Supremo Tribunal Federal Temer também navega com tranquilidade e alta aceitação. Observando a judicialização de pautas centrais à sua agenda, verifica-se alta aderência das decisões jurídicas, referendando tópicos importantes de sua política. Para tanto, vamos analisar no próximo tópico três vitórias importantes do governo Michel Temer junto ao STF: desaposentação, corte de ponto de grevistas e terceirização trabalhista.

5.3.1. Desaposentação

Em 27 de outubro de 2016, decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE 661.256, em sede de repercussão geral⁷⁵, em julgamento conjunto com os RE 381.367 e 827.833 pela inviabilidade do instituto da desaposentação. Conforme decisões de tribunais inferiores, o Judiciário vinha entendendo ser passível que a pessoa aposentada, que continue trabalhando, venha a receber pensões maiores com base nas novas contribuições. Votaram contra o recálculo os ministros Dias Toffoli, Teori Zavascki, Edson Fachin, Luis Fux, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Carmen Lúcia; votaram contra os ministros Marco Aurélio, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski. Prevaleceu o entendimento de que apenas a lei pode fixar critérios para que os benefícios sejam recalculados após retorno ou permanência do aposentado no regime de previdência. Ficaria a encargo do legislador ordinário reconhecer a possibilidade de desaposentação, uma vez que suas competências estão melhor preparadas para analisar o equilíbrio financeiro que envolve a temática.

Em palestra proferida no Instituto de Ensino e Pesquisa de São Paulo (INSPER), o ministro Luiz Fux afirmou que a decisão evitou um *“rombo de 300*

⁷⁵ Ficou fixada a seguinte tese: “[n]o âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8213/91”.

bilhões” nos cofres públicos, e, ainda, que o INSS “*é o maior rombo bilionário da economia brasileira*”, situação na qual os magistrados devem “*entrever e antever os resultados e consequências*” das suas decisões⁷⁶.

Segundo informações da Advocacia-Geral da União nos autos em análise, a decisão afetou mais 182 mil processos em andamento na Justiça, em razão da repercussão geral. Estima-se que, se aprovado, as despesas com o recálculo chegariam na casa 7,7 bilhões por ano.

Nesse sentido, afirma o ministro Gilmar Mendes, apoiado, em seu voto, pelo teórico da análise econômica do direito, Richard Posner:

Ora, ainda que critérios de eficiência, a serem obtidos por análises econômicas das decisões, não devam ser alçados no âmbito dos princípios ético-jurídicos, ignorar tais aspectos fundamentais é fazer vistas grossas a uma realidade que se impõe em medida suficiente para comprometer a própria eficácia, em concreto, de princípios caros ao Direito Previdenciário, como universalidade da cobertura e do atendimento, irredutibilidade do valor dos benefícios, da garantia do benefício mínimo, entre outros.

Portanto, tem-se, por trás do aspecto normativo, o amparo em fundamento consequencialista, de cunho político-econômico, alinhado com a nova agenda presidencial de combate à crise a partir da redução de direitos.

5.3.2. Decisões trabalhistas: o corte do ponto de servidor público grevista e a terceirização

Por 6 votos a 4, decidiu o Supremo Tribunal Federal, em 27 de outubro de 2018, pela legalidade do corte de ponto para servidor público grevista, a partir da deflagração do movimento. Ficou excetuado os casos em que a greve é motivada por conduta ilegal do poder público, como por exemplo, atraso no pagamento de salários. Fica ressalvado, ainda, disposições de acordo que permita a compensação dos dias faltosos. A questão foi decidida com

⁷⁶ Fonte: <https://oglobo.globo.com/economia/evitamos-rombo-de-300-bi-diz-fox-sobre-voto-contra-desapoesentacao-20374743>. Acesso em 04 de outubro de 2018.

repercussão geral⁷⁷ no Recurso Extraordinário nº 693.456/RJ.

O pano de fundo dos debates, conforme se extrai dos autos da decisão ora analisada foi o risco iminente de greve geral contra medidas de austeridade econômica adotadas pelo governo Temer, capaz de ameaçar os projeto de recuperação financeira do país.

Na fundamentação, arguem os ministros pela importância de obediência a princípios que regem a Administração Pública, tais como da supremacia do interesse público e da continuidade dos serviços públicos. Logo, “*os grevistas assumem os riscos da empreitada*”, com as devidas consequências pela interrupção da relação de trabalho, conforme entendimento do ministro Dias Toffoli. Ademais, nas suas palavras:

Ao admitir o desconto dos dias paralisados, esta Corte, com o devido respeito àqueles que pensam o contrário, não está a negar o exercício do direito do servidor público de realizar greve. Pelo contrário, pois, como outrora salientado, a participação do servidor público em um movimento paredista não implica a prática de um ilícito. Entretanto, esse direito possui limites e ônus, em especial, por se tratar o serviço público de atividade de importância estratégica para o Estado em prol da sociedade. (p. 72, RE 693.456)

Ao lado das considerações normativas, entretanto, teceram os ministros um longo debate sobre as nuances do caso, em que ficou explícito o contexto político em que se inseria tais considerações. Citando o ministro Luís Roberto Barroso:

De modo, Presidente que, prometendo a brevidade possível, eu gostaria de fazer uma reflexão que nos ajudasse a lidar com o problema para a frente. Quer dizer, nós, neste momento, enfrentamos greves importantes nas Universidades Públicas, dos servidores do Poder Judiciário. Greves longas. Sem que se tenha tido um mecanismo adequado e suficiente para impedir

⁷⁷ Ficou fixada a seguinte tese: “*A administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público*”.

este tipo de prolongamento, que é extremamente danoso para o cidadão, antes que para o poder público e para os próprios servidores. (p. 87)

É; eu sou capaz de fazer um comício contra qualquer coisa que está acontecendo no Brasil. Só que não é o meu papel. O meu papel é pensar soluções institucionais para um problema concreto. Não está havendo mecanismo adequado de composição entre o Poder Público e os servidores. E as greves estão se multiplicando. De novo, é possível ter soluções autoritárias e unilaterais ou é possível pensar numa solução construtiva. É disso que estou cuidando. (p 100)

Ou ainda, nas palavras do ministro Ricardo Lewandowski:

E, realmente, eu quero dizer que nós vivemos num período extremamente conturbado em que as greves no serviço público, como Vossa Excelência muito bem ressaltou, ocorrem até de forma selvagem. Nós vivemos, agora, aqui, no Poder Judiciário, uma greve não declarada. É uma greve errática, com relação à qual, inclusive, não se tem interlocutores. Não há interlocutor, não há com quem falar, não há como abrir um dissídio coletivo. É uma greve que vai e volta, assim como ocorre nas universidades, talvez, no INSS, por todo país. Quer dizer, realmente é preciso que nós tenhamos balizas, porque senão nós instauraremos o caos no serviço público. (p. 94)

Cristiano Paixão e Ricardo Lourenço Filho, em artigo publicado no site Jota⁷⁸, elucidam a onda conservadora que atingiu o direito do trabalho no Brasil, no que denominaram *direito do trabalho do inimigo*. A expressão faz alusão a teoria do direito penal do inimigo, criada pelo jurista Gunther Jakobs, pela qual alguns indivíduos deveriam receber tratamento diferenciado, com restrição a garantias constitucionais e processuais, pelo perigo que representaria à própria sobrevivência da sociedade. Pela analogia, a decisão acima citada preventivamente adota medidas para obstar o direito constitucional de greve, para evitar que um cenário indesejado, pela visão do STF, se concretize. Nas palavras dos autores:

⁷⁸ Paixão, Cristino; Lourenço Filho, Ricardo. O STF e o direito do trabalho do inimigo. Disponível em <https://www.jota.info/stf/do-supremo/o-stf-e-o-direito-trabalho-inimigo-01112016>. Acesso em 04 de outubro de 2018.

“O fato de que, preventivamente, são adotadas medidas para inviabilizar o exercício do direito de greve. Por um lado, permitindo-se que determinadas categorias de servidores sejam privados, por princípio, da possibilidade de entrar em greve. Por outro, ao impor um desconto na remuneração que incidirá assim que o movimento paredista for desencadeado. É rigorosamente a mesma lógica utilizada na teoria do direito penal do inimigo. Para evitar que o “mal” (a greve no setor público, na visão do STF) se concretize, adotam-se medidas que combatam, “na raiz”, qualquer movimento de paralisação, inviabilizando, em termos práticos, o exercício do direito. [...] a Constituição de 1988 foi bastante clara e precisa quanto à amplitude do exercício do direito de greve, consignando, em seu art. 9º, ser assegurado “o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”. No art. 37, inciso VII, por sua vez, o direito é estendido aos servidores públicos sem restrição prévia do campo normativo, sendo prevista apenas a edição de lei específica para fixar termos e limites do exercício do direito. Não há espaço interpretativo para a proibição desse direito.”

Com o mesmo fundamento econômico, voltado para defesa de interesses do mercado, decidiu o STF em 30 de agosto de 2018 pela legalidade da terceirização de serviços de qualquer natureza, seja na atividade-meio, seja na atividade-fim. Por meio da ADPF 324, julgada em conjunto com o RE 958.252, o STF invalidou parcial a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que proibia a terceirização de atividade-fim.

No caso, ficou firmado entendimento de que a terceirização não reduz direitos trabalhistas e que, frente ao princípio da livre concorrência, garantido constitucionalmente, não é permitida a limitação da forma de contratação das empresas. Fica protegida, entretanto, a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora do serviço terceirizado, como proteção aos direitos do trabalhador. Por este raciocínio, a Constituição não veda explicitamente a terceirização, e, em busca de maior competitividade no mercado e de melhores resultados, se faz imperioso assegurar a livre-iniciativa e a livre concorrência.

Na argumentação do STF, ainda, aduziram os ministros a necessidade de se orquestrar o direito trabalhista brasileiro com as demandas do mundo moderno, uma vez que a jurisprudência que impedia a terceirização havia sido editada há 32 anos. Vários países do mundo estariam passando por reformas trabalhistas, resultando, inclusive na redução das taxas de desemprego. Logo,

trata-se de adequar a legislação aos impactos da revolução tecnológica, que exige novas formas de vida e, conseqüentemente, uma nova economia⁷⁹.

Nesse sentido, afirmou Luiz Roberto Barroso:

“O medo do desemprego assombra as novas gerações. Nós temos que ser passageiros do futuro, e não prisioneiros do passado. É inevitável que, nesta realidade, o Direito do Trabalho em países de economia aberta passe por mudanças. É preciso assegurar, a todos os trabalhadores, emprego, salários dignos e a maior quantidade de benefícios que a economia comportar.”⁸⁰

Mais uma vez, observamos o Supremo Tribunal Federal adotando posicionamento que supera a semântica do texto para privilegiar o mercado em detrimento do indivíduo. A decisão, inclusive, foi recebida com muito lamento pela comunidade jurídica do direito do trabalho, em especial, pela ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho), que patrocinou campanha contra a precarização das relações de trabalho.

As decisões são coerentes com as reformas trabalhistas que são centrais à agenda política do governo de Michel Temer, ampliando, inclusive, as mudanças alcançadas pela Lei nº 13.467/2017, que alterou vários pontos da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho). Nessa guinada pró-mercado, coletada nos exemplos acima, vemos a corte referendando a tônica governamental de que direitos trabalhistas são entraves ao progresso econômico necessário para tirar o país da crise.

5.4. Supremo Tribunal Federal e governabilidade: conclusões preliminares

Adotando a teoria do modelo estratégico para analisar a decisão jurídica, encontramos em Barry Friedman importante abordagem positiva acerca do

⁷⁹ No momento em que esta pesquisa foi redigida, ainda não estava disponível no sítio eletrônico do STF o acórdão completo do julgado em análise. A síntese dos argumentos pode ser extraída de sítios jurídicos especializados, dentre os quais: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-constitucional-terceirizacao-atividades-fim-30082018>; <https://www.conjur.com.br/2018-ago-30/maioria-supremo-valida-terceirizacao-atividades-fim>. Acessos em 05 de outubro de 2018.

⁸⁰ Fonte: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-30/maioria-supremo-valida-terceirizacao-atividades-fim>. Acesso em 05 de outubro de 2018.

judicial review, para além das abordagens meramente normativas. Friedman se dedica a compreender as influências sofridas pelos juízes da Suprema Corte norte-americana, passando a firmar entendimento de que as decisões são relevantemente reativas à opinião pública, para além de questões que envolva a tutela dos direitos fundamentais. Inclusive, para o autor, as teorias constitucionais normativas sobre a jurisdição constitucional serão pobres até que abracem, completamente, um viés positivo, de se saber como os se comportam, o que fazem, e por quê. O direito tem suas dinâmicas internas, mas não pode ser estruturado pelo isolamento da política, razão pela qual, o meio político do juiz constitucional deve ser considerado (FRIEDMAN, 2005, p. 257-260).

Para o autor o exercício da decisão jurídica é limitado pelo o que ele chama de círculos concêntricos de influência, que atuam na função jurisdicional em quatro níveis, quais sejam, (i) interação estratégica entre os juízes dentro do espaço colegiado do tribunal; (ii) pressões impostas pelas instâncias inferiores do Judiciário; (iii) pressões impostas pelos outros poderes e; (iv) pressões exercidas pela opinião pública (FRIEDMAN, 2005, p. 263).

Falando especificamente da opinião pública, Friedman aponta que nenhuma decisão política pode ser contrária a vontade do povo por muito tempo. Logo, em um sistema democrático equilibrado, em que haja constante diálogo entre as instituições, veremos um constante debate sobre a decisão, visto que é essa é um processo inacabado, a ser confirmado pelo povo. Nessa perspectiva é positivo que o STF catalise essa tensão inerente entre direito e política, uma vez que sua função sempre será condicionada por outras forças institucionais

Os exemplos acima trabalhados demonstram que na relação com os demais poderes, o Supremo Tribunal Federal tende a observar os efeitos sistêmicos de sua relação no desenho institucional ficando patente essa tensão entre direito e política. Ignora, porém, as competências constitucionais que lhe são impostas, de interpretação e guarda dos princípios constitucionais. Oscila no aspecto institucional ignorando, por vezes, a importância de se sopesar também os aspectos normativos que rodeiam as decisões jurídicas. Ignora-se os limites textuais da interpretação, para fundar a decisão em fundamentos exclusivamente externos à perspectiva normativa. No pano de fundo comum, ligando todas as argumentações, encontramos a governabilidade. Ainda não seja textualmente afirmada, todos os fatores que justificavam as decisões podem

ser reunidos sobre essa mesma alcunha da governabilidade.

Entende-se por governabilidade a conjuntura de estabilidade política, social e financeira que permite que o Poder Executivo exerça plenamente suas funções e coloque em prática sua agenda política. Para Leonardo Avritzer (2016), envolve dois aspectos importantes, quais sejam, a capacidade de tomar decisões e a legitimidade do processo decisório em relação a opinião pública. O que extrai, preliminarmente, dos casos aqui desenvolvidos, é que se confirma o diagnóstico de Avritzer, no qual o presidencialismo de coalizão garante o primeiro aspecto, ou seja, impede a paralisia decisória prejudicial do Poder Executivo, mas falha quanto a garantia do segundo aspecto. Dessa forma, os custos da aliança para os governos vão se tornando altíssimos, criando dificuldades importantes no que tange à legitimidade dessa engenharia institucional. Se por um lado é importante a estabilidade propiciada pelo sistema de governo, por outro, há um custo democrático imenso que cria obstáculos um embaraço a sua manutenção.

Aqui ficou nítida a colocação do Supremo Tribunal Federal como um seguro político, na forma colocada por Tom Ginsburg. Antes mesmo de trazer à baila pontos controversos das fundamentações judiciais de casos concretos, temos a conclusão de que a corte foi altamente demandada sobre atos do processo de impeachment, bem como sobre atos que o circundavam indiretamente. Acumulam-se processos que acionaram a jurisdição constitucional como arena de novos debates, confirmando a teoria de Ginsburg de que quanto mais difundidas forem as forças políticas de uma comunidade maior será o poder constitucional de acesso à revisão nos tribunais. A alta judicialização do impeachment e de fatos correlatos a ele indicam que as cortes se posicionam para os partidos políticos como uma espécie de seguro político, como fóruns alternativos para a política, ainda que possamos questionar a legitimidade das decisões ali tomadas.

Observamos três fases marcantes da decisão jurídica imersa no presidencialismo de coalizão. Primeiramente, passamos pelo momento de estabilidade das coalizões, com os governos Fernando Henrique Cardoso e Lula, que tiveram sucesso quanto ao domínio de suas operações políticas. O segundo governo Dilma, marcado pelo impeachment e pelo deslocamento temporário do eixo de liderança da coalizão do Executivo para o Legislativo, traz uma ruptura

com os padrões anteriores e escancara a imoralidade das alianças políticas brasileiras fomentadas por este modelo. Por fim, o atual governo Michel Temer, em que se naturaliza a força da coalizão sobre os interesses do povo, adensando o aspecto de ilegitimidade da estabilidade alcançada pelas alianças políticas espúrias.

Imerso nesse processo, observamos o Supremo Tribunal Federal, que assume com o impeachment papel deferente ao Executivo e passa, na tônica do último governo, a se alinhar completamente à agenda política dominante. Nisso concluímos que o STF, na lógica do diálogo institucional, faz parte dessa engrenagem política e também se apega à governabilidade como elemento central para fundamentação de suas decisões. Passa assumir, inteiramente, a estabilidade e a moralização da sociedade brasileira como predicados inarredáveis da prática jurídica.

Flagrante é, entretanto, a incoerência de um tribunal que parece confundir os limites da sua jurisdição entre defesa da Constituição e a defesa de uma pretensa moralidade política ou de argumentos de estabilidade econômica. Ora, conforme visto nos exemplos anteriores, subtrai frontalmente competência legislativa pertinente à estabilidade dos mandatos parlamentares, ora se silencia na função de proteger os limites constitucionais para um impeachment fundado em divergências políticas.

Bustamante e Bustamante são cirúrgicos em apontar o diagnóstico:

[...] nos indicam dois problemas sérios que podem afligir a prática de uma corte constitucional: o passivismo em relação ao procedimento e o ativismo em relação ao conteúdo do juízo político-constitucional.

O passivismo, enquanto recusa a uma defesa judicial do processo legislativo democrático e das regras que garantem a sua observância rigorosa, representa uma proteção inadequada e insuficiente da formação da vontade popular e das formas legítimas de sua manifestação. Ao deixar de fiscalizar adequadamente e garantir o cumprimento integral do processo legislativo democrático, a corte atua com negligência em seu papel garantidor das condições democráticas necessárias para o bom funcionamento do Estado de direito.

De modo igualmente pernicioso, o ativismo, enquanto expansão exagerada da esfera de atuação do judiciário, que passa a se imiscuir em juízos políticos que não são próprios da atividade jurisdicional, é deficitário do ponto de vista democrático e contém o germe do autoritarismo que em outros tempos foi defendido

sob a bandeira do jusnaturalismo e sob a falaciosa noção de que a supremacia da constituição implicaria, do ponto de vista lógico, uma supremacia judicial. (2018, p. 17)

Temos, dessa forma, uma corte que adota um passivismo em relação ao procedimento, não se permitindo analisar questões de legitimidade que rondam o mesmo e aderindo, superficialmente, uma postura de autocontenção instrumentalizada. Em outros momentos, vemos o mesmo STF adotando postura ativista para juízos políticos que fogem sua competência, inspirado numa função moralizante de combate a corrupção, a qualquer preço. No pano de fundo desses caminhos interpretativos temos a estabilidade política do país, a governabilidade da coalizão e o clamor público da opinião pública. Veremos no próximo capítulo quais os possíveis déficits de legitimidade dessa postura do Supremo Tribunal Federal, bem como a qualidade do diálogo que se estabelece entre Executivo e Judiciário.

CAPÍTULO 6. A GOVERNABILIDADE NO CENTRO DO SISTEMA POLÍTICO BRASILEIRO

Compreendemos nos capítulos anteriores que há um nítido diálogo entre Executivo e Judiciário. Ambos os poderes são fortalecidos pelo legislador constituinte, recebendo competências importantes para definição da vida política brasileira. O fio condutor deste trabalho toma como ponto de partida o aprofundamento na arquitetura institucional brasileira para compreensão da qualidade democrática dos diálogos aqui estabelecidos. Verifica-se que o presidencialismo de coalizão exerce tamanha centralidade no desenho institucional brasileiro que inclusive as decisões jurídicas são fundamentadas em argumentos pragmáticos que evidenciam, em última análise, a busca constante por uma estabilidade. Se a governabilidade pode ser traduzida como a capacidade decisória do Poder Executivo, temos que o Supremo Tribunal Federal atua no sentido de obstar uma paralisia decisória prejudicial aos intentos governamentais. Passamos então para compreensão desse fenômeno. A questão que se coloca, agora, é saber como o Poder Judiciário equaciona seu compromisso constitucional perante a governabilidade, denotando a densidade democrática desta relação.

Avançando nas conclusões tomadas no capítulo anterior, começaremos com a compreensão do papel institucional do Judiciário nos diálogos filtrados pelo sistema de governo brasileiro. Sistematizaremos, então, duas críticas, aqui intituladas críticas normativa e corporativista, acerca da deferência do STF às agendas presidenciais. E finalizaremos com a análise crítica da qualidade constitucional e democrática do diálogo estabelecido sob as bases do presidencialismo de coalizão.

6.1. O papel do Judiciário nos diálogos institucionais frente o presidencialismo de coalização

Um olhar atento para a Constituinte de 1985 irá demonstrar que o arranjo

institucional a ser definido naquele momento era um dos pontos cruciais dos debates. Predominou, naquele cenário, uma desconfiança com o Legislativo, acompanhada de uma aposta muito grande no Executivo, como poder capaz de trazer eficiência ao processo político. Com efeito, as competências internas do Congresso Nacional levam ao cenário descrito por Limongi e Figueiredo em que o processo legislativo se estrutura fortemente em torno das lideranças políticas e de suas coalizões.

Em um rápido olhar para as competências atribuídas ao Executivo na Constituição, observamos os seguintes pontos de valorização dos poderes presidenciais: a) poderes regulamentares para expedir decretos, tanto na forma do art. 84, IV, quanto para os chamados “decretos autônomos”, do art. 84, VI, a; b) poder de veto, parcial ou total, por motivos de inconstitucionalidade ou interesse público (art. 66, §1º); c) livre poder de escolha de ministros de Estado, bem como poder de indicação de ministro do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República, Advogado-Geral da União, presidente do Banco Central, conselheiros do Tribunal de Contas da União dentre outros cargos importantes da administração pública federal (art. 84, XIV a XVI); d) competência para propor emenda à Constituição (art. 60, §1º); e) iniciativa de lei em matérias como organização administrativa e judiciária, servidores públicos, direito tributário e orçamento público (art. 61); f) competência para propor Medidas Provisórias, com força de lei e efeitos imediatos, sob os pressupostos subjetivos de urgência e relevância (art. 62).

Nesse sentido aponta Limongi (2008),

Os dois campos –presidencialistas e parlamentaristas-- defendiam que era necessário dotar o Poder Executivo dos meios necessários para produzir decisões e que, a condição sine qua non para tanto era a ‘modernização’ do Poder Legislativo, evitando que este viesse a se tornar um obstáculo ao funcionamento regular do governo. [...] O texto constitucional foi escrito sob um amplo consenso de que o sucesso da democracia dependia da capacidade governo dar respostas efetivas e rápidas às crescentes demandas postas aos governos por sociedades modernas e complexas. A modernização institucional foi o leitmotiv sobre a qual se deu a definição das relações entre o Executivo e o Legislativo. O processo decisório precisava ser dotado de eficiência. Protelar decisões seria a forma de alimentar crises, de não dar as respostas demandadas

pela sociedade. Em sendo assim, o principal obstáculo a ser transposto era o conservadorismo e a morosidade característicos do Poder Legislativo. Para tanto, era necessário fortalecer o Poder Executivo evitando que este pudesse ser paralisado pela inação do Legislativo. Mais do que isto, era preciso dotar o Executivo de “vias de escape” sempre que uma possível divergência entre os poderes pudesse redundar em confronto ou inação.

Essa configuração do Poder Executivo brasileiro encontra pontos de contato na teoria do Moderno Estado Administrativo, bem como na descrição de formação do hiperpresidencialismo latino-americano, sintetizadas nesse trabalho por Eric Posner e Adrian Vermeule, e por Roberto Gargarella e Carlos Santiago Nino, respectivamente.

Em termos descritivos, o desenho institucional brasileiro delega grandes poderes ao presidente, como fruto de um processo histórico de centralização do poder que remonta das bases de formação do constitucionalismo latino-americano. As altas taxas de delegação de poder podem ser verificadas na experiência brasileira, sendo possível afirmar a predominância de um desenho institucional executivo-centrado. Conforme demonstrado no capítulo 4, o poder de agenda do chefe do Executivo é o principal fator de sucesso da dinâmica institucional brasileira. Nesse sentido, o presidente da República coordena as maiorias partidárias e as tensões existentes entre os interesses dos diversos grupos sociais, diminuindo as dificuldades de ação coletiva. Nessa dinâmica, o Executivo possui capacidades institucionais que lhe permite um fácil acesso a mecanismos de rápida mobilização e engajamento. Do ponto de vista do Poder Legislativo, demonstrou Limongi e Figueiredo (1999, 2008) que a própria Constituição dispõe de instrumentos para que o Executivo intervenha no processo legislativo seja através do alto uso de medidas provisórias, seja através da determinação das pautas que serão engajadas no Congresso Nacional. Do ponto de vista do Poder Judiciário, vimos que o Supremo Tribunal Federal adota fortemente argumentos pragmáticos ao julgar ações que são centrais para as agendas políticas presidenciais, com tendência à uma deferência permissiva de governabilidade. Concluímos, portanto, por uma forte ascendência do Presidente da República sobre os demais poderes, em razão das competências que lhe são atribuídas pelo desenho institucional.

Ao lado desse desenho que privilegia poderes fortes ao Executivo, temos um formato de valorização do Poder Judiciário, que também recebe várias atribuições em dispositivos constitucionais. Como consequência, inclusive do presidencialismo de coalizão, recebeu o Judiciário competências para atuar na intermediação de conflitos entre os poderes, conforme aponta Abranches (2018, l. 7687). Nesse embate de competências fortalecidas, entre Judiciário e Executivo, é pertinente a ideia de Posner e Vermeule (2010) de que o Direito Constitucional é formado por confrontações entre instituições sobre a atribuição de autoridade para fazer política. Estes *constitucional showdowns* geram precedentes políticos cuja força impõe custos altos para sua eventual rejeição, surtindo efeitos na chamada *força civilizatória da hipocrisia*. É essa força que explica a maior ou menor adesão às tendências sociais e econômicas do governo em exercício.

Nesse diapasão, ainda que a Constituição de 1988 tenha institucionalizado mecanismos fortes tanto para o Executivo quanto para o Judiciário, equilibrando as demandas de um presidencialismo de coalizão com a existência de órgão dotado de poderes para guarda de direitos fundamentais, temos que, na prática, este funciona como um segundo fórum de discussão política que tende a referendar a ações daquele poder. Ou seja, a estabilidade econômico, social e política é garantida pelo presidente da República no domínio da sua coalizão. Já o Poder Judiciário tem como elemento central nas decisões que tocam esta agenda política presidencial, atuar como facilitador dessa estabilidade, referendando a atuação do Executivo.

Logo, o modelo previsto por Abranches, em seu texto inaugural do presidencialismo de coalização e em texto recente de revisão das bases do sistema brasileiro, no qual o Poder Judiciário atuaria como mecanismo de equilíbrio na tensão entre Legislativo e Executivo, não se confirma. O que se observa é uma significativa deferência do Poder Judiciário em relação ao Executivo, no sentido de se buscar uma decisão que dê abertura para implementação da agenda política do presidente. Ainda que o STF atue como mecanismo de arbitragem, equilibrando conflitos entre os demais poderes, observamos que Poder Judiciário tende a privilegiar a governabilidade, o que desconstrói a ideia de que este reduziria a dependência dos demais poderes ao Executivo. Ou seja, não há aqui um STF atuando como um mediador de forma

plena, uma vez que ele próprio tende a atuar em deferência com o Poder Público. Seja em busca da estabilidade, seja em busca de interesses corporativos, vimos que é necessário se debruçar mais profundamente sobre o impacto da relação Executivo-Judiciário no Brasil. Em vez da postura de mediador, observamos um Judiciário que assume a função de tornar as relações institucionais estáveis, conduzido pelo elemento primordial da governabilidade. Ou seja, em regra, o STF atuou segundo as agendas políticas presidenciais, sendo deferente, como forma de propiciar governabilidade. Daí observar uma mudança de posicionamento marcante da corte à medida que os governos vão se alterando. A pretensão de que o STF atuaria como mediador de conflitos só se confirma no aspecto legal, de competências dadas a corte para atuar como segunda arena de debate político. Na prática, no momento em que tem os casos concretos em mãos, existe uma tendência do STF de se aproximar do Executivo, atuando pragmaticamente a favor da estabilidade política e econômica do país, inclusive, em detrimento de considerações constitucionais importantes.

O poder de agenda, fortalecido pelo uso extensivo das medidas provisórias altera, ainda, a dinâmica deliberativa de implementação de políticas públicas, antecipando as análises sobre a viabilidade de uma determinada ação política. Com a relativização do requisito de urgência e relevância, somada a imediata aplicabilidade da lei, sem submissão ao Legislativo, resta ao parlamento pouco espaço para o debate, ficando preso a uma avaliação quanto aos altos custos de suspender a política já em curso.

Isso se dá em razão de uma necessária imbricação entre presidencialismo e sistema eleitoral proporcional e pluripartidário, que lança mão da coalizão como mecanismo necessário para se alcançar governabilidade e, conseqüentemente, estabilidade. Se o pano de fundo do sistema presidencialista brasileiro é a governabilidade, temos, na prática, um Judiciário pronto para fomentar tal estabilidade necessária para desenvolvimento do país. A busca pela estabilidade é duramente buscada ao longo dos anos, como elemento de formação do constitucionalismo em toda a América Latina, em razão do forte histórico de golpes e reverses vivenciados pelo povo brasileiro, o que explica, em certa medida, o esforço do Judiciário por demarcar o sucesso do desenho institucional trazido pela Constituição de 1988.

Temos então o embate entre duas teorias antagônicas entre si para definir

esse aspecto institucional do nosso diálogo: de um lado, um olhar positivo sobre a supremacia do Executivo, formulada por Posner e Vermeule, na ideia do Moderno Estado Administrativo, e de outro, a crítica de formação do constitucionalismo latino-americano desenhada por Gargarella e Nino, de concentração de poderes na figura do Executivo.

Buscando o fio condutor da teoria do Moderno Estado Administrativo com a virada institucional proposta por Vermeule, encontramos ali um poderoso diagnóstico do cenário institucional presidencialista, a partir das habilidades que o chefe do Poder Executivo tem para interpretar certas situações. Para esta teoria, o Presidente da República estaria melhor posicionado para responder com agilidade e eficiência às demandas que surgem em um Estado Moderno, possuindo o chamado “poder presidencial de ação unilateral” para atuar nas crises e emergências. No plano operacional, lida-se com uma escolha de segunda ordem para afirmar a superioridade do Executivo, perante o desenho institucional, no sentido de orquestrar as iniciativas em casos emergenciais. Ocorre que, conforme apontado pelos críticos da teoria, o Moderno Estado Administrativo pode funcionar como um cabível diagnóstico da realidade de um governo presidencialista, em especial, no contexto norte-americano, mas falha quando de uma reflexão teórica sobre os resultados que ali dispõe. Manifesta, portanto, um grande arbítrio e um poder autoritário, que ignora concepções de democracia e justiça que são necessárias para uma interpretação constitucional legítima. Ademais, investem um grande otimismo no controle popular como elemento capaz de domar o poder do Executivo de eventuais arbítrios em detrimento de um pessimismo quanto a habilidades dos demais poderes, ignorando uma perspectiva dialógica necessária para manutenção desses poderes.

Do outro lado do espectro, temos os teóricos latino-americanos demonstrando, a partir de uma teoria descritiva da prática institucional local, uma crítica normativa coerente, capaz de apontar as falhas do constitucionalismo local na opção pelo sistema presidencialista de governo. A mera inclusão de direitos fundamentais na Constituição de 1988 é insuficiente, uma vez que não acompanhada de uma revisão necessária do acúmulo de poder presidencial. Essa contradição interna da Constituição de 1988, que avança na garantia de direitos e se mantém conservadora quanto a distribuição do poder, compromete

as conquistas democráticas efetivas, que levariam os países latino-americanos ao progresso necessário.

O caminhar dessa relação em 30 anos de Constituição nos levou para um estágio em que se ignora a legitimação das alianças pelo povo e se elabora políticas aliadas a interesses de grupos sociais específicos, estando focado o sistema político em uma verdadeira obsessão pela governabilidade. Concentram-se os esforços em uma engenharia de interesses de grupos de poder, numa tentativa de se coordenar todas as demandas internas e alcançar os desejos políticos e econômicos de cada personagem da coalizão. Desse modo, as Jornadas de Junho de 2013, que culminaram no impeachment da presidente Dilma Rousseff, levam as coalizões para um momento de clara falência, dada a distância do seu maior legitimador, qual seja, o povo.

Portanto, compreendendo o papel do Poder Judiciário e da decisão jurídica no contexto do nosso presidencialismo de coalizão, conclui-se por um alto nível de deferência do STF nas ações em que o Poder Público é parte, principalmente, no uso de uma fundamentação que enseja maior governabilidade à agenda política do Executivo. É necessário, pois, darmos um passo à frente nessa análise, para compreender qual governabilidade o STF estaria referendando nesse diálogo com o Executivo. Buscando aprofundar as críticas extraídas do modelo do presidencialismo de coalizão, é preciso investigar os fundamentos da decisão jurídica que legitimam tal sistema. O descortinar desses problemas apontam para uma deferência que deve ser lida como o silêncio em torno de uma agenda comum, alinhado à manutenção de um domínio de poder de poucos que retorna aos primórdios do constitucionalismo latino-americano. Veremos no próximo tópico que o pragmatismo encarnado pelo STF em torno das agendas políticas predominantes deve ser lido mais como a existência de uma agenda comum do que como uma postura de negligência daquele órgão.

6.2. As bases da decisão jurídica deferente no presidencialismo de coalizão

Aprofundando as conclusões alcançadas no tópico anterior, podemos sistematizar a crítica à atuação do Supremo Tribunal Federal em deferência ao Executivo em dois pontos, os quais passamos a expor melhor nos tópicos seguintes.

Na primeira crítica, a quem chamaremos de **crítica normativa**, questionamos o afastamento da corte de razões constitucionais e a aderência a elementos estratégicos para decidir. Nesse ponto, observamos a adoção de discurso econômico pelo Supremo Tribunal Federal que, em última análise, esvazia o texto constitucional, ao subverter o direito ao mercado. É necessário ressaltar que o uso do argumento econômico não se dá, sequer, de forma técnica, como pode se extrair das decisões aqui analisadas. O que temos é a instrumentalização do argumento econômico de estabilidade sem apresentação de dados técnicos que sustentem tais afirmativas. Outra crítica a ser tecida, nesse mesmo sentido, é o esvaziamento dos direitos fundamentais, uma vez que estes ficam na dependência de políticas públicas que variam de acordo com a agendas políticas do presidente em exercício. As decisões ora analisadas demonstram que a deferência do STF ao Executivo se dá, inclusive, com este último pautando a tônica de defesa de direitos fundamentais, em maior ou menor escala, a depender do perfil político do presidente e de sua agenda. Há, portanto, uma preponderância de fatores externos sobre aspectos normativos na decisão judicial. As pesquisas atuais sobre teoria da decisão jurídica se abrem, nos últimos anos para uma análise do comportamento judicial para além do modelo meramente legalista. O que se percebe, entretanto, é sobreposição de elementos estratégicos e externos à corte, tais como a governabilidade, opinião pública e os já citados argumentos econômicos, sobre o próprio direito constitucional. Retomamos nesse ponto as críticas tecidas a tese do moderno Estado Administrativo bem como as bases do pragmatismo jurídico para investigar a legitimidade de uma atuação, tanto do Judiciário, quanto do Executivo, que sobrepõe os limites interpretativos do texto constitucional.

Uma segunda crítica, denominada **crítica corporativista**, identifica, nos bastidores dos interesses de classe uma possível razão para deferência a uma

agenda comum ao Executivo. Precisamos, nesse ponto, rever o princípio da independência funcional frente às pretensões salariais da corte. O que se observa é a existência de uma verdadeira casta judicial que quer, em grande medida, fomentar o corporativismo e seus altos ganhos salariais. Nossa defesa, aqui é de que tais pretensões alimentam a deferência do STF em determinados momentos, uma vez que estes passam a agir estrategicamente em trocas que possam garantir tais reajustes de vencimentos. Daí a existência de uma agenda comum, que se alinha aos movimentos políticos do Presidente da República, em busca das mesmas barganhas negociadas na relação Executivo-Legislativo.

6.2.1. A preponderância de fatores externos sobre fatores normativos na decisão judicial: o discurso econômico e o esvaziamento do texto constitucional – crítica normativa

A análise dos julgados aqui coletados nos levam à percepção de que os argumentos externos prevalecem sobre os argumentos normativos nas decisões jurídicas que envolvem a agenda presidencial. Ainda que o Direito tenha caminhado para considerações epistemológicas que aderem ao processo de tomada de decisão elementos normativos e políticos, dentre outros, verifica-se uma predominância dos últimos. Expressões tais como resolução da crise, ética na política, dinâmicas internas do Poder Legislativo e estabilidade econômica passam a figurar constantemente nas argumentações do Ministro da Corte. Todas as justificativas podem ser reunidas pelo denominador comum da governabilidade e na busca pela estabilidade político, social e econômica.

O abandono de uma visão juriscentrada do Direito impõe o reconhecimento, na perspectiva da teoria dos diálogos institucionais, de rodadas provisórias sobre o sentido da Constituição, em que os efeitos sistêmicos das decisões exigem atenção para os altos custos de determinados posicionamentos. Porém, a determinação de qual postura institucional será mais adequada para promover os valores constitucionais relevantes prescinde de uma escolha de primeira ordem sobre qual aporte teórico guiará as instituições no

desempenho de suas funções (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 33)⁸¹. Logo, qualquer abordagem consequencialista carrega em si o ônus de uma escolha primária sobre a qual se dará as decisões de segunda ordem acerca das posturas institucionais. Uma adesão ao pressuposto das capacidades institucionais só pode ser válida se funcionar como um alerta para inclusão das tensões fáticas que conduzem as decisões políticas e jurídicas dos respectivos atores sociais nas construções teóricas, como elemento indispensável para verificar a legitimidade das dinâmicas daquele desenho institucional. Concordamos com a necessidade de acordos parciais no nível operacional, que permitem o desenvolvimento da relação entres os atores políticos com respeito aos desacordos morais. Ocorre que essa descida operacional só será válida se abranger considerações de primeira ordem acerca da legitimidade constitucional e democrática das ações desenvolvidas.

Nesse sentido, uma constatação forte que se extrai dos julgados ora analisados, nos momentos de estabilidade de coalizão, é acerca da dimensão tomada pelo discurso econômico na interpretação constitucional. O que se extrai das decisões aqui comentadas é que a sua grande maioria envolve aspectos econômicos das respectivas agendas presidenciais. Ou seja, grande parte dos litígios que são levados à arena judicial tratam-se de batalhas políticas travadas por motivos econômicos e opções mercadológicas. Ademais, percebe-se, também, que as respectivas justificativas interpretativas das decisões se fundam em argumentos pragmáticos e consequencialistas, em argumentos que se aproximam das ideias de maximização das riquezas e do bem-estar econômico.

Isso denota, mais uma vez, a centralidade do Executivo nos diálogos institucionais brasileiros. Na atuação do Executivo se espera uma ação pautada por agendas políticas que passam pela questão econômica. Nesse espaço, orquestrando as demandas sociais em uma sociedade capitalista, temos a adoção de uma razão instrumental que busca a concretização de interesses que perpassam, necessariamente, por um espectro econômico, dada a centralidade

⁸¹ No mesmo sentido é a crítica feita por Thomas Bustamante. Para mais v. BUSTAMANTE, T. R. Dworkin, Vermeule and Gyorfi on Constitutional Interpretation: Remarks on a Meta-Interpretive Disagreement (Comment on Gyorfi). *German Law Journal*, v.14, p. 1109-1146, 2013. Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=2&vol=14&no=8>. Acesso em: 03 jun 2014.

do poder econômico nas sociedades modernas. Entretanto, pensando em termos de capacidade institucionais e efeitos sistêmicos aqui refletidos, temos que a absorção exclusiva desses argumentos pelo Judiciário, em detrimento à princípios consagrados no texto constitucional, foge da dinâmica que lhe é própria, fazendo com que o discurso econômico se apodere do jurídico de forma claramente instrumental. É a força da agenda político-econômica buscando uma segunda chance de debate através do Poder Judiciário, e condicionando o campo normativo a um código que lhe é estranho.

Temos um movimento inverso ao desejado: a economia dota a Constituição de sentido, determinando a interpretação. Nessa perversão da fundamentação esperada pela interpretação constitucional, temos a adesão de um discurso que, segundo uma lógica capitalista, mais tende a segregar e afastar indivíduos da participação política, uma vez que condicionados a uma perspectiva de maximização de bem-estar. No computo de custo e benefício, exclui-se aquelas demandas que a leitura constitucional devia agregar. Os argumentos econômicos na decisão jurídica devem ser absorvidos a partir do filtro do texto constitucional e conformados com outros elementos importantes do Direito, tais como moralidade, justiça, democracia. Nesse movimento pragmático, há uma ruptura no modelo hermenêutico constitucional, que passa a guiar-se pelo frio argumento econômico-consequencialista.

Conforme aponta ROSA, nesse embate de forças, o discurso econômico é mais forte, justamente por esta centralidade do mercado nas sociedades capitalistas. O resultado, para a decisão jurídica, é perverso, uma vez que a adoção do discurso técnico da economia implica, segundo o autor, numa despolitização do jurídico. Nisso, as soluções para os conflitos são tomadas numa lógica contratual, de custo/benefícios sociais, sem uma vinculação normativa. Essa relação se materializa ao preço de muita manipulação ideológica e violência simbólica. O jurídico é transformado numa esfera técnica e aparentemente despolitizada e o ponto de vista econômico trazido como um a priori indiscutível, como um verdadeiro dogma⁸² (ROSA, 2011, p. 90-91).

⁸² Em outros termos: "Pode-se negociar tudo, em nome da liberdade. Ao invés de o Estado estipular limites desde uma perspectiva pública, a AED [Análise Econômica do Direito] acolhe a mediação formal do mercado e suas auto-regras cambiantes, desprezando a 'esfera do indecível'" (ROSA, 2011, p. 92).

A democracia, se quiser ser legítima e plural, não deve usar como critério apenas a maximização de riquezas, própria do discurso econômico. Cabe a ela uma racionalidade própria, a ser extraída da Constituição enquanto aquela que incorpora os elementos necessários para desenvolvimento da sociedade a partir de uma perspectiva de direitos fundamentais e não de mercado.

Ademais, essa é uma das características mais marcantes do capitalismo moderno: a construção da ideia de uma esfera econômica como algo amoral, livre do peso de ter de se justificar moralmente (SOUZA, 2016, I. 183). Enquanto a abordagem teórica, funda-se em uma densa rede de princípios jurídicos ou de moralidade política, distribuídos em processos de deliberação que agregam desacordos razoáveis, a abordagem do pragmatismo econômico trata o direito como um acontecimento político a ser decidido com base na análise das consequências das diferentes respostas para o caso. Há na primeira uma ambição de coerência, que raciocina de fora para dentro, tomando como base um complexo sistema extraído da história institucional da comunidade e proclamado pela Constituição. O pragmatismo, ao revés, defende um tecnicismo e um afastamento de conceitos jurídico-morais, numa falsa pretensão de independência. Anunciam, entretanto, num pano de fundo intrínseco, uma perspectiva política específica, que tende a ser não-inclusiva e lesiva para as opções políticas adotadas pela Constituição. Nas palavras de Dworkin:

Por esse motivo, espero que minhas palavras finais reforcem, na mente do leitor, o porquê de a integridade ser tão importante. Toda democracia contemporânea é uma nação dividida, e nossa própria democracia é particularmente dividida. Nossas divisões são de natureza cultural, étnica, política e moral. Não obstante, aspiramos a viver juntos como iguais, e parece absolutamente crucial para essa ambição que também aspiremos que os princípios que nos governam nos tratem como iguais. Devemos nos empenhar o máximo possível em não aplicar uma teoria da responsabilidade aos laboratórios farmacêuticos e outra teoria aos motoristas, em não adotar uma teoria da liberdade de expressão quando estamos preocupados com a pornografia e outra teoria quando o que nos preocupa é a queima de bandeiras. Só poderemos perseguir essa indispensável ambição se tentarmos, sempre que necessário, nos colocar em um plano bastante elevado em nossas deliberações coletivas, inclusive em nossas decisões judiciais, de modo a por à prova nosso progresso em tal direção. Devemos nos incumbir desse dever soberano se pretendermos alcançar um Estado de Direito que

não seja apenas instrumento de avanço econômico e paz social, mas um símbolo e espelho de igual consideração pública, que nos dá o direito de afirmar a comunidade (DWORKIN, 2011, p. 150-106).

Portanto, a adoção de discurso econômico pelo Supremo Tribunal Federal esvazia o texto constitucional, ao subverter o direito ao mercado. Traz um desconhecimento dos fundamentos econômicos já incorporados pela Constituição, colocando o bem-estar econômico como um dogma superior a ser absorvido argumentação jurídica, como discurso único. Ainda que como abordagem estratégica necessária para estabilização de importante elemento da vida em sociedade (uma decisão de segunda ordem), qual seja, a economia, sua incorporação nas decisões jurídicas acena para um pano de fundo teórico excludente que promove princípios distantes dos pressupostos constitucionais

A forte aderência do STF a estabilidade abre-se, ainda, para constatação de um outro aspecto. Conforme demonstrado nos capítulos anteriores, o Poder Executivo exerce, no desenho institucional brasileiro, uma posição de especial centralidade. Dessa maneira, o presidente da República consegue pautar suas propostas políticas, com largo apoio não apenas do Poder Legislativo, como também do Poder Judiciário.

Ademais, conforme demonstrado por Abranches (2014, 2018), a força de um governo presidencial no Brasil depende dos seus ciclos de desenvolvimento, a partir da capacidade de mobilização social e política vivida pelo Presidente em determinados cenários. Logo, a estabilidade da coalizão é também determinada pelo grau de apoio popular que se tem o governo. Se o Judiciário acompanha a coalizão em suas decisões jurídicas, as ideias de Friedman se aplicam para descrever a adesão do STF a estabilidade como pano de fundo de suas decisões⁸³.

O problema se encontra, entretanto, numa prática constitucional instrumentalizada, que se afasta de uma leitura constitucional de suas ações.

⁸³ É necessário, pois, uma análise crítica, a ser feita nos próximos tópicos, acerca da completa deturpação do sistema político com o atual governo Temer. Temos, ali, uma coalizão forte e estável, em detrimento de um governo impopular, conforme demonstramos no capítulo anterior. Talvez seja sinal da ruptura total com padrões éticos mínimos, que levaram o sistema do presidencialismo de coalizão a sua falência completa, por falta de aproximação com pressuposto de soberania popular e democracia.

Olhando para a experiência da decisão jurídica a partir do presidencialismo de coalizão, verificamos, nesse sentido, a aderência de posicionamentos alinhados à tônica dada pelo Presidente da República ao seu governo. No silêncio acerca das privatizações em FHC, nas decisões que garantiam as políticas públicas implementadoras de direitos fundamentais em Lula, e na regressão desses mesmos direitos no governo Temer, observamos um alinhamento do STF àquelas pautas que são essenciais em cada tempo político.

Conforme apontou Abranches na revisão do presidencialismo de coalizão, os momentos de compatibilidade plena entre agenda presidencial e demandas da sociedade, chamados por ele de dominância programática, são a exceção da prática política brasileira. Ou seja, são excepcionais os momentos em que o sistema foi capaz de gerar boas políticas e funcionar bem. Em geral, as políticas são forjadas num cenário de clientelismo, com uma distribuição enviesada de recursos públicos e implementação diferenciada de políticas públicas. Afirma:

O quadro institucional brasileiro não gera, como regra, políticas públicas de qualidade, não garante a alocação equânime de recursos e serviços públicos, nem oferece ao cidadão continuidade das políticas públicas, ou estabilidade de regras e procedimentos. Os efeitos são visíveis no quadro educacional de baixíssima qualidade, no sistema de saúde pública disfuncional e nas falhas evidentes do sistema de segurança pública. (ABRANCHES, 2018, I. 7664-7672).

Aquela força civilizatória da hipocrisia, citada por Vermeule e Posner na teoria do Moderno Estado Administrativo, atua aqui mantendo a coesão das agendas políticas, por mais diferente que elas sejam. Nesse sentido, a maior ou menor garantia de direitos fundamentais passa a depender da linha política adotada pelo presidente eleito, ficando a garantia e proteção desses direitos condicionada à leitura que o Executivo faz, atrelado a sua conveniência política. Nesse ponto, o governo Temer é emblemático para demonstrar a mudança de posicionamento de uma corte progressista para uma corte conservadora. Comparando a composição da corte ao término do mandato Lula e no governo Temer, observamos a alteração pontual de três ministros, coma saída de Cezar

Peluso, Ayres Britto e Joaquim Barbosa. Ou seja, a maioria dos ministros que atuam na corte no governo Temer são os mesmos que atuavam à época do governo Lula e do governo Dilma. Não obstante pouca alteração na composição, observamos uma mudança profunda quanto a leitura da função de proteção e guarda dos direitos fundamentais. Se a corte ficou marcada durante o governo PT por avanços importantes em direitos humanos, como, por exemplo, a permissão de aborto de fetos anencefálicos, reconhecimento da união homoafetiva, confirmação de sistema de cotas nas universidades públicas, tem-se, atualmente, um retrocesso com tomada de decisões em flagrante desconstrução de direitos trabalhistas conquistados historicamente pelos brasileiros.

Ainda que a concretização de direitos fundamentais preceda de um espaço de discricionariedade que é próprio do Poder Executivo, há uma vinculação de todos os poderes públicos como destinatários desses direitos. O Poder Judiciário, nesse sentido, tem como tarefa primordial controlar atos dos demais poderes que extrapolam os direitos fundamentais, no sentido de proteger-lhes a sua máxima efetividade.

Logo, a postura de deferência da corte à agenda política presidencial desconsidera toda a história institucional de conquista e proteção de direitos fundamentais, bem como ignora seu papel constitucional de guarda desses direitos. Ainda que a estabilidade social, política e econômica sejam elementos primordiais para se compreender a decisão jurídica, é necessário cautela ao aderir essa perspectiva, sob pena de se ignorar completamente as considerações dogmáticas e normativas. Dessa forma, o reconhecimento da importância de elementos estratégicos da atuação do STF deve ser feito sob os limites normativos colocados no texto constitucional, sob pena de dissolução da função jurídica da corte de garantia das conquistas civilizatórias da Carta de 1988. Isso porque a adoção de um discurso consequencialista forte gera uma desvinculação normativa da decisão jurídica, levando o magistrado para uma fronteira distante do direito. A doutrina jurídica, se não atentarmos a esse movimento radical, passa a ser mero acessório da argumentação judicial, em nome de um discurso técnico e empírico.

Voltando o olhar para a concretização dos direitos fundamentais, o papel do Judiciário é, na essência, promover o projeto de comunidade trazido pela

Constituição. Aqui se faz presente a ideia dworkiana⁸⁴ do ganho geral que há em se insistir na responsabilidade jurídica. Isso porque as justificativas para apoiar ou negar um direito não podem estar apoiadas apenas na (pretensa) popularidade ou necessidade de uma concepção de vida boa. Os procedimentos jurídicos devem refletir-se, como parte de um arranjo fundamental do arranjo político dessa comunidade, a dignidade como eixo central da moralidade geral. Não podemos exigir concordância moral dos membros de uma comunidade, mas podemos lhes exigir responsabilidade de tratar seus membros com igual respeito e consideração. Essa responsabilidade política fundamenta a autoridade do Estado, e protege os membros mais vulneráveis da nossa comunidade.

Dessa maneira, a aderência do STF à agenda política da coalizão implica numa redução dos direitos fundamentais a uma concretização única a ser realizada apenas pelo Executivo. Isso porque observa-se que posturas mais ou menos garantidoras foram manipuladas pela corte, em clara aderência ao discurso político predominante à época. À medida que a tendência política variava em cada governo, variava-se também sua proteção pelo STF. O núcleo mínimo de garantia desses direitos, relacionados a ideia proteção da dignidade, inegociável pela política e de guarda fundamental pelo Poder Judiciário, não pode variar no ritmo de mudança dos governos.

As cortes decidem imersas em contexto políticos que diretamente influenciam a decisão. A deliberação realizada pelo Judiciário se enquadra num contexto maior dialógico, com outras rodadas procedimentais de debates sobre o mesmo tema. Enquanto agente catalisador da vontade do povo, resta saber se tal reducionismo adotado atualmente pela corte quanto aos direitos trabalhistas resistirá, no tempo, ao julgo da opinião pública que vê a perda de conquistas históricas do trabalhador frente ao empresariado. Levar o direito a sério é ponto de partida para absorção de qualquer elemento externo na decisão jurídica.

Portanto, ainda que as teorias constitucionais atuais têm pautado a importância de compreender a decisão jurídica como a soma de elementos que ultrapassam a barreira normativa, não é passível de defesa posturas interpretativas que excluem completamente os limites textuais da Constituição

⁸⁴ A noção final de integridade em Ronald Dworkin foi desenvolvida na obra *Justiça para ouriços*. Para mais v. DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 335-347.

ou, ainda, que apliquem de forma instrumentalizada e incoerente os parâmetros pragmáticos⁸⁵.

Na velha (e superada) dicotomia entre passivismo e ativismo, observamos uma corte que se utiliza arbitrariamente de tais posturas, ignorando a adesão a pressupostos essenciais das próprias teorias que endossam.

Nesse sentido, tratando de decisões do STF na Era Cunha, apontam Thomas Bustamante e Evanilda Nascimento de Godoi Bustamante:

“O passivismo, enquanto recusa a uma defesa judicial do processo legislativo democrático e das regras que garantem a sua observância rigorosa, representa uma proteção inadequada e insuficiente da formação da vontade popular e das formas legítimas de sua manifestação. Ao deixar de fiscalizar adequadamente e garantir o cumprimento integral do processo legislativo democrático, a corte atua com negligência em seu papel garantidor das condições democráticas necessárias para o bom funcionamento do Estado de direito. De modo igualmente pernicioso, o ativismo, enquanto expansão exagerada da esfera de atuação do judiciário, que passa a se imiscuir em juízos políticos que não são próprios da atividade jurisdicional, é deficitário do ponto de vista democrático e contém o germe do autoritarismo que em outros tempos foi defendido sob a bandeira do jusnaturalismo e sob a falaciosa noção de que a supremacia da constituição implicaria, do ponto de vista lógico, uma supremacia judicial.” (2018, p. 17)

Bustamante e Bustamante defendem que ativista é toda decisão jurídica “que não pode ser considerada autoritativa, no sentido político-moral de

⁸⁵ Em recente artigo publicado em sua coluna na revista *Época*, Conrado Hubner Mendes fala dessa instrumentalização do pragmático, sem qualquer apoio teórico real: *Fez parecer que há consenso científico onde há pesquisa embrionária e contingente ao contexto americano; e supôs que as conclusões se transferem, sem mais, para as condições brasileiras de desigualdade. Citar qualquer pesquisa não vale. O jargão jurídico chama essa técnica decisória de “consequencialismo”. Os exemplos acima, com o perdão do trocadilho, aproximam o juiz brasileiro do “consequenciachismo”. O consequencialismo busca detectar relações empíricas de causa e efeito, pratica a dúvida metódica, vai atrás de pesquisas e dialoga com as ciências sociais. O consequenciachismo é um estado de espírito, um pensamento desejoso (“wishful thinking”), a confusão entre o que é e o que se queria que fosse. Bons consequencialistas respeitam a complexidade e a incerteza do mundo social. Consequenciachistas julgam conhecer o mundo social por intuição e experiência, aderem ao consequencialismo inconsequente, impressionismo com verve retórica.* Para mais v. Mendes, Hubner Conrado. *Jurisprudência impressionista*. Disponível em: <https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592>. Acesso em 15 de outubro de 2018.

ser moralmente legítima para decidir a questão que é colocada sob exame da corte constitucional” (2018, p. 21). Logo, mais do que a mera correção substancial da decisão, o aspecto que determina o ativismo é, para os autores, a justificação para autoridade de decidir o caso concreto. Defende-se, portanto, a necessidade de se respeitar os procedimentos previamente estabelecidos como suficientes para decidir questões que perpassam por desacordos razoáveis, preservando as responsabilidades políticas distribuídas no desenho institucional.

É necessário, pois, compreender nesse ponto, que posturas ativas ou passivas da corte devem ser individualizadas para, no caso concreto, compreender o excesso ou não da decisão jurídica. Da mesma maneira, se situamos a legitimidade moral da decisão jurídica no campo das competências constitucionalmente justificadas, precisamos também identificar falsos passivismos adotados pelo Supremo Tribunal Federal, que, da mesma forma, carecem de autoridade justificada. Enquadramos aqui as situações em que o Judiciário se esconde na autocontenção quando deveria, em razão da mesma justificação, decidir. A decisão de não decidir é, em si, a adoção de uma postura interpretativa que pode não estar moralmente legitimada. O silêncio, é nesse espectro, um juízo político que também deve ser analisado sob o aspecto da autoridade legítima, a partir dos processos de decisão estabelecidos pela Constituição.

Essa corte, que ora é passiva, e ora é ativista, o faz, portanto, calcada na estratégia da decisão perante a conjuntura político-econômica, desconsiderando os procedimentos previamente acordados na lei, como visto nos julgados aqui coletados. Portanto, há que se rechaçar minimalismos falsos, na mesma medida em que se condena os ativismos que encampam autoritarismos da corte, porque ambas posturas são falhas, do ponto de vista democrático.

Portanto, a crítica normativa nos leva a concluir que há, na decisão jurídica do STF, uma obsessão pela estabilidade, derivado do passado de reverses políticos e pela expectativa de se consolidar a Constituição de 1988 no tempo. Essa obsessão, entretanto, se sobrepõe a considerações normativas constitucionais que devem, necessariamente, guiar a decisão judicial. Isso porque a adoção de posturas estratégicas na decisão jurídica que buscam, na

essência, estabilidade política, social e econômica, só serão legítimas se apoiadas nas regras constitucionais que contornam sua ação. Quaisquer argumentos políticos-consequencialista devem ser mediados pelo próprio texto, através do qual deriva a autoridade da corte para rever as decisões dos demais poderes, no esquema de controle recíproco.

5.3.2. Independência funcional do Judiciário e reajustes salariais: a formação de uma casta judicial e seu afastamento dos compromissos constitucionais – crítica corporativista

Conforme dito em outros momentos desta pesquisa, uma importante conquista para o sistema de justiça brasileiro na Constituição de 1988 foi a garantia e proteção de independência funcional na atuação de suas instituições. Trata-se, na sua essência, de proteger a execução de suas funções primordiais de defesa da justiça, como elemento de preservação, em última análise do Estado Democrático de Direito⁸⁶.

Com o fortalecimento do Poder Judiciário, expansão que, como vimos, ocorre no mundo inteiro, pode-se falar na consolidação de uma verdadeira elite judiciária, a ser denominada também, por autores mais radicais, de casta judiciária. Segundo Fabiano Engelmann (2011), a existência de uma elite judicial se dá quando um grupo de agentes exerce um poder baseado no predomínio da expertise jurídica e relativamente autônomo em relação a outros tipos de poder político e burocrático.

A formação da nossa elite judicial se inicia na década de 1930, com a transformação da carreira de magistratura como carreira estatal, eliminando a caráter nobiliárquico de sua nomeação. Na Assembleia Constituinte para Constituição de 1988 o tema da independência funcional gera grande mobilização no campo jurídico, tendo o grupo fundamental participação na

⁸⁶ Conforme aponta FERNANDES: “Certo é que o primeiro indício de que o país está perdendo (claudicando) a democracia ocorre quando o Poder Judiciário está se enfraquecendo. Sem dúvida, este é o primeiro Poder (de forma explícita ou mesmo sub-reptícia) que é atacado e usurpado por um Estado autocrático (ou em vias de se tornar autocrático). Ou seja, quando passamos por uma crise institucional, tal que não há possibilidade de questionamento de atos ilegais, abusivos ou mesmo arbitrários, sejam eles, por exemplo, administrativos ou legislativos, é porque a própria permanência no princípio democrático se encontra em xeque. Portanto, defender o Judiciário é defender a democracia”. (2017, p. 1172-1173)

definição da expansão do sistema de justiça da nova Constituição. Ali, estabelece-se os padrões que trazem para tal elite o predomínio central da interpretação das leis e, principalmente, a função de guardião da Constituição. (ENGELMANN, 2011).

Ademais, aponta o autor, que processo vem acompanhado de uma hierarquização da elite judicial, o que se extrai de análise comparativa da biografia dos juízes que se destacam na interpretação jurídica. Pesquisa empíricas demonstram, segundo aponta Engelman (2011), um padrão de carreira profissional, vislumbrada em uma trajetória política marcada pela importância da inserção em redes políticas nacionais e regionais, políticas ou associativas, somada a uma longa carreira de magistrado ou procurador junto aos poderes públicos.

Frederico de Almeida, em estudos dedicados à compreensão da política da justiça no Brasil, aponta cinco fatores sociológicos para análise do tema: sua relação com a estrutura social, suas divisões e hierarquias internas, sua abertura para circulação e permeabilidade, sua escolarização e sua ação política em diferentes tempos históricos (ALMEIDA, 2014, p. 92). Para o autor, é fundamental reconstruir o processo de institucionalização das posições e relações jurídicas para própria compreensão da formação do Estado Nacional. Assim, pode-se compreender o que o Almeida chama de campo político da justiça, o espaço de poder relacionado ao controle político das organizações profissionais e burocráticas de administração do sistema de justiça do Estado. (2010, p. 12). Em tese sobre o tema, o autor demonstra que o poder que tal elite exerce em suas estruturas é o que permite sua reprodução, circulação e exercício. Há nesse sentido, um subcampo do campo jurídico, que é o campo político da justiça, em que certas estruturas de capitais simbólicos a distinguem dos demais juristas pela forma como circulam em torno do aparato da administração da justiça estatal, disputando direção e controle (ALMEIDA, 2010, p. 287-288).

Em estudo semelhante, André Marengo dos Santos e Luciano Da Ros verificam a existência de elementos padronizantes na forma de uma elite judiciária, em especial, nos membros dos órgãos de cúpula do Judiciário brasileiro, de 1829-2006. Analisam capitais tais como escolarização, profissão paterna, trajetória profissional, dentre outros, para verificar a existência de um

padrão altamente endógeno de recrutamento para as altas corte do país (SANTOS; DA ROS, 2008).

Nesse sentido, membros de diferentes grupos compartilham certos capitais simbólicos, tais como a formação acadêmica em faculdades de elite, origem geográfica ou acúmulo de capitais herdados do montante acumulado por sua família e das redes de relações construídas por estas. Isso se traduz na capacidade de manter controle sobre a produção e reprodução do poder, através da dominação da estrutura do aparato político da justiça (ALMEIDA, 2010, p. 290). Conforme aponta,

Entretanto, como sugeri no início deste trabalho, creio que o poder da administração da justiça estatal não é exercido e delimitado apenas por posições e arenas institucionais; em outras palavras, acredito que o espaço de circulação e exercício desse poder que venho chamando de campo político da justiça é estruturado a partir de concentração de diversas formas de capitais – não apenas institucionais, mas também sociais e políticos, como demonstrado a partir das análise das trajetórias – e, principalmente, da articulação que essas estruturas de capitais compartilhados permite entre diferentes posições institucionais, ocupadas por membros com trajetórias e perfis semelhantes (ALMEIDA, 2010, p. 296).

Partindo dessa constatação da existência de uma elite que se movimenta segundo padrões e elementos internos próprios, cabe aqui a sua contextualização num espectro maior, de convivência e relação com outras elites. Logo, em se tratando de uma configuração que se dá em uma sociedade capitalista, há que que questionar o relacionamento estabelecido entre esta elite jurídica com a elite financeira, que verdadeiramente estabelece os protocolos de interação. De forma grosseira, e conforme já apontado no capítulo 4, quando descrevemos a formação do constitucionalismo latino-americano, a história brasileira é uma história de colonização permanente do trabalho e do espírito, dominado pela elite financeira que tudo e todos subordina a seus interesses⁸⁷.

⁸⁷ No mesmo sentido, aponta Jessé Souza: *“Todas as outras elites são no máximo parceiras menores ou subelites. Mas como a vida não gosta de ser tão simples, a influência do dinheiro nunca é direta. Ela tem que se dar sempre sob outro nome. É por isso que as demais elites – políticas, culturais, jurídicas e sociais – são fundamentais para que o dinheiro grande e a meia dúzia que o detém no Brasil possam mandar em tudo.”* (2016, l. 291)

O que se observa, portanto, é que aquela elite jurídica se movimenta segundo as regras do jogo imposta por essa elite financeira, principalmente no que diz respeito à manutenção dos seus privilégios. Sua reprodução através das estruturas dos seus capitais internos traduz-se em elementos socioeconômicos capazes de se identificar uma íntima relação com a própria reprodução do poder econômico no país. Ou seja, aquele subgrupo identificado por Almeida, que se dedica ao campo político da justiça (administração dos interesses corporativos) se movimenta segundo as regras do jogo capitalista de privilégios e manutenção do que se pode chamar de uma casta judicial.

Elemento importantíssimo nesse jogo político é a ausência de controle efetivo sobre essa atuação. As poucas formas de *accountability* se dão de maneira corporativista, interna, segundo padrões éticos próprios: utiliza-se de uma narrativa de perfeição que pretensamente a colocaria em situação de legitimidade acima dos demais membros da sociedade (SOUZA, 2016, I. 1963). Se apoia em dois elementos legitimadores: o concurso público, como simulacro na meritocracia, e através da ideia de que faz algo essencial para sociedade, como uma “vanguarda moral do povo brasileiro” (SOUZA, 2016, I. 1985).

Podemos citar aqui dois dados que corroboram essa noção: as análises estatísticas sobre o altíssimo gasto com a máquina judiciária brasileira e o jogo político do Judiciário para aumento de salários e manutenção de privilégios corporativos juntos aos demais poderes.

Primeiramente, é preciso ter em conta que no Brasil gasta-se muito com o aparato judicial. Luciano Da Ros desenvolve pesquisa sobre o custo da justiça no Brasil⁸⁸ e aponta, preliminarmente alguns dados sobre tais despesas que confirmam a ideia central desse tópico. Dados apontam que entre 2009 e 2012 a despesa com o orçamento do Poder Judiciário no Brasil oscilou entre 1,35% e 1,48% do Produto Interno Bruto do país. Comparativamente a outros países, o Brasil, provavelmente, é o país que mais gasta com a administração da Justiça: Espanha tem índice de 0,12%; Argentina, 0,13%; Estados Unidos, 0,14%,

⁸⁸ A pesquisa está sendo desenvolvida em coautoria com Matthew M. Taylor, da American University, e é intitulada *Opening the Black Box: Three Decades of Reforms to Brazil's Judicial System*. Dados preliminares já foram divulgados e são base para a discussão que se trava neste ponto. Para mais v. DA ROS, Luciano. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória, Newsletter Observatório de Elites Políticas e Sociais do Brasil, Curitiba, v. 2, n.9. 2015.

Portugal, 0,28%; Alemanha, 0,32%⁸⁹, para ficarmos com alguns exemplos.

A maior parte dessa despesa é destinada para pagamento de pessoal, como se dá na maioria dos países analisados (89% dos gastos brasileiros são destinados a folha de pagamento, contra média de 70% nos países europeus). Mantem-se uma proporção no pagamento de magistrados, com cerca de 8,2 juízes por 100.000 habitantes. A disparidade se dá, entretanto, no número de servidores, assessores, terceirizados, cedidos e afins, equivalendo a 205 para cada 100.000 habitantes, em proporção bem diversa da verificada em outros países. Aponta Da Ros, analisando dados da European Commission for the Efficiency of Justice- CEPEJ (2014) e do Centro de Estudios de Justicia de las Américas -CEJA (2014), as seguintes proporções de funcionários por 100.000 habitantes: Inglaterra, 30,6; Itália, 40,5; Colômbia, 41,6; Chile, 42,1; Portugal, 58,3; Alemanha, 66,9; e Argentina, 150 (2010, p. 6) (DA ROS, 2015, p. 4-6).

Para o autor, são muitos os motivos que explicam a vultuosidade financeira do nosso sistema de justiça. A aposta que se faz na Constituição de 1988 no sistema de justiça, como garante da democracia e da estabilidade social se traduziram numa capacidade de expansão que se deu não apenas no âmbito das competências legais. Para pôr em prática toda essa promessa, observou-se um incremento também financeiro nessas instituições como forma de assegurar lhes a independência necessária para persecução dos fins que lhe foram impostos. Isso explica também a formação de uma verdadeira indústria jurídica em torno do funcionamento do Poder Judiciário e de suas instituições afins. Logo, o tema deve ser retirado das pautas estritamente jurídicas para ser colocado como questão macroeconômica, como tema de interesse geral que se questiona o gasto que o país quer ter com tal sistema, e como se dá o retorno para comunidade desse gasto que ela sustenta. Conclui: talvez o pêndulo orçamentário do Poder Judiciário tenha ido longe demais (DA ROS, 2015, p. 10-11).

O segundo ponto vem tratar do jogo político do Judiciário para aumento de salários e manutenção de privilégios corporativos juntos aos demais poderes.

⁸⁹ Dados citados pelo autor, tendo como fonte os seguintes estudos: CNJ 2014; European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) 2014, 32; Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) 2007; National Center for State Courts (NCSC) 2012; Supreme Court of the United States (SCOTUS) 2012.

Para que se mantenha a independência do sistema de justiça, resguarda-se garantias institucionais, tais como autonomia funcional, administrativa e financeira do Poder Judiciário. Mais especificamente, no que diz respeito à autonomia financeira, compete ao próprio Poder Judiciário encaminhar proposta orçamentaria que será votada no Congresso, através do Poder Executivo. O presidente da República, dessa forma, consolida em um único projeto de Lei Orçamentária as propostas do Executivo, Judiciário, da Defensoria Pública e do Ministério Público, submetendo-o à apreciação do Legislativo. Este, por sua vez, atendidos os pressupostos constitucionais, poderá modificar o projeto inicial, enquanto detentor de função de definir receitas e despesas de todo o poder público.

Logo, a organização político-administrativa brasileira institucionaliza aquele campo político da justiça do qual Almeida cita. É ele quem vai barganhar junto ao Congresso Nacional e ao Presidente da República as benesses necessárias para o seu grupo. Estamos diante de um limiar muito tênue entre o aporte financeiro que se faz necessário para execução das atividades de justiça e um poder que se perde em si mesmo na conquista de status econômico e na busca de privilégios dispares da função estatal que ali se realiza.

Para ilustrar, trazemos dois exemplos recentes vivenciados pelo país acerca dos privilégios remuneratórios. Primeiro, trata-se das recorrentes notícias veiculadas na mídia brasileira, que apontam casos de magistrados que recebem valores absurdos para os padrões nacionais. O princípio da transparência, operacionalizado aqui pela Lei de Acesso à Informação, expôs essa ferida institucional, permitindo o conhecimento geral de remunerações imorais recebidas por alguns magistrados. Em rápida pesquisa⁹⁰, capturamos informações que relatam recebimentos que alcançam até a casa dos 500 mil reais, somando indenizações e outros “penduricalhos” devidos a alguns magistrados.

Enquadra-se nesse espectro a conquista do auxílio-moradia. Em 2014, o Ministro do STF Luiz Fux, concedeu, via liminar, na Ação Originária nº 1773, o

⁹⁰ Para alguns exemplos v. <https://veja.abril.com.br/brasil/nao-estou-nem-ai-diz-juiz-que-recebeu-r-503-mil-em-julho/>; <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,minas-pagou-salarios-acima-do-teto-para-98-dos-juizes,70001954173>; <https://www.jota.info/justica/tres-em-cada-quatro-juizes-tem-remuneracao-acima-teto-23102016>. Acessos em 03 dez 2018.

pagamento de auxílio-moradia para os magistrados de todo o país. Na mesma esteira, outras instituições, como Ministério Público e as carreiras da Advocacia Pública pleitearam o mesmo benefício. A decisão, precária, segue sem julgamento definitivo, gera, por si só, um gasto de 291 milhões de reais para os membros do Judiciário e de 108 milhões de reais para os membros do Ministério Público⁹¹.

Da mesma forma, a ADI 4393, de relatoria do Ministro Ayres Britto, ajuizada em 2010 pela Procuradoria-Geral da República, contesta um pacote de benefícios concedido pelo então governador Sérgio Cabral aos magistrados do estado do Rio de Janeiro, tais como auxílios saúde, pré-escolar, alimentação, adicional de permanência, adicional de 15% para presidente do Tribunal e de 10% para o corregedor. O relator, votou pela inconstitucionalidade da política salarial, quando o ministro Fux pediu vistas. O processo segue, até o fechamento deste texto, sem andamento.

O limiar da independência funcional, imprescindível para realização das funções básicas de justiça, e a prevalência de interesses corporativos sobre interesses da sociedade se torna mais crítica quando observamos a contribuição direta do Judiciário ao impeachment da presidente Dilma, bem como os entremeios de interesses corporativistas que influenciaram tal processo.

Segundo Jessé Souza⁹², os interesses corporativos da casta jurídica foi o um dos fios condutores do impeachment da presidente Dilma, perdendo o direito a sua autonomia para política, que se sobrepôs na situação em tela. Para o autor, a operação Lava Jato, investigação que deflagra uma verdadeira caça às bruxas no país, representa um “um simulacro de direito e uma caricatura de justiça”, uma vez que traz a predominância da política sobre o direito (2016, l. 1931).

⁹¹Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,auxilio-moradia-custa-r-817-mi-a-uniao,70002176117>. Acesso em 03 dez 2018.

⁹² Tomamos conhecimento, nesse sentido, dos importantes debates que o autor suscitou na academia no que diz respeito às suas teorias. Para os fins a que nos propomos aqui, qual seja, revisar o papel do STF no presidencialismo de coalizão, e, conseqüentemente, sua atuação durante do impeachment de Dilma Rousseff, o autor se torna pertinente por traçar conclusões importantes sobre o Judiciário como legitimador dos eventos que ali se sucederam. Para mais v. CASTRO, Felipe Araújo. Genealogia histórica do campo jurídico brasileiro: liberalismo-conservador, autoritarismo e reprodução aristocrática. 2018. 435 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

Bem como aponta Emílio Peluso Neder Meyer⁹³, a classe jurídica não é a única responsável pela situação atual do país, uma vez que o processo a que chegamos é permeado por várias tensões, que vão além da própria dinâmica do Judiciário. O que se pretende demonstrar neste tópico, é que os compromissos internos das instituições envolvidas sobressaem a sua função de protetora da Constituição. Nesses embates corporativistas, o Judiciário afasta seu compromisso constitucional e joga o jogo político orquestrado, em sua maioria pelo Executivo. Conforme aponta:

“A questão aqui não é a de imputar à classe jurídica e aos magistrados em geral o papel catalizador da crise constitucional atual. É claro que todo esse processo constituinte é permeado por tensões e disputas. É por isso que a reivindicação de inúmeros juristas por um controle efetivo pelo STF da gravidade e da justa causa dos crimes de responsabilidade no processo de impeachment coloca-se como um movimento central para manter de pé o constitucionalismo brasileiro pós-1988. É dessa perspectiva que esse constitucionalismo é e precisa ser visto como normativo, justamente para colocar em questão o constitucionalismo instável resultante da atuação irresponsável de um número importante de integrantes do Poder Judiciário brasileiro, este também um poder que não pode ser visto como um bloco unitário monolítico.⁹⁴”

Tais considerações nos leva à conclusão de que a deferência verificada nos julgados ora analisados deve ser compreendida não como uma subalternidade ou uma sujeição silenciosa, mas sim, como a existência de uma agenda comum, que só pode ser conquistada através do alinhamento com agenda política predominante. Portanto, o sucesso das questões corporativas só pode ser alcançado em função da estabilidade da coalizão, levando o Judiciário, estrategicamente, a se posicionar ao lado do pensamento político dominante.

⁹³ No mesmo sentido, afirmou Barry Friedman: *The primary (though often implicit) assumption of normative scholarship is that judges ought to be motivated primarily to decide cases based upon an independent assessment of the law and facts. They might be, and some positive scholars may fail to give proper credit because of the role orientation of judges. But judges also might care about things as varied (and human) as reaching the outcome they prefer, increasing their leisure, anticipating what other people or groups think of them based upon their decisions, seeing that their will is obeyed, 71 and—particularly for lower court judges—being promoted.* In: The politics of judicial review. Texas Law Review, Vol. 84, pp. 270-271. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=877328. Acesso em 11 de outubro de 2018.

⁹⁴ Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/constitucionalismo-autoritarismo-e-juristocracia-03112017>. Acesso em 26 out 2018

Portanto, a existência de elite judiciária, que se movimenta segundo padrões específicos, reproduzindo um capital simbólico próprio, também será parte da estrutura das coalizões, como grupo indispensável para concretização de interesses mútuos entre os atores políticos. Ao mesmo tempo que o Judiciário precisa se alinhar ao Presidente para ver seus interesses de classe atendidos, os demais membros da coalizão precisam se alinhar ao Judiciário para garantir a estabilidade e o fechamento necessário para realização das demandas políticas específicas.

Por isso, a deferência do STF à agenda política da coalizão não deve ser entendida como um ato de subordinação ou sujeição, e sim, como a existência de uma agenda comum, de um Judiciário que é integrante pleno desse sistema político blindado. Sua independência funcional resta prejudicada pela existência dessa agenda comum e desse alinhamento à governabilidade, que se volta, nos dias atuais, para uma estabilidade superficial, uma vez que apoiada na força dos interesses de grupos restritos e oligárquicos.

6.3. Governabilidade e crise de legitimidade do Presidencialismo de Coalizão: existe um diálogo constitucional?

Concluimos, pois que o Poder Público é um litigante habitual, estando o STF frequentemente alinhado com a agenda política do Executivo. Logo, temos que um aspecto importante da decisão jurídica no STF pauta-se por um pragmatismo forte, na relação da corte com os demais poderes, sendo a governabilidade um denominador comum que resume os vários fundamentos adotados pelos votos pelos ministros. Percebe-se um forte consequencialismo na decisão jurídica da Corte, que, ao julgar demandas importantes para concretização da agenda política do Executivo, orienta-se fortemente por elementos estratégicos, ignorando, muitas vezes os elementos normativos para fundamentação.

A trajetória que se apresenta no capítulo 5 ainda demonstra a passagem de um período de estabilidade do modelo do presidencialismo de coalizão para tempos atuais, em que tal sistema passa a ser um dos elementos que contribuem

fortemente para crise institucional pela qual passa o país no momento da escrita deste trabalho.

Como bem aponta Avritzer, o presidencialismo foi uma armação institucional que funcionou provisoriamente para o problema da governabilidade (AVRITZER, 2016, p. 31). Os governos FHC, Lula e o primeiro governo Dilma tiveram sua capacidade de governar garantida não somente pelos arranjos políticos feitos pela coalizão, como também por decisões judiciais do STF que proporcionaram um campo livre para desenvolvimento das respectivas agendas políticas. Durante estas gestões, verificamos uma tendência consequentialista na interação do STF com o Executivo, a partir de um agir estratégico e não legalista.

Ocorre que os custos dessa interação vão se tornando onerosos, vindo a desencadear o cenário de crise institucional que se apresenta desde junho de 2013. Mais especificamente, Avritzer aponta que a crise do presidencialismo de coalizão se inicia em 2003, com a dificuldade encontrada pelo presidente Lula, em seus primeiros momentos de governo para alcançar maioria no Congresso. Ali, o Partido dos Trabalhadores ocupava 17% das cadeiras do Congresso Nacional, e decidiu não se aliar ao PMDB, principalmente, em razão do compromisso com os movimentos sociais. Nesse sentido, os principais ministérios ficaram na mão do próprio partido, tendo o Executivo feito coalizão com partidos menores⁹⁵ (AVRITZER, 2016, p. 36-37).

O caso do Mensalão vai cobrar o preço dessa estratégia, exatamente pela ausência de uma base de governo forte para sustentar a crise. É a partir desse ocorrido que Avritzer verifica três elementos importantes do presidencialismo de coalizão, que ensejarão a falência ao modelo. O primeiro é a noção de que governabilidade precisa ser compreendido em bases mais amplas, para abranger tanto a capacidade de produzir decisões governamentais e políticas de governo, quanto a capacidade de estabilizar a legitimidade do sistema político. Segundo o autor, o primeiro governo Lula, ao fechar os ministérios para negócio

⁹⁵ “Por uma perspectiva restrita da governabilidade, poderíamos argumentar que o governo petista desprezou, em um primeiro momento a importância de uma construção mais robusta da governabilidade, ao deixar de lado uma possível aliança com o PMDB. No entanto, a governabilidade não pode ser reduzida à capacidade de tomar decisões; deve também ser vista como a capacidade de implementar as políticas públicas e o eleitorado de um partido demanda.” (AVRITZER, 2016, p. 37)

com a coalizão, garantiu o primeiro aspecto, e não o segundo. O segundo elemento são os custos das alianças para o governo, uma vez que o PT vinha de uma trajetória de forte oposição, com crítica forte contra corrupção e aliança escusas. O último elemento citado é a cessão de ministérios importantes na área de infraestrutura, ambiente propício para ocorrência de casos de corrupção (AVRITZER, 2016, p. 39).

Para conter a crise do Mensalão e estabilizar os efeitos das denúncias, o PT se abre para coalizão com o PMDB, oportunidade que cede a este outro aspecto da governabilidade. O resultado é que no segundo mandato, o governo Lula alcança taxa de aproximadamente 90% de aprovação de propostas junto ao Congresso Nacional, institucionalizando o presidencialismo de coalizão (AVRITZER, 2016, p.43). Logo, do ponto de vista da capacidade de tomar decisões, o governo Lula alcançará a governabilidade desejada pelo modelo presidencialista brasileiro. Fica prejudicado, porém, um aspecto de legitimidade e ética, uma vez que esse modelo ensejará, uma continuidade do processo de corrupção e privatização dos interesses políticos. A opinião pública, em especial, a partir das manifestações de junho de 2013, passa a questionar a alianças impostas pelo presidencialismo de coalizão, e o custo para moralidade que deriva da governabilidade alcançada. No governo Dilma, essa disjunção legitimidade-governabilidade se agrava⁹⁶, levando a uma crise democrática profunda no país.

As Jornadas de Junho de 2013, marcam o retorno de uma narrativa do atraso nacional, reforçando no imaginário popular a fatalidade da tradição política brasileira, que associa, de forma naturalizada, o Estado à corrupção (COSTA JUNIOR, 2017, p. 30-31). Ainda imersos nos efeitos do movimento, que foi sucedido pela cassação da presidente Dilma e pela retomada do poder pela direita conservadora, nas eleições de 2018, observamos uma falência do

⁹⁶ “Três grandes conflitos foram enfrentados por Dilma em seu primeiro mandato: os problemas consecutivos de corrupção entre os ministros indicados por sua base política, que levaram à demissão de sete deles no primeiro ano de governo; uma rebelião conservadora da base do governo, que levou a derrotas em diversas propostas importantes, como nos casos do Código Florestal e do Decreto nº 8.243 sobre participação; e as manifestações de junho de 2013, que ajudaram a consolidar uma visão acerca da corrupção no sistema político e no governo.” Para mais v. AVRITZER, Leonardo. *Impasses da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2016, p. 44.

presidencialismo de coalizão que não consegue mais resgatar sua importante faceta de estabilização das expectativas políticas, sociais e econômicas através de alianças legítimas. Ao revés, um discurso moralista ocupa os espaços da política, sustentado numa necessidade leviana de se responder à corrupção.

As manifestações de junho de 2013, no entender de Ernane Salles da Costa Junior (2017), são marcadas por três momentos distintos. Em sua primeira fase, é desencadeada pelo Movimento Passe Livre, na luta contra o aumento da tarifa de ônibus na cidade de São Paulo⁹⁷. Alinhado em torno da luta pelo transporte coletivo, os primeiros atos do movimento possuem estratégia bem definida em torno do passe livre, traduzindo, entretanto, uma insatisfação coletiva em torno do modelo insuficiente de crescimento urbano. Ao lado dessa reivindicação encontramos a crítica também ao modelo político que adere à vontade do capital e passar a enxergar os sujeitos como mercadorias.

Dá-se, então, a abertura para a segunda fase das Jornadas de Junho de 2013, com a aderência generalizada do povo que vai as ruas para reivindicar as mais diversas pautas. A marca dessa segunda fase é ausência de um projeto político único a ser reivindicado, com clara horizontalidade e fragmentação de bandeiras. Conviviam nas manifestações ideologias progressistas e conservadoras, sem lideranças, sem pautas fixas ou sentidos preexistentes (COSTA JUNIOR, 2017. p. 45-46). Nessa segunda fase encontramos o embrião para terceira e última etapa das Jornadas, que vão convergir para pauta comum de combate à corrupção. Conforme explica o autor,

A segunda matriz da máxima das jornadas de junho, a corrupção da vida pública, atua propriamente na configuração da imagem negativa da estrutura estatal brasileira, vista como resultado do chamado patrimonialismo. No uso corrente do termo, patrimonialismo pode ser entendido como a caracterização da vida pública brasileira como lugar segundo o qual a política é tomada como mero predicado da propriedade privada de quem é autorizado para governar (COSTA JUNIOR, 2017, p. 117)

⁹⁷ Importante verificar o fio da história, que retorna às origens do movimento na luta por melhorias no transporte público, a agosto de 2003, na cidade de Salvador, com o embrião do movimento. No ano seguinte, Florianópolis também foi palco de importante mobilização que levou a causa às ruas da cidade. Os movimentos são predominantemente liderados por jovens, em torno de assembleias horizontais, tendo a luta pelo transporte coletivo como bandeira funda em princípios como autonomia, independência, horizontalidade e apartidarismo. Para mais v COSTA JUNIOR, Ernane Salles. *Constitucionalismo do atraso*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 38-39.

A terceira fase é marcada por uma reconfiguração do movimento, que, apoiado na bandeira de combate à corrupção, passa a ser identificado com uma ideologia predominantemente conservadora. A partir de 19 de junho, as manifestações passam a reclamar um apartidarismo e o repúdio a movimentos sociais tais como Movimento dos Sem Terra, CUT e UNE, apontando para recusa de mediações institucionais para o problema que apresenta (COSTA JUNIOR, 2017, p. 140). Interessante, nesse ponto é configuração que adquire o Direito, como espaço passível de extrair as consequências para moralização do espaço político, como remédio para corrupção. Trata-se, entretanto, de bandeira vazia e permeada de problemas, como por exemplo, a autorização para personagens do aparato jurídico-estatal se colocarem como salvadores da pátria. Nas palavras do autor,

A bandeira anticorrupção, desvinculada de pautas e programas concretos de reforma normativo institucional, fomenta o ódio personificado em figuras públicas que são alvos da imprensa e o descrédito nas instituições políticas, sem com isso, atacar os pontos sensíveis reprodutores do problema. Ela adquire, pois, uma face oposicionista em relação a políticos, governos, partidos, leis e Estado; ela alimenta o ódio contra “tudo isso que está aí” que justifica a destruição daquele que naquele momento encarna o mal (COSTA JUNIOR, 2017, p. 150)

Localizamos, pois, como marco importante para análise do ponto no qual se encontra o sistema político brasileiro, as Jornadas de Junho de 2013, que, em sua terceira fase, de distorção cognitiva da estratégia necessária para romper com o patrimonialismo no país, apresenta o embrião que culmina nos fatos do impeachment da presidente Dilma.

Observando a história política brasileira pós-88, temo um processo que evidencia, segundo Avritzer, uma falha importante do presidencialismo de coalizão. O modelo consegue nos primeiros anos de Constituição de 1988 orquestrar peculiaridades do desenho institucional brasileiro, como presidencialismo, sistema proporcional e pluripartidarismo, alcançando governabilidade do ponto de vista da estabilidade institucional e poder de decisão e de implementação de políticas. Ocorre que, aos poucos, abre-se um

olhar para o preço dessa estabilidade, que se faz em detrimento a outro aspecto importante do regime democrático, qual seja, a legitimidade. Ao longo dos anos, o modelo do presidencialismo de coalizão evidencia um lado sujo do jogo político, a partir de alianças que trabalham em torno de um *modus operandi* político eivado de corrupção e privilégios de grupos sociais determinados. Nesse contexto, o presidencialismo de coalizão passa a ser um elemento que reforça o *status quo* de desigualdade e de reprodução de um modelo político que se arrasta desde a formação do constitucionalismo brasileiro⁹⁸.

Abranches, em sentido contrário, defende que os atrasos sociais se dão em razão de uma interação histórica com predomínio de práticas clientelistas e de patronagem, que refletem na formação de coalizões fisiológica, e não em razão do presidencialismo de coalizão. Dessa forma afirma:

Tem se tornado dominante a ideia de que todas as distorções e vícios, como o toma-lá-dá-cá, a cooptação, o clientelismo endêmico, a corrupção, derivariam do presidencialismo de coalizão. Não derivam. São maneiras ilegítimas de formas alianças e coalizões. Mas as coalizões podem ser formadas por métodos legítimos de negociação de programas e valores, livrando o presidencialismo de coalizão de tais vícios (ABRANCHES, 2018, I. 56).

Conforme aponta o Avritzer,

A derrota do PT, aliada a maneira como o financiamento de campanha incide sobre o perfil do Legislativo, aponta para uma mudança da natureza na relação entre este e o governo. Na medida em que o financiamento privado torna o Congresso cada vez mais conservador, acaba por se manifestar um fenômeno que é a transformação do centrismo do presidencialismo de coalizão em um elemento de conservação do status quo ou até mesmo de reversão do status quo político (AVRITZER, 2016, p. 47)

Logo, a sustentabilidade desse modelo de presidencialismo enquanto propiciador de governabilidade passa a não ser mais suficiente. O

presidencialismo de coalizão foi, provisoriamente, importante para garantir governabilidade e permitir o desenvolvimento da democracia brasileira e das formas de participação popular. A partir do momento em que a opinião pública se abre para importância do combate à corrupção, o que se tem é uma clara falência deste modelo, em razão de seu formato e de sua operacionalização.

No mesmo sentido, Nobre vê as Jornadas de Junho de 2013 como uma rejeição flagrante ao pemedebismo, como traço comum que une todas as narrativas ali presentes. Em referência ao partido político que capitaneou a figura da blindagem do sistema político contra a sociedade, ainda no período da Constituinte, Nobre intitula esse movimento de pemedebismo⁹⁹. Nesse contexto, a visão de um Poder Judiciário como herói brasileiro no combate à corrupção ignora a acepção que defendemos aqui, qual, seja, a de que ele é integrante pleno do sistema político, atuando também, dentro das suas competências, segundo a lógica pemedebista dominante (NOBRE, 2013, p. 18). Defende Nobre que,

É comum ouvir que movimentos de contorno de veto como esses representariam uma “judicialização da política” ou o exercício de um “ativismo judicial”. Como se o Judiciário estivesse indo além do que seria seu domínio próprio, invadindo competências que pertenceriam ao Legislativo e mesmo ao Executivo. Nessa visão, o Judiciário teria já uma espécie de espaço predeterminado de atuação, fixo, imóvel e imutável, estabelecido sabe-se lá por que mente iluminada, que sabe de antemão como as coisas devem ser, independentemente das disputas políticas concretas. De acordo com essa visão privilegiada, o Judiciário brasileiro seria, no final das contas, algo como uma porta de fundos do sistema político.

Quando se afasta uma visão redutora como essa, o Judiciário passa a ser entendido como integrante pleno do sistema político, tanto quanto o Legislativo ou o Executivo, com a especificidade que lhe é própria, mas ele também sempre atuando segundo a lógica pemedebista que domina o sistema. É mais um espaço em que são lançadas iniciativas, esperando que elas sejam capazes de contornar vetos. Com recurso também à figura tão

⁹⁹ Para Nobre, cinco elementos caracterizam o pemedebismo: “*governismo (estar sempre no governo, seja qual for ele e seja qual for o partido a que se pertença); a produção de supermaiorias legislativas, que se expressam na formação de um enorme bloco de apoio parlamentar ao governo que, pelo menos formalmente, deve garantir a ‘governabilidade’; funcionar segundo um sistema hierarquizado de vetos e contornos de vetos; fazer todo o possível para impedir a entrada de novos membros, de maneira a tentar preservar e aumentar o espaço conquistado; bloquear oponentes ainda nos bastidores, evitando em grau máximo o enfrentamento público e aberto (exceto em polarizações artificiais que possa render mais espaço no governo e/ou dividendo eleitoral).*” (2013, p. 14)

cambiante, mas por vezes decisiva, da opinião pública. Dependendo das circunstâncias, do grau de organização dos grupos de veto e de sua capacidade efetiva de exercê-lo, decide-se pela concentração de esforços na continuidade da ação ou pelo recuo. A maioria esmagadora dos balões de ensaio não prospera. Nem chega a ver a luz do debate público mais amplo. É claro que coisa muito diferente seria observar em operação um Judiciário que não estivesse submetido à lógica pemedebista mais ampla do sistema político. Mas não é o que se deu na longa redemocratização brasileira (2013, p. 18)

Somando a decisão jurídica a tal conjuntura, observamos uma deferência reveladora do Supremo Tribunal Federal, que, acompanhando o movimento de questionamento de legitimidade da coalizão, passa a ser questionado também como órgão que referenda um sistema de privilégios e de barganhas espúrias. Sistematizamos, no tópico anterior, dois fatores críticos do posicionamento do STF, que denotam esse comprometimento quanto a legitimidade das decisões ali tomadas. Falamos, primeiramente, do esvaziamento do discurso constitucional através da adoção de elementos econômicos e da preponderância de elementos externos sobre razões constitucionais para decidir, capaz de excluir, inclusive, razões constitucionais para decidir. Elaboramos, também, a questão corporativista do Poder Judiciário, reunido em uma casta judicial que compromete sua independência funcional e seu comprometimento com a Constituição.

Se nos governos FHC e Lula a governabilidade exarada pelo STF se situava dentro de limites aceitáveis, com adoção de um consequencialismo fraco que refletia criticamente os efeitos sistêmicos da decisão, temos, a partir do impeachment da presidente Dilma um marco importante de assunção de um papel crucial do STF para crise constitucional que se instalou.

O diagnóstico inicial é de que a expansão dos poderes das cortes constitucionais é um movimento mundial, ocorrido após Estados de Exceção e contextos de guerras como forma de proteger a democracia e os novos constitucionalismos, do qual a Constituição de 1988 não escapou. Caminhando ao lado dessa realidade, temos o diagnóstico interno de que no contexto do presidencialismo de coalizão, o Poder Judiciário teria a função de atuar como árbitro, contendo eventuais excessos das barganhas pelo poder.

Contrariando essa hipótese, observamos que o STF se afasta de suas

prerrogativas iniciais, assumindo uma leitura da nociva da governabilidade, que se somada à análise feita por Avritzer acerca do preço da estabilidade. Ou seja, enquanto referenda o posicionamento predominante da coalizão governante, estaria a corte referendando também um jogo político ilegítimo, uma vez que apontado como corrupto e garantidor de privilégios de grupos sociais determinados.

Por um lado, tomando como base a crítica normativa, vemos que o STF se afasta de seus compromissos constitucionais, admitindo razões estratégicas em detrimento de razões constitucionais para decidir, e, dessa forma, instrumentalizando seu ponto de partida, qual seja, a norma jurídica. Escapando de suas capacidades colocadas pelo desenho institucional, deixa de ser o seguro político que poderia cobrar a legitimidade do presidencialismo de coalizão, se fiel aos pressupostos constitucionais de julgamento. Não precisa, para tanto, assumir uma função de salvação ou moralização do país, que acaba, como visto nos exemplos de julgados aqui coletados, sendo manifestados através de noções pessoais de estabilidade. Basta se ater ao desenho constitucional e à fundamentação jurídica dos casos.

Por outro lado, partindo da crítica corporativista, observamos que o próprio Poder Judiciário adere ao jogo político ilegítimo, buscando alcançar privilégios e benesses para classe. A deferência a agenda política, nesse viés, deve ser compreendida não como a condição de uma corte subjugada ou subalterna. Sob o viés da crítica corporativista, seria melhor traduzir essa deferência como a existência de uma agenda comum. Para ter sucesso em seus propósitos de classe, é necessário um alinhamento às prioridades da coalizão predominante, como condicionante para conquista de elementos tais como aumento salarial ou auxílio-moradia.

O que se tem, portanto, é um cenário de crise institucional incrementado pelo Poder Judiciário, que coloca em xeque a própria legitimidade democrática desse sistema. Sérgio Antônio Ferreira Victor, corroborando o pensamento de Levinson e Pildes trazido no capítulo 3, afirma que é a dinâmica entre os partidos que anima a estática da separação de poderes. Aplicando tal abordagem para realidade brasileira, aponta que a alta fragmentação partidária dificulta a relação representante-representado, bem como induz à concorrência intrapartidos ou coligações eleitorais. Quanto a esse último aspecto, cria-se uma competição por

espaços dentro da base governista, o que prejudica a competição externa, desejada pelo refinamento da teoria madisoniana de separação de partidos. As coalizões se tornam tão amplas que diluem a divisão entre governo-oposição, reduzida a manifestações meramente simbólicas. A falha quanto à separação de poderes, nesse sentido, se dá uma vez que não há força ou interesse do Congresso em controlar a atuação dominante, por ausência de ambiente próprio para tal competição. Nas palavras do autor,

Na medida em que é a competição entre partidos que, nas modernas democracias, catalisa o efetivo funcionamento do sistema de poderes separados, o cenário é revelador de uma situação de aproximação, por contraditório que possa parecer, entre um governo unitário e um governo formado por coalização extremamente ampla, em razão da fragmentação do quadro partidário. Em ambas as hipóteses, a oposição é reduzida a uma atuação simbólica e pode ser levada a extinção. (VICTOR, 2015, p.137)

O prejuízo direto, nesse caso, é ao pluralismo saudável de uma democracia, que resta prejudicado pela capilaridade de questões de centro, apenas. Logo, interessados na coalizão, como única forma possível de captar vantagens e espaço relevante na política, as mais diversas bandeiras se unem ao centro, reduzindo assim a visibilidade de bandeiras mais polarizadas de esquerda ou direita. O prejuízo democrático é grande, nos levando a uma cultura política de baixo teor democrático.

Como bem afirma Marcos Nobre, democracia não é apenas o funcionamento das instituições políticas, do ponto de vista da formalidade. Democracia exige uma cultura política pluralista, enraizada como uma forma de vida que organiza o cotidiano das relações entre as pessoas (NOBRE, 2013, p. 9). Para o autor, um dos mecanismos centrais de controle da cultura política é a ideia de coalizão, necessária para governar. Os acordos de governabilidade servem para preservar o sistema político fechado em um poderoso bloqueio contra a sociedade.

Nesse espectro, é descabido para Nobre se falar em judicialização da política ou ativismo judicial como a caracterização de um Judiciário que vai além das suas funções, invadindo competências próprias do Legislativo ou do

Executivo. Essa visão redutora ignora o Poder Judiciário como integrante pleno do sistema político. Essa integração plena se dá, inclusive, nos termos do pemedebismo. Aponta o autor, que,

Também o Judiciário, como legítimo integrante do sistema político, opera segundo essa mesma lógica. O STF (Supremo Tribunal Federal) e o TSE (Tribunal Superior Eleitoral) funcionam de fato como freio e contrapeso importantes no jogo entre os poderes. Mas segundo uma lógica pemedebista que também os caracteriza. Quando entendem que o sistema ameaça operar unicamente segundo a diástole do bloqueio à alteração da correlação de forças existentes, tomam decisões em favor da fragmentação partidária. E vice-versa. Foi isso o 'liberalismo' que se conseguiu produzir no país. Ao zelar por uma interpretação predominantemente 'liberal' da Constituição e da legislação eleitoral, STF e TSE produzem, na verdade, um 'liberalismo a brasileira', fundado no movimento pendular próprio do pemedebismo, funcionando como contrapeso à sístole fragmentária e como freio à diástole do bloqueio das correlações de forças vigentes." (NOBRE, 2013, p. 44)

Logo, a pretensa estabilidade, que figura como fundamento central das decisões do STF torna instrumentalizada qualquer forma de democratização ou ampliação da participação política, uma vez esconde formas hierarquizadas de manutenção do poder. Contribui para pouca imersão política dos cidadãos, uma vez que não é flexível o suficiente para suportar radicalizações, só se sustentando em ideias que passem pelo centro. Portanto, o atual sistema presidencialista de coalizão bloqueia o desenvolvimento pleno da sociedade brasileira.

Quanto ao STF, observamos um afastamento de suas funções constitucionais que poderiam funcionar como fórum de equilíbrio e controle democrático. Reforça, portanto, esse cenário de baixa densidade democrática, resultando numa democracia simbólica e em um sistema de controle recíproco falho. A crise política e econômica também se releva, portanto, como uma crise constitucional. As decisões jurídicas que aqui analisadas apontam para um rompimento constitucional, que pode ser bem traduzido a luz do conceito de constitucionalismo abusivo de David Landau. Segundo o autor, o constitucionalismo abusivo consiste num método para minar a democracia, de forma mais sutil do que as formas tradicionais de derrubada de poder, através

do uso de ferramentas constitucionais que criam regime autoritários ou semi-autoritários. Logo, dentro do próprio regime constitucional se constrói um Estado menos democrático através do uso de instrumentos formais de alteração da Constituição. Entendendo a democracia em graus, Landau chama atenção para perspicácia dos novos autoritarismos, que lançam mão de mecanismos institucionais e regulares para alteração constitucional que leva a uma baixa na densidade democrática do país. Essas mudanças são mais sutis, uma vez que acontecem a partir de mecanismos formalmente previstos na própria Constituição. Ademais, nesses regimes, os atores internacionais de observação democrática ficam satisfeitos, uma vez que se preserva as eleições e a concorrências entre as forças oponentes (LANDAU, 2013, p. 191-199).

O controle se dará em diversos níveis, inclusive nos órgãos responsáveis pelo controle do poder presidencial:

Moreover, in these regimes the dominant political actors and forces tend to control not only the branches of government, but also the mechanisms of horizontal accountability that are supposed to check political actors. Thus, institutions like courts, ombudsmen, attorney general's offices, and electoral commissions all tend to be controlled by incumbents. Rather than serving as independent checks on government power, these institutions are actively working on behalf of their political projects. The result is not only to undermine electoral competition, but also to sharply limit the extent of protection of rights for minority groups within these systems. The core problem, then, is that it is fairly easy to construct a regime that looks democratic, but in actuality is not fully democratic, at least along two important dimensions: vertical and horizontal checks on elected leaders and rights protection for disempowered groups. A regime with these two characteristics — a relative absence of accountability and a lack of rights protection — is meaningfully less democratic than a regime with higher levels of vertical and horizontal accountability and more meaningful rights protection. Moreover, an absence of accountability is plausibly associated with other ills, like increased levels of corruption. (LANDAU, 2013, p. 200).

No legado das Jornadas de Junho se situa uma “síndrome da urgência” (COSTA JUNIOR, 2017), que requer a construção de soluções políticas rápidas às margens do Direito. Busca-se soluções mágicas e urgentes, que carregam

em si, inevitavelmente, o gérmen desse constitucionalismo autoritário, que reveste de uma falsa roupagem jurídica atos moralizantes da política brasileira. Uma corte que opta por uma estabilidade social, política e econômica, em detrimento de suas funções de guarda da Constituição, adota, pois, uma atitude autoritária, uma vez que decide com base em visões particulares de bem-estar. Logo, enquanto parte de um sistema político de alianças espúrias, a expectativa depositada sobre o Poder Judiciário de atuar como mediador e controle das coalizões formadas não se concretizou. O que observamos é uma aproximação do Supremo Tribunal Federal que adere à agenda política como uma agenda comum necessária para satisfação de seus interesses corporativos.

Há, nesse sentido, um fio condutor comum de moralidade política do qual a decisão jurídica se afastou completamente. Ronald Dworkin se torna aqui pertinente para avaliarmos a expectativa de integridade depositada na ação judicial, bem como na atuação dos demais poderes. Segundo o autor, a moral política trata daquilo que nós devemos aos outros enquanto indivíduos, quando agimos em nome do Estado. Dworkin, trata o Estado como uma pessoa coletiva artificial, em torno do qual gira a obrigação política advinda do relacionamento entre concidadãos de uma comunidade política. Seu ponto de análise é a responsabilidade, ideia que deve guiar a interpretação. (DWORKIN, 2012, p. 335). Nas palavras do autor,

Os membros mais vulneráveis de uma comunidade são os que, provavelmente, mais beneficiam do fato de tratarmos a responsabilidade como uma virtude e um requisito distintos, pois são, provavelmente, os que mais sofrem quando as pessoas não dão a todos a vantagem dos princípios que elas geralmente aceitam. Mas todos beneficiam de forma mais difusa ao viverem numa comunidade que, por insistir na responsabilidade, revela um respeito básico partilhado, mesmo ante a diversidade moral. Estes benefícios são particularmente importantes na política, uma vez que a política é coercitiva e os riscos são invariavelmente altos e, muitas vezes, mortais. Nenhuma pessoa pode esperar sensatamente que os seus governantes atuem sempre segundo princípios que estes aceitem. Sentimo-nos enganados quando suspeitamos de corrupção, de interesse próprio político, de imparcialidade, de favorecimento ou de capricho. Sentimo-nos enganados em relação aquilo que os que estão no poder devem aos que estão sujeito a esse poder: a responsabilidade que exprime preocupação igual por todos. Nada nestes valores políticos e sociais da responsabilidade é

afetado pela asserção complementar que eu disse pode ameaçar a responsabilidade moral: que até as convicções das pessoas sinceras são causalmente explicadas não por encontros com a verdade, mas por uma história pessoal variada e contingente. (DWORKIN, 2012, p. 121)

Essa responsabilidade política será melhor compreendida em Dworkin, pela adesão aos princípios da liberdade e da igualdade, ou seja, a legitimidade de governo está em mostrar igual preocupação e respeito pelos destinos de todos aqueles que são governados. O pragmatismo extraído da teoria do Moderno Estado Administrativo, e observado nas fundamentações das decisões aqui analisadas, desvirtua tal concepção para afirmar que o objetivo do governo é tratar cada pessoa como igual, escolhendo políticas que aumentarão o prazer geral da comunidade como um todo.

A teoria da integridade está centrada em investigar os limites da discricionariedade judicial, em um plano de justificação moral, principalmente em razão do poder desempenhado pelo Judiciário ao decidir casos concretos. Conforme aponta o autor, [...] *As pessoas frequentemente se veem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer outra norma que provenha do legislativo*” (DWORKIN, 2007, p. 3).

O direito, portanto, deve ser visto como um empreendimento coletivo, bem como ser lido à melhor luz, uma vez que será uma justificação moral para coerção do Estado. Dworkin exclui a possibilidade de decisões jurídicas serem tomadas com base nos chamados argumentos de política, uma vez que estes fomentam apenas um objetivo coletivo de grupo da comunidade. Em seu lugar juízes devem fundamentar as decisões com base em argumentos de princípio, que garantam a concretização de um direito para um indivíduo ou um grupo. Isso porque a decisão jurídica é, também, uma decisão política, que se une a um complexo de outras decisões tomadas na vida em comunidade, afirmando o seu direito como um todo. A integridade deriva dessa noção, qual seja, permitir que a decisão jurídica seja compatível com decisões anteriores e permita abertura para decisões futuras. Nesse contexto, a história institucional age como um componente do juízo político das cortes, em que somente os argumentos de princípio podem preservar a responsabilidade política. Citando Dworkin,

A doutrina [da responsabilidade política] requer, poderíamos dizer, uma consciência articulada. Tal exigência, contudo, é relativamente fraca quando se trata de políticas. As políticas são agregativas em sua influência sobre as decisões políticas, e uma estratégia responsável para se atingir um objetivo coletivo não precisa tratar todos os indivíduos da mesma maneira. Da doutrina da responsabilidade não se depreende, portanto, que, se o poder legislativo conceder um subsídio a um fabricante de aeronaves num dia, ele deva conceder um subsídio a outro fabricante no dia seguinte. No caso dos princípios, contudo, a doutrina insiste na aplicação da consciência distributiva a todos os casos, pois não admite a ideia de uma estratégia que possa ser mais bem servida pela distribuição desigual do benefício em questão. (DWORKIN, 2010, p. 137-138)

Nesse sentido, o autor possui uma crítica direta ao pragmatismo. Essa concepção do direito justifica as decisões coercitivas pelo nível de eficiência que elas podem produzir. É de fundamental importância o aspecto estratégico da decisão, que conduz a interpretação do direito para resultados que tragam consequências positivas para a sociedade (DWORKIN, 2007, p. 186). Aqui a interpretação do direito passa a ser instrumentalizada como uma falsa justificativa para decisão jurídica, uma vez que, ao final, decide-se estrategicamente, na busca por valores como bem-estar coletivo. Ocorre que essa é uma percepção assentada numa valoração pessoal do juiz, afastando-se de uma coerência de princípios em favor desse agir estratégico.

Opondo essa concepção (bem como a uma outra também desenvolvida para crítica, qual seja, o convencionalismo), Dworkin defende a sua concepção do direito, a teoria da integridade. A política real, do dia-a-dia, do cotidiano da comunidade, compartilha uma virtude por hora ignorada por algumas teorias: a virtude da integridade política.

A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos. Tanto no caso individual quanto no político, admitimos a possibilidade de reconhecer que os atos das outras pessoas expressam uma concepção de equidade,

justiça ou decência mesmo quando nós próprios não endossamos tal concepção.” (DWORKIN, 2007, p. 202).

Pelo princípio da integridade, a comunidade política é personificada, de forma a ser analisada por Dworkin como se fosse uma entidade distinta dos seus cidadãos considerados individualmente (DWORKIN, 2007, p. 204). Sua legitimidade política deriva do campo da fraternidade, num modelo baseado em princípios que os membros da comunidade aceitam como comuns e aptos a governar e reger a prática local. Na política, serão debatidos quais princípios serão adotados por esta comunidade, o que faz com que cada indivíduo aceite a integridade, como garantidora de seus próprios direitos e deveres individuais.

Nesse contexto, o papel dos juízes é, na decisão dos casos concretos, compreender os direitos como algo criado pela comunidade personificada, a partir de virtudes tais como justiça, equidade e devido processo legal, oferecendo a melhor interpretação da prática jurídica daquele povo. Logo, enquanto conceito interpretativo, temos que a história exerce importante papel no direito como integridade, no sentido de ligar as decisões através de um sistema de princípios que decorrem de decisões tomadas no passado e que justificam a prática jurídica. *“O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo determine”* (DWORKIN, 2007, p. 274).

A integridade, aplicada à interpretação da Constituição, se apresenta na chamada leitura moral da Constituição, como um *“método particular de ler e executar uma constituição política”* (DWORKIN, 2006, p. 2). O juiz, portanto, não pode se afastar desse compromisso constitucional, aplicando juízos consequencialista parcos e baseados em visões moralistas pessoais da vida em sociedade. Significa interpretar os grandes valores morais que o texto constitucional traz, pelo filtro da seleção da história institucional. Nesse contexto, a deve Constituição orientar a prática decisional da comunidade, no sentido de imprimir seu significado como resultado da moralidade ali compartilhada. A história irá limitar a interpretação constitucional, assim como a própria exigência de integridade, revelada na metáfora do romance em cadeia, ligando as decisões jurídicas por um fio lógico comum.

Em síntese, a integridade atua como um princípio superior e independente, exigindo que a decisão jurídica seja tomada com base em princípios, e não em acordos ou estratégias políticas. Exige, ainda, uma aplicação vertical, em que uma afirmação jurídica em torno de um princípio deve ser fundamentada coerentemente com os arranjos constitucionais, e uma aplicação horizontal, através de uma aplicação futura que fomente novamente aquele argumento. O pano de fundo é a ideia dworkiana de que não somos governados por um rol de direitos e deveres, mas sim por um ideal que é a essência da vida em comunidade (DWORKIN, 2006, p. 132-134). Portanto, um juiz não usa estratégias de interpretação constitucional politicamente neutras, já que a leitura moral os encoraja a fazer juízos morais e os fundamentar com base na integridade dos princípios que estão na base interpretação constitucional compartilhada.

Falando especificamente de um regime democrático, é necessário, conforme alerta o autor, refutar concepções que ligam a democracia a chamada *premissa majoritária*. Nessa concepção se valoriza o aspecto estatístico da democracia, a partir da ideia de realização da vontade da maioria, aceitando como justas situações em que ação coletiva majoritária prevalece (DWORKIN, 2006, p. 24-25). No lugar da premissa majoritária, defende o autor a chamada concepção constitucional da democracia, segundo a qual, as instituições políticas devem dedicar a todos os seus membros, enquanto indivíduos, igual consideração e respeito. Extrapolando-se, aqui, a noção da maioria como critério para aferição de igualdade, exigindo-se uma ideia de ação coletiva comunitária (DWORKIN, 2006, p. 26). Nesse sentido, a ideia de participação moral é importante para a teoria da integridade, uma vez que traz à tona a importância do vínculo entre o indivíduo e o grupo, bem com as formas de fomentar essa participação em um verdadeiro autogoverno coletivo. Isso porque a concepção constitucional de democracia e a verdadeira comunidade política só existe quando se fomenta formas de participação moral de cada um dos indivíduos. Como bem disse Dworkin, “[...] *uma sociedade em que a maioria despreza as necessidades e perspectivas de uma minoria é não só injusta como ilegítima.*” (DWORKIN, 2006, p. 39).

Se sou membro real de uma comunidade política, o ato dessa

comunidade é, num sentido pertinente, um ato meu, mesmo que eu tenha defendido o contrário e votado contra ele [...]. Essa é a única concepção que nos permite pensar que, na qualidade de membros de uma democracia plena, nos governamos a nós mesmos (DWORKIN, 2006, p. 35).

Logo, a comunidade política verdadeira é aquela em que todas as esferas de poderes dão a seus membros condições de participação moral baseadas na ideia de igual consideração e respeito a todos, como critério que determina a legitimidade dessa comunidade que compartilha princípios comuns.

Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania [...] (DWORKIN, 2005, p. IX).

É na ideia de participação moral que se baseia a democracia. Os processos políticos aceitos por esta comunidade, portanto, devem buscar endossar a integridade e a coerência como pressupostos da sua própria condição de membro dessa comunidade. Possibilitar a participação moral, para Dworkin, é a chave para coerência, uma vez que enseja um sentido de pertencimento pleno no grupo. Igualdade política pressupõe também um povo que governa os governantes, a partir do coletivo que considera cada plano de vida para além da opinião da maioria (DWORKIN, 2006, p. 43-44). Decisões jurídicas e políticas boas serão alcançadas quando a integridade puder ser compreendida como um valor político essencial da comunidade, e buscada através da noção de responsabilidade política, tratando seus membros com igual consideração e respeito.

Logo, ação de um magistrado deve ser pautada pela responsabilidade política. Em comunidades jurídicas como a nossa, importantes decisões políticas têm sido tomadas por juízes, *“dos quais se espera a responsabilidade de decidir apenas quando proposições de direito verdadeiras assim o exijam ou autorizem”* (DWORKIN, 2010, p.05). Neste cenário, pergunta Dworkin: as convicções morais

se situam entre as condições de veracidade das proposições de direito? E elabora a resposta em quatro estágios, encadeados entre si. Um primeiro estágio, o chamado estágio semântico, é necessário definir “*quais pressupostos e práticas as pessoas devem compartilhar para [...] poderem, claramente, concordar e divergir acerca de sua aplicação?*” (DWORKIN, 2010, p. 15). Se o direito é um conceito interpretativo, temos um propósito de sermos governados pelo mesmo conjunto de valores e práticas (DWORKIN, 2010, p. 19). No segundo estágio, teórico, há a elaboração de uma teoria de direito, ligada a resposta dada no estágio anterior. Aqui, pretende-se criar uma interpretação geral das práticas da comunidade, em atenção à integridade, como fator de legitimação do Estado. O estágio doutrinário, terceiro estágio, verifica-se a veracidade das proposições do direito à luz dos valores identificados no estágio teórico, justificando-se a partir do poder geral de legislar determinado pelo desenho institucional. Nesse ponto, a leitura moral da Constituição já atua, como um esquema de justificação política da complexa prática legislativa, devendo evidenciar a concepção constitucional de democracia e a moralidade política da comunidade. Por fim, o último estágio, da decisão judicial, foca na forma como os magistrados aplicarão o direito aos casos concretos. Este estágio, repete o caráter interpretativo do direito dado no estágio semântico, evidenciando o caráter não só jurídico, mas, também, político da decisão judicial.

Esse esquema criado por Dworkin demonstra como o ideal da integridade perpassa por toda prática jurídica, em todos os seus estágios. A responsabilidade política torna a moral essencial para que os juízes decidam o que é o direito, decidindo dentro desse complexo quadro de coerência democrática. A cada estágio, observamos a moralidade sendo filtrada à luz dos princípios que a comunidade compartilha, de forma a excluir, no último estágio, uma ação discricionária como legítima. A diferença, segundo o autor, está entre teorias que introduzem a moral em diferentes estágios da análise proposta, com consequências diretas no estágio da decisão jurídica, e não entre teorias que incluem ou excluem a moral (DWORKIN, 2010, p. 31-32).

Há, dessa maneira, uma responsabilidade política que se liga a um dever de fidelidade aos princípios em que apoia essa comunidade, que pode ser traduzido como um dever a uma atitude. Essa atitude responsável é, para Dworkin (2012), o mais abstrato dos direitos fundamentais, e exige de toda a

sociedade, e inclusive dos juízes, um dever de justificar suas decisões de forma coerente e íntegra, no igual respeito e consideração a todos. Há, portanto, na jurisdição constitucional brasileira um instrumental potente de verificação das alianças políticas que se formam, quando provocada a corte constitucional para atuar como segunda arena do debate político. Contradições internas, entretanto, levam a um desenho institucional autocentrado no Executivo, que obsta a concretização dos avanços em matérias de direitos fundamentais. O paradoxo se encontra numa Constituição que é poderosa ao desenhar um esquema robusto de proteção aos direitos humanos, cuja concretização fica a depender, fortemente, da agenda política da coalizão dominante.

Uma fala emblemática do Ministro Luís Roberto Barroso resume bem o cenário que aqui põe. Em artigo sobre o papel democrático do Supremo Tribunal Federal em face da questão contramajoritária, afirma Barroso a existência de uma crise de representação política que empurrou ao Judiciário as expectativas sociais. Apoiando-se (falsamente) na mesma teoria da integridade, aponta:

Para além do papel puramente representativo, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o **papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra**. Trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que as cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas. (BARROSO, 2015, p. 42, grifo nosso)

Esse papel iluminista é extremante simbólico quando confrontado com a prática da nossa corte constitucional. Não há, nos julgados aqui analisados identidade com a integridade que ora defendemos. A função de “empurrar a história”, claramente extraído de fundamentações que prezam por uma leitura pessoal de moralidade política, se identifica muito mais com o consequencialismo forte posneriano do que com a integridade dworkiana em que se apoia Barroso. Denotam, em última medida, um Judiciário imerso na manutenção do sistema político, uma vez que adota uma fundamentação jurídica de urgência para solução dos problemas estruturais brasileiros. “Empurrar a história” é uma urgência que fere a Constituição. Conforme aponta Arantes

(2014) e Costa Junior (2017), mudou-se a relação entre tempo e política, após as Jornadas de Junho de 2013 e o consequente impeachment da presidente Dilma Rousseff. A utopia de um Judiciário iluminista rompe com a legitimidade dada a este poder para ser guardião da Constituição.

. O diálogo constitucional resta obstado. Ainda que as instituições dialoguem entre si, o fazem fundadas em interesses que impedem a qualificação desse diálogo como constitucional. O STF, a quem aqui nos cabe a análise, em alinhamento à agenda presidencial, frustra o controle recíproco esperado na relação com os demais poderes. Endossa um Estado Administrativo à brasileira, autorizando à manutenção do poder e justificando medidas arbitrárias sob o argumento da estabilidade.

A conclusão, que extrai da decisão jurídica a governabilidade como ponto de equilíbrio necessário buscado pelo Judiciário, clama por soluções que minimizem o paradoxo das Constituições latino-americanas apontado por Gargarella, e atualizado para a ideia de constitucionalismo abusivo. Gargarella aponta como característica fundamental das nossas Constituições a ideia de um texto que deseja assegurar a ordem ao mesmo tempo que garante direitos fundamentais. Nessa tensão interna do nosso desenho institucional, um fortalecimento da autoridade presidencial pareceu ser a saída para lidar com as crises sem rompantes autoritários ou de forte ruptura. Porém, o fortalecimento da figura do presidente, como poder capaz de dar rápidas respostas nos momentos de crise e de manter a estabilidade, nos moldes da teoria do moderno Estado administrativo, facilita a imposição da agenda de um grupo mais poderoso, que transita com pressões reduzidas pelo controle dos demais poderes, deferentes as barganhas que o Executivo distribui. Em vista disso, prejudica-se a garantia dos direitos fundamentais, uma vez que sua concretização é dependente de um desenho institucional que mantém a tradição verticalizada do poder.

Diante de todo o percurso aqui realizado, temos que a deferência do STF aos interesses da coalizão vigente não deve ser compreendida à luz de uma subordinação ou sujeição plena. Tendo em vista seus interesses de classe, há uma movimentação muito mais próxima de uma agenda comum, alinhada aos interesses da coalizão, do que uma subalternidade da corte ao Executivo. Logo, o diálogo institucional é a resposta para superação de teorias que tentam

destacar ou criticar uma superioridade epistêmica das cortes, em vieses como judicialização da política e do ativismo judicial. Porém, a imersão política da corte constitucional traz uma posição que referenda o sistema de coalizão brasileira, na medida em que suas decisões são pragmaticamente alinhadas aos interesses da coalizão predominante. Uma vez que as críticas se voltam para esse sistema, apontando sua promoção de uma cultura política de baixa densidade, só nos resta apontar o STF como parte desse projeto ilegítimo. Há um diálogo ativo entre as instituições políticas desse país, mas, pelas suas falhas de legitimidade e pelo seu afastamento da integridade que a Constituição requer, não há um diálogo que possa ser chamado de constitucional.

CAPÍTULO 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O diálogo existe e está em constante movimento. Imprescindível, pois, para que o direito compreenda melhor as práticas em torno da Constituição, é compreender, primeiramente, o palco no qual se desenrola as relações institucionais. Num primeiro momento, observamos a doutrina voltada para compreensão da judicialização da política e do ativismo judicial, debatendo a legitimidade da jurisdição constitucional, sempre partindo de uma perspectiva interna. Há, de fato, uma supremacia judicial, aqui entendida como uma grande atribuição de poderes que recebe o Poder Judiciário na Constituição de 1988. Trata-se, portanto, de um aspecto que não deriva, apenas, de uma opção do magistrado. Antes de tudo, trata-se de uma questão institucional: para proteção de direitos fundamentais e para controle recíproco dos poderes, coloca-se a corte constitucional como uma nova arena política. Hodiernamente, considerações institucionais passam a ser importantes para análise jurídica das decisões políticas, sendo o olhar acadêmico voltado para o diálogo indissociável entre os diversos atores constitucionais. Sob uma perspectiva consequencialista, propõe-se uma descida operacional, que chama a atenção para importância de decisões estratégicas, de uma segunda ordem, que devem estar presentes para que se atinjam acordos parciais e tornem possível a convivência entre Legislativo, Executivo e Judiciário.

Partindo desses pressupostos, realizamos, nesta pesquisa, uma contextualização necessária para as teorias do diálogo e para as teorias institucionalistas em terras brasileiras. Para uma análise crítica da decisão jurídica é necessário, de antemão, inseri-la num cenário com peculiaridades próprias do desenho institucional nacional. Ou seja, para compreender a decisão jurídica é preciso, antes, compreender a força do Executivo brasileiro e do nosso modelo de presidencialismo de coalizão. Isso porque a Constituição de 1988 estabeleceu um curioso modelo político que depende do poder presidencial de mobilizar grandes coalizões, como fator essencial para governabilidade. Com uma estrutura multipartidária e um alto nível de fragmentação, coloca-se o Executivo no centro da ordem política, como arranjo necessário que vai conduzir o país para estabilidade política, social e econômica. Repete, assim, o

diagnóstico de 200 anos de constitucionalismo latino-americano, em que o motor das Constituições, qual seja, a organização dos poderes, ainda fica preso na sala de máquinas¹⁰⁰, criando o paradoxo de textos constitucionais progressistas quanto à garantia de direitos fundamentais, mas autoritários quanto à divisão do poder.

Ainda que provisoriamente o sistema presidencialista de coalizão tenha funcionado, verifica-se que as chamadas Jornadas de Junho de 2013 deflagram um processo que consolida um perverso modelo de alianças políticas, no qual, o que importa, é sempre estar no governo. Traz uma ausência de flexibilidade na correlação de forças, permitindo que determinados grupos de interesse se mantenham na estrutura política, numa complexa trama de vetos e recompensas. As vozes das ruas são reconfiguradas para uma urgente moralização do espaço político, com a busca de soluções rápidas e mal calculadas que transformam um grave problema estrutural em algo a ser diretamente atacado num esquema de mocinhos *versus* bandidos. O Direito assume, nesse ponto, uma função moralizante, autorizando-se determinados atores jurídicos a se empenharem nessa caçada do bem contra o mal. Coroa-se a empreitada com o impeachment da então Presidente da República, Dilma Rousseff, como ato final da cruzada de combate à corrupção. Dessa drástica ruptura constitucional, retoma-se a “normalidade”. As instituições irão se dedicar à retomada da estabilidade política, econômica e social, e se empenharão em retomar o crescimento e civilidade no país. O presidencialismo de coalizão, entretanto, não se sustenta mais. Padece de um profundo vício de legitimidade, uma vez que blinda o sistema político de considerações democráticas e realiza-se fechado em si mesmo, retroalimentando os interesses de determinados grupos de interesses.

O Judiciário acontece nesse espaço e segundo essa dinâmica. Não está isolado desse sistema político. É parte dessa engrenagem e contribui de igual maneira para o estado atual da política brasileira. Analisando algumas decisões pertinentes à relação Judiciário-Executivo, concluímos pela existência de uma agenda comum que se manifesta nas fundamentações dos juízes mascarada pelo argumento da governabilidade. Ou seja, enquanto grupo dotado de

¹⁰⁰ Em alusão aqui, a obra de Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo em América Latina*.

interesses políticos, é importante que o Judiciário se alinhe às pautas políticas do governo vigente, como uma necessária relação de poderes. Interesses corporativos trazem o Supremo Tribunal Federal para dentro da estrutura política de coalizões, e este decide a partir dessa engenharia institucional. O Direito passa a ser revelado nos embates acerca da atribuição de autoridade para fazer política e o custo político de se reverter esses precedentes políticos é demasiadamente alto.

O diagnóstico inicial de que o Judiciário seria um mediador na relação entre Legislativo e Executivo falhou. Ainda que o desenho institucional atribua ao STF poderes para tanto, verificamos que a corte tende a ser deferente ao Executivo, decidindo estrategicamente, de forma a fomentar a estabilidade político, social e econômica.

O STF, portanto, tem a governabilidade como elemento central de suas decisões, quando em diálogo com o Executivo. Assume, mais fortemente, a partir do impeachment de Dilma Rousseff, uma posição deferente à agenda política presidencial, e decide com base em fundamentos consequencialistas e distantes da proposta constitucional. Prepondera fatores externos à decisão jurídica em detrimento de uma leitura constitucional dos casos concretos, decidindo a corte completamente distante dos pressupostos que autorizam sua competência de guardião da Constituição. A assunção, pela academia, de uma perspectiva institucional dialógica não pode ignorar tais pressupostos constitucionais, que antecedem quaisquer considerações estratégicas e pragmáticas.

Se há um diálogo, não há um diálogo constitucional. Rechaçamos essa alcunha, em sede de conclusão, uma vez que demonstrado todo o vício de legitimidade das decisões jurídicas estabelecidas sobre esse paradigma do presidencialismo de coalizão. Tratamos, aqui, de reconstruir esse percurso institucional, para que novos passos possam ser dados, a partir desse diagnóstico. Temas sensíveis podem ser manejados como possíveis soluções institucionais de reforma, tais como estabelecimento de mecanismos de transparência na construção das agendas políticas, alterações nos processos de deliberação judicial e legislativa e descentralização de poderes para outros entes federativos, para ficar com alguns exemplos.

Novas conclusões devem considerar, entretanto, esse atual ponto de partida: o Executivo se encontra no centro do ordenamento jurídico-político

brasileiro e coordena sua agenda não só no Legislativo, mas também no Judiciário. O sistema político brasileiro se materializa e se encontra nas coalizões presidenciais e reproduz um modelo hierarquizado e autoritário de alianças, barganhas, vetos e recompensas. O que parece importar é a manutenção de um grande acordo nacional. Com o Supremo, com tudo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

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

_____. Os ciclos do presidencialismo de coalizão. *Ecopolítica*. 11 mar. 2014. Disponível em: <http://www.ecopolitica.com.br/2014/03/11/os-ciclos-do-presidencialismo-de-coalizacao/>. Acesso em 03 jan. 2017.

_____. Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Schwarck, 2018, Kindle Edition.

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da Justiça no Brasil. 2010. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

ALMEIDA, Frederico de. As elites da justiça: instituições, profissões e poder na política da justiça brasileira. *Revista Sociologia e Política*, Curitiba, v. 22, n. 52, p. 77-95, dez. 2014.

ARANTES, Paulo. Nova direito surgiu após junho. Entrevista. Folha. Out., 2014. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/10/1541085-nova-direita-surgiu-apos-junho-diz-filosofo.shtml>. Acesso em 27 nov. 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, 2011.

AVRITZER, Leonardo. *Impasses da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2016.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; BACHA E SILVA, Diogo; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *O impeachment e o Supremo*

Tribunal Federal. História e teoria constitucional brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, 2ªed.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: *Revista Jurídica da Presidência* nr. 96, vol. 12, pp. 3-41, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição constitucional e política.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise. Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review* Vol. 71 (3), 2006, pp. 1.109/1.180.

BERTHOLINI, Frederico; PEREIRA, Carlos. Pagando o preço de governar: custos de gerência de coalizão no presidencialismo brasileiro. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, vol. 51, n.4, jul-ago 2017, pp.528-550.

BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho. Relações Executivo-Legislativo no Presidencialismo de Coalizão: Um Quadro de Referência para Estudos de Orçamento e Controle. *Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado*, Brasília: 2012. Disponível em: www.senado.gov.br/conleg/nepsf1.html, acesso em julho 2015.

BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique; CORRÊA, Flávio. Hiperpresidencialismo na América Latina. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, v. 60, n. 2, p. 115-140, maio/ago 2015.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Institucionais.* Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

BRASIL. *Lei nº 1.079*, de 10 de abril de 1950. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1079.htm. Acesso em: 03 dez 2018.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 03 dez 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.031*, de 12 de abril de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm. Acesso em: 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 21.564*. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, 23 de setembro de 1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85552>. Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 22.503*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 05 de maio de 1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85766>. Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.584*. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 23 de abril de 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=34712>. Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.597*. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 19 de novembro de 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347151>. Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 212.484*. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 05 de março de 1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=244157>. Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 562*. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 01 de julho de 1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266419>.

Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. *Medida provisória nº 2.152-2*, de 1 de junho de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2152-2.htm. Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação declaratória de constitucionalidade nº 09*. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 13 de dezembro de 2001. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=883>.

Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 353.657*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 25 de junho de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513677>.

Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277*. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>.

Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132*. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>.

Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>.

Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito*

Fundamental nº 186. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510*. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.393*. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 17 de maio de 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3847970>. Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 350.446*. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, 18 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261210>. Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Originária nº 1.773*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 16 de setembro de 2014. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000369245&base=baseMonocraticas>. Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378*. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10444582>. Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar nº 4.039*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 25 de novembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10947788>.

Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 34.070*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 18 de março de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>. Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 23.457*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 31 de março de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13686045>. Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 34.181*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 06 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34181.pdf>. Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 34.193*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 11 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34193.pdf>. Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 33.697/DF*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 15 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433485162/mandado-de-seguranca-ms-33697-df-distrito-federal-0004496-6120151000000>. Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 381.367*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 26 de outubro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13963459>. Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 827.833*. Relator:

Ministro Roberto Barroso. Brasília, 26 de outubro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13704100>. Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 661.256*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 27 de outubro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13687555>. Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 693.456*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 27 de outubro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13866341>. Acesso em 03 dez 2018

BRASIL. *Lei nº 13.467*, de 13 de julho de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-018/2017/Lei/L13467.htmAcesso em: 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar nº 4.327*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 26 de setembro de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13946959>. Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 324*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de agosto de 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25337296/medida-cautelar-na-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-324-df-stf>. Acesso em 03 dez 2018.

BUSTAMANTE, T. R. Dworkin, Vermeule and Gyorfí on Constitutional Interpretation: Remarks on a Meta-Interpretive Disagreement (Comment on Gyorfí). *German Law Journal*, v.14, p. 1109-1146, 2013. Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=2&vol=14&no=8>. Acesso em: 03 jun 2014.

BUSTAMANTE, Thomas. *Em defesa da legalidade*: temas de direito constitucional e filosofia política. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; VIEIRA, José Ribas. O Impeachment e o seu desenho institucional conflitivo. Blog JOTA, 20 janeiro 2016. Disponível em: < <https://www.jota.info/o-impeachment-e-o-seu-desenho-institucional-conflitivo> >. Acessado em: 03 de outubro de 2018.

CARVALHO, Laura. *Valsa Brasileira*: do boom ao caos econômico. São Paulo: Todavia, 2018, Kindle Edition.

CARVALHO, Rodrigo Badaró de. *O sociólogo Fernando Henrique Cardoso nunca esquecido pelo presidente FHC*: do discurso contra a era Vargas à reforma neoliberal do Estado no Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito e Ciências do Estado, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 165 p. 2015.

CHAISTY, Paul; CHEESEMAN, Nic; POWER, Timothy. Rethinking the presidentialism debate: conceptualizing coalitional politics in cross-regional perspective. Disponível em: http://paperroom.ipsa.org/app/webroot/papers/paper_16184.pdf.

CITTADINO, G. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Revista Alceu*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105- 113, jul./dez. 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. (2015). Diálogos Institucionais: Estrutura e Legitimidade. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. Vol. 7/2015, p. 395 – 421, Ago/2015.

COSTA JUNIOR, Ernane Salles. *Constitucionalismo do atraso*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

DA ROS, L. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. newsletter. *Observatório de elites políticas e sociais do Brasil.*, p. 2–15, jul. 2015.

DAVID, Raphaela Borges. *Entre a abordagem pragmática e o direito como integridade: um estudo de caso a partir da Lei da Ficha Limpa*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito e Ciências do Estado, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 128 p. 2014.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *A Justiça de Toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. *Justiça para Ouriços*. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

ENGELMANN, Fabiano. *Estudando e definindo elites jurídicas*. Colóquio: elites, história e método, PPG História PUCRS, nov. 2011.

FALCÃO, Joaquim de Arruda; et al. *II Relatório Supremo em Números: o Supremo e a Federação entre 2010 e 2012*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/11544>. Acesso em: 19 jan 2017

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodium, 2017.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, 2005, Vol. 84, pp. 257-337. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=877328. Acesso em 11 de outubro de 2018.

GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución*. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz Editores, 2016.

GARGARELLA, Roberto. El club de los schmittiano ataca de nuevo. Presidencialismo o derechos. Disponível em: <https://seminariogargarella.blogspot.com/2012/04/presidencialismo-o-derechos-el-club-de.html>. Acesso em 08 de outubro de 2018.

GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

_____. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of law and politics*. Nova York: Oxford University Press, 2008.

Guttmann, A. e Thompson, D. (2007), "O que significa democracia deliberativa", in *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2007, pp. 17-78.

HAMILTON, James; JAY, John; MADISON, Alexander. *O Federalista*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, maio/agosto de 2009, pp. 139-175.

LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *U.C. Davis Law Review*, v. 47, 2013.

LEVINSON, Daryl; PILDES, Richard. Separation of Parties, Not Powers. *Harvard Law Review*, Vol. 119, 2311, 2006.

LIMONGI, F.; FIGUEIREDO, A. Bases Institucionais do Presidencialismo de Coalizão. *Lua Nova*. São Paulo, nº 44, p. 82-106, 1999.

LIMONGI, Fernando. (2008), "O Poder Executivo na Constituição de 1988", In R. G. Oliven, M. Ridenti e G. M. Brandão (orgs.), *A Constituição de 1988 na Vida Brasileira*. São Paulo, Anpocs.

MAGALHÃES, José Luiz Quadro de. *Estado Plurinacional e Direito Internacional*. Curitiba: Juruá Editora, 2012

MARMOR, Andrei. Authority, equality and democracy. In: *USC Law and Public Policy Research Paper*. n. 03-15, jan 2003.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *Constitucionalismo, autoritarismo e juristocracia*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/constitucionalismo-autoritarismo-e-juristocracia-03112017>. Acesso em 03 dez 2018.

MONTEIRO, Jorge Vianna. *Lições de economia constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2013.

NOBRE, Marcos. *Imobilismo em movimento*. Da abertura democrática ao governo Dilma. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

PAIXÃO, Cristino; LOURENÇO FILHO, Ricardo. *O STF e o direito do trabalho do inimigo*. Disponível em <https://www.jota.info/stf/do-supremo/o-stf-e-o-direito-trabalho-inimigo-01112016>. Acesso em 04 de outubro de 2018.

POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. *The Executive Unbound: after the madisonian republic*. New York: Oxford University Press, 2010.

POSNER, Richard. *Problemas de Filosofia do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Para além do direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

PRONER, Carol; et all (org). *A resistência ao golpe de 2016*. Bauru: Projeto Editorial Práxis, 2016, Kindle Edition.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Impeachment e a lei de crimes de responsabilidade: o cavalo de Tróia parlamentarista. In: Blog Direito e Sociedade. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/blogs/direito-e-sociedade/impeachment-e-lei-de-crimes-de-responsabilidade-o-cavalo-de-troia-parlamentarista/>. Publicado em 16 de dezembro de 2015. Acesso em 02 de setembro de 2018

ROSA, Alexandre de Moraes; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*, 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Fabiano. *O poder legislativo no presidencialismo de coalizão*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2003.

SANTOS, André Marenco dos; DA ROS, Luciano. Caminhos que levam à Corte: carreiras e padrões de recrutamento dos ministros dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro (1829-2006). *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v.16, n.30, p. 131-149, 2008.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Presidencialismo de coalizão: contexto, formação e elementos na democracia brasileira*. Curitiba: Juruá, 2017.

SOUZA, Jessé. *A Radiografia do Golpe: entenda como e por que você foi enganado*. São Paulo: LeYa, 2016, Kindle Edition.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-32, set./dez. 2016.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, N. 28, 2002.

SUNSTEIN, Cass. Problems with minimalism. In: *Stanford Law Review*. V. 58, n. 6, p. 1899- 1918, apr., 2006.

SUNSTEIN, Cass. Incompletely theorized agreements in Constitutional Law. *University of Chicago Public Law Working Paper*, n. 147, 2007.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 59-89, set./dez. 2014.

VERMEULE, Adrian. Our Schmittian administrative law. *Harvard Law Review Association*, v. 122, n. 4, p. 1095–1149, Feb. 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, Dez. 2008.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de coalizão: exame do atual Sistema de governo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015.

WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, São Paulo, n. 19, p. 39-85, nov. 2007.